

# Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

79  
janeiro/junho 2014

---

# REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

---



**CEPGE**

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**79**

JANEIRO/JUNHO 2014





## 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:**

Camila Rocha Schwenck, Mirian Kiyoko Murakawa e Joyce Sayuri Saito

#### **Comissão Editorial**

Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Cláudia Garcia Grion, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner, Renata Capasso.

#### **Revista**

Coordenação editorial desta edição: Mariângela Sarrubbo Fragata e Joyce Sayuri Saito. 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 de São Paulo, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: 1.700 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

APRESENTAÇÃO .....	VII
Palestra: MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS..... Elival da Silva Ramos	1
Palestra: PRESENTE E FUTURO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS – O NOVO CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO..... Daniel Smolentzov	21
Palestra: ARBITRAGEM E ESTADO .....	41
Paulo Osternack Amaral	
Palestra: ALGUNS ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA ARBITRA- GEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... Carlos Alberto de Salles	51
ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLI- CO: DA SELEÇÃO DAS ENTIDADES PARA A CELEBRAÇÃO DO TERMO DE PARCERIA..... Carlos Caram Calil	65
O CONTROLE JUDICIAL SOBRE O ATO DISCRICIONÁRIO PRO- PORCIONAL .....	103
Márcia Coli Nogueira	
APLICAÇÃO E ALCANCE DO INSTITUTO DA REDUÇÃO EQUITA- TIVA DA INDENIZAÇÃO .....	139
Cicero Dantas Bisneto	

O ESTADO CONTRANTE-CONSUMIDOR E A APLICAÇÃO DO CDC.....	167
Carmen Cecília Codorniz Prado Leitão	
FEDERALISMO COOPERATIVO BRASILEIRO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS .....	199
Camila Rocha Schwenck	
O PRINCÍPIO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL E SEU TRATAMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. ESTUDO DE CASO.....	215
Antonietta Aparecida Fiori	
ECOLOGIA E ÉTICA NA PÓS-MODERNIDADE .....	251
Thais Teizen	
O REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DOS MILITARES E A INCLUSÃO DO COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL COMO PENSIONISTA: OS REFLEXOS DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A LEGISLAÇÃO BANDEIRANTE.....	271
Eduardo Walmsley Soares Carneiro	
A EVOLUÇÃO DA CIDADANIA E A PARTICIPAÇÃO POPULAR: O ORÇAMENTO PARTICIPATIVO E OS DIREITOS SOCIAIS .....	287
Rita de Cássia Gimenes Arcas	

# Apresentação

O permanente desafio que a advocacia pública enfrenta para, rapidamente, propor o encaminhamento de novos temas, seja na elaboração de pareceres jurídicos, seja de peças judiciais, nos impõe o dever de olhar com afincamento uma das missões deste Centro de Estudos, que é a de difundir as reflexões, os trabalhos, o desenvolvimento de novas teses em defesa do Estado.

É com muita atenção que a Comissão Editorial seleciona os trabalhos recebidos para a elaboração da Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, que trazem importantes considerações a respeito de matéria ambiental, previdenciária, administrativa em geral, incluindo a questão do controle judicial sobre o ato discricionário, entre outras.

Esta edição tem uma peculiaridade: foram contempladas as palestras proferidas no 49º Curso de Atualização Jurídica, realizado no Guarujá, litoral de São Paulo, em setembro de 2013.

Na ocasião, os Procuradores contaram com o brilhantismo de vários juristas que palestraram a respeito de temas candentes no âmbito da advocacia pública.

Neste número, contamos com a transcrição de três importantes palestras: Mutações Constitucionais, proferida pelo Procurador Geral do Estado, Professor Elival da Silva Ramos; Arbitragem e Estado, do Professor paranaense Paulo Osternack Amaral; e Alguns Aspectos Fundamentais da Arbitragem Envolvendo a Administração Pública, do ilustre Desembargador Carlos Alberto de Salles. Aliás, deixo aqui registrados os nossos agradecimentos ao Oficial Administrativo da PGE, Wellington Fernandes Lima, bacharel em Direito, que, com todo o cuidado, transcreveu as palestras mencionadas, viabilizando a publicação dos respectivos textos.

Também merece destaque o trabalho do colega Daniel Smolentzov, apresentado na X Jornada Luso-Brasileira de Direito do Ambiente, em Lisboa, que traz importantes reflexões a respeito da legislação ambiental, especialmente sobre o novo Código Florestal.



Chamou a atenção da Comissão Editorial o trabalho apresentado pela colega aposentada, Carmen Cecília Codorniz Prado Leitão, que examina a situação do Estado, na qualidade de consumidor, nos contratos administrativos. O tema, na forma como apresentado, provoca uma reflexão interessante a respeito do assunto.

Assim é que, sempre com o intuito de formar a melhor doutrina de Direito Público, apresentamos mais este número da Revista da PGE.

**MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA**  
*Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos*

# Mutações constitucionais<sup>1</sup>

Elival da Silva Ramos<sup>2</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – Considerações preliminares; 3 – Aspectos conceituais; 4 – Modalidades e constitucionalidade da mutação; 5 – Apreciação da Reclamação Constitucional n° 4.335<sup>3</sup>.

---

## 1. Introdução

Procurei para esta data um tema, no grande elenco de temas constitucionais que despertam interesse atual. Ocorreu-me, então, discorrer sobre mutações constitucionais. Várias são as razões. Primeiro, porque esse é um assunto que internacionalmente tem despertado interesse. Eu mesmo participo, junto com o Ministro Gilmar Mendes e alguns outros professores brasileiros, portugueses, franceses, italianos e espanhóis, de um grupo de pesquisa na Universidade de Lisboa sobre “Mutações Constitucionais”, que tem despertado interesse em toda a Europa e, especialmente, nos países latinos. No Brasil tem sido tratado, inclusive, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, não é um tema

---

1 Palestra proferida no 49° Curso de Atualização Jurídica – Encontro Estadual de Procuradores do Estado, promovido pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, no dia 19 de setembro de 2013, no Guarujá, São Paulo.

2 Procurador Geral do Estado de São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo e Livre-docente em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Atualmente é Professor Associado junto ao Departamento de Direito do Estado (Área de Direito Constitucional) da Faculdade de Direito da USP, além de professor em cursos de especialização (pós-graduação *lato sensu*) da Escola Superior do Ministério Público/SP, da Escola Paulista da Magistratura, da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e da Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC.

3 A reclamação 4.335 foi julgada procedente, por maioria de votos, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 20.03.2014, conforme Ata de julgamento n° 6, publicada no DJE divulgado em 31.03.2014. Acórdão pendente de publicação.

meramente teórico, pois tem tido alguma discussão e aplicação prática. Academicamente, começam a aparecer várias teses, inclusive sob minha orientação. É um tema que não aparece muito no nosso dia a dia, mas aos poucos tem que ser cuidado, até para saber se, de fato, isso tem algum interesse para nós.

Em termos de exposição, vou seguir o seguinte roteiro: primeiro, farei algumas considerações preliminares; depois, tratarei de aspectos conceituais, modalidades de mutação, que é o núcleo da minha exposição; em seguida, discutirei um pouco a constitucionalidade ou não da mutação e, finalmente, tratarei de um caso concreto em que o Supremo discutiu mais fortemente este tema, que é a Reclamação Constitucional nº 4.335, do Acre, ainda não integralmente julgada.

## 2. Considerações preliminares

Em considerações preliminares, eu diria o seguinte: o Direito Constitucional tem sido pródigo nos últimos anos em certos “modismos intelectuais”, porque se há uma área em que, de vez em quando, aparecem coisas novas, e as pessoas gostam de abordar esses modismos, é o Direito Constitucional. Muitos deles compõem uma demonstração de falsa erudição. As pessoas fazem um péssimo direito comparado e importam coisas que acham importantes. Eu disse que é um péssimo direito comparado porque vão para países estrangeiros e, em primeiro lugar, não se ocupam de compreender o sistema estrangeiro. A primeira coisa a se fazer ao se pretender estudar o direito comparado é um mergulho no sistema estrangeiro. Não se pode fazer direito comparado a distância; tem que se fazer “*in loco*”. Em segundo lugar, a pesquisa demanda a ida a uma boa Universidade. É necessário que se encontre algum preceptor, algum orientador no país, ainda que informalmente, para se tentar compreender como funciona o sistema, sem prejuízo de muita leitura sobre suas bases. Para isso é importante o orientador. Caso contrário, se perderá muito tempo até descobrirmos o que há de importante. A interlocução com o direito qualificado é fundamental e, a partir daí, será possível construir algo em termos de Direito Comparado.

Em relação ao assunto, podemos considerar que conhecemos o Direito Brasileiro e, então, para fazer uma comparação entre Brasil e Ale-

manha, é necessário que se vá à Alemanha, a uma Universidade alemã, e lá se compreenda o sistema. Só assim será possível uma comparação fiel de um determinado instituto que aqui não exista para, desta forma, ser viável pensar em transportá-lo para o nosso Direito.

Geralmente, as pessoas vão fazer uma especialização ou um doutorado e travam contato com um aspecto específico de sua tese de doutorado e, então, não se ocupam de mergulhar no direito estrangeiro, de compreender as suas bases de funcionamento. É algo normal no meio acadêmico. O pesquisador se apaixona pelo próprio objeto de investigação e quer trazer a todo custo o instituto para o Brasil, algo que nem sempre é possível. Daí porque falo em alguns “modismos” que compõem aquela demonstração de falsa noção de erudição. Isso não é erudição: é simplesmente trabalhar mal com o Direito Constitucional comparado. Eu acho, pessoalmente, com respeito aos que pensam em contrário, evidentemente, que muito do que se fala em mutação constitucional no Brasil vai um pouco por essas considerações introdutórias não muito favoráveis à categoria conceitual. Mas é importante tratar do assunto, até para demonstrar que isso, de fato, é verdadeiro e para que não entremos em caminhos que não irão nos levar a nada.

### **3. Aspectos conceituais**

No Brasil, o tema da Mutação Constitucional foi tratado a partir de um trabalho, no Largo São Francisco, da professora, inclusive ex-Procuradora Geral do Estado, pessoa notável, Anna Cândida da Cunha Ferraz, que foi Procuradora Geral e, depois, Chefe do Centro de Estudos da Procuradoria Geral, e desenvolveu também, ao lado da professora Ada Pellegrini Grinover, um trabalho notável no Centro de Estudos. A professora Anna Cândida escreveu uma tese de doutorado intitulada “Processos informais de mudança da Constituição”, trabalho na oportunidade editado pela Max Limonad. Isso foi na década de 80, quando ninguém no Brasil havia ainda falado sobre mutação constitucional - ao menos que eu tenha notícia. Embora pouco divulgado à época, considerada sua qualidade, esse trabalho pioneiro hoje é referência no assunto, inclusive no Supremo Tribunal Federal. Autêntica tese de doutorado, trouxe um assunto novo, muito bem trabalhado. O que ela diz sobre conceito de mutação não é muito diferente do discutido hoje, por exem-

plo, pelo professor J.J. Gomes Canotilho, ilustre catedrático de Coimbra, já aposentado. Recentemente, escreveu no seu livro de Direito Constitucional, mais ou menos, em termos de conceito, aquilo que a professora Anna Cândida já escrevia há algumas décadas. Ele traz o seguinte conceito: *O esquema conceitual acabado de esboçar,...* e aqui está se referindo a algo dito antes, ... *permite-nos abordar criticamente o problema das transições ou mutações constitucionais*. Antecipando alguma coisa que será dita a propósito da revisão da Constituição, ... *considerar-se-á como transição constitucional, a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição, sem alteração do texto constitucional*. Em termos incisivos, diz ele, “... *muda o sentido sem mudar o texto*”.

De maneira bem sintética, é o que se entende por mutação ou, como Canotilho chama, transição constitucional. Ou seja, a alteração de sentido de um texto constitucional, de uma norma textualmente apresentada, é realizada, sem mudar seu texto. Quer dizer, não há um processo formal de mudança. Quando há uma emenda à Constituição, nós sempre mudamos o seu texto. Logo, quando vamos mudar ou acrescentar um artigo, suprimir um dispositivo, não importa, nós estaremos mudando o texto. Ao se tratar de mutação constitucional, não mudamos texto algum, embora o sentido da norma se altere. E é isso que o professor Canotilho diz nessa passagem, que é muito clara.

Então, vamos ter uma classificação: as mudanças da Constituição se dividem em: a) mudanças formais, que são as emendas ou a revisão constitucional; b) mudanças informais: são as mutações ou transições, como chama o professor Canotilho.

#### **4. Modalidades e constitucionalidade da mutação**

Feitas tais considerações, em sentido bem geral, passemos às modalidades de mutação.

A professora Anna Cândida foi muito didática, já na década de 80, dividindo sua obra em dois tipos de análise: primeiro, considerando o costume constitucional e, em segundo lugar, a interpretação constitucional. Então, temos duas modalidades de mutação: o costume e a interpretação.

Ao tratar da interpretação, por exemplo, ela dá todos os seus elementos; disserta sobre o método hermenêutico, diversos problemas ligados à interpretação e também aborda questões relativas ao costume. Trata do costume *praeter legem*, costume *contra legem*, usa as classificações de Teoria Geral do Direito que aprendemos, normalmente, no Direito Civil, no início do curso de Direito, mas em plano do Direito Constitucional. Claro que não temos tempo de examinar tudo isso com detalhes. Mas, até para justificar porque eu não vou entrar a fundo na questão do costume constitucional, concluí, depois de muitos anos, que esse assunto é importante apenas, ou fundamentalmente, em países com Constituição flexível. E aí, não é uma mutação constitucional, porque a mutação constitucional só tem sentido em um Estado que tenha Constituição rígida, formal. Justamente para diferenciar da mudança formal, temos a mudança informal. Se tudo for informal, não tem sentido se falar em mutação; é alteração constitucional pura e simplesmente. Claro que o costume é uma categoria importante de fonte de direito constitucional; mas isso é importante essencialmente em Estados com Constituição flexível, como é o caso da Grã-Bretanha, em que o costume tem o papel de preencher lacunas do direito escrito constitucional.

Uma das classificações mais conhecidas separa as Constituições flexíveis das rígidas. Outra classificação associada a esta separa Constituição orgânica, da inorgânica, ou a classifica em documental e não documental.

Essas classificações, muitas vezes, são confundidas com a classificação que não tem o menor sentido, que diz: “existem Constituições escritas e não escritas”. Isso porque não existe Constituição inteiramente não escrita. E esse, certamente, não é o caso da Grã-Bretanha, que tem uma Constituição que em parte é escrita. No entanto, é uma Constituição inorgânica, não documental, ou seja, não há um documento como existe no Brasil. Há apenas um conjunto de leis sobre matéria constitucional, como a Declaração de Direitos Fundamentais, por exemplo, e há costumes constitucionais que integram esse direito. Há também decisões judiciais que, por vezes, se incorporam ao Direito Constitucional. Em suma, há um pluralismo maior de fontes, se comparado a países como o Brasil. Ali nós temos, então, o costume ocupando um lugar relevante, porque diversos institutos na Grã-Bretanha são regulados por prática costumei-

ra, como é o caso do sistema de Governo. Como todos sabem, não há uma lei que estabeleça e que regule o Parlamentarismo na Grã-Bretanha. O que existe é uma prática de adoção do regime parlamentarista que, desde a Revolução Gloriosa, vem mudando seu perfil, até chegar aos dias de hoje com características de um parlamentarismo monista. Por exemplo, a confiança do Gabinete decorre do Parlamento, da Câmara dos Comuns, e não de manifestação de vontade da Chefia de Estado, ao contrário de países como a França e Portugal, que adotam parlamentarismos dualistas. Enfim, tem características próprias e que não decorrem de lei, de texto escrito.

O Brasil tem uma Constituição rígida, onde o campo para manifestação do costume constitucional é muito reduzido. Estudamos, geralmente, o Direito Constitucional formalizado; não o estudamos sob um ângulo material. E isso, por uma razão muito simples: porque o regime jurídico é o que interessa. Não dizemos, por exemplo, que determinada lei é ordinária, mas tem conteúdo constitucional, nem perguntamos se o regime jurídico será de uma lei ordinária ou de uma lei complementar. O que nos importa é o regime jurídico da formalidade constitucional, da rigidez, porque somente se altera disposição constitucional por meio de emenda. O que nos interessa, sob o ponto de vista do direito constitucional, é a Constituição formal.

Para os assuntos não formalizados constitucionalmente, ou seja, assuntos que estão fora da Constituição em seu sentido formal, não há espaço para o costume.

Haveria espaço ao costume para tratamento de institutos colocados na Constituição apenas “de passagem”, com alguma questão não formalizada, que permitisse que a prática assumisse lugar. Não me ocorre nenhum caso concreto e acho difícil que isso possa acontecer.

Em realidade, o costume constitucional no Brasil e em outros países com Constituição rígida, atua como auxiliar, como se fosse um elemento de interpretação da Constituição. Em algumas situações costumamos dizer: “a interpretação deveria ser esta”. Por exemplo, o instituto do artigo 52, X, da CF, relativo às Resoluções do Senado suspensivas de leis declaradas inconstitucionais pelo STF, em decisão definitiva, é alvo de uma discussão doutrinária. A doutrina sustenta que, uma vez que

o Supremo tenha declarado inconstitucional o dispositivo de uma lei, deverá enviar o ofício ao Senado. E, então, pergunta-se: estará o Senado obrigado a suspender a execução do dispositivo legal ou terá ele discricionariedade? Doutrinariamente, defendo a linha da discricionariedade do Senado. Há outros autores, como o professor Alexandre de Moraes, por exemplo, que entendem que é uma competência vinculada e o Senado é obrigado a suspender. A prática do Senado segue a linha da discricionariedade. A fundamentação, dada por ninguém menos que um emérito constitucionalista, o ex-senador Paulo Brossard, professor catedrático de Direito Constitucional no Rio Grande do Sul, Ministro da Justiça, Ministro do STF, ensina que a suspensão da execução sofre uma avaliação de necessidade, feita pelo órgão legislativo. Vale dizer que, se um dispositivo, por exemplo, com baixíssima aplicação, ou até transitório, foi declarado inconstitucional pelo Supremo, mas já gerou os seus efeitos, qual a necessidade de se suspender a execução? O dano causado pela inconstitucionalidade não justifica uma medida desse porte. Também não se deve ignorar, principalmente nos dias de hoje, que aquilo que é maioria no STF em um dia, pode ser minoria no dia seguinte. É perfeitamente possível que aquele mesmo assunto tenha uma orientação diferente em seguida, em um momento, por exemplo, de mudança de composição. Por isso é importante essa apreciação discricionária pelo Senado. Esta prática o Supremo tem. Mas não se trata de um costume “à moda inglesa”. Trata-se da confirmação de uma linha interpretativa. Logo, não vale muito a pena investigar essa modalidade de mutação, que é o costume constitucional.

O cerne da mutação constitucional no Brasil é a interpretação constitucional. Voltando ao conceito dado pelo professor Canotilho, trata-se da diferença entre texto e norma.

Os estudiosos mais antigos, como é o meu exemplo, não faziam essa distinção.

Em um curso com o Professor Manuel Pedro Pimentel, emérito professor de Direito Penal, ouvi algo que ainda hoje reputo importante. Dizia ele: *Olha, o pessoal fala que fulano de tal contrariou o Código Penal ou a lei penal. Em verdade, não contrariou a lei penal, contrariou a norma penal.*” E completava: *“Pois veja lá, o que o sujeito fez? Matou? A lei penal diz: Matar alguém. Então você está se comportando exatamente*



*te como diz a lei penal. Mas você contrariou uma norma penal implícita que é “não se deve matar alguém”.* O texto diz outra coisa, mas a norma diz que “não se deve matar alguém”, e é óbvio que o sentido é esse. Essa foi a primeira vez que ouvi essa distinção, feita pelo professor Manuel Pedro Pimentel, na década de 80.

Posteriormente os constitucionalistas se preocuparam em trabalhar muito esse tema e, o professor Canotilho é um dos que fizeram isso de forma muito enfática, até por influência alemã.

Em realidade, o texto é algo que só muda formalmente. A norma é o conteúdo do texto, depois do processo de interpretação. Em outras palavras, a norma é o resultado do processo de interpretação e não a base do processo de interpretação. A base é o texto normativo. A norma é o sentido que se dá ao texto ao cabo de um processo interpretativo. Algo que hoje é comum, mas naquela época, no passado, parecia um tanto desafiador. Enfim, a norma constitucional é produto de um processo de interpretação fundado no texto; o texto é a base do processo interpretativo, a base sobre a qual incidirá o processo de interpretação.

Desse contexto, surge a preocupação dos constitucionalistas que passaram a falar muito, a partir de Konrad Hesse e Friedrich Muller, no “limite da textualidade”. Trata-se de algo muito mal compreendido, porque muitos acham que o limite da textualidade é igual à interpretação literal, o que é um equívoco.

Em verdade, o que se quer dizer é o seguinte: o texto é um fator limitador que permite um espaço de interpretação. Não se pode reescrever texto interpretando. O texto é um dado que não é alterado pelo hermeneuta, pelo aplicador do direito. O aplicador do direito usa elementos no método de interpretação, que é um só: o método jurídico, que possui elementos variados, a saber, o literal, o histórico, o finalístico, o sistemático, etc. Esses vários elementos trabalham sobre um texto. O limite é a textualidade, mas não quer dizer que não possamos utilizar todos os elementos. Daí a afirmação de Friedrich Muller, em “Métodos de Direito Constitucional”, em uma nota de rodapé: “*Aqui na Alemanha não entenderam direito o conceito. ‘Limite da textualidade’ não é igual a interpretação literal*”. E é lógico que ele não quis dizer que a Constituição só pode ser interpretada literalmente. Óbvio que não é isso o que

afirma. O que está dizendo é que não se pode ignorar o texto. O texto tem um sentido mínimo, é um fator limitador. Portanto, o texto permite um espaço de interpretação, que é o que o professor Canotilho chama de “programa normativo”.

Sob esse contexto, temos possibilidades variadas, evidentemente, dando peso diferente ao elemento histórico, ao elemento literal etc., o que pode nos levar a resultados diferentes. Por exemplo, o cabimento ou não de embargos infringentes em decisões do STF. Verificamos duas linhas hermenêuticas possíveis; dois programas normativos. Um sustentando o cabimento dos embargos e, outro, em sentido contrário; ambos com bons fundamentos. Isso não significa ativismo judicial, mas apenas fidelidade aos cânones da hermenêutica. Há duas soluções perfeitamente possíveis e, a partir daí, se desenvolve certa discricionariedade do aplicador, que pode escolher uma ou outra.

Não se pode deixar de lado a necessidade de coerência do intérprete com o seu próprio histórico de interpretação, com o que escreveu antes, com o que julgou anteriormente. Daí, toda a preocupação do Ministro Celso de Mello em justificar sua corrente com base em posições anteriormente adotadas; uma boa maneira de fazer o direito no sentido técnico aqui estudado.

Há situações, contudo, em que isso não é possível, o que é extremamente preocupante na prática judicial. Para os meus alunos, didaticamente, digo assim: tem uma norma no elevador dizendo: “É proibido fumar”. Então, determinada pessoa entra no elevador com um cigarro aceso, lançando fumaça e, certamente, alguém diz: “Você está infringindo a lei”. A outra retruca: “Não estou infringindo a lei, não estou fumando. Fumar, como diria os bons dicionários, seria levar o cigarro à boca e tragar a fumaça. Estou portando um cigarro aceso, o que não é exatamente fumar”. Certamente, qualquer pessoa com conhecimento jurídico dirá que isso equivale a fumar para efeito da norma. A finalidade da norma é proteger o fumante passivo, é preservá-lo da aspiração de produtos químicos ligados aos cigarros que fazem mal à saúde etc. Ou seja, a norma é a proibição de fumar ou gerar fumaça em ambientes fechados. Saímos da literalidade do texto. O texto não está dizendo aquilo, mas é a finalidade que se deve extrair daquele texto normativo, o que não se confunde com situações em que os intérpretes têm, na verdade,

a intenção de “legislar”. Por exemplo, a pessoa entra no elevador com um aquário nas mãos e um usuário, incomodado, diz que é proibido. No caso está simplesmente legislando, inventando um texto. O incômodo proibido no exemplo da proibição do fumo no elevador é o advindo da fumaça. Pode-se também abordar essa situação, tomando-se por base uma orquestra. Os maestros sempre têm sua maneira de interpretar as partituras, as músicas já escritas. Mas podemos ouvir 3 ou 4 orquestras, com 3 ou 4 maestros diferentes, com variações de interpretação. Não reescrevemos a música, o texto musical, mas damos interpretações, por exemplo, quanto ao andamento. Essa é a diferença.

Pergunta-se: onde teríamos, então, a mutação? A mutação seria a alteração do sentido da norma constitucional, sem alteração do texto e nos limites permitidos. Caso contrário, passaremos ao plano da patologia constitucional, da mutação inconstitucional.

A professora Anna Cândida, para fazer-lhe justiça mais uma vez, se refere ao “costume contra a constituição”, dizendo não ser possível.

Costume constitucional não é fonte normativa, é um ilícito constitucional. É o direito adquirido à irregularidade. E no Brasil, inventou-se isso: direito adquirido à ilegalidade. Então a prática reiterada de uma ilegalidade é o “costume constitucional contra a Constituição”. E isso vira direito constitucional? Não tem o menor sentido. Não tem fundamento jurídico, científico.

A mesma coisa se diz em relação à interpretação. A interpretação admite essas variações, a chamada “livre constitution” do direito anglo-saxão e dos EUA, onde há uma Constituição escrita. Nesses países isso é muito rico porque adotam uma Constituição sintética, que é uma Constituição com o texto muito restrito. Sendo um texto muito restrito, a Constituição é preenchida a todo o momento por decisões, notadamente da Suprema Corte, compondo uma autêntica Constituição viva. Constituição que, como dizem, não está nos livros, mas que é praticada. Quem quiser entender sobre liberdade de religião nos EUA, não pode simplesmente pegar a Constituição e ler “é assegurada a liberdade de religião”. A interpretação, somente com esse dado, não é nada. O sentido de religião é diferente do nosso. Por exemplo, a educação doméstica, nos EUA, contém uma proposta no sentido de que os pais podem ensinar

os próprios filhos para libertá-los, talvez, de más influências. No Brasil, seria, provavelmente, um ilícito penal como, por exemplo, desamparo ao menor, etc. Lá, é um direito assegurado constitucionalmente, fundado na liberdade religiosa. Essa Constituição é um exemplo de Constituição viva, resultante de interpretações permitidas pelo seu texto.

No Brasil, não há uma Constituição sintética como no direito americano, anglo-saxônico e, por tal característica, é uma matriz de comparação. Os dois grandes sistemas, como todos sabem, são o da “Civil Law” e o da “Common Law”, sistemas muito diferentes, alicerçados em bases teóricas e com uma história completamente diferente. Então, nos EUA a Constituição escrita é incorporada a um sistema de direito não escrito, jurisprudencial, passando a ser vista mais como um referencial. Se é para ter uma Constituição, optam por uma Constituição sintética, já que o que interessa é a interpretação. Há um largo espaço para interpretação, porque isso é da cultura anglo-saxônica.

No sistema legicêntrico da “Civil Law”, estamos acostumados a seguir a lei. Aqui, o pensamento é totalmente contrário àquele. Resolveu-se introduzir aqui algo do direito anglo-saxônico, como a edição da súmula vinculante. Rapidamente a súmula (vinculante) se transformou, simplesmente, em uma fonte normativa, como é a lei, o decreto etc. Mas ela sofre um processo de interpretação e de revogação, da mesma maneira que o direito legislado. Faz parte de nossa cultura a adoção de institutos de outra cultura que acaba sendo biodigerida pelo sistema, e se transformando em mais um instituto de “Civil Law”.

A Constituição viva é legítima porque resulta de interpretações que são possíveis de serem dadas ao texto Constitucional dentro do sistema, no qual a decisão judicial cria o direito. Logo, quando se fala em ativismo judicial, alguns pesquisadores dizem estar desenvolvendo uma pesquisa fundada em direito anglo-saxônico. Ora, a pesquisa já começou mal. O ativismo, nos EUA, tem outro sentido. Lá, tem um sentido de uma interpretação não literal, ou seja, que deixa de lado o originalismo, as teorias mais conservadoras de interpretação, e vale-se de métodos de interpretação sistemático-teleológicos que resultam na evolução do Direito. Mas isso é feito com grande largueza e, às vezes, para o Brasil, significaria ativismo. Nosso sistema tem outra base, outra maneira de pontuar. Não estão preocupados com o texto normativo que o legisla-

dor edita. Estão preocupados com a aplicação e interpretação do texto gerando precedentes. Na verdade, estão preocupados com os fundamentos das grandes decisões da Suprema Corte, com as grandes decisões constitucionais. Então, o texto é uma referência. Para o Brasil, o texto é a lei. E é dela que se extrai a decisão, e a interpretação judicial age em um espaço muito bem delimitado.

Quando mudamos esse tipo de postulado, há confusão entre os sistemas. Vai se liquefazendo o sistema e o destruindo em suas próprias bases. Então, se há desrespeito ao texto, temos o ativismo, que é uma disfunção sistêmica. No Brasil, é algo contrário à Constituição; nos EUA, é usado com outro sentido. Assim, no Brasil haveria uma inconstitucionalidade em toda prática ativista de não interpretar a Constituição, mas de reescrevê-la, porque, simplesmente, isso contraria a separação de poderes, cláusula pétreia adotada pelo constituinte. Está escrito que não pode haver sequer discussão de uma proposta de emenda tendente a abolir essa cláusula. E isso tem a sua importância.

A “separação dos poderes”, por exemplo, é um princípio basilar do sistema constitucional brasileiro. Assim está escrito na Constituição e não há separação de poderes sem especialização funcional. Desta feita, quem é responsável por julgar, julga, podendo, excepcionalmente, enviar um projeto de lei à Casa Legislativa. Por exemplo, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN é de iniciativa do STF. Assim, o órgão envia o projeto à Casa Legislativa e depois são apresentadas emendas. É no Congresso Nacional que ocorre o trâmite das leis e não no Supremo, que sequer sancionará ou vetará o estatuto.

A atuação legislativa dos órgãos judiciais é mínima, da mesma maneira que o Executivo tem uma atuação no processo legislativo, mas muito bem delimitada na Constituição. A medida provisória, por exemplo, com suas características de uma “lei precária”, tem de ser confirmada e transformada em lei. Portanto, o predomínio na função legislativa é do Poder Legislativo.

O ativismo pode ocorrer em situações variadas. Da parte do Poder Judiciário, “legislar” em lugar do “legislar competente”, que é competência do Congresso e, por exemplo, não controlar e, sim, “fazer políticas públicas”, no lugar do Poder Executivo. Estas são situações de

disfunções sistêmicas e podemos discutir as mais variadas explicações como, por exemplo, a alegação de que o Congresso não faz no tempo devido o que deveria estar fazendo. Mas isso se conserta quando o Congresso passa a fazer o que deveria fazê-lo ao seu tempo, e não com a assunção de outro Poder fazendo suas vezes. Esses são casos de mutação constitucional.

## **5. Apreciação da Reclamação Constitucional nº 4.335**

Chego, finalmente, a um caso concreto em que podemos perceber claramente o problema de se incorporar certos modismos.

O Ministro Gilmar Mendes, por quem nutro profunda admiração pela qualidade de seu trabalho, é conhecido por sua grande criatividade. Publiquei uma obra sobre controle de constitucionalidade e, não obstante faça crítica a alguns de seus votos, e a algumas de suas posições doutrinárias, pedi a ele que fizesse o prefácio da obra. Como é uma pessoa de mentalidade democrática e aberta, o fez, ressaltando que discordava de várias questões abordadas no trabalho, mas, gentilmente, escreveu uma generosa apresentação.

O Ministro Gilmar é um construtor de jurisprudência. Sempre tem posições que impactam fortemente no cenário jurídico, e hoje é um dos Ministros, da atual composição, que tem maior impacto na jurisprudência da Suprema Corte.

Há algum tempo, o Ministro vem trabalhando em uma vertente contrária à minha. Tanto eu, quanto ele, defendemos que o controle de constitucionalidade deve ser concentrado, vale dizer, juiz (ou tribunal inferior) não deve declarar lei inconstitucional. Contudo, a forma utilizada para se chegar a esse resultado é profundamente diferente. A minha é por meio de emenda à constituição, tentando convencer a população, realizando debate político. Mudar a Constituição e adotar o controle concentrado vai impactar fortemente na divisão de competências no Supremo. Em outras palavras, deve-se mudar aquilo que o Supremo faz para transformá-lo em uma Corte Constitucional semelhante à europeia. O Ministro Gilmar, por sua vez, entende adequada a adoção do sistema concentrado, porém, pela via jurisprudencial. Daí, a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A ADPF já estava no texto constitucional, mas ninguém entendia o seu significado. O que todos conheciam era o fato de que seria julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Daí a criação de uma lei regulamentando o instituto.

Naquela época, o Ministro Gilmar, então na assessoria da Presidência, escreveu a respeito do que seria a ADPF. Preencheu um “cheque em branco” que o constituinte tinha deixado, e o fez numa linha surpreendente. Transformou a ADPF em uma verdadeira ação de inconstitucionalidade subsidiária. Vale dizer, quando não cabe Ação Direta, entramos com ADPF.

Não cabe Ação Direta, por exemplo, em face de direito municipal e contra direito pré-constitucional. E eu brinco sempre com quem atua na jurisdição constitucional, que é mais ou menos uma espécie de amuleto dos constitucionalistas, quer dizer, quando não cabe nada “Santa ADPF, ajudai-nos”! Quem sabe resolve.

Há muitos autores escrevendo que a lei da ADPF é inconstitucional, no todo ou em parte. Aliás, existe ADI em face desta lei. Vejo apenas inconstitucionalidade parcial, dando-lhe uma “interpretação conforme”.

Há, também, os que a acham perfeita, o que demonstra a grande polêmica que gira sobre o instituto.

No Brasil, não há controle concentrado porque não é só um órgão que julga a matéria constitucional. Contudo, isso é outra discussão.

Em matéria de controle da constitucionalidade incidental, os efeitos são *inter partes*. Isso é tão antigo quanto a história do controle de constitucionalidade dos EUA. O *Judice Review* sempre foi assim, efeito *inter partes* - bem verdade que lá, há os precedentes. O Ministro Gilmar defende que isso é ruim.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem uma sobrecarga de processos; o Tribunal julga a constitucionalidade de um dispositivo legal aplicado a um caso concreto e, em seguida, examinando outro caso semelhante ao anterior já julgado, tem de apreciar novamente a mesma discussão jurídica. Por isso houve a necessidade de criar-se uma espécie de vinculação aos fundamentos determinantes, à *ratio* da decisão tomada pelo STF. A estratégia proposta foi então - e sempre brinco assim - a

de “guerrilha jurídica”. Joga-se uma coisa vaga, que ninguém sabe o que é, e todo mundo aceita. Se for claro na legislação, uma parte concorda e outra discorda. Então, a melhor maneira de ir jogando é assim: por meio da “guerrilha jurídica”. O texto obscuro é colocado, todos acham que é uma coisa diferente e deixam passar. Depois que passou, “o cheque vai sendo preenchido!!”.

Mais ou menos assim é que se colocou a história do efeito vinculante; e ninguém sabe o que é. Até escrevi, certa vez, dizendo ser o enigma da esfinge: “Decifra-me ou te devoro”.

Efeito vinculante, o que é isso?

O Ministro Gilmar Mendes diz: “A ideia de efeito vinculante mostra que temos que fazer outra leitura do artigo 52 da Constituição, inciso X, quando diz que cabe ao Senado suspender a execução no todo ou em parte de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo. Isso tem que ser entendido, no sentido de que cabe ao Senado simplesmente publicar essa decisão, dar publicidade”. Em outras palavras, em uma só penada, reescreveu a Constituição e transformou o Senado em um “cartório” do Supremo incumbindo-lhe de dar publicidade a decisões dessa espécie. E o ministro o fez em um caso que bem se adequava à situação. Ele resolveu constitucionalizar a modulação de efeitos de decisão tomada pelo STF, o que padece, a meu juízo, de candente inconstitucionalidade, porque teria que ser por emenda à Constituição.

Pergunta-se: por que o fez em um Recurso Extraordinário em Ação Civil Pública e não em Ação Direta de Inconstitucionalidade? Porque iria dar azo a uma enorme discussão e, provavelmente, sucumbiria. Assim, escolheu um caso concreto, de um município pequeno no Estado de São Paulo chamado Mira Estrela, que só ficou conhecido no Brasil inteiro por causa desse processo.

O objeto dizia respeito à composição da câmara de vereadores e, então, indagou o Ministro: “isso é inconstitucional, mas vamos ficar apreciando todas as ações civis públicas que tratam disso? E, ainda argumentou: “Imaginem só o que vai acontecer. Todas as leis que os vereadores votaram serão consideradas nulas e inconstitucionais, o que não é verdade. Os atos praticados, ainda que com composição irregular, são válidos, havendo a teoria do funcionário de fato e tantas outras teorias para embasar.”



Em verdade, o que pretendia era aplicar a modulação em um caso concreto e não houve muita discussão. A Corte entendeu interessante e, a partir deste caso, passou-se a utilizar muito a modulação. Assim, apesar do instituto estar previsto em uma lei de controle abstrato, aplica-se com largueza a todas as situações.

Há uma questão relativa à progressão de regime de cumprimento da pena, nos casos de crimes hediondos. A lei dos crimes hediondos impedia terminantemente a questão da progressão da pena. Muitos diziam e, a meu ver, com razão, que isso era inconstitucional. O próprio Supremo começou a reconhecer essa inconstitucionalidade e depois a lei foi alterada. Contudo, no momento que se discutia isso, o Supremo julgava Habeas Corpus reiterados, declarando inconstitucional a vedação da progressão da pena. Então, era preciso entrar com Habeas Corpus individualizadamente. O STF, com uma grande sobrecarga, enfim, decidiu agir de forma diversa. Um juiz do Acre decidiu, em controle incidental, de forma contrária às decisões do Supremo. Parecia estar fundado em boa doutrina e jurisprudência, decidindo com base nos melhores doutrinadores de Direito Constitucional, inclusive nas lições do Ministro Gilmar. Entendeu não ser cabível a progressão, até que o STF declarasse a inconstitucionalidade em controle abstrato dessa lei. Argumentou que, talvez, a lei fosse revogada, mas como ainda não havia sido, continuava impedindo a progressão da pena. Claro, isso se resolveria com Habeas Corpus. Contudo, em vez de Habeas Corpus, a Defensoria Pública da União interpôs uma Reclamação (Rcl. 4335 AC), sob o fundamento de que o juiz descumpriu as decisões do Supremo. O STF resolveu da seguinte maneira: o inciso X do artigo 52 da CF teria que ser relido. No caso, não adiantaria fazer a releitura para que o Senado editasse uma Resolução suspensiva do artigo, até porque o Senado poderia não ser favorável a essa flexibilização da lei de crimes hediondos; poderia haver uma resistência política. Daí a interpretação de que ao Senado cabe a publicação da decisão proferida pelo STF. Se assim é, os fundamentos da decisão já têm efeitos “*erga omnes*” e, portanto, seriam vinculantes. É outra maneira de ver a Constituição. Isto foi dito, basicamente, por uma questão de preocupação com a questão prática.

Mas o Ministro Eros Grau polemizou o assunto, embora tenha acompanhado o voto do Ministro Gilmar. Em seguida, votou o Ministro

Joaquim Barbosa pelo não conhecimento da Reclamação. O Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, concedeu de ofício o Habeas Corpus, mas julgou improcedente a ação.

Criada a polêmica, duas posições foram inicialmente formadas no STF: os votos dos Ministros Gilmar e Eros Grau no sentido de interpretar a Constituição dessa forma que eu mencionei sobre os fundamentos determinantes da decisão, e a outra linha, que não conhecia ou julgava improcedente a Reclamação, mas sempre concedia o Habeas Corpus, de ofício, para o interessado.

O Ministro Lewandowski, recentemente, devolveu os autos e prolatou o seu voto na linha do não conhecimento da Reclamação, com concessão do Habeas Corpus de ofício. Contudo, em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Logo, temos hoje uma posição de três votos contra dois na linha não ativista, ou seja, na linha de que “não é dessa forma que se interpreta o artigo 52 da Constituição, inciso X”.

Nesse processo, destaco o voto do Ministro Eros Grau, porque trouxe, de forma candente, a questão da mutação.

Aos que se interessam pelo assunto, recomento a leitura de um artigo, inclusive, com uma crítica muito inteligente e competente sobre esse assunto, do Professor Lenio Luiz Streck, titular da UNISINOS-RS, intitulado “A nova perspectiva do STF sobre controle difuso. Mutações constitucionais e limites da jurisdição constitucional”. O Professor Lenio, que conhece bem o Direito Constitucional Alemão, primeiro demonstra que a questão da mutação surge, de fato, na Alemanha. Demonstra que Jellinek já havia tratado do tema, e que outro autor, frequentemente citado, Hsu-Dau-Lin, que escreveu na Alemanha sobre a Constituição da República de Weimar, debruçou-se também sobre a mutação. Isso tudo na década de 30, no século passado, demonstrando que a questão é antiga. Diz o professor Lenio que o problema era superar um positivismo ortodoxo na Alemanha. Então, nos anos 30, um período de grande conturbação institucional, tratava-se um pouco do reconhecimento da influência dos fatos sobre o direito. Um momento excepcional na vida de um Estado, em que se tem ameaça totalitária, a democracia não está assentada, a situação é de conturbação completa. Não se pode, sob tais condições, adotar um

livro como doutrina brasileira, 80 anos depois. É o problema do direito comparado. Enfim, o professor Lenio passa a demonstrar que isso não faz muito sentido nem mesmo lá na Alemanha, etc.

A certa altura, Lenio comenta sobre o que escreve o Ministro Eros Grau: “Registre-se, nesse ponto, que até a sofisticada argumentação de cunho hermenêutico do Ministro Eros perde terreno, mesmo que ele pretenda ver ancorada na dicotomia “texto e norma”, assim como a repercussão dessa tese na decisão de mutação constitucional. Ao que se depreende das assertivas do Ministro, tudo vira norma e com pretensões universalizantes, podendo, na mutação constitucional, o próprio texto soçobrar, colocando-se em lugar deste não apenas uma nova norma, mas sim, um novo texto, em face dos limites semânticos daquele texto que tinha e que era obsoleto”. É a questão que se colocava na Alemanha. O direito alemão positivo da década de 30 trazia textos com laivos de totalitarismo, o que explica a intenção de que fosse ignorado pela jurisprudência que a todos salvava, e que construiria uma “coisa santa” ao contrário do texto pecador feito pelo legislador.

O Ministro Eros Grau sustenta e, com isso concorda com o Ministro Gilmar, que cabe ao STF não apenas mudar a norma, “mas mudar o próprio texto constitucional”. E o texto do inciso X do artigo 52 foi efetivamente alterado. O ministro Eros Grau se pergunta: “o Ministro Gilmar Mendes, ao proceder a “mutação constitucional” não teria “excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe? Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?” E continua: “não houve qualquer anomalia de cunho interpretativo, pois o Ministro Gilmar teria apenas feito uma “autêntica mutação constitucional”. “Note-se bem que S. Excia. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação Constitucional”. Em outras palavras, o Ministro Eros Grau defende a mutação inconstitucional. Ele defende algo que não é lícito ao Supremo fazer. Felizmente, ao menos por enquanto, está 3x2 na linha contrária a isto, e ninguém vai acusar aqui o Ministro Sepúlveda Pertence de ser conserva-

dor, nem o Ministro Lewandowski, em matéria de interpretação. Penso que perceberam o grande problema que o STF está adentrando.

No momento em que o Supremo se autolegitima a produzir texto constitucional, se transforma em um grande legislador. É o que o professor Lenio, em posicionamento doutrinário - e ele é uma pessoa que tem posicionamentos extremamente avançados no campo do Direito Constitucional, sendo, às vezes, até criticado pelo excesso de progressismo - escreve: “*Afinal, cabe ao Supremo Tribunal Federal corrigir a Constituição?*” A resposta é: “*Não*”. E continua: “*Isto faria do Supremo um poder permanente e ilegítimo, afinal quais seriam os critérios de correção? Uma suposta ordem concreta de valores?*”. Daí ele está provocando os seguidores do Alexy, que são muitos no Brasil. “*Afinal, uma suposta ordem concreta de valores, um direito natural no estilo de Radbruch ...*” Aí vem a ironia do professor Lenio Streck, que faço também. Na verdade, tudo que está por trás desse pseudo-progressismo constitucional, do neoconstitucionalismo, dessa ordem concreta de valores etc., nada mais é do que o retorno ao direito natural e, portanto, um retorno de mais de dois séculos na concepção de direito.

O direito não é mais compreendido na função de uma objetividade: uma Constituição, dada pelo legislador, com limites claros ao aplicador, ainda que usando a criatividade de interpretação. É, simplesmente, entregue na mão do juiz para que faça justiça. É o justicialismo com alguma “tintura” de cultura jurídica. No fundo, é fazer aquilo que se acha justo, permitindo ao STF reescrever a Constituição. Depois, a própria Corte não segue o que reescreveu. Com isso, não se tem mais a segurança jurídica e a isonomia. E o direito, se tem algum sentido ainda nos dias de hoje, é exatamente para preservar isonomia e segurança. É para que as pessoas saibam que serão tratadas de maneira igual e que terão previsibilidade na sua conduta. Por exemplo, se um indivíduo comprar um imóvel hoje, investir as suas economias, saberá que as regras do contrato de compra e venda serão mantidas. No momento que se passa a transigir com isso, tudo é possível, sob claro signo da justiça.



# Presente e futuro da legislação ambiental no âmbito da proteção dos recursos naturais – o novo código florestal brasileiro<sup>1</sup>

Daniel Smolentzov<sup>2</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – Breves considerações acerca do Decreto federal nº 6.514/2008; 3 – Novo Código Florestal – vetos, Adis e suas repercussões; 4 – A atuação da PGE/SP; 5 – Conclusão.

---

## 1. Introdução

O consagrado princípio do desenvolvimento sustentável, pelo qual se estabelece que os recursos naturais serão utilizados de forma a se preservar para as futuras gerações o direito de terem acesso a estes mesmos recursos disponíveis às atuais gerações, impõe um eterno e delicado conflito entre os interesses econômicos e a preservação do meio ambiente.

Este conflito aflora de maneira contundente no Brasil dos dias atuais por conta do anseio de desenvolvimento econômico e social trazido por

---

1 Este artigo está relacionado com questões abordadas no evento "X Jornadas Luso-Brasileiras de Direito do Ambiente – Legislação Ambiental: Presente e Futuro, promovido pela Universidades Lusíada", ocorrido em 09 de outubro de 2013, com o apoio do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado.

2 Procurador do Estado de São Paulo responsável pela Coordenadoria de Defesa do Meio Ambiente do Gabinete do Procurador Geral do Estado. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Membro Titular do Conselho Estadual do Meio Ambiente do Estado de São Paulo (CONSEMA) e do Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo (CONDEPHAAT).

anos de estagnação e subdesenvolvimento do país. Pode-se dizer que a estabilização econômica alcançada a partir do Plano Real (1994) foi um marco para o desenvolvimento da economia brasileira e com isto um importante, diria até mesmo decisivo, fator para o acirramento dos conflitos impostos pela equação desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente.

Não custa lembrar que o Brasil, com sua dimensão continental, com seu posto de país mais rico em biodiversidade do mundo<sup>3</sup> e com o baixo índice de desenvolvimento econômico apresentado até a estabilização econômica, não precisou se preocupar em demasia com as problemáticas trazidas pela obrigação de se seguir o modelo estabelecido pelo desenvolvimento sustentável. Afinal, havia recursos naturais de sobra diante da demanda econômica do país.

Contudo, a crescente demanda por recursos naturais decorrente do aumento da produção do país imposta pela aceleração do crescimento econômico faz com que os defensores do meio ambiente passem a exercer a legítima pressão por maior controle do Estado Brasileiro sobre o uso deste bem intergeracional, buscando-se, com isso, concretizar o postulado estabelecido pelo desenvolvimento sustentável.

Nesse contexto, entrou em vigor no Brasil a Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a conhecida “lei dos crimes ambientais”. Para regulamentar a parte administrativa desta lei, foi editado o Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008, estabelecendo as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, bem como o processo administrativo para a apuração destas infrações.

## **2. Breves considerações acerca do Decreto Federal nº 6.514/2008**

Sobre a edição do citado decreto federal, vale transcrever as palavras do Deputado Federal Reinhold Stephanes:

A edição do Decreto 6.514/08 foi um dos maiores equívocos do governo federal, tanto que alertei para o fato de que nem o presidente Lula, nem o ministro Carlos Minc, recém-chegado ao Ministério do Meio

---

3 Informação extraída da Dissertação de Mestrado deste autor aprovada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (p. 100).

Ambiente, haviam lido o que assinaram. O decreto regulamentou a lei de crimes ambientais e fixou o prazo para que todos os proprietários rurais averbassem nos cartórios as áreas de Reserva Legal.<sup>4</sup>

As palavras do nobre Deputado Federal referem-se aos artigos 55 e 152 do Decreto Federal em análise<sup>5</sup>, que, de fato, traziam sanções para a ausência de averbação de reserva legal, obrigação exigida pelo antigo Código Florestal Brasileiro (Lei Federal nº 4.771/65 – vigente à época), impondo-se, em última alteração, a data de 11 de junho de 2012 como termo inicial para a aplicação das citadas sanções.

Em agosto de 2008, os Ministérios da Agricultura e do Meio Ambiente começaram a elaborar uma agenda comum para a reforma da legislação ambiental, já que não adiantava alterar apenas o decreto sem alterar pontos do Código Florestal. Afinal, adiar os prazos é postergar os problemas. No encontro, defendi a realidade agrícola, considerando que o Bioma Amazônico e regiões agrícolas consolidadas (onde se produz há décadas) precisavam ser tratados de forma diferente pela lei.

Para a reforma do Código Florestal, foi proposta pelo Ministério da Agricultura a modificação de, pelo menos, cinco itens:

1. Permitir a soma das APPs às reservas legais em propriedades rurais de até quatro módulos fiscais;
2. Autorizar o plantio de 50% da reserva legal com as florestas comerciais;
3. Prever a compensação ambiental fora da microbacia, desde que no mesmo bioma;
4. Aplicar o princípio do gradualismo para margens de pequenos rios e riachos; e
5. Manter a atividade agrícola em áreas já consolidadas, como o topo de morro e encostas.

---

4 STEPHANES, Reinhold. *Código Florestal. A Lei e Considerações*. Publicação sem editora distribuída pelo próprio Deputado Federal. Brasília, 2012, p.23-24.

5 Artigo 55, *caput*, do Decreto Federal nº 6.514/98: Deixar de averbar a reserva legal: Penalidade de advertência e multa diária de R\$50,00 (cinquenta reais) a R\$500,00 (quinhentos reais) por hectare ou fração da área de reserva legal. Artigo 152: O disposto no art.55 entrará em vigor em 11 de junho de 2012. [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) (02.10.2013).



Ao lado desses cinco pontos, a Câmara dos Deputados, por meio de uma Comissão Especial, passou a estudar uma mudança mais ampla, objetivando a elaboração do Código Florestal.<sup>6</sup>

### 3. Novo Código Florestal – vetos, ADIs e suas repercussões

Aberta a discussão para um novo Código Florestal Brasileiro, os interesses econômicos do agronegócio de um lado e os interesses de proteção dos recursos naturais de outro foram postos pelos diversos representantes de cada segmento da sociedade, gerando amplo e, por diversas vezes, acirrado debate no Poder Legislativo Federal. Aqui, ocorreu a primeira “grande batalha” reveladora das dificuldades de se concretizar o princípio do desenvolvimento sustentável.

O relatório do Deputado Federal Aldo Rebelo começou a ser produzido em agosto de 2009. Depois de longas negociações e mais de cem audiências públicas, o substitutivo foi aprovado, com 410 votos favoráveis e 63 contrários, em maio de 2011.

Da Câmara, o texto seguiu para a apreciação dos senadores, que aperfeiçoaram o projeto, o que regimentalmente provocou reanálise por parte dos deputados federais. Por sua vez, a Câmara aprovou parte do que o Senado alterara e os deputados eliminaram alguns itens.<sup>7</sup>

Aprovado o projeto de lei do novo Código Florestal Brasileiro no âmbito do Poder Legislativo, seguiu-se para apreciação do Poder Executivo. Neste momento, houve a segunda “grande batalha”:

#### “Veta, Dilma”

Desde que foi aprovado no Congresso, o novo código vem gerando polêmica entre ambientalistas e ruralistas. Movimentos organizados por entidades de proteção ambiental, como o “Veta, Dilma” e o “Veta tudo, Dilma” se espalham pelas redes sociais.

Personalidades como Fernanda Torres e Wagner Moura também se mobilizaram. No início do mês, a atriz Camila Pitanga chegou a quebrar o

6 STEPHANES, Reinhold. Código Florestal. A Lei e Considerações. Publicação sem editora distribuída pelo próprio Deputado Federal. Brasília, 2012, p.24-25.

7 STEPHANES, Reinhold. Código Florestal. A Lei e Considerações. Publicação sem editora distribuída pelo próprio Deputado Federal. Brasília, 2012, p.25-26.

protocolo em um evento em que era a mestre de cerimônias – e do qual Dilma e o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva participavam –, para pedir: “Veta, Dilma”.

O cartunista Maurício de Souza divulgou esta semana em seu Twitter um quadrinho em que aparece o personagem Chico Bento dizendo: “Veta tudim, dona Dirma”.<sup>8</sup>

Após intensa pressão social, a Presidente do Brasil, Dilma Rouseff, apresentou doze vetos ao texto encaminhado pelo Poder Legislativo, editando, no mesmo dia da promulgação do novo Código Florestal, a Medida Provisória nº 571, de 25 de maio de 2012, pela qual se alterou diversos dispositivos da citada lei. Referida medida provisória foi finalmente convertida na Lei Federal nº 12.722, de 17 de outubro de 2012.

Posto no ordenamento jurídico brasileiro o novo Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012), iniciou-se a terceira “grande batalha”. O Procurador-Geral da República ingressou com três ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 4.901, 4.902 e 4.903) junto ao Supremo Tribunal Federal questionando vinte e três artigos da nova legislação. O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) também ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4.937) para buscar a declaração de inconstitucionalidade de, afora alguns artigos já objeto das ADIs propostas pelo Procurador-Geral da República, mais três artigos do novo Código Florestal.

Desta forma, há no Brasil hoje quatro ações diretas de inconstitucionalidade questionando vinte e seis artigos da Lei Federal nº 12.651/2012, todas sob a relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, que estabeleceu nas três ADIs propostas pelo Procurador-Geral da República o rito mais célere previsto no artigo 12 da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> [www.g1.globo.com](http://www.g1.globo.com). Em 08.06.2012.

<sup>9</sup> Artigo 12 da Lei Federal nº 9.868/99: Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de 10 (dez) dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de 5 (cinco) dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Em linhas gerais, O Procurador Geral da República e o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) buscam a declaração de inconstitucionalidade dos artigos que, de alguma maneira, flexibilizam regras para as áreas de preservação permanente (APPs) e reserva legal, bem como trazem a regularização de áreas desmatadas ilegalmente.

O grande argumento jurídico utilizado para se buscar a inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados do novo Código Florestal é o princípio da vedação de retrocesso ambiental. Segundo apresentação do Projeto Florestar do Ministério Público do Estado de São Paulo:<sup>10</sup>

**Princípio da Vedação de Retrocesso Ambiental:**

– **Objetivo:** impedir a diminuição do nível de proteção normativa ambiental (material ou formal) aquém do **mínimo existencial ecológico** (qualidade ambiental indispensável à vida, com dignidade, das gerações presentes e futuras);

– **Bases e conteúdo:** mínimo existencial, garantia dos processos ecológicos essenciais, hiperproteção dos ecossistemas frágeis ou à beira do colapso e preservação absoluta das espécies ameaçadas de extinção. (BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Senado Federal. p. 63. Disponível em: [www2.senado.gov.br](http://www2.senado.gov.br)).

– **Imperativos jurídico-ambientais mínimos (núcleos jurídicos duros)**

- \* Preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais;
- \* Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país;
- \* Proteger a fauna e a flora e impedir práticas que coloquem em risco a extinção de espécies.

(BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: *O princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Senado Federal. p. 63. Disponível em: [www2.senado.gov.br](http://www2.senado.gov.br))

---

10 Apresentação do Projeto Florestar do Ministério Público do Estado de São Paulo pelo Centro de Apoio Operacional Cível e de Tutela Coletiva. Coordenadora: Dra. Lídia Helena Ferreira da Costa Passos. Membros: Drs. Adriano de Andrade de Souza, Luis Fernando Rocha e Tatiana Barreto Serra.

– **Amparo Constitucional:**

- \* Art.1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana);
- \* Art.4º, IX (princípio do progresso da humanidade);
- \* Art.60, §4º, IV (direitos fundamentais – cláusulas pétreas);
- \* Art.225, *caput*, e §1º, I, II e VII.

– **Amparo infraconstitucional:**

- \* Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966);
- \* Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969);
- \* Protocolo Adicional à Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1988);
- \* LPNMA, art.2º, *caput* (objetivo de preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida).

Nesta terceira “grande batalha”, agora no âmbito do Poder Judiciário, vivenciaremos no Brasil um grande embate jurídico sobre a constitucionalidade dos pontos mais relevantes do novo Código Florestal. Há, sem dúvida, inúmeros bons argumentos de um lado e de outro, que serão muito bem colocados por aqueles que defendem a expansão do agronegócio de um lado e a proteção mais contundente dos recursos naturais de outro. Caberá ao Supremo Tribunal Federal, todavia, neste caso concreto, equacionar e materializar o tão almejado e pregado princípio do desenvolvimento sustentável.

Enquanto não se define a constitucionalidade dos artigos de maior impacto do novo Código Florestal (até a presente data – 03.10.2013 – não há decisão do STF nas citadas ADIs), o Estado de São Paulo, seguindo o princípio da legalidade imposto à administração pública, está obrigado a operacionalizar e concretizar a nova legislação ambiental da forma como está posta atualmente no ordenamento jurídico. Com este objetivo, a Secretaria de Estado do Meio Ambiente (SMA) formou um grupo de trabalho, que contou com a presença da Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica da citada Secretaria, Dra. Silvia Helena Nogueira Nascimento, para analisar todos os artigos do atual Código Florestal. O resultado deste grupo de trabalho foi enviado ao Gabinete do Sr. Secretário do Meio Ambiente, que, após análise, encaminhou à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, trinta e uma questões relativas à aplicação do novo Código Florestal.

#### 4. A atuação da PGE/SP

No âmbito do Gabinete do Sr. Procurador Geral do Estado, foi formado um grupo de trabalho composto por oito Procuradores do Estado com a incumbência de responder aos questionamentos formulados pela Secretaria do Meio Ambiente. A orientação jurídica apresentada pelo citado grupo de trabalho contou com a aprovação do Sr. Procurador Geral do Estado.

Da orientação jurídica dada pela Procuradoria Geral do Estado, destaco dois pontos que me pareceram mais relevantes:

**PRIMEIRO PONTO – Art. 68.** Os proprietários ou possuidores de imóveis rurais que realizaram supressão de vegetação nativa respeitando os percentuais de Reserva Legal previstos pela legislação em vigor à época em que ocorreu a supressão são dispensados de promover a recomposição, compensação ou regeneração para os percentuais exigidos nesta Lei.

§ 1º Os proprietários ou possuidores de imóveis rurais poderão provar essas situações consolidadas por documentos, tais como a descrição de fatos históricos de ocupação da região, registros de comercialização, dados agropecuários da atividade, contratos e documentos bancários relativos à produção, e por todos os outros meios de prova em direito admitidos. (...)

O artigo 68 da Lei Federal 12.651/2012 cuida de outra exceção à observância dos percentuais gerais mínimos de Reserva Legal de que trata o artigo 12 do mesmo diploma legal, impondo regras específicas para a instituição da Reserva Legal na hipótese por ele versada.

O artigo em referência pressupõe a existência de percentual de Reserva Legal previsto em lei, diverso e inferior aos limites mínimos impostos pelo artigo 12 da Lei 12.651/2012, e que teria sido observado quando da supressão da vegetação nativa localizada em imóvel rural, demandando um estudo da criação, evolução e alteração do referido instituto na legislação pátria e, em especial, a sua incidência no âmbito do Estado de São Paulo.

Portanto, a aplicação do dispositivo incide apenas a partir da efetiva previsão normativa do instituto da Reserva Legal, tanto que assim mencionado com letras maiúsculas na Lei Federal 12.651/2012, não ha-

vendo que se falar de sua incidência também para áreas em que a legislação ambiental teria determinado a manutenção de parte da cobertura nativa como condição para a supressão da vegetação, desvinculada, ou ainda, antes da criação do instituto da Reserva Legal.

Veja-se que o Código Florestal instituído pelo Decreto Federal 23.793, de 23 de janeiro de 1934, não previa o instituto da Reserva Legal e, por consequência, a sua averbação, embora contemplasse em seu artigo 23 que nenhum proprietário de terras cobertas por matas poderia abater mais de três quartas partes da vegetação existente, salvo nas hipóteses dos artigos 24 (vegetação plantada pelo próprio proprietário sem compensação conferida pelos poderes públicos) e 51 (transformação de florestas heterogêneas em homogêneas, mediante assinatura, perante a autoridade florestal, de termo de obrigação de replantio e trato cultural por prazo determinado, com as garantias necessárias).

No que diz respeito ao Código Florestal, instituído pela Lei Federal 4.771, de 15 de setembro de 1965, constata-se que a redação original do artigo 16 já previa o respeito ao limite mínimo de 20% da área de cada propriedade com cobertura arbórea, nas regiões Leste-Meridional, Sul e Centro-Oeste, a critério da autoridade competente, não havendo, também, menção ao instituto da Reserva Legal nem a obrigatoriedade de averbação da área perante o registro de imóveis. O artigo 15 do Código em questão proibia, ainda, a exploração sobre a forma empírica das florestas primitivas da Bacia Amazônica, que só poderiam ser utilizadas em observância a planos técnicos de condução e manejo, a serem estabelecidos por ato do Poder Público, editados no prazo de um ano. Nos termos do artigo 44 da lei em comento, para a Região Norte e na parte norte da Região Centro-Oeste, enquanto não fosse editado o decreto referido no artigo 15, a exploração a corte raso só era admitida desde que fosse mantida com cobertura arbórea pelo menos 50% da área de cada propriedade. Portanto, não há que se questionar a incidência da regra constante do artigo 68 da Lei Federal 12.651/2012 em relação a tais obrigações.

Somente com a edição da Lei Federal 7.803, de 18 de julho de 1989, que alterou o Código Florestal de 1965, surgiu o instituto da Reserva Legal, a ser averbada na matrícula do imóvel, observado o percentual mínimo de 20% do imóvel rural, consoante especificado no artigo 16:

“Art. 16 ....

(...)

§ 2º A reserva legal, assim entendida a área de, no mínimo, 20% (vinte por cento) de cada propriedade, onde não é permitido o corte raso, deverá ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento da área.

§ 3º Aplica-se às áreas de cerrado a reserva legal de 20% (vinte por cento) para todos os efeitos legais.”

De acordo com a nova redação dada ao artigo 44, foi acrescentado o parágrafo único ao citado dispositivo, que passou então a considerar como área de Reserva Legal o percentual mínimo de 50% da área do imóvel nas hipóteses tratadas no *caput* (Região Norte e parte norte da Região Centro-Oeste).

Posteriormente à criação do Instituto da Reserva Legal em 1989 constatam-se inúmeras e sucessivas alterações ao Código de 1965, no que concerne ao percentual a ela aplicável, que foi modificado para determinadas regiões do país.

Pela Medida Provisória 1.511, de 25 de julho de 1996, a exploração a corte raso só era admitida mediante a manutenção de cobertura arbórea de, no mínimo, 50% de cada propriedade, a título de Reserva Legal, em áreas agrícolas na Região Norte e na parte norte da Região Centro-Oeste, sendo que, nas propriedades onde a cobertura arbórea fosse constituída de fitofisionomias florestais, era vedado o corte em 80% (art.44). Tais percentuais foram mantidos pela Medida Provisória 1.605-18, de 11 de dezembro de 1997.

Já pela Medida Provisória 1.736-31, de 14 de dezembro de 1998, o artigo 44 do Código Florestal foi alterado para reduzir o percentual da Reserva Legal para 20% na Região Norte e na parte norte da Região Centro-Oeste, quando se tratasse de área coberta por cerrado, mantido o percentual de 50% como regra geral. Esta norma foi mantida pelas Medidas Provisórias 1.885-38, de 29 de junho de 1999, e 1.956-44, de 09 de dezembro de 1999, e respectivas reedições.

Com a edição da Medida Provisória 2.080-58, de 27 de dezembro de 2000, há alteração dos percentuais da Reserva Legal, na seguinte conformidade, em face da nova redação conferida ao art.16 do Código Florestal:

**“Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:**

**I – oitenta por cento, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal;**

**II – trinta e cinco por cento, na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia Legal, sendo no mínimo vinte por cento na propriedade e quinze por cento na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia, e seja averbada nos termos do § 7<sup>o</sup> deste artigo;**

**III – vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e**

**IV – vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.”**

A Medida Provisória 2.166-65, de 28 de junho de 2001, reeditada no mesmo sentido até a Medida Provisória 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, manteve a regra constante da Medida Provisória 2.080-58, de 2000, no que toca aos percentuais da Reserva Legal.

Assim sendo, verifica-se que o disposto no artigo 68 da Lei Federal 12.651/2012 não tem aplicação para o Estado de São Paulo, eis que o percentual mínimo de 20% da Reserva Legal, a ser devidamente averbada perante a inscrição imobiliária, não sofreu qualquer alteração legislativa desde a sua instituição. A exceção trazida pela norma tem incidência apenas para aquelas áreas em que o percentual mínimo inicial instituído pela Lei Federal 7.803/89 foi posteriormente ampliado mediante as várias Medidas Provisórias editadas.

Constata-se, portanto, que o legislador houve por bem dar especial atenção para aqueles proprietários ou possuidores de imóveis rurais que,



embora tenham respeitado o percentual de Reserva Legal vigente quando da supressão da vegetação nativa, não tiveram o cuidado de proceder à sua averbação perante o registro imobiliário, consoante legalmente estabelecido. Reconheceu-se, assim, que o descumprimento desta parte do mandamento legal não poderia vir a onerar aquele que de fato respeitou o meio ambiente de acordo com os parâmetros fixados para o instituto da Reserva Legal, ainda que estes percentuais tenham sido posteriormente ampliados.

EMENTA: INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 68 DA LEI FEDERAL 12.651/2012 NO ESTADO DE SÃO PAULO. INALTERABILIDADE, EM TERRITÓRIO BANDEIRANTE, DO INSTITUTO DA RESERVA LEGAL DESDE SUA CRIAÇÃO COM A LEI FEDERAL 7.803/1989.<sup>11</sup>

**SEGUNDO PONTO – Art. 66. O proprietário ou possuidor de imóvel rural que detinha, em 22 de julho de 2008, área de Reserva Legal em extensão inferior ao estabelecido no art. 12, poderá regularizar sua situação, independentemente da adesão ao PRA, adotando as seguintes alternativas, isolada ou conjuntamente:**

**I – recompor a Reserva Legal;**

**II – permitir a regeneração natural da vegetação na área de Reserva Legal;**

**III – compensar a Reserva Legal.**

(...)

**§ 5º A compensação de que trata o inciso III do caput deverá ser precedida pela inscrição da propriedade no CAR e poderá ser feita mediante:**

**I – aquisição de Cota de Reserva Ambiental – CRA;**

**II – arrendamento de área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal;**

**III – doação ao poder público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público pendente de regularização fundiária;**

---

<sup>11</sup> Relatório aprovado pelo Sr. Procurador Geral do Estado de São Paulo, do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 10, de 19 de abril de 2013, p.43-48 e p.51-60.

IV – cadastramento de outra área equivalente e excedente à Reserva Legal, em imóvel de mesma titularidade ou adquirida em imóvel de terceiro, com vegetação nativa estabelecida, em regeneração ou recomposição, desde que localizada no mesmo bioma.

§ 6º As áreas a serem utilizadas para compensação na forma do § 5º deverão:

I – ser equivalentes em extensão à área da Reserva Legal a ser compensada;

II – estar localizadas no mesmo bioma da área de Reserva Legal a ser compensada;

III – se fora do Estado, estar localizadas em áreas identificadas como prioritárias pela União ou pelos Estados.

§ 7º A definição de áreas prioritárias de que trata o § 6º buscará favorecer, entre outros, a recuperação de bacias hidrográficas excessivamente desmatadas, a criação de corredores ecológicos, a conservação de grandes áreas protegidas e a conservação ou recuperação de ecossistemas ou espécies ameaçados. (...)

## Regra geral

O artigo 66 da Lei Federal 12.651/2012, relativo à regularização da Reserva Legal, somente pode ser interpretado à luz da regra geral constante do artigo 12 do mesmo diploma legal, segundo a qual, excetuados os casos previstos no artigo 68, **todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa a título de Reserva Legal**, observados os percentuais constantes dos incisos I e II do dispositivo em questão, e cuja localização, nos termos do artigo 14 da lei em análise, deverá levar em consideração os seguintes critérios: (i) o plano de bacia hidrográfica; (ii) o Zoneamento Ecológico-Econômico; (iii) a formação de corredores ecológicos com outra Reserva Legal, com Área de Preservação Permanente, com Unidade de Conservação ou com outra área legalmente protegida; (iv) as áreas de maior importância para a conservação da biodiversidade; e (v) as áreas de maior fragilidade ambiental.

Certamente que a consulta ao plano de bacia hidrográfica e ao zoneamento ecológico-econômico pressupõe a sua existência. Contudo, ainda que inexista o plano de bacia hidrográfica, deverá ser considerada

a bacia respectiva para a aprovação da localização da Reserva Legal a ser instituída no imóvel, não apenas em razão do que determina a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, mas também em face da Lei 8.171/1991, que instituiu a Política Agrícola, e que considera as bacias hidrográficas como “unidades básicas de planejamento do uso, conservação e recuperação dos recursos naturais” (artigo 20).

De acordo com o § 1º do citado artigo 14, compete ao órgão estadual integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, ou instituição por ele habilitada, aprovar a localização da Reserva Legal após a inclusão do imóvel no Cadastro Ambiental Rural – CAR de que trata o artigo 29 do Código Florestal. Logo, a instituição da Reserva Legal não constitui ato discricionário do proprietário ou possuidor do imóvel rural, mas sim obrigação que deve observar as condições impostas pela Lei Federal 12.651/2012, a ser **aprovada pelo órgão ambiental segundo critérios de ordem técnica impostos pela lei.**

### **Regularização de imóveis rurais no que toca às áreas consolidadas em reserva legal**

Assim, o artigo 66 cuida, em caráter excepcional, da regularização dos imóveis rurais que, em 22 de julho de 2008, detinham área recoberta com vegetação nativa em extensão inferior ao percentual estabelecido no artigo 12, em razão do uso consolidado de parte da área que deveria ser destinada à Reserva Legal, contemplando, para tanto, algumas alternativas que podem ser adotadas, isolada ou conjuntamente, independentemente de adesão ao Plano de Regularização Ambiental – PRA. Tais alternativas abrangem a própria recomposição da Reserva Legal do imóvel rural, a ser concluída em até 20 (vinte) anos; a adoção de ações que permitam a regeneração natural da vegetação; e a compensação da Reserva Legal, nos termos dos incisos I a III do artigo 66.

Embora o dispositivo não exija que a regularização seja efetivada por meio do Plano de Regularização Ambiental – PRA na hipótese em questão, a aprovação pelo órgão ambiental da alternativa a ser adotada para a regularização da Reserva Legal não se encontra dispensada em absoluto, devendo ser realizada de modo fundamentado, levando-se em conta as demais disposições da Lei 12.651/2012.

A regra é a instituição da Reserva Legal no próprio imóvel, mediante a adoção das alternativas de recomposição da vegetação nativa ou de condução da regeneração natural, sempre que tais medidas se apresentarem, sob o aspecto técnico, indicadas à luz dos critérios constantes do artigo 14 da Lei Federal 12.651/2012, levando-se em conta as funções da Reserva Legal mencionadas no artigo 3º, III. Assim, somente quando tecnicamente não se mostrarem indicadas a recomposição da vegetação nativa e/ou a adoção de ações que permitam a sua regeneração natural no próprio imóvel, à luz de tais critérios, é que poderá ser autorizada a compensação da Reserva Legal.

Cabe destacar que os imóveis rurais com área de cobertura vegetal nativa em percentual inferior ao indicado no artigo 12 da Lei Federal 12.651/2012, após 22 de julho de 2008, deverão, obrigatoriamente e por meio do Plano de Regularização Ambiental – PRA, proceder à regularização ambiental mediante a recomposição da vegetação nativa no próprio imóvel, não sendo admitida a utilização da compensação para tal fim. No mesmo sentido, os imóveis rurais que em 22 de julho de 2008 não possuíam cobertura vegetal nativa, deverão regularizar-se por intermédio do Plano de Regularização Ambiental – PRA e não poderão se valer de quaisquer dos institutos da compensação ambiental.

### **Compensação da reserva legal**

No que diz respeito à compensação da Reserva Legal, o § 5º do artigo 66 da Lei Federal 12.651/2012, faculta seja efetivada por meio de: (i) aquisição de Cota de Reserva Ambiental – CRA; (ii) arrendamento de área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal; (iii) doação ao Poder Público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público pendente de regularização fundiária; e (iv) cadastramento de outra área equivalente e excedente à Reserva Legal, em imóvel da mesma titularidade ou adquirida em imóvel de terceiro, com vegetação nativa estabelecida, em regeneração ou recomposição, desde que localizada no mesmo bioma.

Para a utilização das áreas para a compensação de que trata o § 5º do artigo 66, o § 6º do referido dispositivo legal impõe as seguintes condições: (i) equivalência em extensão à área da Reserva Legal a ser

compensada; (ii) localização no mesmo bioma da Reserva Legal a ser compensada; e (iii) se fora do Estado, estar localizada em áreas identificadas como prioritárias pela União ou pelos Estados, objetivando-se favorecer, entre outros requisitos, a recuperação de bacias hidrográficas excessivamente desmatadas, a criação de corredores ecológicos, a conservação de grandes áreas protegidas e a conservação ou recuperação de ecossistemas ou espécies ameaçados.

A escolha da forma pela qual será efetivada a compensação ambiental, levando-se em conta as alternativas admitidas de forma expressa pela Lei Federal 12.651/2012, constitui prerrogativa do proprietário ou possuidor do imóvel rural, e que deverá ser aprovada pelo órgão ambiental, desde que estejam cumpridas exclusivamente as condições impostas pelo § 6º do artigo 66 da citada lei.

Nesse sentido, não há que se falar na exigência de cumprimento das condições constantes do artigo 14 da Lei Federal 12.651/2012 para que o imóvel rural possa ser regularizado, no que toca à Reserva Legal, mediante quaisquer dos instrumentos de compensação ambiental. Isto porque a análise de tais requisitos já teria sido efetivada pelo órgão ambiental quando da autorização da compensação da Reserva Legal, tendo, portanto, sido descartada a necessidade de recomposição da vegetação nativa ou mesmo de condução de sua regeneração natural no próprio imóvel.

Ademais, os requisitos de que trata o artigo 14 da Lei Federal 12.651/2012 também já teriam sido necessariamente observados quando da aprovação pelo órgão ambiental de áreas destinadas à compensação da Reserva Legal, não havendo, portanto, que se falar novamente na sua incidência.

### **Compensação da reserva legal em outro estado**

No que diz respeito à compensação da Reserva Legal em outro Estado, prevista no § 6º do artigo 12 da lei em questão, verifica-se, ainda, a necessidade de cumprimento de outras condições, à vista de sua especificidade e das regras constantes do § 7º do referido artigo.

Neste sentido, somente poderá ocorrer a compensação da Reserva Legal entre Estados vizinhos que partilhem a mesma bacia hidrográfica de

interesse nacional, levando-se em conta as áreas definidas como prioritárias, a fim de que se possa dar efetivo atendimento às funções da Reserva Legal e aos objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos e da Política Nacional do Meio Ambiente. Apenas o interesse nacional, aplicado com respeito à autonomia administrativa e política de cada Estado, poderá amparar a compensação da Reserva Legal em Estado diverso daquele em que se localiza o imóvel rural objeto da regularização ambiental.

Veja-se que a Lei Federal 9.433/1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, indica a bacia hidrográfica como a unidade territorial para sua implementação, contemplando, entre outras diretrizes gerais, a integração dos recursos hídricos com a gestão ambiental e a articulação dos recursos hídricos com o uso do solo. Segundo a referida lei, os planos de recursos hídricos constituem instrumento fundamental da Política Nacional de Recursos Hídricos e deverão ser elaborados por bacia hidrográfica, por Estado e para o País e ser aprovados pelos respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica. A lei determina, ainda, a articulação entre a União e os Estados tendo em vista o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum. Logo, o compartilhamento da bacia entre os Estados é de rigor.

Além da mesma bacia, para que o interesse comum seja atendido faz-se necessário que os Estados que compartilham a mesma bacia sejam vizinhos. Tanto é que a Lei Estadual 7.663/1991, que instituiu no âmbito do Estado de São Paulo a Política Estadual de Recursos Hídricos, estabelece de forma expressa o dever de articulação com os Estados vizinhos, a União e os Municípios, para o aproveitamento e controle dos recursos hídricos do território do Estado de São Paulo, levando-se em conta, entre outras ações, a proteção do meio ambiente, consoante art. 8º abaixo transcrito:

“Artigo 8.º – O Estado, observados os dispositivos constitucionais relativos à matéria, articulará com a União, outros Estados vizinhos e municípios, atuação para o aproveitamento e controle dos recursos hídricos em seu território, inclusive para fins de geração de energia elétrica, levando em conta, principalmente:

I – a utilização múltipla dos recursos hídricos, especialmente para fins de abastecimento urbano, irrigação, navegação, agricultura, turismo, recreação, esportes e lazer;

II – o controle de cheias, a prevenção de inundações, a drenagem e a correta utilização das várzeas;

III – a proteção de flora e fauna aquáticas e do meio ambiente.”

Deste modo, no que concerne à compensação ambiental da Reserva Legal em outro Estado, levando-se em conta os requisitos acima indicados e o interesse nacional que extrapola o interesse específico de cada um dos Estados envolvidos, verifica-se ser aplicável a Resolução 32, de 15 de outubro de 2003, editada pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos, que definiu a divisão hidrográfica para todo o território nacional. Assim, no âmbito do Estado de São Paulo, a compensação ambiental da Reserva Legal em Estados vizinhos estará adstrita às Bacias Hidrográficas do Paraná e do Atlântico Sudeste, uma vez que somente estas foram as bacias indicadas como de interesse nacional que cortam o Estado.

É de se ressaltar, ainda, à vista da competência comum conferida pelo artigo 23 da Constituição Federal aos entes federativos, no que se refere à proteção e fiscalização do meio ambiente, que a compensação da Reserva Legal em imóvel localizado em Estado diverso do imóvel objeto de regularização ambiental somente poderá ser autorizada pelo Poder Público caso haja um convênio em vigor firmado entre ambos os Estados, a fim de que seja assegurado o controle efetivo da manutenção da Reserva Legal compensatória, uma vez que o poder de polícia somente pode ser exercido no âmbito do território de cada Estado. Assim, necessária a instrumentalização da colaboração entre os Estados, de acordo com o que estabelece o parágrafo único do artigo 23 da Carta Magna e o previsto na Lei Complementar 140/2011, para que o controle da efetividade da compensação da Reserva Legal possa ser exercido de forma plena e eficaz, observando-se os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente e as diretrizes da Política Nacional de Recursos Hídricos, sob pena de flagrante ilegalidade.

Por fim, à luz das novas regras trazidas pela Lei Federal 12.651/2012, caberá a revisão do Decreto Estadual 53.939/2009, no que diz respeito à instituição e à compensação da Reserva Legal, a fim de compatibilizá-lo com a norma federal, uma vez que todas as disposições conflitantes com a norma geral encontram-se derogadas.

**EMENTA:** ARTIGO 66 DA LEI FEDERAL 12.651/2012. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM O ARTIGO 12 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. REGULARIZAÇÃO DE ÁREA DE RESERVA LEGAL. APROVAÇÃO PELO ÓRGÃO AMBIENTAL. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO FLORESTAL. COMPENSAÇÃO ENVOLVENDO MAIS DE UM ESTADO. SOMENTE ENTRE ESTADOS VIZINHOS QUE PARTILHEM A MESMA BACIA DE INTERESSE NACIONAL, DESDE QUE HAJA CONVÊNIO ENTRE ELES.<sup>12</sup>

Os dois pontos destacados da orientação jurídica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo refletem a complexidade das novas normas trazidas pelo atual Código Florestal Brasileiro, evidenciando quão delicada é a concretização no mundo físico da equação proposta pelo princípio do desenvolvimento sustentável.

## **5. Conclusão**

Apesar de todas as dificuldades apontadas, o desenvolvimento sustentável é a única forma real de preservação dos recursos naturais para as futuras gerações, mantendo-se, com isso, a continuidade da vida humana na Terra.

Talvez o modelo de comando e controle vivenciado pelo Estado Brasileiro não seja o mais adequado para a integral preservação do meio ambiente. Sem dúvida, trata-se de modelo importante e deve permanecer. Todavia, para que se alcance a preservação na íntegra dos recursos naturais, o Brasil deve buscar outros modelos complementares. Nesta linha, o incremento das unidades de conservação da natureza e o pagamento por serviços ambientais parecem-me um bom caminho a seguir, pois constituem formas de se tornar mais isonômico os ônus gerados com a preservação do meio ambiente, retirando-se do produtor rural a sensação de desigualdade muito presente em razão de institutos como a reserva legal.

---

12 Relatório aprovado pelo Sr. Procurador Geral do Estado de São Paulo, do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 10, de 19 de abril de 2013, p.43-48 e p.51-60.





# Arbitragem e Estado<sup>1</sup>

Paulo Osternack Amaral<sup>2</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – Argumentos de ordem constitucional; 3 – Argumentos de ordem infraconstitucional e infralegal; 4 – Casuística.

---

## 1. Introdução

Arbitragem é um mecanismo alternativo (ou, mais modernamente, adequado) de soluções de controvérsias por meio do qual as partes, no âmbito da autonomia da vontade, escolhem um ou mais particulares para resolver o seu litígio.

Para atuar como árbitro, não é preciso que o sujeito goze de características excepcionais. Basta que seja capaz e de confiança das partes. Não precisa ter formação jurídica, nem mesmo é necessário ter curso superior. Claro, quando se trata de um litígio especializado, de uma controvérsia mais complexa, é natural que se procure alguém com capacidade técnica superior à que encontraríamos, por exemplo, no Poder Judiciário.

Não existe arbitragem obrigatória no Brasil. A utilização do mecanismo é convencional. Isso não significa que as partes possam escolher não se submeter a uma arbitragem já convencionada. A ideia central aqui é a seguinte: as pessoas só saem da arbitragem da forma que entram (de forma convencional). Logo, se uma cláusula arbitral foi validamente firmada, as partes estão vinculadas a ela. Só poderão ir ao Poder Judiciário, caso haja um consenso também nesse sentido.

---

1 O presente texto consiste em transcrição de palestra proferida no 49º Curso de Atualização Jurídica, promovido pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, na cidade do Guarujá-SP, em 20/09/2013.

2 Advogado em Curitiba, professor de Pós-Graduação, Doutorando e Mestre em Direito Processual pela USP.

Há três requisitos para que um conflito seja submetido validamente à arbitragem. A capacidade contratual, no âmbito subjetivo; e a patrimonialidade e a disponibilidade do direito, no plano objetivo. É o que se extrai da interação da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) e do Código Civil (artigos 851 e 852), que compõem a legislação geral sobre arbitragem no Brasil.

A parte mais sensível ao tema da Arbitragem envolvendo o Estado é a questão da disponibilidade.

A partir disso, a minha ideia não é subverter nenhum dogma, nenhum princípio do direito administrativo, mas trazer apenas algumas ponderações, algumas reflexões que me atormentam, de alguma forma, há muitos anos. Pretendo compartilhar certas inquietações sobre pontos polêmicos extraídos de situações concretas envolvendo a arbitragem e o Poder Público.

Tomo a liberdade de fazer uma relação dos pontos que me parecem mais sensíveis a respeito do tema e que ainda geram alguma perplexidade – seja na doutrina, seja na jurisprudência.

Dividi tais pontos, sistematicamente, em argumentos de ordem constitucional, de ordem infraconstitucional, e argumentos de ordem infralegal. Todos esses argumentos já foram utilizados, em algum momento, para tentar impedir uma arbitragem em caso concreto. Não se trata, portanto, de uma cogitação em tese; são reflexões a partir de experiência prática.

## **2. Argumentos de ordem constitucional**

O primeiro aspecto é o que trata da indisponibilidade no âmbito constitucional. Há um princípio que é carregado com muito vigor pelo professor Celso Antonio Bandeira de Mello, que é o da “supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o particular”. Segundo tal princípio, os interesses do Estado se sobrepõem, em qualquer hipótese, sobre os interesses particulares em razão de o Poder Público sempre perseguir o interesse público. Como o interesse público é indisponível, não cabe a ninguém transigir em relação a ele. Logo, como o Estado sempre busca o interesse público, o qual é indisponível, os seus interesses devem sempre se sobrepor ao interesse particular. Por uma série de motivos, a meu ver, além de não encontrar respaldo na Constituição, esse

argumento está superado. Sintetizarei da seguinte forma: se esse entendimento fosse correto, seria impossível que um particular fosse titular de direitos em face do Estado. Não existiria, então, um interesse particular que se sobrepusesse ou que pudesse ser oposto ao Estado. Portanto, essa supremacia do interesse público é, no meu modo de ver, mal interpretada. Não é um conceito errado – seria muita ousadia dizer isto. É um conceito mal interpretado, mal aplicado.

O interesse público buscado pelo Estado não equivale a interesses egoísticos da Administração, normalmente de natureza fazendária. Mas o que é então interesse público? Poderíamos discutir muito aqui a esse respeito, pois na prática tal conceito vem sendo utilizado como justificativa para qualquer atuação estatal. Serve, por exemplo, para motivar a revogação de uma licitação ou justificar a publicação de um ato convocatório. Torna-se uma expressão “curinga” que justifica tudo, a todo o momento e a cada instante – mas sempre em favor do Estado. Tal manipulação do conceito conduziu o professor Marçal Justen Filho, há cerca de uma década, a questionar doutrinariamente essa expressão. A conclusão a que ele chega é que não existe o interesse público, pois é um conceito destituído de conteúdo. O interesse público não diz nada. O que existem são “interesses públicos”, que são ponderados concretamente de modo que se defina qual prevalecerá em determinada situação.

Mas, então, o que é esse princípio da supremacia do interesse público? A interpretação dada pelo professor Marçal é de que se trata, na verdade, da “supremacia dos direitos fundamentais”. É uma supremacia dos valores fundamentais assegurados pela Constituição. Esses não podem ser transacionados. Esses, sim, devem ser sempre concretizados. E é isso que busca o Estado: promover a concretização dos direitos fundamentais. Há anos os Tribunais Superiores passaram a adotar tal interpretação.

Portanto, não me parece que se o Estado participar de uma arbitragem ele deixará de promover os direitos fundamentais. Muito pelo contrário.

A indisponibilidade também pode ser enfocada sob a perspectiva da disposição de bens públicos. E aqui reside uma premissa fundamental: quando adota a arbitragem, o Estado não abre mão de nada. Não dispõe do patrimônio estatal. Apenas optará por outro método de solução de

controvérsias, igualmente obediente aos princípios do contraditório, da ampla defesa e todos aqueles princípios constitucionais do processo. Assim, a questão se resolve da seguinte forma: toda vez que não estivermos diante de um caso que envolva intervenção judicial necessária, caberá, sim, arbitragem<sup>3</sup>. Logo, todas as vezes que for possível a resolução extrajudicial do litígio, diretamente pelas partes, será admissível a arbitragem.

Passo rapidamente pelo argumento consistente na necessidade de autorização legislativa específica como pressuposto para a validade de uma arbitragem envolvendo o Estado. Entendo que o respaldo legal é necessário. Contudo, é improcedente o posicionamento que exige a arbitragem somente se houver lei específica (para cada espécie de contrato ou para determinado tipo de litígio). Parece-me, e essa é a minha opinião, que a exigência de lei especial é uma interpretação muito restrita do princípio da legalidade de que trata o artigo 37 da Constituição. Não é possível extrair desse dispositivo a exigência de lei específica para que o gestor público possa submeter determinado litígio à arbitragem. Essa visão estrita do princípio da legalidade é compatível com o direito tributário, no meu modo de ver, ou com outras questões que exijam essa interpretação, inclusive, por definição legal. O regramento geral que indiquei no início, Código Civil e Lei de Arbitragem, é mais do que suficiente para autorizar o cabimento de arbitragem nos contratos públicos. Afinal, o artigo 1º afirma que: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”. Não fala em “pessoas privadas”, mas apenas “as pessoas”. Aqui estão incluídas pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas. Reparem que, na prática, para evitar esse tipo de discussão, o legislador dedicou-se a contemplar autorização legislativa para o cabimento de arbitragem nas mais variadas espécies de contratos públicos. Então, a Lei de concessões de 1995, que originalmente dispunha que o contrato poderia prever métodos de solução amigáveis, foi alterada para contemplar autorização expressa de arbitragem em seu artigo 23-A. Mais adiante, a Lei de Parcerias Público-Privadas também trouxe previsão legal específica de arbitragem, o que de resto também é encontrado em diversas leis setoriais.

---

3 Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle, São Paulo: Fórum, 2011, *passim*.

### 3. Argumentos de ordem infraconstitucional e infralegal

Em relação aos argumentos infraconstitucionais, há quem sustente que não caberia arbitragem nos contratos públicos em razão do artigo 55, § 2º, da Lei de Licitações, que define a cláusula de eleição de foro judicial como obrigatória nos contratos administrativos. Tal obrigatoriedade do foro judicial excluiria a opção pela via arbitral. Contudo, a interpretação vencedora, majoritária hoje, entende que a cláusula arbitral convive harmonicamente, em um contrato administrativo, com a cláusula de eleição de foro. Cada cláusula possui uma finalidade diferente. Quando surge um litígio que envolva direitos patrimoniais e disponíveis, incidirá a convenção arbitral e a controvérsia será submetida à arbitragem. No entanto, surgindo um litígio, por exemplo, sobre direito indisponível ou que exija a imposição de ato de força, a parte interessada deverá ingressar no Poder Judiciário, observando-se o foro eleito na cláusula de eleição.

Passo agora a tratar do “caso Compagás”. No meio arbitral existe esse hábito de dar apelido aos casos e isso nem sempre é o mais adequado. Esse caso ficou conhecido como “caso Compagás”, o que é uma injustiça, pois a Compagás foi, ao final, derrotada. Então, devia ser o caso “Carioca-Passarelli”, que foi o Consórcio vencedor da arbitragem. Peço licença para falar duas palavras sobre esse caso, que é paradigmático e nos permite uma série de reflexões. Basicamente, é um caso em que houve uma série de imputações para se invalidar a arbitragem e o Judiciário, por sua vez, reconheceu a validade da arbitragem e o prestígio à boa-fé. Essa decisão a que faço menção foi proferida pelo extinto Tribunal de Alçada do Paraná (Apel. Cív. 247.646-0) e examinou controvérsia derivada de contrato de distribuição de gás canalizado, executado pelo Consórcio após vitória em licitação pública promovida pela Compagás (sociedade de economia mista). Posteriormente, o contrato administrativo sofreu desequilíbrio econômico-financeiro. Não havia cláusula arbitral no contrato, tampouco previsão de arbitragem no edital. O que as partes fizeram? Firmaram um compromisso arbitral e a Compagás deu início à arbitragem.

O Consórcio defendeu-se e formulou pedido de pagamento contra a Compagás. Quando foi entregue o laudo pericial ficou evidente que o Consórcio venceria a arbitragem. O que fez a Compagás? Ingressou

com ação no Judiciário, antes mesmo da prolação da sentença arbitral. Pretendeu invalidar a arbitragem, que ela mesma havia iniciado. O árbitro indicado pela Compagás recusou-se a sentenciar. Nesse ínterim, os outros dois árbitros sentenciaram em favor do Consórcio. Proferiram uma decisão por maioria. Diversos temas foram discutidos no Poder Judiciário, tais como a possibilidade de a Administração Pública firmar compromisso arbitral, a eventual necessidade de previsão de arbitragem no edital, o poder da Administração de invalidar administrativamente o compromisso arbitral, a admissibilidade de uma arbitragem *ad hoc* (sem a administração do litígio por um órgão arbitral), a validade do julgamento por maioria e a compatibilidade da arbitragem com a cláusula de eleição de foro.

Não teremos tempo de examinar todas essas questões pormenorizadamente. Todavia, registro que o Judiciário paranaense afastou todas as alegações da Compagás e reconheceu a plena validade da arbitragem. O tema foi então submetido ao Superior Tribunal de Justiça e a Ministra Nancy Andrighi (REsp 904.813/PR) chancelou o entendimento do extinto Tribunal de Alçada.

Trata-se, portanto, de precedente relevante, que evidencia a admissibilidade pelo Judiciário em relação à participação da Administração Pública em arbitragem.

Com relação ao Tribunal de Contas da União, observa-se uma tendência em exigir lei especial para o cabimento de arbitragem em contratos públicos. É o que se extrai do Acórdão 537/2006-TCU, por exemplo. O que fez a maior parte da doutrina? Insurgiu-se fortemente contra esse entendimento, demonstrando o seu desacerto. Isso influenciou também o legislador, que se dedicou então a criar leis especiais, além de incluir na legislação existente previsão de arbitragem nos mais diferentes contratos, nos que eram mais comuns. Portanto, esse entendimento restritivo do TCU passou a ser aplicado de forma residual, apenas aos poucos casos em que não existia lei especial. Qual foi a segunda investida do TCU? Apелou para leis setoriais. Então, em 2012, o Plenário do TCU proferiu decisão que tornou inaplicável a arbitragem com relação às questões econômico-financeiras do contrato de concessão, haja vista que dispõe o artigo 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001 (Acórdão 2.573/2012). O que determina esse dispositivo? Confere atribuição para a ANTT promover

revisão e reajuste de tarifas. Somente isso. Não afirma que está vedada a arbitragem. Tampouco atribui competência exclusiva à ANTT para resolver litígios extrajudicialmente. Consigna apenas que, no âmbito interno da ANTT, a discussão será conduzida por determinado órgão da Agência. Essa decisão também caiu no vazio, pois rapidamente a comunidade jurídica definiu isso como “um tiro na água”. A última investida do Plenário do TCU ocorreu em agosto de 2013 (Acórdão 2.145/2013). O contrato examinado pelo TCU tratava da construção de plataformas pela Petrobras. Tal acórdão afirma que existem duas condições para que caiba a arbitragem nesse contrato da Petrobras: (i) que a Petrobras esteja desempenhando sua atividade-fim e (ii) que verse sobre questões técnicas. A Petrobras afirma que atividade-fim é a produção de combustível, distribuição, etc. Esse contrato aqui versava sobre atividade-meio, dizia ela, construção de plataforma. E a construção de plataforma, portanto, escaparia ao âmbito da arbitragem. Com todo o respeito, isso não está correto. Nesse caso, o TCU definiu o cabimento da arbitragem pela natureza do contrato, pela natureza do serviço. Se isso fosse verdadeiro, jamais caberia arbitragem em um contrato de concessão. Afinal, o serviço lá prestado é de natureza pública. Não é uma atividade privada, como exige o TCU nesse caso. Insisto que o conteúdo do contrato é irrelevante para fins de cabimento de arbitragem. O dado fundamental é a natureza do litígio que surja desse contrato. Lembremos: se a controvérsia versar sobre direitos patrimoniais e disponíveis, ela poderá ser resolvida por arbitragem, independentemente da natureza do contrato ou do serviço.

Com isso, vislumbro uma admissibilidade contida pelo Tribunal de Contas, no seguinte sentido: cabe arbitragem, desde que haja lei específica. Todo o resto é derivação dessa assertiva, sempre com o objetivo de encontrar um subterfúgio para impedir a arbitragem.

Em relação aos temas infraconstitucionais e infralegais, entendo que não precisa ter previsão no edital, até porque nem todo contrato administrativo pressupõe um edital – basta recordar as hipóteses de contratação direta. Mas ainda que assim não fosse, não me parece que seja necessário esse tipo de previsão constar desde o início da contratação. No meu modo de ver, isso não influi na formulação das propostas. Não enseja nenhuma situação de vantagem a quem quer que seja na licitação. Não prejudica a isonomia sob nenhum aspecto.



A confidencialidade também é um ponto invocado, mas que não é suficiente para impedir a arbitragem. A restrição à publicidade na arbitragem é convencional, é uma faculdade. Logo, basta que se convençione afastá-la no caso concreto para que o processo arbitral – de que o Estado faça parte – prossiga validamente.

Indo adiante, não me parece que a prévia definição dos temas arbitráveis na cláusula compromissória seja uma técnica adequada. Muito embora a intenção seja sempre conferir segurança às partes e aos árbitros, a prática demonstra que tal método gera mais dúvidas que certezas.

#### 4. Casuística

Por fim, passo a algumas provocações para então encerrar a minha apresentação. Primeira: um caso famoso em São Paulo, em que houve impetração de Mandado de Segurança pelo Metrô contra decisão de árbitro. A questão foi submetida ao Poder Judiciário que, surpreendentemente, deferiu liminar para determinar que os árbitros produzissem uma determinada prova na arbitragem. Houve agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que casou a liminar por falta de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (AI 990.10.284191-0). Nesse caso, não houve exame do cabimento de mandado de segurança contra decisão arbitral. Todavia, o caso permite algumas indagações. Cabe mandado de segurança contra decisão de árbitro? Ou, antes disso: qual é a natureza da atividade desempenhada pelo árbitro? Lembrem que só cabe mandado de segurança contra ato de autoridade pública ou de quem lhe faça as vezes. Então, pergunto a vocês: o árbitro desempenha função pública? Segundo: quem seria o réu desse mandado de segurança? Sintetizo as minhas reflexões da seguinte forma: o árbitro presta um serviço privado. É um sujeito privado que resolve as controvérsias no âmbito privado por meio de um poder privado que lhe foi conferido pelas partes. Não desempenha atividade pública por delegação. Tampouco integra a estrutura estatal. Portanto, não me parece possível qualificar o árbitro como autoridade coatora e as suas decisões não são impugnáveis por mandado de segurança.

Para que não pareça uma cogitação em tese, trago para vocês um precedente que enfrentou o tema do cabimento de mandado de segurança para impugnar decisão arbitral. Trata-se também de um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se afirmou expressamente não ser possível equiparar a atividade pública com a atividade desempenhada pelo árbitro (Apel. Cív. 0120145-96.2011.8.26.0100).

E, por fim, submeto dois temas para reflexão. Considerando que em uma arbitragem, envolvendo o Poder Público, o árbitro deverá julgar de acordo com a lei – jamais por equidade – pergunto: o árbitro está vinculado à orientação contida em súmula vinculante ou à decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade pelo STF? Entendo que não. O árbitro não se submete à súmula vinculante e não se submete à decisão vinculante obtida em controle concentrado pelo STF. O caráter vinculante vincula quem? Órgãos judiciários e Administração Pública. O árbitro está dentro de alguma dessas? Não. Assim, caso o árbitro não aplique a determinação do STF, isso não implicará a nulidade da sentença arbitral, tampouco viabilizará a propositura de reclamação ao Supremo.

Quando as partes escolhem ir para uma arbitragem, significa que elas não querem uma decisão estatal. Elas não querem a interpretação do Supremo, não desejam a interferência do Judiciário naquele litígio. Há hipóteses típicas de controle da sentença arbitral, porém apenas quanto à sua validade. O mérito da arbitragem jamais será examinado pelo Judiciário. Todavia, se a sentença arbitral for impugnada no Judiciário por meio de ação anulatória, o juiz terá que aplicar as orientações contidas em súmula vinculante e os pronunciamentos tomados em controle concentrado pelo STF. Mas reparem que só indiretamente o posicionamento do Supremo influirá na arbitragem. A orientação do STF terá que versar sobre uma questão procedimental, de validade. Se o pronunciamento do STF versar sobre a questão de mérito da arbitragem, a aplicação de tal orientação será facultativa ao árbitro, cujo descumprimento não ensejará revisão pelo Poder Judiciário.



# Alguns aspectos fundamentais da arbitragem envolvendo a Administração Pública<sup>1</sup>

Carlos Alberto de Salles<sup>2</sup>

---

**Sumário:** 1 – Vantagens da arbitragem; 2 – Quando o Estado deve se valer da arbitragem? 3 – Qual o equacionamento jurídico válido e necessário? 4 – Quais características deve ter uma arbitragem em que o Poder Público está envolvido?

---

Nesta palestra procurarei dar um panorama, algumas questões que me parecem fundamentais sobre o tema tratado. Usarei como estratégia a formulação de algumas indagações que me parecem básicas nessa matéria.

Inicialmente discuto algumas vantagens da arbitragem em relação aos mecanismos judiciais de solução de controvérsias. Discuto se elas realmente existem em relação ao Estado. Então procurarei responder durante minha exposição: quais são as situações nas quais o Estado deve se valer da arbitragem? Qual o equacionamento jurídico válido e necessário para que o Estado possa participar de uma arbitragem e como juridicamente o Poder Público pode se valer dela? Quais características deve ter uma arbitragem na qual o Poder Público está envolvido?

---

1 Palestra proferida no 49º Curso de Atualização Jurídica – Encontro Estadual de Procuradores do Estado, promovido pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, no dia 19 de setembro de 2013, no Guarujá, São Paulo. Para bibliografia e maior desenvolvimento sobre o tema, v. SALLES, Carlos Alberto de. A arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense; Método: São Paulo, 2011.

2 Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-docente, Mestre e Doutor pela USP. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

## 1. Vantagens da arbitragem

Cabe em primeiro lugar indagar, por que a arbitragem? Que vantagem a arbitragem traz?

Normalmente, costuma-se apontar dois fatores: custo e celeridade. Contudo, são dois fatores muito relativos. A arbitragem é mais barata? É mais cara? É mais célere ou menos célere? Depende do que compararmos.

A comparação de celeridade com o Judiciário brasileiro, notadamente o paulista, que é bastante assoberbado, evidentemente, favorece a arbitragem. Agora, se é mais custosa ou não, isso é uma questão de difícil matemática financeira. Talvez se pensarmos nos valores exigidos por uma arbitragem, em uma das boas câmaras arbitrais que hoje existem no Brasil, os valores absolutos, iniciais, sejam muito maiores do que aqueles do processo judicial. No entanto, esse cálculo financeiro é muito difícil, pois processo judicial projeta-se no tempo, por muitos anos. Então essa conta será sempre muito complicada.

Parece-me, na verdade, que a par dessa discussão sobre custo e duração do processo, a arbitragem, entre outras vantagens, pode trazer duas bastante sensíveis e importantes: eficiência procedimental e qualidade da decisão. A eficiência procedimental se coloca diante da possibilidade de as partes moldarem o procedimento de arbitragem, ou seja, convencionalmente moldarem como a arbitragem desenvolver-se-á, como será a coleta de prova, a participação dos Procuradores, como eles atuarão na arbitragem e qual será o “iter” a ser perseguido pelo painel arbitral até chegar a uma decisão. Esse aspecto parece-me um destaque realmente sensível da arbitragem, que, hoje, infelizmente, nós não conseguimos no processo judicial.

Em segundo lugar, a qualidade da decisão. Acho muito sério o que Procurador do Estado Marcelo Bonicio, na introdução do painel, falou acerca de nosso juiz estatal ser um generalista. Isso começa vagarosamente a mudar, mas fundamentalmente o juiz é um generalista. Muitas vezes o mesmo juiz que decide dezenas e dezenas de casos de locação irá proferir uma sentença sobre um importante contrato empresarial envolvendo uma relação continuada entre empresas, de vários anos. Ou na área pública, poderíamos dizer que o mesmo juiz que decide centenas

de casos de funcionários públicos irá se debruçar sobre alguns contratos milionários envolvendo o Estado e mecanismos jurídicos e contratuais altamente complexos.

Claro, na arbitragem temos a possibilidade de formar um painel arbitral, no qual a especialidade permite uma decisão mais qualificada, ou seja, uma decisão dada por quem tem uma maior especialidade, vivência e experiência em uma determinada área. Assim, essas vantagens não me parecem tão desprezíveis.

## **2. Quando o Estado deve se valer da arbitragem?**

Em relação ao Estado, de maneira muito especial, a arbitragem insere-se em um contexto que tem a ver com o próprio Estado contemporâneo e com o perfil que esse Estado tem ou que caminha para ter. Esse perfil pode ser resumido no que se convencionou chamar de “Estado regulador”. Este não é mais aquele Estado no qual predominam aquelas características liberais, de um Estado abstencionista, do *laissez faire laissez passer*. E também não é mais um Estado Social intervencionista, nos moldes que tivemos até provavelmente meados do final dos anos 80, no Brasil. O perfil que se busca do Estado, hoje, é de um ente mais gerenciador, que prima por gerenciar recursos e produzir resultados a partir dos agentes privados que passam a assumir muitas de suas antigas funções.

É nesse quadro, do Estado regulador, que surge a arbitragem como alternativa para o Poder Público. Não significa dizer que teremos o Estado na sociedade, mas que teremos um Estado em um papel diferente. O Estado não vai mais chamar para si a realização de um grande número de funções, tanto econômicas (como na produção e distribuição de energia elétrica, gás, água, transporte, etc). quanto em muitas de suas funções fins, como saúde e educação. Diversamente, o Estado criará mecanismos de incentivo e de contrato que permitam ao particular exercer essas tarefas.

Com isso, surge uma necessidade muito grande de se ampliar e não de reduzir um poder de controle do Estado. A partir dessas características do Estado contemporâneo, parece-me, surge a alternativa da arbitragem para solução de controvérsias envolvendo a Administração. Um Estado que,

para atrair o interesse e o capital privado, precisa oferecer condições atraí-vas para que esse capital contrate com o Estado. Entre essas condições, estão aquelas ligadas à solução de eventuais controvérsias, que surjam nes-ses negócios. A arbitragem surge, dessa maneira, como uma perspectiva positiva para o particular contratante com o Estado.

É nesse contexto que me parece caber falar da arbitragem em matéria de contratos administrativos. Agora, é preciso superar algumas barreiras que são culturais, jurídicas, muito ligadas, sobretudo, a alguns conceitos tradicionais, diria tradicionalistas, do próprio direito administrativo.

Nosso direito administrativo, hoje, da forma como muitas vezes é concebido, não enxerga o Estado em conflito. Existe um dogma da supre-macia da Administração Pública, no qual à Administração Pública cabe dizer a última palavra, inclusive em matéria contratual, e ao dizer essa última palavra, em tese, o conflito estará resolvido. Isso é bastante com-plexado num Estado como nosso e em uma Constituição como a nossa, que tem o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Com isso, a tal supremacia, torna-se, antes de mais nada, a inevitabilidade de que todos os litígios com o Estado acabem resolvidos pelo Poder Judiciário.

### **3. Qual o equacionamento jurídico válido e necessário?**

É verdade que o Estado pode criar soluções de consenso. Ou basea-das num consenso inicial, como é o caso da arbitragem, ou da negocia-ção mesmo. O Estado brasileiro, notadamente o Estado paulista, preci-sar admitir essa perspectiva de o Estado criar medidas negociais. Essa me parece uma primeira barreira a se superar em relação ao Estado na arbitragem.

Por outro lado, não se pode deixar de entender que o Estado, como entidade pública, compra no mercado. E o Estado brasileiro paga muito caro pelos custos jurídicos impostos pela regulamentação legal de suas compras. Não quer dizer que se possa comprar de qualquer jeito, sem nenhum controle, abrindo mão de qualquer *accountability*, de qualquer responsabilidade. Mas precisamos pensar que essas compras que o Es-tado realiza no mercado, no fundo, acabam tendo um componente de custo muito alto por causa dos procedimentos e dos riscos implicados com a contratação com o Estado.

Nesse aspecto, a arbitragem pode ser vista, também, como um mecanismo de redução de riscos e de custos que acabam sendo pagos pelo Estado nos seus próprios contratos. Pouparei até críticas à Lei de Licitações (8.666/93) na qual precisa ser muito seriamente repensada. Tenho impressão que é uma lei que permite deixar de lado, escondidos atrás de formalidades, os grandes responsáveis por desvios de verbas públicas, para condenar apenas aquele pequeno ordenador de despesa que, muitas vezes, apresentou uma nota rasurada. Precisa-se repensar isso, talvez um sistema de contratação pública mais baseada na transparência, levantamentos de preços, responsabilidade, maneiras específicas de realizar cada modalidade de compras estatais. É uma coisa que no Brasil precisávamos pensar mais seriamente.

Nesse quadro se insere a questão da arbitragem. O Estado, de alguma forma renovado, permite-se negociar com um contratante privado em um nível de horizontalidade, sendo necessário trazer para o contratante privado, também, algumas vantagens, garantias de solução das eventuais controvérsias surgidas nesse relacionamento.

#### Qual equacionamento jurídico?

Nesse quadro pouco animador, de nossas compras estatais, é que se deve pensar o equacionamento jurídico para a arbitragem.

O Brasil viveu muito tempo sem uma regulamentação legal efetiva acerca do tema. O Código de Processo Civil de 1973 até tinha disposições sobre arbitragem, mas absolutamente inefetivas. O Brasil passou mesmo a conviver com a arbitragem a partir de 1996, com a Lei 9.307/96. Essa lei criou condições jurídicas para duas coisas fundamentais. Primeiro, a vinculatividade das convenções de arbitragem e, em segundo lugar, a impositividade dos laudos ou sentenças arbitrais. Essa lei, em seu artigo 1º, diz quanto à possibilidade de resolução, pela arbitragem, daqueles litígios relativos a direitos patrimoniais e disponíveis.

De alguma forma, essa questão da disponibilidade/indisponibilidade tem pautado o debate quanto à possibilidade de o Poder Público se valer desse mecanismo de solução de controvérsias. Em relação a essa lei, em especial ao dispositivo citado, podemos separar três posturas básicas:



Primeira, que haveria uma aplicação ilimitada da Lei de Arbitragem, quer dizer, existe a previsão de arbitragem no ordenamento jurídico e, então, ela vale para todos, vale também para o Poder Público. Segunda, uma postura de simplesmente não a aplicar à Administração Pública, bem de acordo com o que vem decidindo o TCU, na maioria dos casos, e como já decidiu algumas vezes o Tribunal de Contas do Estado. Segundo essa posição, “não se aplica ao Poder Público, pois há uma indisponibilidade envolvida e o Estado não tem nada o que fazer nesse âmbito, que é um âmbito de direitos patrimoniais e disponíveis”. Uma terceira posição vê a possibilidade de aplicação de arbitragem ao Estado, mas de forma condicionada, mediante a autorização em uma lei específica.

Essas posições nos coloca o desafio, primeiramente, de tentarmos, de alguma forma, entender um pouco a questão da indisponibilidade. Será que o Estado estaria amarrado realmente a um vínculo de indisponibilidade? Seria possível compreendermos isso de maneira diferente para concluir pela possibilidade de o Estado participar de uma arbitragem?

Para tanto, é preciso trabalhar esse conceito de indisponibilidade que é, para nós juristas, aquilo que poderíamos chamar de um conceito tópico, um *topus*, lugar comum ou senso comum. Até porque, se formos procurar na nossa literatura jurídica, ouvimos muito sobre disponibilidade/indisponibilidade, mas se desenvolve muito pouco sobre o sentido, o significado desse *topus* jurídico.

Possível entender esse conceito discernindo elementos próximos a essa tal indisponibilidade.

Em primeiro lugar, se confunde indisponibilidade com reserva de jurisdição. Indisponibilidade é uma coisa. Reserva de jurisdição está relacionada à reserva legal; situações em que a produção de efeitos jurídicos tem de ser necessariamente a partir da jurisdição. É o que ocorre, sobretudo, na chamada jurisdição voluntária. Se, por exemplo, quisermos vender um bem de incapaz, ou declarar a incapacidade de alguém, necessariamente temos de buscar a jurisdição. Exemplo maior da reserva de jurisdição é a esfera penal. Não podemos condenar ninguém sem um processo judicial. Temos aqui aquela ideia de “um processo necessário”, como muitas vezes se coloca. Nessas situações temos uma reserva de jurisdição. A propósito, há uma reserva de juris-

dição para todas aquelas causas envolvendo o Estado. Há possibilidade, como o Estado inúmeras vezes faz, de se solucionar problemas, seja no âmbito estritamente administrativo, seja a partir de acordos feitos com os interessados.

Essa reserva de jurisdição existe em relação ao Estado na desapropriação. Caso o Estado não chegue a uma solução amigável com o particular, necessariamente terá de levar a fixação da indenização para resolução por um juiz. Outro dia até vi um anteprojeto em discussão no Senado, para utilizar arbitragem nas desapropriações. Havendo litígio, e o Estado e o particular concordando em indicar um árbitro para solucionar a pendência, uma arbitragem poderia ser instaurada. Certamente, com o quadro legislativo atual, não seria possível fazer isso.

Um segundo ponto a destacar é que indisponibilidade e reserva de jurisdição são coisas diferentes. Nas soluções de conflito em que o Estado está envolvido, não há reserva de jurisdição. O Estado pode resolver por outra maneira. Por outro lado, essa questão se confunde entre o que seja disponibilidade do bem jurídico e disponibilidade da jurisdição.

Quando o particular, mesmo o Estado, convencionou uma cláusula de jurisdição, está dispondo do bem jurídico? Não, está excluindo a jurisdição estatal para a solução daquela causa. Então, quando o particular ou o Estado pactuam uma convenção arbitral, seja por cláusula, seja por compromisso, não existe propriamente uma indisponibilidade em relação ao bem jurídico envolvido. Até porque, tanto o Estado quanto o particular podem ganhar essa arbitragem. Então, é uma coisa diferenciada. Na arbitragem, não se dispõe nada. O que se dispõe com a arbitragem é apenas a jurisdição estatal, para que se resolva aquela controvérsia pelo mecanismo arbitral.

Em terceiro lugar, ainda se confunde indisponibilidade e cogência normativa. Aquelas normas que estão submetidas a um campo de disponibilidade pelos vários sujeitos, e aquelas normas cogentes, que devem necessariamente ser aplicadas pelo particular ou pelo Estado. Algumas vezes se confunde a indisponibilidade com essa cogência normativa. O Estado, muitas vezes, vai ter de sair de situações onde há uma cogência, mas não há propriamente uma indisponibilidade; por exemplo, a necessidade de licitar para realizar determinados negócios públicos está

vinculada, sobretudo, a uma cogência normativa, não necessariamente à natureza do bem envolvido.

Por outro lado, existe também uma confusão do que seria a indisponibilidade material e aquela chamada indisponibilidade do interesse público. Indisponibilidade material é relativa àqueles bens que, efetivamente, o Estado não pode dispor. É o caso, por exemplo, do meio ambiente. Esses bens, até por sua natureza coletiva, são bens que não estão sujeitos à disponibilidade estatal. Há muitos outros bens que não são disponíveis, a princípio, mas podem ser desafetados e submetidos a uma venda. Se é assim, então, não existe propriamente uma indisponibilidade. Existe uma disponibilidade condicionada.

A indisponibilidade do interesse público significa uma vinculação do agente àquele interesse do Estado. O agente não poderá praticar qualquer ato fora do interesse do Estado. O que não significa dizer que todos os bens públicos sejam indisponíveis. Aqui nós poderíamos entrar em uma longa discussão, mas faltará tempo pra isso. Por exemplo, um benefício social, o Bolsa Família. É um dinheiro que o Estado dá para o particular, dinheiro que o Estado dispõe em favor de um particular. É um bem estatal. A ideia de que todo bem estatal é um bem indisponível é algo que se precisa tratar com mais cuidado.

Existe uma diferença entre o que seria propriamente uma indisponibilidade e aquelas situações nas quais a disposição de bens estatais é condicionada. No contrato que o Estado estabelece com esses particulares, evidentemente, existe uma parcela do lucro da empresa. Essa parcela do lucro da empresa é uma parcela que o Estado está dispondo. Não vamos querer que o particular preste serviço, venda bens, sem ter uma contrapartida. O que existe é a disponibilidade dos bens estatais, inclusive o numerário, as receitas públicas, de uso, é claro, condicionados.

A indisponibilidade é confundida com a necessidade de haver uma autorização administrativa, a partir de um procedimento determinado, para que se possa dispor de determinados bens estatais. Por tudo isso, a questão da indisponibilidade, como em geral se coloca quando lemos um acórdão do TCU, é colocada, genericamente, significando uma coisa que efetivamente não se aplica à Administração Pública, e não serviria ou cairia naquela mencionada barreira do artigo 1º da Lei 9.307/96.

#### **4. Quais características deve ter uma arbitragem em que o Poder Público está envolvido?**

Para pensar a arbitragem na qual Estado participe, é fundamental colocar as coisas em termos de arbitrabilidade. Esse é um conceito que tem se desenvolvido nos estudos sobre arbitragem, como forma de indicar se uma determinada controvérsia pode ou não ser submetida à arbitragem. Quais seriam os requisitos para o Poder Público participar de uma arbitragem? Quais seriam as condições de arbitrabilidade que o Poder Público estaria envolvido?

O artigo 1º da Lei de Arbitragem indica duas modalidades de arbitrabilidade que são em geral repassadas pela nossa doutrina. Uma subjetiva e outra objetiva, ou seja, a capacidade contratual e a patrimonialidade/disponibilidade dos bens envolvidos. Deve-se, entretanto, perguntar se a arbitrabilidade se resume a isso. A esse respeito, tenho proposto considerar pelo menos dois novos sentidos de arbitrabilidade, para que tenhamos instrumentos para analisar a arbitragem em relação ao Poder Público.

Em primeiro lugar, a arbitrabilidade como possibilidade jurídica *lato sensu* e, em segundo, a arbitrabilidade como alcance convencional.

Essa arbitrabilidade como possibilidade jurídica *lato sensu* existe não só em relação ao Estado, também em relação à arbitragem de maneira geral. Consideremos, por exemplo, a questão do objeto lícito. É uma condição de arbitrabilidade que vem sendo pouco considerada. Decorre de uma possibilidade jurídica *lato sensu*. Imaginemos, por exemplo, que dois traficantes estabelecessem um contrato e colocassem uma cláusula arbitral. Seria válida uma sentença arbitral decorrente desse acordo? Parece-me, evidentemente, que não, por falta de um requisito de arbitrabilidade que não diz respeito nem àquele aspecto subjetivo, nem àquele aspecto objetivo colocado pela lei de arbitragem. Uma dívida de jogo. Um carteadado no qual se firma um compromisso arbitral para dirimir eventuais litígios decorrentes do jogo. Será que com isso poderíamos contornar a disciplina civil quanto à inexigibilidade das dívidas de jogo? Certamente não. Então, existe algo mais a ser considerado, além daqueles limites estabelecidos que decorrem da Lei de Arbitragem.

Gostaria ainda de falar de outro conceito de arbitrabilidade, o de arbitrabilidade convencional. Nos EUA, quanto se fala em *arbitrability*, o sentido é o de saber se um determinado problema está ou não incluído dentro da força da cláusula arbitral. É uma coisa difícil para entendermos, pois no Brasil, em geral, estamos acostumados com cláusulas arbitrais gerais. Em geral, se diz algo mais ou menos do gênero: “os litígios desse contrato serão submetidos à arbitragem mediante a câmara tal”.

Nos EUA, até pela maior difusão das práticas arbitrais, as partes escolhem um âmbito específico de incidência da arbitragem. Por exemplo, no contrato entre o fornecedor de farinha de soja para a produção de biscoito. Os empresários podem chegar à seguinte convenção: as questões de qualidade da farinha fornecida serão resolvidas em uma arbitragem, por meio de um painel técnico. Agora, as questões de remuneração do contrato não serão submetidas à arbitragem. Acha-se mais adequado deixar para o Judiciário. Aí surge uma noção de arbitrabilidade como alcance da convenção arbitral.

Essa limitação da incidência da arbitragem pode ser usada, também, em contratos públicos. O Estado pode, por exemplo, em uma concessão de Rodovia, aceitar a arbitragem para discutir questões relativas ao organograma de obras. Mas não querer a arbitragem em outras matérias, como em matéria de reequacionamento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para fins de modelagem da utilização da arbitragem pelo Estado, esse conceito de arbitrabilidade convencional me parece importante.

Como se poderia utilizar essa arbitragem de uma maneira diferenciada? A noção de arbitrabilidade como alcance convencional aponta algumas possibilidades. Nos EUA, por exemplo, a arbitragem no Poder Público tem um teto de alçada. O árbitro pode decidir, proferindo sentenças, até um determinado valor. Ou a arbitragem pode ser de ofertas finais. Uma ideia interessante para obrigar as partes a negociarem. Estabelece-se o seguinte: cada parte será obrigada a fazer uma oferta final. O árbitro decidirá apenas baseado na oferta, escolhendo aquela que entenda a mais correta ou a mais jurídica.

Na arbitragem administrativa, o que deveríamos considerar, além da capacidade contratual que, evidentemente, a administração tem? O que se deveria exigir necessariamente? Coloca-se aqui uma questão bas-

tante polêmica. Essa decisão de se utilizar a arbitragem: é do administrador ou do legislador? É preciso haver autorização legislativa para que o Estado possa utilizar a arbitragem? Sem dúvida, por um princípio básico da Administração, a legalidade, que está hoje muito controvertido, aquelas opções fundamentais da República devem ser feitas, primeiramente, pelo legislador. Parece-me que deva haver essa opção pelo legislador.

Agora, sem dúvida nenhuma, essa autorização legislativa existe e temos diversos diplomas legais da seara administrativa que albergam essa possibilidade para a Administração. Em termos de leis gerais, por exemplo, a Lei de Concessões, a Lei de PPP's que, na verdade, não deixa de ser uma modalidade de concessão, já preveem expressamente uma possibilidade de autorização administrativa.

Em várias leis setoriais existe autorização para a Administração Pública participar de arbitragens. São inúmeras as leis que autorizam a sua utilização. Deve-se destacar, também, que para empresas públicas e de economia mista que exerçam atividade econômica, o regime dessa atividade será aquele próprio das empresas privadas. Nesse sentido, evidentemente que essas entidades públicas podem livremente estabelecer cláusulas arbitrais com muito maior liberdade que a Administração Pública Direta. A jurisprudência do STJ tem respaldado amplamente essa possibilidade, ou seja, das empresas e sociedades de economia mista poderem estabelecer convenções arbitrais e se submeterem à arbitragem, independentemente de autorização legal.

No âmbito municipal e estadual, também, cabe estabelecer normas autorizadoras da utilização da arbitragem. Primeiramente, vale lembrar que a competência da União é relativa às normas gerais para licitação e contratação. Não havendo em relação a isso, como acontece com a Lei de Licitações (8.666/93), uma vedação, os estados e municípios podem, mesmo naquelas hipóteses em que não estejam autorizadas por lei federal, autorizar a utilização de arbitragem nos respectivos âmbitos legislativos.

Além dessa questão da autorização legislativa, existem outros limites. Existem outras condições de arbitrabilidade enquanto sentido jurídico *lato sensu*. Por exemplo, se nem o juiz estatal pode invadir o mérito do ato administrativo, parece muito razoável que o árbitro também não possa fazê-lo.

A lei de arbitragem expressamente permite opções por decisão por equidade e a escolha de lei aplicável. Essa possibilidade, diante de nosso regime constitucional, não é aberta para a administração.

As questões de polícia administrativa, igualmente, não se submetem à arbitragem. Vamos imaginar que o Estado contrate um hospital, por exemplo, mediante parceria público-privada. Evidentemente, o hospital não poderá submeter à arbitragem aqueles litígios decorrentes da atuação sancionatória do Estado, nas funções de vigilância sanitária. É um campo do poder de polícia que não pode ser alvo de uma arbitragem.

Surgem algumas questões interessantes, como, por exemplo, a necessidade de criação de uma regulamentação específica no campo da Administração Pública ou no campo da legislação estadual ou eventualmente municipal. Havendo autorização administrativa para tanto, a regulamentação não é necessária, embora seja muito bem-vinda. Talvez se deva pensar numa regulamentação, ainda que administrativa, que estabeleça alguns parâmetros da arbitragem envolvendo o Poder Público.

A indicação da arbitragem no instrumento convocatório do procedimento licitatório é necessária ou não? A própria Lei de Arbitragem exige destaque da cláusula arbitral em contratos de adesão. Os contratos administrativos não deixam de ter um perfil de contrato de adesão, ao qual o particular adere e que, por muitas de nossas leis administrativas, deve tal indicação constar do edital de licitação. Então, esse caráter de cláusula de adesão exige que o particular seja devidamente alertado quanto à sua existência, nos termos que exige a própria Lei de Arbitragem.

Quanto à indicação no instrumento convocatório, há uma decisão do STJ que afirma a desnecessidade de constar do edital de licitação a cláusula arbitral, podendo as partes pactuarem posteriormente. Esse julgado, no entanto, diz respeito apenas à empresa pública, que tem uma liberdade muito maior de pactuar a arbitragem. Talvez seja prudente, vamos dizer assim, que a Administração Pública direta, ao pactuar nos seus contratos uma cláusula arbitral, faça desde o instrumento convocatório, até porque a arbitragem irá compor um dos requisitos de uma “cesta de vantagens” que a administração utiliza para atrair investimentos privados.

Destacaria, por final, algumas questões dos pressupostos do próprio processo arbitral. Como deveria ser regulado o processo arbitral a partir do próprio edital de convocação da licitação e do próprio contrato da arbitragem.

Primeiramente, acho que se deve evitar a cláusula compromissória vazia, ou seja, aquela que não estabelece a forma como será instituída a convenção arbitral. As cláusulas devem ser cheias, isto é, devem indicar, ainda que por referência, o regulamento de uma câmara arbitral, e como que a arbitragem será instituída. Em segundo lugar, acho muito importante para a Administração Pública estabelecer, previamente, no próprio regulamento ou no edital, o procedimento de escolha do árbitro. Em geral, no Brasil, faz-se a escolha por painéis arbitrais compostos por três árbitros. Cada uma das partes indica um árbitro e os dois árbitros apontam o terceiro árbitro, que será o presidente do painel arbitral. A CCI, em especial, tem um regulamento um pouco diferente nesse aspecto. Mas isso deve ser previamente estabelecido, não só como resguardo da Administração, mas como resguardo do particular contratante.

Em terceiro lugar, é muito importante estabelecer a forma de contratação e distribuição de honorários e despesas arbitrais. Devemos solucionar como o Estado irá quitar sua cota-parte em determinadas arbitragens. Talvez isso se coloque como um problema quase insolúvel em matéria orçamentária. Como o Estado vai pagar as taxas de uma determinada câmara arbitral ou os honorários de um árbitro? O Estado terá de ter previsão orçamentária, ainda que com base em despesas gerais, da mesma forma que a Procuradoria paga os seus honorários periciais; ter disposição para pagar esses honorários arbitrais e as despesas decorrentes da arbitragem.

Esse é um breve panorama das principais questões que envolvem a arbitragem na Administração Pública. Claro, se exige um maior aprofundamento nessas questões, mas as ideias básicas foram passadas.





# Organizações da sociedade civil de interesse público: da seleção das entidades para a celebração do termo de parceria

Carlos Caram Calil<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – Privatização; 2.1 – Conceito; 2.2 – O Estado Social de Direito; 2.3 – O Estado Subsidiário; 3 – O Terceiro Setor; 3.1 – Conceito; 3.2 – Entidades do Terceiro Setor e os vínculos firmados com o Poder Público; 3.2.1 – Serviços Sociais Autônomos; 3.2.2 – Entidades de Apoio; 3.2.3 – Organizações Sociais; 4 – Das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público; 4.1 – O Conceito de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; 4.2 – Entidades Assemelhadas; 4.3 – Requisitos para a Qualificação; 4.4 – Atividades da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; 4.5 – Termo de Parceria; 5 – Da Seleção das Entidades para a Celebração do Termo de Parceria; 5.1 – Da Importância da Atividade de Seleção; 5.2 – Formas de Seleção; 5.3 – Da Análise do Cabimento da Licitação; 5.4 – Da Obrigatoriedade de Utilização de Procedimento Objetivo de Escolha; 5.5 – Do Concurso de Projetos; 5.5.1 – Do Procedimento do Concurso de Projetos; 5.5.2 – Da Previsão em Decreto Federal; 5.5.3 – Da Abrangência da Aplicação do Concurso de Projetos; 6 – Conclusão; Bibliografia.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

## 1. Introdução

A crescente demanda por atividades estatais ocasionou a criação de um Estado Social de Direito gigantesco. Incumbido de inúmeras funções, surgiram as dificuldades de realizar todas estas atividades com a eficiência esperada. Nesse contexto, o Estado clamou pela participação do setor privado, podendo-se verificar a passagem para o Estado Subsidiário.

Surge o fenômeno da privatização. O termo privatização é amplo e compreende variadas formas de repasse de atribuições estatais aos particulares.

Feitas estas considerações, teremos condições de delimitar as fronteiras do terceiro setor. Assim, analisaremos seu conceito e as entidades que o compõem.

Em regra, estas entidades atuam na execução de serviços de relevância pública, ou seja, realizam serviços sociais, que apesar de sua relevância, não são executados com exclusividade pelo Estado. Dada a própria natureza destas atividades, não há a possibilidade ou a viabilidade de obtenção de lucro, motivo pelo qual não despertam o interesse do mercado. Assim, deverão ser prestadas pelo Estado ou por pessoas interessadas.

Faremos uma análise das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, bem como do vínculo jurídico que estas entidades podem estabelecer com o Poder Público.

Feita esta análise essencial, passaremos a discorrer, tendo sempre em mente a importância destas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, sobre a relevância da atividade de seleção destas pelo administrador público. Analisaremos as formas de seleção, notadamente o concurso de projetos, procedimento de escolha previsto no Decreto federal nº 3.100/99; verificaremos se decorre do direito posto a obrigatoriedade deste instituto ou de outro procedimento pautado em critérios objetivos de escolha.

Esperamos, com isso, emprestar ao trabalho uma utilidade prática; servir de instrumento de gestão pública para o administrador público, destacando a importância destas entidades e dos respectivos termos fir-

mados com o Poder Público, que, se utilizados de modo adequado, muito contribuirão para a prestação eficiente de serviços sociais no Brasil.

## 2. Privatização

### 2.1. Conceito

Segundo a lição da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>2</sup>, o fenômeno da privatização abrangerá técnicas de desregulação, visando à diminuição de emissão de regras de intervenção do Estado no domínio econômico, concedendo maior liberdade ao mercado; de desmonopolização de atividades econômicas; de concessão de serviços públicos, repassando aos setores privados o exercício dos serviços, bem como o denominado *contracting out*, abarcando os acordos de colaboração entre o Poder Público e os setores privados, desde os convênios celebrados, até os contratos de obras e prestação de serviços.

Há, ainda, outro aspecto da privatização, qual seja, a aplicação de instrumentos de gestão privada em entidades públicas. A privatização está ligada à ideia de desburocratização. Com efeito, adota-se a necessidade de despir as entidades públicas de institutos essencialmente burocráticos, que apenas travam os atos por elas praticados, sem contribuir para a eficiência do ato.

Agora, o contexto do surgimento deste fenômeno passa necessariamente pela análise do Estado Social de Direito, de suas deficiências e da criação do Estado Subsidiário.

### 2.2. O Estado Social de Direito

O Estado Social de Direito surgiu como alternativa ao Estado Liberal. Com efeito, este Estado, fundado na necessidade de proteger as liberdades individuais, essencialmente, se omitia na prática de atos que tivessem o potencial de ferir os direitos individuais, na medida em que, no contexto histórico de sua criação, era o próprio Estado – Absolutista

---

2 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, p. 5.

– que ameaçava a integridade destes direitos. No máximo, deveria pôr à disposição seu poder de polícia, para reprimir atos atentatórios originados de outros particulares.

Contudo, este Estado abriu espaço para graves desigualdades econômicas e sociais. Com efeito, leciona o ilustre jurista Paulo Bonavides:

Aquela liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.<sup>3</sup>

Assim, haveria a necessidade de criação de um Estado que suprisse as inúmeras necessidades sociais existentes. Surgiu, assim, o Estado Social de Direito. Este novo Estado deveria, então, ingressar nas relações sociais, regulamentando-as, proteger novos direitos sociais e econômicos, seja mediante a utilização do poder de polícia, seja mediante a efetiva prática de atividades tendentes a suprir as necessidades consonantes com estes novos direitos.

Observou-se, contudo, que este novo Estado assumiu inúmeras atribuições, demandando a criação de uma estrutura administrativa e financeira gigantesca e complexa para que todas as atividades assumidas fossem prestadas com a qualidade necessária. Não suportando as atividades assumidas, passamos a lidar com as ineficiências deste Estado.

Por todos estes motivos, clamava-se por uma solução. Era muito difícil, senão impossível, a criação de um Estado perfeito, próximo a um garantidor universal, que suprisse todas as necessidades da sociedade no âmbito social e econômico. Não seria viável a criação de uma estrutura administrativa para isto, tampouco a obtenção de recursos para isto. Assim, a solução aventada foi a mudança da concepção do Estado, com a participação do setor privado.

---

3 BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social, p. 59.

### 2.3. O Estado Subsidiário

Com esta mudança não se operou a ruptura de ideias ocorrida na passagem do Estado Liberal ao Estado Social. Com efeito, não se deixou de se constatar a importância da proteção de inúmeros e crescentes direitos econômicos e sociais. Apenas foi concebida a necessidade de participação da sociedade neste processo, criando diversas formas de participação das pessoas privadas na consecução destas atividades.

Bem, o Estado Subsidiário prega a adoção do princípio da subsidiariedade, criado pela Doutrina Social da Igreja, pelas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, *Quadragesimo Anno* (1931), pertencente a Pio XI, *Mater ET Magistra* (1961), de João XXIII e, finalmente, pela *Centesimus Annus* (1991), de João Paulo II, conforme os ensinamentos da professora Maria Sylvia Di Pietro.<sup>4</sup>

Pode-se observar que o fundamento do princípio da subsidiariedade consiste na tese de que o Estado deverá deixar um espaço ao indivíduo para se desenvolver. Isto é, há a ideia de que, para a preservação dos direitos individuais, a iniciativa privada deverá ter primazia sobre o domínio estatal. Portanto, não é somente o problema da falta de eficiência do Estado Social de Direito que faz aflorar o princípio da subsidiariedade; há a crença na tese de que o indivíduo precisa se desenvolver, praticando os atos que lhes são compatíveis.

Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

No âmbito interno, o princípio da subsidiariedade está na própria base da nova concepção do Estado de Direito Social e Democrático, ou seja, de um Estado em que os direitos fundamentais do homem já não constituem apenas uma barreira à atuação do Estado, como se via no período liberal, mas constituem a própria razão de ser do Estado. Cabe a este promover, estimular, criar condições para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade; para isso é necessário que se criem condições para a participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais.<sup>5</sup>

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, p. 15.

5 *Ibid.*, 16.

Aliás, prega esta doutrina não somente estas relações do Estado com a iniciativa privada, mas sim relações entre indivíduos privados, na medida em que defende que se uma atividade pode ser realizada por apenas um indivíduo, não deve ser entregue a grandes sociedades. Nesta análise, temos o princípio da subsidiariedade em seu sentido horizontal.

A abstenção do Estado, com a conseqüente diminuição de seu tamanho, dá-se pela privatização, cujo conceito já foi analisado. Pode-se concluir, então, que surge o fenômeno da privatização para solucionar as crises de ineficiência do Estado Social na prestação dos serviços à sociedade, advindas de dificuldades de ordem financeira, na obtenção de recursos, bem como nos entraves materiais surgidos com a necessidade de criação de uma gigantesca e complexa máquina administrativa, valendo-se, ainda, da concepção do Estado Subsidiário.

É preciso notar que o Estado deverá deixar que os particulares exerçam os serviços sociais, mas deverá fornecer os meios necessários para que o particular pratique estas atividades. Trata-se, assim, da atividade de fomento estatal, que propicia a efetivação de diversas parcerias do Poder Público com os setores privados, para a prática de serviços de relevância pública, constituindo um universo próprio, chamado terceiro setor.

### **3. O Terceiro Setor**

Como decorrência do fenômeno da privatização, o Estado estabelecerá parcerias com o setor privado. Com efeito, o termo parceria poderá englobar os serviços públicos concedidos aos particulares, tanto na forma da concessão tradicional quanto pela parceria público-privada, e os meios de fomento à iniciativa privada, no exercício de serviços de relevância pública.

Insta consignar que a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro possui uma concepção mais abrangente do termo parceria. Acrescenta a ilustre doutrinadora os contratos de prestação de serviços e os instrumentos de desburocratização como meios de parcerias. Contudo, sustentamos não se adequarem ao termo, em que pese se relacionarem com a ideia mais ampla, de privatização.

Delimitado o termo, deveremos analisar somente as parcerias promovidas pela Administração Pública para a implementação das técnicas

de fomento. Nesse sentido, denominaremos de terceiro setor as entidades privadas que firmam estas parcerias.

### **3.1. Conceito**

O terceiro setor é, assim, composto das entidades privadas que exercem serviços sociais de relevância pública, fomentadas pela Administração Pública. Estas entidades são chamadas de paraestatais. É dizer: são entidades que atuam paralelamente ao Estado; são privadas, contudo, agem, ao menos no que toca aos seus objetivos, como se Estados fossem.

Estes entes exercem atividades de relevância pública. Estas são serviços não exclusivos do Estado. Se prestados pelo ente público, serão serviços públicos; se prestados por particulares, serão reputados serviços sociais de relevância pública.

Deveras, a importância destas atividades e, por conseguinte, das entidades que as exercem recomendam que o Estado incentive e propicie sua realização pelos particulares. Assim, deverá implementar diversas técnicas de fomento direcionadas a este setor.

Assim, a Administração Pública poderá fomentar a atividade prestada pelos entes privados, concedendo prêmios ou subvenções financeiras, por exemplo.

Feitas estas considerações, passaremos a analisar, brevemente, as modalidades de parcerias da Administração Pública no terceiro setor.

### **3.2. Entidades do Terceiro Setor e os vínculos firmados com o Poder Público**

Entidades do terceiro setor são, assim, as entidades privadas que desempenham atividades não lucrativas na seara dos serviços sociais, não exclusivos do Estado.

Nesse passo, a doutrina qualificada reconhece quatro espécies de entidades paraestatais: serviços sociais autônomos, entidades de apoio, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse social.



### 3.2.1 Serviços Sociais Autônomos

São pessoas de direito privado, sem fins lucrativos, que exercem serviços sociais, não exclusivos do Estado. Atuam, de modo específico, na área da assistência social e do ensino.

Ademais, possuem uma característica que as diferenciam: são criadas para atender às necessidades de um determinado círculo de pessoas, uma determinada categoria profissional e seus familiares. Anote-se que não há óbice a que estas entidades atendam às pessoas que estão fora de determinado círculo social, contudo, há a prioridade de atendimento deste círculo.

Não se trata de qualquer privilégio instituído pela Lei, justamente porque haverá outras entidades que suprirão as eventuais omissões destas entidades.

Com efeito, é o conceito adotado por Hely Lopes Meirelles:

(...)Serviços sociais autônomos são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias. São exemplos desses entes os diversos serviços sociais da indústria e do comércio (SENAI, SENAC, SESC, SESI), com estrutura e organizações especiais, genuinamente brasileiras.<sup>6</sup>

Como se observa da lição proferida, estas entidades, então, podem receber contribuições parafiscais, para a sua manutenção.

### 3.2.2 Entidades de apoio

Verifica-se a existência das características comuns às demais entidades do terceiro setor, na medida em que se trata de uma entidade de

---

<sup>6</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p. 386.

direito privado, sem fins lucrativos, disposta a prestar serviços não exclusivos do Estado.

Observe-se que, na maioria dos casos, são constituídas fundações de direito privado para servirem como entidades de apoio. Nota-se, ainda, que são constituídas por servidores públicos. Tais elementos já permitem a conclusão de que estas entidades são constituídas para assumir os serviços sociais que já estão sendo prestados pelo Poder Público.

O fomento da Administração Pública dá-se por meio de convênios celebrados, para o repasse de verbas e bens públicos.

### **3.2.3 Organizações sociais**

As Organizações Sociais são entidades previstas, no âmbito federal, na Lei nº 9.637, de quinze de maio de 1998. Como as demais entidades do terceiro setor, são entes privados, sem finalidade lucrativa, criados para desempenhar serviços de relevância pública. Para a implementação do fomento estatal, o ente público firma, com estas entidades, um contrato de gestão, por meio do qual dispõe os objetivos e metas que a entidade privada deverá cumprir, bem como o auxílio que prestará à Organização Social.

Interessante notar que, para obter a qualificação de Organização Social, a entidade deverá firmar, com a Administração Pública federal, o contrato de gestão, além dos requisitos consignados na lei citada. A entidade somente poderá atuar nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde; ademais, de acordo com a Lei federal, haverá a necessidade de participação de representantes do Poder Público em seu órgão de deliberação superior; por fim, observa-se que os seus dirigentes não poderão ser remunerados pelos serviços prestados.

Bem, percorrido sobre temas indispensáveis ao conhecimento do universo no qual se encaixam as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, passaremos, no próximo capítulo, a analisá-las de modo específico.

## **4. Das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público**

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são os entes que melhor se amoldam ao mundo do Terceiro Setor.

Com efeito, é adequado imaginarmos que um ente do terceiro setor deverá ser formado por pessoas privadas idôneas, dispostas a exercer, com eficiência e dedicação, atividades sociais, sem finalidade lucrativa. Deverá já ter algum patrimônio formado, demonstrando que já possui alguns alicerces financeiros e técnicos, para o desempenho das atividades de relevância social. Não obstante a ausência de lucro, os dirigentes, para a plena dedicação à entidade, deverão ser retribuídos por seus serviços – anote-se que a retribuição ainda serviria, inegavelmente, como um dos meios de gratidão da coletividade pelos serviços prestados.

Ademais, a entidade não deverá estar ligada a nenhum círculo social que possa limitar, por alguma forma, sua atuação. Assim, não deverá ser um sindicato ou uma organização partidária. Tampouco uma associação de classe ou uma instituição religiosa. Tais circunstâncias poderiam restringir sua atuação.

Além disso, deverá haver a garantia da universalidade de atendimento: atender um número máximo de pessoas necessitadas, com a máxima eficiência.

Outrossim, não poderá ser uma sociedade comercial, tampouco uma instituição creditícia que tenha vinculação com o sistema financeiro nacional: não poderia ficar tão próxima à ideia de lucro.

Acrescente-se que, se no Estado Subsidiário as atividades passíveis de serem executadas por uma pessoa ou por uma sociedade privada devem ser prestadas por estas, para a sua plena realização, entidades públicas não devem fazer parte deste mundo. Ora, se existem pessoas privadas dispostas a realizar estas atividades, não há razões para imputar ao Estado as atividades sociais que estas poderiam realizar com qualidade e eficiência. Por esta ideia, uma entidade pública não poderia fazer parte do terceiro setor, tampouco sua diretoria poderia ser composta por algum agente público. Não sustentamos que o Estado não possa ser constituído por agentes altruístas, dedicados e responsáveis, mas dando chance a pessoas privadas, que demonstrem tal disposição, a ajudar o próximo, que escolhem, de modo puramente espontâneo, determinada atividade social; certamente, obteremos mais qualidade e dedicação, na prestação destes serviços.

De outro lado, é inegável que deve haver a ajuda do Estado para o desempenho de suas atividades. Com efeito, o Estado dispõe de recursos financeiros para tanto, ao exigir a contribuição da sociedade. Nada mais adequado que o Estado forneça subsídios financeiros às entidades do terceiro setor. Também o Estado deverá prestar a ajuda técnica necessária à entidade. Não basta a ajuda financeira.

Ora, todos estes elementos estão presentes na Lei federal nº 9.790, de 1999, que dispõe sobre a qualificação das pessoas de direito privado como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, bem como sobre o vínculo jurídico formado com os Entes Públicos, o termo de parceria.

Curioso notar que deverá haver uma necessária relação entre uma entidade do terceiro setor e a ideia de altruísmo, palavra e criada por Auguste Comte, filósofo francês, que significa o conjunto de disposições humanas que fazem com que os indivíduos se dediquem aos outros. Nota-se que a palavra altruísmo possui um significado mais amplo do que a mera solidariedade, sendo o inverso do conceito de egoísmo.

Assim, unidos os esforços necessários, tanto no âmbito legislativo quanto de aplicação da lei, pelos administradores públicos, para a seleção de setores privados que, de modo autêntico, se dediquem a práticas altruístas, certamente atingiremos todos os objetivos almejados.

#### **4.1 O Conceito de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público**

As notas acima já deram uma noção do conceito das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, cumprindo, agora, consolidá-lo com as abordagens necessárias.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro dispõe sobre o conceito destas entidades:

(...)Trata-se de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria.<sup>7</sup>

---

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, p. 422.

Estas entidades estão previstas na Lei federal nº 9.790, de vinte e três de março de 1999, dispondo que as entidades privadas poderão obter a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, desde que cumpridos os requisitos previstos. O Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, regulamenta o instituto.

Importante, ainda, consignar que a Lei traz, em seu artigo 1º, § 1º, o que se deve entender por entidade sem fins lucrativos:

Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas de seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

Não obstante, há uma inovação importante: a Lei permite a instituição de remuneração para os dirigentes da entidade que atuem na gestão executiva e para aqueles que prestem serviços específicos, desde que compatíveis com os pagos no mercado. Esta característica muito contribui para a transparência e lisura da entidade.

Nota-se que a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público é, assim, uma qualificação dada à entidade privada que preencha os requisitos objetivos necessários. Portanto, a qualificação provém de um ato administrativo, efetivado pelo Ministério da Justiça, conforme dispõe o artigo 5º da citada Lei federal. E este ato é vinculado, na medida em que o administrador público não poderá se recusar a conceder este título à entidade privada que demonstrar possuir todos os requisitos previstos na lei. É a prescrição explícita contida no § 2º do art. 1º. Anote-se, contudo, que a obtenção desta qualificação não implica a obrigatoriedade do Poder Público de firmar termo de parceria com a respectiva entidade privada.

Importante observar que o Estado de São Paulo editou a Lei nº 11.598, de 15 de dezembro de 2003, que declara estabelecer disposições sobre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Contudo, seu conteúdo dispõe meramente sobre o termo de parceria firmado com a Administração Pública estadual. Assim, o ente estadual nada inovou

no que toca à qualificação de uma entidade privada para exercer atividade de relevância social. Vale-se, assim, da qualificação atribuída pela Lei federal, para firmar seus termos de parceria.

#### **4.2 Entidades Assemelhadas**

Anote-se que a Lei federal nº 9.790/99 não inaugurou a previsão de subsídios estatais a entidades formadas por particulares, associações privadas ou fundações públicas, que buscam o auxílio de entes estatais. Ainda, não estamos nos referindo às Organizações Sociais, Serviços Sociais Autônomos ou às Entidades de Apoio.

Com efeito, verifica-se que as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público assemelham-se às antigas entidades que recebiam o título de utilidade pública, na esfera federal, pela Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, alterada pela Lei nº 6.639, de 8 de maio de 1979, e regulamentada pelo Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961. Estas entidades eram pessoas jurídicas de direito privado, formadas por particulares, constituindo associações ou fundações privadas, que tinham, por objetivo, a prestação de serviços de relevância social; para a consecução destas atividades, buscavam o auxílio do Estado, passando pela tarefa de buscar este título. Possuem, assim, muitos pontos de contato com as entidades previstas na Lei de 1999.

Assim, ressalta-se a maior dificuldade de preenchimento dos requisitos para a obtenção do título, bem como a natureza discricionária do ato administrativo de concessão deste, conforme sustenta autorizada doutrina.

Há, ainda, o certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – antigo certificado de fins filantrópicos, existente desde o ano de 1959. Há poucas entidades com este título. Para obter esta qualificação, a entidade privada, primeiro, deverá obter o título de utilidade pública comentado.

Observe-se que o título que o Poder Público concede às entidades privadas de interesse público tende a conferir maior credibilidade à entidade e a possibilidade de obter subvenções públicas. Contudo, pelos requisitos necessários para sua obtenção, bem como pelo controle efetivado pelas entidades públicas e instituições fiscalizadoras, tanto de meio

quanto de resultado, a entidade privada perderá, inegavelmente, parcela de sua liberdade.

### **4.3 Requisitos para a Qualificação**

Verifica-se que os requisitos para a obtenção dos títulos regulados pelos diplomas legais anteriores à Lei 9.790/1999 eram mais complexos, de difícil obtenção. A Lei das Organizações da Sociedade Civil instituiu critérios mais simples e ágeis à concessão do título público respectivo.

Cabe destacar que a Lei federal das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e Termo de Parceria é bem estruturada e possui fácil compreensão.

Sem prejuízo dos requisitos já comentados nas notas acima, há que se observar que também há alguns requisitos no que toca às atividades da entidade privada. Nesse sentido, somente as entidades que contiverem em seus estatutos a previsão de uma das atividades consignadas no artigo 3º da Lei federal de 1999, poderão se qualificar como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Há, ainda, a necessidade de observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência. Simplesmente, exige-se o óbvio: que a entidade particular aja com lisura, dedicação e eficiência.

Ademais, na mesma linha, deverá adotar práticas de gestão administrativa, de forma a impedir condutas ilícitas dentro da entidade. Necessária, portanto, a constituição de órgãos de controle dentro da entidade, com a criação de um conselho fiscal ou órgão equivalente. Outrossim, exige-se que, na regulamentação do procedimento de prestação de contas da entidade, esta deverá observar os princípios fundamentais de contabilidade e das normas brasileiras de contabilidade; que haja publicidade, no final do exercício fiscal, do relatório de atividades e demonstrações financeiras da entidade, incluindo certidões negativas de débitos junto ao INSS e FGTS; que haja a previsão de auditoria; e, finalmente, que se observe o artigo 70 da Constituição Federal.

Por fim, deverá ser previsto que, em caso de dissolução do ente privado, o respectivo patrimônio líquido será transferido para outra

Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. O mesmo deverá ocorrer se a Organização perder sua qualificação.

Consigne-se que todos estes requisitos deverão estar comprovados nos documentos arrolados no artigo 5º da Lei nº 9.790/1999.

#### **4.4 Atividades da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público**

Conforme já explicitado, enquanto entidade do terceiro setor, a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público atuará no âmbito dos serviços sociais. Estes, em breve síntese, são serviços de interesse da coletividade, de relevância pública. Na medida em que não são exclusivos do Estado, poderão ser prestados pela iniciativa privada. Contudo, o Poder Público deverá exercer maior fiscalização sobre estes serviços, bem como promover atos de incentivo à sua realização pelos particulares, por meio da atividade de fomento. Convém consignarmos que, se prestados pelo Estado, estes serviços serão considerados públicos.

Esta entidade do terceiro setor foi prevista para praticar serviços sociais paralelamente ao Estado. Em outras palavras, a entidade não assumirá um serviço já prestado pelo Estado em determinada região, retirando-lhe a qualidade de serviço público, embora de relevância pública, como ocorre, por exemplo, quando uma Organização Social assume os serviços que antes eram prestados pelo Estado num determinado hospital.

Ademais, a Lei federal nº 9.790/1999 estabelece de forma exaustiva, em seu artigo 3º, os âmbitos de atuações desta entidade do terceiro setor.

Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Fernando Borges Mânica especificam, de modo oportuno, as atividades que uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público poderá praticar:

Sustenta-se que a Lei federal nº 9.790/99 inaugurou um novo modelo de prestação, a ser viabilizada por meio de um acordo administrativo colaborativo firmado entre o Poder Público e uma OSCIP (Termo de Parceria). Entretanto, importa esclarecer que a OSCIP não recebe delegação do Poder Público para a prestação de serviços, atuando a entidade privada sem fins lucrativos de modo complementar ou suplementar aos serviços prestados pelo Poder Público, por meio (i) da realização de



projetos, programas e planos de ações correlatas; (ii) das doações de recursos físicos, humanos e financeiros; ou (iii) através da prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgão do setor público que atuem em áreas afins.<sup>8</sup>

Ainda, sustentam que:

O art. 23 do Decreto nº 3.100/99 esclarece o que são “serviços intermediários de apoio” passíveis de serem objeto de termos de parceria. Embora o dispositivo não faça alusão direta à expressão, tais serviços são todas as atividades desenvolvidas pela OSCIP tendo o parceiro público como destinatário direto, podendo consistir em eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria, ou até mesmo o fornecimento de bens e a realização de obras. O tema é polêmico, e vem gerando inúmeros posicionamentos na doutrina.<sup>9</sup>

Convém, então, observarmos que os serviços denominados como “serviços intermediários de apoio” possuem a característica marcante de terem como destinatário direto o parceiro estatal, segundo consignaram os balizados autores.

E, ainda, podemos constatar que estes serviços intermediários de apoio se assemelham aos “serviços a serem executados de forma contínua”, nos termos do inciso II do artigo 57 da Lei federal nº 8.666/93. Gustavo Henrique Justino de Oliveira consigna a lição de Marçal Justen Filho, a respeito destes últimos:

A identificação dos serviços de natureza contínua não se faz a partir do exame propriamente da atividade desenvolvida pelos particulares, como execução da prestação contratual. A continuidade do serviço retrata, na verdade, a permanência da necessidade pública a ser satisfeita. Ou seja, o dispositivo abrange os serviços destinados a atender necessidades públicas permanentes, cujo atendimento não exaure prestação semelhante no futuro. Estão abrangidos não apenas os serviços essenciais, mas também compreendidas necessidades públicas permanentes relacionadas com atividades que não são indispensáveis. O que é fun-

---

8 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; Mânica, Fernando Borges. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação, p. 10.

9 Ibid., p. 21.

damental é a necessidade pública permanente e contínua a ser satisfeita através de um serviço.<sup>10</sup>

Enfim, a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público prestará serviços de relevância pública, em complementação aos serviços já prestados pelo Estado, dentro das áreas previstas no artigo 3º da Lei federal nº 9.790/99, que consistirão nas atividades mencionadas: realização de projetos, programas e planos de ações correlatas, doações de recursos e prestação dos chamados serviços intermediários de apoio.

#### **4.5 Termo de Parceria**

Obtida a qualificação da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, o ente privado estará capacitado a tentar obter a celebração do termo de parceria. Embora qualificado, não possui o imediato direito de firmar termo de parceria com qualquer ente público, portanto.

Podemos observar que, tanto a obtenção da mera qualificação da entidade quanto de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, como a efetiva celebração do termo de parceria, reduzem a liberdade da entidade. Com efeito, a simples entidade privada estará sujeita às regras do regime jurídico aplicado a este setor. A partir do momento em que obtém uma qualificação por um ente público, ou mais, celebra um termo de parceria com este, ficará sujeita a algumas regras diversas, perdendo, em comparação com as outras entidades privadas normais, parte de sua liberdade.

Desse modo, o termo de parceria trará alguns deveres à entidade do terceiro setor, como condições necessárias para que o ente público coopere com ele, fomentando a atividade prestada.

O controle da execução do termo de parceria será executado pelo órgão público da respectiva área de atuação e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo (art. 11 da Lei federal nº 9.790/99). Haverá, também, o controle pelo Tribunal de Contas.

O Termo de Parceria é, portanto, um instrumento útil e adequado para a prática de fomento pela Administração Pública.

---

10 JUSTEN FILHO, 2000 apud Oliveira, 2005, p. 1.

## **5. Da Seleção das Entidades para a Celebração do Termo de Parceria**

A partir da noção do fenômeno da privatização, entendemos o motivo da emergência do terceiro setor, sua finalidade, enfim, sua importância. Após, constatamos a adequação de uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público para a consecução de seus fins correspondentes.

Contudo, há que se ter especial atenção na seleção destas entidades, por meio do processo adequado. Sem a necessária diligência do Administrador Público nesta atividade, de nada adiantará toda a estrutura jurídica montada; não se obterá o objetivo almejado, qual seja, a adequada prestação de um serviço social, com eficiência. Por isso, analisaremos o motivo da importância desta seleção, o instrumento jurídico posto à sua disposição e seus aspectos.

### **5.1 Da Importância da Atividade de Seleção**

Creemos que a prestação de serviços sociais por uma entidade do terceiro setor será muito mais proveitosa e de maior qualidade se os indivíduos envolvidos nesta atividade estiverem trabalhando de modo extremamente voluntário, com a única finalidade de ajudar o próximo. Desse modo, sustentamos que a composição de uma entidade por pessoas altruístas constituirá um fator de extrema importância para a obtenção dos objetivos almejados.

Ainda, é preciso que a entidade seja constituída de pessoas honestas. Finalmente, a entidade do terceiro setor deverá possuir capacidade física e técnica para tanto. Deveras, não basta ser formada de pessoas altruístas e dedicadas, que possuam a intenção de ajudar o próximo. É preciso que tenham toda uma estrutura física e técnica que, aliada à cooperação governamental, propicie a adequada prestação dos serviços de relevância pública.

Enfim, são estes os três elementos que devem estar presentes em uma entidade do terceiro setor.

Assim, a atividade de seleção da entidade do terceiro setor, neste contexto, destaca-se como de extrema relevância. De modo que o administrador público, por meio da atividade de seleção, visando à celebração do termo de parceria, deverá identificar a entidade privada com as três

características acima mencionadas, que, acreditamos, são fundamentais para a consecução das atividades de interesse social.

## 5.2 Formas de Seleção

Reconhece Luciano Ferraz três formas adequadas de seleção das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público:

Sobre o tema, registro a existência de projeto de lei em tramitação na Câmara Municipal de Belo Horizonte – PL nº 122/2009 –, que contou com minha colaboração ao tempo do exercício do cargo de Controlador Geral, que previu regras específicas sobre a formulação do termo de parceria com OSCIP's. Sugeriu-se ali a adoção de três formas diferentes para a seleção da entidade da sociedade civil de interesse público (nos termos do art. 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal), para a assinatura do termo de parceria: a) **Credenciamento**: utilizável toda vez que se afigure possível repartir de forma isonômica entre as entidades qualificadas o fomento que o Estado se compromete a repassar. Nesse caso, a competição é desnecessária à medida que o Poder Público não exclui eventual interessado, prontificando-se a fomentar todos, de maneira uniforme. b) **Inexigibilidade**: aplicável toda vez que apenas uma entidade qualificada seja detentora da capacidade necessária ao desempenho do termo de parceria, reconhecendo-se aqui a prevalência de aspectos subjetivos de escolha, à moda do art. 25, II e III, da Lei nº 8.666/93. c) **Concurso de projetos**: aplicável quando não for possível aplicar as regras anteriores. Nesse caso, além dos aspectos legais e objetivos, a entidade teria que cumprir aspectos subjetivos previstos no Edital para se tornar apta à disputa.<sup>11</sup>

Nas duas primeiras hipóteses mencionadas pelo autor, de credenciamento e de inexigibilidade, na verdade, não há qualquer escolha a ser feita, porquanto, no primeiro caso, o ente público fomentará todas as entidades – que, logicamente, preenchem os requisitos legais – de igual maneira, não tendo que escolher alguma delas, e, na segunda hipótese, somente haverá uma entidade para receber o fomento estatal.

---

11 FERRAZ, Luciano. Poder Público e Terceiro Setor: considerações acerca do dever de licitar e anteprojeto de lei da nova organização administrativa brasileira, p. 3.

A única hipótese que cogita de competição é a do concurso de projetos. Somente neste caso o administrador público terá que selecionar uma ou algumas entidades dentre várias existentes e que preencham os requisitos legais.

Assim, o que se pode perceber é que o mencionado autor somente consignou um procedimento de seleção das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Nesse sentido, podemos, diversamente, pôr em debate outras formas de seleção destas entidades: o procedimento licitatório e a mera opção discricionária do administrador público e, finalmente, a utilização do concurso de projetos.

Convém, por oportuno, destacar a posição assumida pelo Tribunal de Contas da União no sentido de entender relevante a utilização de um procedimento objetivo de seleção de uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Com efeito, é este o entendimento exposto no Acórdão 002557/009/07, que discutia o fato de o Município de Laranjal Paulista ter celebrado Termo de Parceria, em caráter emergencial e sem a realização do concurso de projetos, que sustentava que a contratada detinha notória experiência na elaboração de projetos na área da saúde.<sup>12</sup>

Assim, quando existir várias entidades do terceiro setor da mesma espécie, o administrador público deverá selecionar uma delas. Desta questão surgem as discussões sobre qual o procedimento adequado, bem como se há a obrigatoriedade de sua utilização para a celebração de todo e qualquer termo de parceria.

### **5.3 Da Análise do Cabimento da Licitação**

A Lei federal nº 8.666/1993 define as normas gerais de licitação e contratos da Administração Pública Direta e Indireta da União, Estados,

---

12 Sustentou-se, no acórdão, que “muito embora não sejam aplicáveis ao instituto do termo de parceria os parâmetros da racionalidade competitiva previstos na Lei Federal nº 8.666/93, não é lícito à Administração deixar de realizar procedimento objetivo de seleção entre as organizações sociais qualificadas no seu âmbito de atuação para que, de forma impessoal, escolha com qual delas irá realizar a parceria. Essa obrigatoriedade decorre dos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e da motivação contemplados na Constituição Federal, não se admitindo a possibilidade de escolha livre, desmotivada e sem publicidade prévia.”

Distritos e Municípios. Para analisarmos a aplicabilidade desta lei às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, mais precisamente, aos Termos de Parcerias celebrados pelos entes públicos com estas entidades privadas, deveremos descobrir, primeiramente, a natureza deste vínculo jurídico formado.

Com efeito, o Termo de Parceria possui a natureza de um convênio, na exata medida em que há a formação de interesses harmônicos, as entidades celebrantes possuem os mesmos objetivos, os bens repassados não podem ser utilizados para finalidade diversa da prevista no vínculo jurídico formado. Deveras, o Termo de Parceria difere do contrato, por estas características. No contrato, haverá interesses contrapostos, a existência de contraprestação, bem como o valor repassado ao ente privado passará a integrar seu patrimônio, constituindo sua remuneração.

O convênio foi disciplinado no artigo 116 da Lei federal nº 8.666/1993 e sua concepção inicial visou aos acordos somente entre entidades públicas. Todavia, passou-se a usar esta designação para os vínculos formados por um ente público e uma entidade privada sem fins lucrativos.

Mais uma vez nos valem dos lúcidos ensinamentos da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para consignar o conceito de convênio:

Define-se convênio como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração. O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “**no que couber**”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º.<sup>13</sup>

A mesma doutrinadora entende que não há a exigência de licitação aos convênios, porquanto não haverá competição entre entidades:

---

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, p. 292.

Quanto à exigência de licitação, não se aplica aos convênios, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição. Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666/93; no *caput*, é exigida licitação para obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando **contratadas** com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a “estipulação de obrigações recíprocas” a que se refere o dispositivo.<sup>14</sup>

Com efeito, entendemos que a razão está com a professora Maria Sylvia, porquanto o artigo 37 da Constituição Federal, em seu inciso XXI, estabelece a obrigatoriedade de licitação somente para contratos, na exata medida em que o dispositivo aduz a contratação de obras, serviços, compras e alienações. Enquanto convênio, servindo como meio de permitir a atividade de fomento pelo ente público, não há qualquer contratação nos termos expostos pelo citado dispositivo constitucional. Não há que se falar, portanto, em exigência de licitação.

Acrescente-se que a previsão do artigo 24, incisos XIII, XX e XXIV, que estabelece regras de dispensa de licitação em relação a entidades privadas sem fins lucrativos, não está tratando exatamente da formação de convênio que une estas entidades privadas à entidade governamental. Ao contrário, está cuidando de efetivas contratações que o Poder Público poderá celebrar com estas entidades, não obstante a atividade de fomento.

É de se ressaltar que o Tribunal de Contas da União, no corpo do Acórdão nº 002557/009/07, já chegou a afirmar que não são aplicáveis os “parâmetros de racionalidade competitiva” previstos na Lei federal nº 8.666/93, às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Acrescenta, ainda, Gustavo Henrique Justino de Oliveira, em artigo denominado as “OSCIPs e a Lei federal nº 8.666/93”:

A obrigatoriedade ou não de submissão do Poder Público ao princípio licitatório insculpido no inc. XXI do art. 37 da Constitui-

---

14 Ibid., p. 296.

ção da República é objeto de intensa polêmica na doutrina pátria e na jurisprudência dos Tribunais de Contas Brasileiros. Entretanto, em face (i) da natureza e das especificidades das atividades levadas a cabo pelas OSCIP's; (ii) das disposições normativas especialíssimas da Lei federal nº 9.790/99 e do Decreto nº 3.100/99, diplomas legislativos que não se referem à obrigatoriedade de realização de um procedimento licitatório e sim à faculdade de realização de um prévio “concurso de projetos”; e (iii) da natureza jurídica dos Termos de Parceria, os quais constituem *acordos administrativos colaborativos*, e não *contratos administrativos* nos moldes tipificados pela Lei federal nº 8.666/93, parece não haver subordinação do Poder Público à obrigatoriedade de realização de um processo licitatório nos moldes disciplinados pela Lei federal nº 8.666/93 para a celebração de Termos de Parceria com OSCIPs.<sup>15</sup>

De todo o exposto, concluímos que não é aplicável a exigência de licitação para a celebração de convênios.

Ainda, deveremos notar que as regras de licitação não podem ser aplicadas aos convênios exatamente pela falta de adequação deste instituto. Em outras palavras, não há uma efetiva competição de modo a utilizar estas regras. Isto não significa que não podemos ou devemos utilizar outro procedimento objetivo de escolha.

A discussão caminha, agora, para a verificação da adequação e obrigatoriedade de utilização de algum outro procedimento com critérios objetivos de escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria. Saberemos se é obrigatória a utilização de algum outro procedimento para a escolha ou se o Administrador Público poderá dispensar este procedimento, utilizando seu juízo discricionário.

#### **5.4 Da Obrigatoriedade de Utilização de Procedimento Objetivo de Escolha**

Sabe-se que a observância das regras de licitação, nas contratações efetuadas pela Administração Pública, tem por finalidade garantir o

---

15 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As OSCIPs e a Lei Federal nº 8.666/93, p. 5.



princípio da isonomia previsto na Constituição Federal, bem como permitir a seleção da melhor proposta à Administração Pública, garantindo, por conseguinte, diversos outros princípios constitucionais.

Em síntese, a utilização do instituto da licitação tem por fim garantir, basicamente, os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular, igualdade, impessoalidade, moralidade e, por fim, da eficiência.

Desse modo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é um princípio maior. Aliás, deste decorre o instituto da licitação. É um princípio angular do regime jurídico de direito administrativo, tendo, na outra ponta, o princípio da legalidade. Ambos irão estabelecer as restrições e os privilégios da Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o privado importará a concessão de privilégios à Administração, enquanto que o outro estabelecerá as restrições.

Assim, na licitação, este princípio irá determinar que a Administração Pública escolha a entidade que melhor satisfaça os interesses públicos envolvidos, com o menor custo.

O princípio da igualdade, aplicado ao instituto da licitação, assegura, primeiramente, a igualdade de direitos e oportunidades a todos os particulares interessados em celebrar contratos administrativos. Dando oportunidade a todos, terá condições de escolher a melhor proposta dentre as existentes.

Já o princípio da impessoalidade decorre do princípio da igualdade e estabelece que todos os participantes do certame deverão ser tratados igualmente; prescreve que a Administração Pública deverá se pautar por critérios objetivos na escolha do particular.

Anote-se, por fim, que este princípio possui estreita relação com o princípio do julgamento objetivo, que contém a mesma significação.

Ademais, o instituto da licitação também visa a resguardar o princípio da moralidade. Com efeito, na medida em que o Administrador Público instaura um procedimento administrativo, abrindo oportunidade aos particulares de divulgarem suas propostas, escolhendo a que melhor atenderá ao interesse público envolvido, diminuirá as margens de privilégios, desvios de verbas e outros atos ofensivos à moralidade. Ainda, o princípio deve ser aplicado no decorrer do procedimento.

Por fim, há que se mencionar o princípio da eficiência. Podemos ver que o instituto da licitação tem por fim a escolha da melhor proposta para a Administração Pública, de modo a conseguir contratar um particular que execute o objeto do contrato com a melhor eficiência possível.

A escolha do Administrador Público deverá pautar-se por critérios objetivos que denotem, em tese, esta capacidade do particular, qual seja, de exercer, com eficiência, a tarefa necessária.

Agora, tudo que se disse antes a respeito da não aplicação do instituto da licitação à celebração de convênios e, especialmente, de Termos de Parcerias com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não quer significar que não deveremos aplicar os princípios que circundam este instituto ao ato de escolha destas entidades.

Todos estes princípios devem ser observados pelo Administrador Público na escolha do ente privado para a celebração do Termo de Parceria, devendo, portanto, se valer de um procedimento objetivo de escolha.

Contudo, não haverá a aplicação das regras consignadas na Lei federal nº 8.666/93 ao procedimento de escolha das entidades do terceiro setor, na medida em que não é adequado. É necessária a adoção de um procedimento de escolha com critérios objetivos, contudo, não o instituto da licitação previsto na mencionada lei federal. Com efeito, a licitação foi concebida para a escolha de entes privados que irão celebrar contratos. Nesta, a competição e o menor custo preponderam. Ao contrário, no procedimento de escolha de entidades para a celebração de convênios, o que devemos colocar em relevo não é exatamente a competição entre os entes privados, mas sim a oportunidade para exporem seus projetos, para que a Administração Pública escolha o melhor ao interesse público envolvido, a um custo adequado para sua realização.

De todo o exposto, concluímos que os princípios constitucionais de direito administrativo impõem ao administrador público a adoção de um procedimento de escolha adequado, composto por critérios objetivos, diverso do instituto da licitação, para a escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Não há, portanto, espaço para atividade do administrador público de exercer sua opção de escolha sem a abertura de um adequado procedimento administrativo.

Por fim, convém, ainda, fazermos a seguinte anotação para a aparente contradição existente. Com efeito, quando sustentamos que uma entidade do terceiro setor deverá ser composta de pessoas altruístas, de caráter íntegro, que demonstrem o potencial necessário para o desempenho da função, para a obtenção do almejado bem público, poderá transparecer que o administrador público, então, estará autorizado a efetivar uma escolha, alheia a qualquer procedimento administrativo, pautada apenas em seus critérios subjetivos.

Reconhecemos que, em determinados casos, o ente público poderá até efetivar a escolha certa e selecionar a entidade privada que melhor atenda aos interesses envolvidos. Contudo, os princípios jurídicos mencionados não apontam para esta opção. É necessária a utilização de um procedimento com critérios objetivos de escolha e, mediante estes, serem aferidas as qualidades da entidade privada. Os três requisitos mencionados para uma boa escolha da entidade do terceiro setor continuam sendo necessários: deverão ser aferidos, mediante critérios objetivos, no procedimento administrativo de escolha.

Nesse sentido observa Luciano Ferraz:

(...) já tive a ocasião de registrar que todas as vezes que a competição nesse âmbito for viável será o caso de se cogitar de procedimentos seletivos, ainda que se reconheça, no particular, que requisitos subjetivos (que são inerentes à própria entidade e seu histórico de realizações) possam ser utilizados pelo Poder Público para efeito de pontuá-las de maneira diferenciada ou mesmo para afastar a seleção com base na inviabilidade de competição.<sup>16</sup>

Concluímos, assim, que os princípios jurídicos mencionados determinam a instauração de um procedimento administrativo de escolha da entidade, não dando margem ao administrador público fazer sua escolha alheia a este procedimento. Resta, agora, analisarmos se há um procedimento de escolha previsto na legislação pertinente, adequado, para que o ente público escolha a Organização da Sociedade Civil, para a celebração do Termo de Parceria. Encontraremos, por conseguinte, no Decreto federal nº 3.100/99, a previsão do concurso de projetos.

16 FERRAZ, Luciano. Poder Público e Terceiro Setor: considerações acerca do dever de licitar e anteprojeto de lei da nova organização administrativa brasileira, p. 2.

## 5.5 Do Concurso de Projetos

Já foi visto que o Decreto federal nº 3.100, de 30 de junho de 1999, que elucida a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, traz dispositivos regulamentadores, tanto da qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, quanto do vínculo jurídico formado com o ente público. Em síntese, o mencionado decreto traz alguns encargos aos agentes públicos, visando à verificação do preenchimento dos requisitos para qualificação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e do Termo de Parceria. Faz, ainda, algumas definições dos termos utilizados na Lei federal.

A maioria dos dispositivos cuida da regulamentação do Termo de Parceria. E, a partir do seu artigo 23, o Decreto passa a discorrer sobre a forma adotada de escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria: o concurso de projetos.

Assim, dispõe o artigo 23, na redação atual, dada pelo Decreto nº 7.568/2011, que:

A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para a obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria.

Observa-se que o dispositivo do Decreto dirige-se ao administrador público, obrigando-o a utilizar, como regra, o concurso de projetos para a escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Convém consignar que tal regramento foi editado, evidentemente, na tentativa de pôr fim a discussões doutrinárias e no âmbito do controle efetivado pelos Tribunais de Contas da União e dos Estados. Com efeito, discutia-se a obrigatoriedade ou não da utilização do termo de parceria diante da antiga redação do artigo 23 do Decreto federal, que dispunha:

A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, **poderá** ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão parceiro para a obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria. (grifo nosso)

Entendia o Tribunal de Contas da União, em grande parte das decisões proferidas na vigência deste dispositivo, que o uso do concurso de projetos pelo administrador público era facultativo, na medida em que o Decreto federal utilizava o verbo “poderá”. Deveras, observa-se tal posição, por exemplo, na Decisão 931/1999.<sup>17</sup>

Assim, devemos verificar que o Tribunal de Contas da União entendia que a redação antiga daquele dispositivo trazia mera faculdade ao administrador público. Este poderia utilizar ou não o concurso de projetos, na atividade de seleção da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, cabendo tal decisão ao seu juízo discricionário. Um dos fundamentos do raciocínio do prolator da regra, segundo a decisão do Tribunal de Contas, consistiria na tese de que o concurso de projetos, por ter trâmites burocráticos, poderia onerar a eficiência da escolha da entidade do terceiro setor. Ora, com esta posição não concordaremos, posto que a eficiência deverá ser alocada na prestação dos serviços sociais: deveremos nos preocupar com a eficiência destes serviços e praticaremos todos os atos necessários para sua obtenção. Este pensamento poderá ser menos custoso à Administração Pública, certamente.

Finalmente, o Tribunal de Contas da União, não obstante defender a tese jurídica de que a utilização do concurso de projetos é facultativa, pugnava pela necessidade de se tornar obrigatória, no mínimo a partir de determinado valor monetário envolvido no Termo de Parceria a ser firmado pelo Ente Público.

Tanto que o citado Tribunal manifestou-se, no processo 008-011.2003-5, no sentido de determinar que o Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão e à Casa Civil da Presidência da República avaliasse a inclusão de norma, no Decreto nº 3.100/1999, obrigando a utilização do concurso de projetos para a escolha da Organização Social

---

17 Restou consignado que “a utilização da palavra poderá, torna o texto original meramente recomendatório, deixando à discricionariedade do administrador a decisão de optar ou não pelo concurso. Considerando que o concurso exige trâmites burocráticos que podem onerar a eficiência do processo de seleção para os termos de parceria, infere-se que sua mera sugestão, no corpo do decreto, será pouco efetiva. Cabe lembrar que a realização do concurso busca isonomia no tratamento das OSCIP’s e a melhor eficiência na realização do objeto pactuado. A título de racionalização, poderia ser estabelecido um limite de valor a partir do qual seria obrigatório o concurso.”

de Interesse Público visando à celebração do Termo de Parceria. Fato que se concretizou.

Pela regra atualmente consignada no Decreto nº 3.100/99, o entendimento do Tribunal de Contas da União não deverá mais subsistir, na medida em que passou a deixar expresso que o concurso deverá ser realizado.

Ora, os princípios constitucionais de direito administrativo comentados já apontavam para a necessidade de utilização de um procedimento de escolha, munido de critérios objetivos, para a seleção da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Assim, não obstante a antiga redação do artigo 23 do Decreto federal, de rigor o entendimento de que já havia a obrigatoriedade de utilização do concurso de projetos.

O concurso de projetos é, assim, o procedimento de escolha, de critérios objetivos, que o administrador público deverá utilizar, como regra, para a escolha da entidade privada do terceiro setor.

Não obstante, devermos reconhecer que, em determinados casos, não será possível a utilização deste ou de qualquer outro procedimento de escolha. Com efeito, o § 2º do artigo 23 do Decreto federal citado, consigna que a autoridade administrativa responsável poderá, mediante decisão fundamentada, deixar de utilizar o concurso, nos seguintes casos: a) nos de emergência ou calamidade pública – nessa hipótese, o termo de parceria terá a duração, improrrogável, de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos; b) para a consecução de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou sob qualquer outro perigo; c) nas hipóteses em que a atividade objeto do Termo de Parceria já esteja sendo realizada adequadamente por uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, há pelo menos cinco anos.

Excepcionalmente, então, não será utilizado quando existir a urgência na celebração do termo de parceria. Nestes, recomenda-se, por tudo que sustentamos, que o administrador público escolha a entidade privada com esmero.

Convém, ainda, complementarmos o tema com anotações a respeito do procedimento do concurso de projetos, deixando explícita sua adequação ao ato de escolha de Organizações da Sociedade de Interesse Pú-

blico, as necessárias considerações sobre a circunstância de estar previsto somente em Decreto federal, comentando sobre a obrigatoriedade e aplicação para outros entes federados, e, finalmente, a análise de sua obrigatoriedade a todas as hipóteses de celebração de termos de parceria, não obstante a restrição contida no “caput” do artigo 23 do Decreto federal.

### **5.5.1 Do Procedimento do Concurso de Projetos**

O Decreto federal nº 3.100/1999 traz inúmeras regras sobre os atos a serem praticados no concurso de projetos. Assim, primeiramente dispõe sobre os requisitos mínimos do edital, que deverá conter: regras sobre o prazo e modo de apresentação das propostas; as especificações técnicas do objeto do Termo de Parceria; os critérios de seleção e julgamento das propostas; o prazo de julgamento e da celebração do termo de parceria; bem como a fixação do valor máximo a ser desembolsado. Observe-se que, no que toca à necessidade de consignar as especificações técnicas do objeto do Termo de Parceria, o Decreto federal deixa expresso que o ente público deverá prepará-lo com clareza, objetividade e detalhamento.

Quanto à seleção dos entes do terceiro setor, a proposta é no sentido de elencarmos os critérios adequados que permitam a identificação de uma entidade com todas as características necessárias já discutidas, sempre visando à máxima eficiência e qualidade dos serviços sociais a serem prestados.

Nesse sentido, convém anotarmos que o Decreto nº 19.752/2001 editado pelo Município do Rio de Janeiro, que regulamentou os vínculos jurídicos deste com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, traz uma tabela com uma pontuação de vários critérios a serem aferidos, tais como: fator técnico, fator legal, capacidade operacional, idoneidade administrativa e, finalmente, fator preço.

Sem dúvidas, o concurso de projetos, tal como regulado na esfera federal, comporta a adoção desta tabela, tornando-se um instrumento adequado para a seleção destas entidades.

Em continuidade, caberá à Organização da Sociedade Civil de Interesse Público candidata apresentar seu projeto técnico e a previsão dos custos a serem empregados na atividade social da qual se incumbirá.

Na fase de julgamento das propostas, o administrador público deverá verificar se o projeto apresentado se coaduna com o constante do

edital, em outras palavras, se satisfaz as necessidades do ente público. Analisará, ainda, a capacidade técnica e operacional da entidade do terceiro setor. Com efeito, tal verificação é de suma importância, na medida em que não se poderá optar por um projeto esplendoroso, mas que não possua condições de se materializar. Outrossim, o administrador público deverá avaliar a adequação dos meios e resultados.

Obrigatório, ainda, levar em conta a regularidade jurídica e institucional da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Na verdade este é o requisito da própria qualificação da entidade como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, que será perdida uma vez constatada alguma irregularidade. É o que prevê o artigo 7º da Lei nº 9.790/1999. Assim, este é um requisito indispensável para a participação no concurso de projetos e para a celebração do Termo de Parceria.

Ainda, o artigo 28 do Decreto federal deixa expresso que não se aceita, como critério de seleção, qualquer exigência relacionada a limites territoriais de atuação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público ou a benefícios ao Poder Público que a entidade do terceiro setor poderia oferecer. Assim, o administrador público não poderá selecionar entidades por seus domicílios, por experiência de atuação em determinado território, ou, ainda, a obrigatoriedade de consórcio com entidades sediadas em determinado lugar.

No artigo 29 do Regulamento, aplica-se o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto na Lei nº 8.666/1993, na medida em que estabelece que somente serão utilizados os critérios previstos no edital do concurso, no julgamento das propostas apresentadas pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

A comissão julgadora, nos termos do artigo 30 do Decreto nº 3.100/99, será composta de, no mínimo, de um servidor do Poder Executivo, um especialista do tema do concurso e um membro do Conselho de Política Pública da área de competência.

### **5.5.2 Da Previsão em Decreto Federal**

Observa-se que o concurso de projetos somente foi previsto no Decreto federal nº 3.100/1999. A Lei federal nº 9.790/1999 nada diz sobre



o modo de escolha das entidades do terceiro setor para a celebração do Termo de Parceria.

Contudo, tal fato nada impede a legitimidade e obrigatoriedade deste instituto. Com efeito, já se disse que há a obrigatoriedade de utilização de um procedimento de escolha das entidades, pautado em critérios objetivos, por conta dos princípios constitucionais de direito administrativo citados. A previsão de sua obrigatoriedade decorre do Direito posto, aliás, emana da Constituição Federal. Assim, o fato de estar previsto em Decreto, ato regulamentar do Poder Executivo não constitui qualquer óbice à legitimidade deste instituto.

Ainda, cabe observar que, tratando-se de Decreto federal, os dispositivos nele contidos somente terão validade no âmbito da administração pública federal. As entidades federadas, não obstante terem a obrigação de adotar um procedimento de escolha adequado destas entidades do terceiro setor, não terão a obrigação de adotar as específicas regras contidas no Decreto federal.

As regras do âmbito federal somente incidirão nos Estados e Municípios se estes adotarem sua utilização.

Observa-se que a Lei estadual nº 11.598/2003, editada pelo Estado de São Paulo, que pretendeu estabelecer disposições relativas às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, em seu artigo 1º institui, igualmente a esfera federal, o Termo de Parceria a ser celebrado com entidades que possuam a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, nos termos da legislação federal. Na verdade, esta Lei estadual trata da regulamentação do Termo de Parceria em seu âmbito de atuação, nada dispondo sobre a qualificação das entidades.

E, em seu artigo 14, determina que serão aplicáveis, no que couber, as disposições do Decreto federal nº 3.100, de 30 de junho de 1999. O que faz concluir que o concurso de projetos será aplicado no âmbito do Estado de São Paulo, tal como regulado no ato regulamentar federal.

### **5.5.3 Da Abrangência da Aplicação do Concurso de Projetos**

Alerta-se que a conclusão que se quer chegar já foi exposta anteriormente, quando verificamos que existe a obrigatoriedade de utilização de

um procedimento de escolha com critérios objetivos, para a seleção das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, visando à celebração do Termo de Parceria.

Nesse sentido, a redação do artigo 23 do Decreto nº 3.100/1999 estabelece que:

Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria.”

Ora, este dispositivo deixa explícito que somente haverá a obrigatoriedade de se valer do concurso de projetos para a celebração de Termo de Parceria que vise à prestação de serviços intermediários de apoio. Já dissemos que estes serviços possuem a marcante característica de serem voltados ao parceiro estatal. Este é o destinatário direto dos serviços, ainda que visem, indiretamente, a prestação de serviços sociais.

Como decorrência deste entendimento, poderíamos ter a aparente ideia de que o concurso de projetos não é obrigatório para as demais hipóteses de celebração de Termo de Parceria. Assim, se o administrador público pretendesse fomentar uma determinada área, selecionando uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para prestar, de forma direta, o serviço de relevância social aos particulares, não seria obrigado a utilizar o concurso de projetos.

Contudo, não é esta a norma jurídica que se deve depreender da interpretação deste dispositivo. Com efeito, resgatando o que dissemos sobre os princípios constitucionais de direito administrativo citados, iremos concluir que a adoção de um procedimento de escolha pautado em critérios objetivos é obrigatória em todos os casos de celebração de Termo de Parceria. Consequentemente, o artigo 23 do Decreto federal comentado deverá ser interpretado no sentido de abarcarmos todos os casos de geração de vínculo jurídico de fomento entre uma entidade estatal e uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Deveras, é esta a interpretação que deve imperar, tendo por análise todo o sistema, todo o direito positivo.

## 6. Conclusões

1) Verificou-se, então, que o fenômeno da privatização surgiu em resposta às ineficiências presentes no Estado Social de Direito. Com efeito, a instalação do Estado Social, assumindo incontáveis funções, para a proteção dos direitos econômicos e sociais dos particulares, fez com que o ente estatal não tivesse recursos e mecanismos suficientes para prestar todas as atividades necessárias, com qualidade e eficiência.

2) O termo abarcou variadas técnicas, consistindo em permitir que o particular empregue sua força e recursos na realização de atividades que antes eram desempenhadas pelo Estado, bem como utilizar parte do dinamismo presente no regime jurídico de direito privado no âmbito estatal.

3) A partir do universo da privatização, focada a análise na necessidade de incentivo aos particulares para exercerem atividades de relevância social, vimos surgir o terceiro setor, composto de entidades privadas, sem fins lucrativos, que se dispõem a exercer atividades sociais, visando ao bem comum.

4) Dentre as entidades do terceiro setor, a que mais se coaduna com o conceito de entidade do terceiro setor é a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Esta entidade assumirá uma atividade social que não esteja sendo prestada pelo Estado. Sua estrutura jurídica garante a prestação de um serviço de relevância social de forma adequada e eficaz.

5) Dentro deste assunto, é de relevo a atividade de escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria. Com razão, não são suficientes as normas que estabelecem requisitos para a qualificação das entidades paraestatais; os requisitos do Termo de Parceria e o seu controle. É preciso que o administrador público haja com extrema cautela na atividade de seleção destas entidades.

6) Com efeito, é inevitável a análise do cabimento do instituto da licitação para a escolha da entidade privada visando à celebração do Termo de Parceria. Vimos que este não é obrigatório e não se amolda à atividade de escolha de entidades do terceiro setor, na medida em que

não há contratação, não poderá haver competição, não há interesses contrapostos. Há, por outro lado, a necessidade de fomentar uma entidade, para bem prestar serviços sociais à comunidade. Os parâmetros são outros, então.

7) Verificou-se também não ser permitido ao administrador público escolher somente por critérios subjetivos, sem qualquer procedimento, a entidade, por maior que seja sua boa intenção de tentar localizar uma entidade idônea e capaz.

8) Nesse sentido, verificou-se que os princípios constitucionais de direito público, notadamente os princípios da supremacia do interesse público, da igualdade e da eficácia determinam que a escolha da entidade do terceiro setor seja realizada por meio de um procedimento de escolha com critérios objetivos, com os parâmetros adequados à aferição de uma adequada entidade do terceiro setor.

9) Vimos, assim, sua obrigatoriedade para todas as hipóteses. No âmbito federal e em outras entidades que o adotarem, haverá a obrigatoriedade de utilização do concurso de projetos, regulamentado no Decreto federal nº 3.100/99.

10) O concurso de projetos permite que se instaure um adequado procedimento de escolha das entidades. Elas serão selecionadas com base em seus projetos, na análise de seu potencial técnico e operacional. Não será mera escolha pautada na que oferecer menos custos à entidade estatal, como poderia preponderar na licitação. As qualidades da entidade deverão ser aferidas neste procedimento de escolha, não se admitindo a mera escolha totalmente discricionária do administrador público, conforme analisado.

11) Há que se realçar também que o concurso de projetos previsto no Decreto federal nº 3.100/99 se aplica a todas as hipótese de celebração de Termo de Parceria, pelo ente federal ou qualquer outro que adotar este procedimento em sua legislação. De modo que, ainda que aparente ser aplicado somente aos Termos de Parceria que visem à prestação de serviços intermediários de apoio, em razão da leitura de sua redação, uma interpretação mais acurada demonstra que o concurso de projetos é obrigatório em todas as hipóteses.

12) Assim, demonstrado o contexto do surgimento do terceiro setor; a importância das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público; analisada a importância e obrigatoriedade do procedimento de seleção acolhido pelo Decreto federal nº 3.100/99, esperamos que este trabalho traga utilidade prática aos administradores públicos, na consecução dos objetivos almejados.

## Bibliografia

BARBOSA, Maria Nazaré Lins. A experiência dos termos de parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs). In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 522-562.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

REGULES, Eduardo Patrone. *Terceiro Setor: Regime Jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006.

## Pesquisas na Internet

FERRAZ, Luciano. *Poder Público e Terceiro Setor: considerações acerca do dever de licitar e anteprojeto de lei da nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte, Editora Fórum, n. 64, 2010. Disponível em <http://www.bidforum.com.br/bid>. Acesso em 08/mar/2012.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *As OSCIPs e a Lei Federal nº 8.666/93*. Belo Horizonte, Editora Fórum, n. 46, 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid>. Acesso em 08/mar/2012.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação*. Belo Horizonte, Editora Fórum, n. 49, 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid>. Acesso em 08/mar/2012.

VESCE, Gabriela Possoli. *Altruísmo*. Disponível em <http://www.infoescola.com/psicologia/altruismo>. Acesso em 09/mar/2012.

ZEN, Marcela Roza Leonardo. *Licitação e Terceiro Setor: reflexões sobre o concurso de projetos da Lei das OSCIP*. Belo Horizonte, Editora Fórum, n. 4, 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid>. Acesso em 08/mar/2012.



# O controle judicial sobre o ato discricionário proporcional

Márcia Coli Nogueira<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O controle judicial sobre o ato discricionário; 2.1 A extensão do controle judicial sobre o ato administrativo: anulação ou substituição; 3. Controle judicial e a proporcionalidade; 4. Limites ao juízo de proporcionalidade do ato discricionário; 5. Considerações finais; Bibliografia

---

## 1. Introdução

Não se pode negar que uma das garantias da permanência do Estado Democrático de Direito é a possibilidade das escolhas administrativas sofrerem revisão pelo Poder Judiciário, o chamado controle jurisdicional, conferindo proteção ao indivíduo em face do Poder Público.

O que tem provocado debates acalorados não é, portanto, o reconhecimento de que este controle é necessário e faz bem, mas sim a sua extensão que, se de forma exagerada, acaba por substituir as decisões dos agentes da Administração pela dos magistrados, que não foram democraticamente eleitos.

O assunto aqui tratado é relevante, pois, se em tempos idos o mérito do ato administrativo era de atribuição exclusiva do Poder Executivo, hoje se observa uma tendência oposta, sentindo-se o magistrado com

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direitos Humanos e em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo.



total liberdade para revisar, anular, substituir, opinar, acerca de toda e qualquer atividade da Administração, sem se olvidar que, em determinadas situações, é conferido ao administrador uma liberdade maior de apreciação ao expedir atos discricionários.

Percebe-se o surgimento no ordenamento jurídico pátrio de uma tendência restritiva ainda mais forte à discricionariedade administrativa, ampliando-se sobremaneira o controle judicial, inclusive, sobre o mérito do ato administrativo, formado pela clássica fórmula da conveniência e oportunidade.

Neste contexto, pretende-se saber se o ato discricionário expedido após a escolha por uma ou mais soluções **técnicas, razoáveis, eficientes, adequadas, necessárias e proporcionais** é passível deste amplo e irrestrito controle. Neste ponto o trabalho ousou, ao nominar o ato administrativo nestas condições como ato discricionário “proporcional”.

Dando o norte desta dissertação transcreve-se Marçal Justen Filho que aceita, mas com limites:

[...] Mesmo no tocante à discricionariedade é possível cogitar da fiscalização jurisdicional. O controle Jurisdicional não pode invadir aquele núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade <sup>2</sup>

Do mesmo modo pensa Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao dizer que “quando a atividade é discricionária, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar os limites da discricionariedade definidos em lei”<sup>3</sup>.

Para analisar a constitucionalidade do ato administrativo, o trabalho partiu para o estudo do princípio ou método da proporcionalidade, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o instituto, que, por si só, mereceria uma abordagem única.

A escolha da proporcionalidade deu-se ante a sua importância como uma ferramenta a ser utilizada pela Administração Pública para, ao exer-

2 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Ed. Dialética, 2002, p. 590.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2001, p.133.

cer a atividade administrativa discricionária, encontrar a justa medida entre as metas da administração e os direitos individuais em jogo.

Por outro lado, o Poder Judiciário igualmente se utiliza da proporcionalidade para julgar a constitucionalidade das medidas administrativas ou legislativas.

Ponto crucial é saber qual a extensão e os limites do controle judicial a ser feito sobre o ato administrativo discricionário, em especial sobre o mérito e os motivos. O mérito e os motivos, portanto, como objeto do controle judicial.

O objetivo deste ensaio é saber quanto o ato administrativo discricionário adequado, necessário e ponderado, e porque não dizer o “**ato discricionário proporcional**” pode ser sindicado pelo Poder Judiciário, sem que se usurpem as funções da Administração, sem que os juízes se excedam invadindo o campo de atuação de outro Poder, mas, também, sem que se omitam na análise da legalidade do ato, por reservas ou pudor em relação ao mérito.

Identificar com segurança, em cada caso concreto, onde se inicia e onde termina a margem de livre decisão da Administração Pública – discricionariedade – é um dos dilemas do Direito Administrativo. A resposta pode ser buscada na Constituição, pelos princípios de Direito e na proteção aos direitos fundamentais. Quando a restrição a direitos ocorre pela atuação da Administração Pública no exercício do seu poder discricionário, a proporcionalidade fornece parâmetros tanto para o controle judicial quanto para a expedição do ato nos limites da legalidade.

Ao fazer a interligação dos assuntos, nominou-se este ensaio como *o controle judicial sobre o ato discricionário proporcional*, em uma alusão explícita à proporcionalidade que deve conter todo o ato administrativo discricionário exarado pelo Poder Público, para ser um ato legal, passar incólume pelo controle judicial e subsistir no ordenamento jurídico.

## 2. O controle judicial sobre o ato discricionário

Primeiramente cumpre fazer uma distinção importante entre uma etapa inicial de controle e a sua consequência, que pode ou não desaguar em uma etapa subsequente, de efetiva alteração.

A faculdade de controlar, ou como sinônimos usados pelos doutrinadores, de *fiscalizar, sindicatizar, observar, apreciar, examinar, analisar, investigar* não se nega ao Poder Judiciário. O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional contido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal autoriza proceder desta forma, quer em relação aos atos do Poder Legislativo, quer aos do Executivo, na edição de atos normativos ou atos da Administração, sejam estes últimos atos vinculados ou discricionários.

Tome-se a definição contida no dicionário, por exemplo, do termo “sindicar”:

Sindicar: 1. Fazer sindicância em; inquirir. 2. Colher informações a respeito de (algo), por ordem superior. 3. Organizar em sindicato; sindicatizar. 4. Realizar sindicâncias; tomar informações<sup>4</sup>

Esta atividade de “realizar sindicâncias, tomar informações” nada mais é do que uma *cognição judicial* realizada sobre o ato administrativo ou legislativo, que pode e deve ser a mais ampla possível e incidir sobre todos os aspectos do ato, tanto formais quanto de mérito. Ao Poder Judiciário autoriza-se um irrestrito acesso, podendo-se afirmar com segurança que não há ato administrativo ou normativo insuscetível de controle ou análise e apreciação<sup>5</sup>.

Outra questão é a consequência deste controle, que pode ou não resultar na anulação do ato, ou alteração, substituição, correção, etc. Tem-se nesta segunda etapa uma atividade que supera a mera cognição, posterior a ela, de *decisão*. Este momento da atividade judicial de decisão, posterior à mera atividade de cognição do ato administrativo, é que irá ou não corrigir, anular, invalidar, substituir o ato administrativo.

4 Novo Dicionário Básico da Língua Portuguesa. Folha/Aurélio. São Paulo: Ed. Nova Fronteira, 1995.

5 Elival da Silva Ramos, contudo, ao discorrer sobre os diferentes graus de controle judiciário, define o que seja “função de governo” (que se desenvolve mediante a elaboração de programas de governo, de planos de ação, globais ou setoriais, a busca de engajamento dos demais poderes e da sociedade às diretrizes lançadas), que não envolve a *prática de atos concretos, capazes de afetar a esfera jurídico-subjetiva de quem quer que seja, que por se manter no plano exclusivamente político*, revela-se juridicamente incontrolável. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 153-155.

O quanto pode o Poder Judiciário alterar o ato administrativo é o que diverge a comunidade jurídica, salientando-se que esta divergência reside não em relação ao ato vinculado que se submete a um “controle máximo”, mas em relação ao ato discricionário<sup>6</sup>.

Ao longo deste capítulo e dos que seguem, tentar-se-á dar alguns parâmetros para o controle judicial sobre o ato administrativo discricionário.

Teorias foram criadas para auxiliar o exercício deste controle: 1. *teoria do desvio de poder*; 2. *teoria dos conceitos ou noções imprecisas*; e 3. *teoria dos motivos determinantes*. Resumidamente, tem-se que um ato expedido com desvio de finalidade (expedido para um fim outro que não o fixado pela lei, visando a um interesse privado, ou mesmo outro fim público); ou com uso equivocado de discricionariedade na situação de mera interpretação dos termos vagos e imprecisos<sup>7</sup>; ou expedido sem motivação, ou com falsa motivação, deverá ser anulado pelo Poder Judiciário, o que vem acontecendo.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

Desvio de poder pode ser aferido pela ilegalidade explícita (frontal ofensa ao texto da lei) ou por censurável comportamento do agente, valendo-se de competência própria para atingir finalidade alheia àquela abonada pelo interesse público, em seu maior grau de compreensão e amplitude. A análise de motivação do ato administrativo, revelando um mau uso da competência e finalidade despojada de superior interesse público, defluindo o vício constitutivo, o ato aflige a moralidade administrativa, merecendo inafastável desfazimento<sup>8</sup>

---

6 Diz-se que o controle judicial sobre o ato vinculado é total, pois como não é dada margem alguma de escolha ao administrador, o ato deverá ser expedido nos exatos termos da lei, ao contrário do ato discricionário, onde há uma abertura conferida pela norma, podendo o gestor decidir de uma ou outra forma. Para Elival da Silva Ramos, o controle de constitucionalidade de atos administrativos em que haja discricionariedade é um “controle médio forte”, sendo um “controle máximo” o referente aos atos administrativos plenamente vinculados. Op. cit., p. 165 e ss.

7 A teoria das noções imprecisas limita a competência discricionária por meio de uma adequada interpretação. Termos cuja abertura ou pouca clareza ou duplicidade de significados conseguem por meio da interpretação a solução única possível, não contêm discricionariedade.

8 STJ, 1ªT, Resp. nº 21.156-0/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *Ementário STJ 11/075*.

O Ministro Eros Roberto Grau, com grande propriedade, fundamentou seu voto nas teorias dos “conceitos ou noções imprecisas” e dos “motivos determinantes”, afirmando que não se trata de discricionariedade os conceitos indeterminados existentes nos textos normativos<sup>9</sup>:

A discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra de interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito (STF, 1ªT, RMS 24699/DF, DJ 01.07.2005)

Ao final, o Ministro conclui que “os atos administrativos que envolvem a aplicação de *conceitos indeterminados* estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário”. Igualmente em relação aos motivos, pontua ser possível a revisão pelo Poder Judiciário dos motivos do ato administrativo, especialmente nas demissões de servidor público.

O motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração. No caso do ato disciplinar punitivo, a conduta reprovável do

9 As duas transcrições que se seguem constam do voto do Ministro, que teve a seguinte ementa (grifo nosso): “EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei nº 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia – art. 117, inciso XV da Lei nº 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido”. STF, 1ªT, RMS 24699/DF, DJ 01.07.2005.

servidor é o pressuposto de fato, ao passo que a lei que definiu o comportamento como infração funcional configura o pressuposto de direito. Qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanção, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato (STF, 1ªT, RMS 24699/DF, DJ 01.07.2005)

O motivo do ato administrativo relaciona-se aos pressupostos de fato e de direito que levaram a expedição do ato e confere legalidade ao ato. A obrigatoriedade de a Administração motivar sempre os seus atos é de suma importância, quer porque vários dispositivos legais assim o exigem<sup>10</sup>, e mais ainda para obstar o controle judicial. Uma competente fundamentação permite ao juiz entender e ponderar as razões do gestor, tornando mais difícil a alteração do ato, ou como a doutrina se refere, a *substituição das razões da Administração pelas razões do juiz*.

A Jurisprudência vem evoluindo neste sentido. Se antes entendia, por exemplo, que a cessão de servidor público, por ser ato precário, “confere à Administração, a qualquer momento, por motivos de conveniência e oportunidade, a sua revogação, sem necessidade de motivação, cujo controle escapa ao Poder Judiciário, adstrito unicamente a questões de ilegalidade”<sup>11</sup>, hoje vê na conduta imotivada abuso de poder, a permitir a anulação do ato. Confira:

ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – REMOÇÃO – ATO NÃO MOTIVADO – NULIDADE – ART. 8º, INCISO I DA LEI ESTADUAL Nº 5.360/91 – PRERROGATIVA DE INAMOVIBILIDADE – INEXISTÊNCIA – PRECEDENTES – RECURSO PROVIDO. I - O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara

10 Além de artigos expressos nas leis que regulam o processo administrativo Federal (Lei nº 9.784/99, art. 2º) e o processo administrativo Estadual (Lei nº 10.177/98, art. 9º, VI), e na Constituição Estadual (art. 111), pode se extrair a obrigatoriedade da motivação no artigo 93, inciso X da CF, ao exigir decisões motivadas dos Tribunais.

11 “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CESSÃO. REVOGAÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO. MOTIVAÇÃO. DESNECESSIDADE” – STJ, 6ª T, RMS 12312 / RJ, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 09.12.2002, p. 390.

individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço. Precedentes. II – O art. 8º, inciso I da Lei Estadual nº 5.360/91 não impede que o servidor por ela regido seja removido. Não se cogita de inconstitucionalidade da expressão “fundamentada em razão do interesse do serviço” nele contida. III – No caso dos autos, o ato que ordenou as remoções encontra-se desacompanhado do seu motivo justificador. Consequentemente, trata-se de ato eivado de nulidade por ausência de motivação, que desatende àquela regra específica que rege os Agentes Fiscais da Fazenda Estadual. IV – Recurso provido. (STJ, QUINTA TURMA, RMS 12856/PB, Rel. Min. Gilson Dipp, J. 08.06.2004, DJ 01.07.2004, p. 214) – (grifo nosso)

Pois bem, uma vez superada estas questões, isto é, tendo a Administração agido com o poder discricionário que a lei lhe conferiu, motivado o ato, feito um juízo de oportunidade e conveniência (mérito do ato administrativo) com razoabilidade, sem abuso de poder, sem desvio de finalidade, em conformidade com os motivos determinantes, pergunta-se quanto pode ainda o juiz intervir, sem adentrar na valoração do ato discricionário, de competência privativa do Poder Público?

Trata-se de perquirir *se e quanto* o **MÉRITO** do ato administrativo, entendido como a área de reserva da Administração a depender da valoração do gestor, pode ser sindicado pelo Poder Judiciário, o que implica em estudar a extensão do controle judicial sobre o ato administrativo: quando será um *controle negativo*, isto é, de anulação, ou um *controle pleno*, de substituição do ato.

## **2.1 A extensão do controle judicial sobre o ato administrativo: anulação ou substituição**

A visão restritiva do controle sobre o mérito vem ao menos desde Miguel Seabra Fagundes com seu livro pioneiro no estudo do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, que lançado em 1941, sentenciou:

Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o *mérito* dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los,

tão somente, sob o prisma da *legalidade*. Este é o limite do controle, quanto à extensão<sup>12</sup>

Celso Antonio Bandeira de Mello, após reconhecer que a discricionariedade confere uma margem de liberdade ao administrador e ser sempre contrastável judicialmente para verificar se foi exercida dentro dos limites fixados em lei, é taxativo:

No interior da margem de liberdade aludida – e que compõe o chamado mérito do ato administrativo – o juízo do administrador é absoluto e impenetrável à investigação judicial, sob pena de ofensa à própria lei, por implicar um juízo de valor sobre ela, tarefa estranha à função jurisdicional<sup>13</sup>

O Judiciário mostra-se por vezes tímido em criticar (ou controlar) os critérios de valoração do ato empregados pela Administração<sup>14</sup>:

Administrativo. Servidor público. Concessão de horário especial. Ato discricionário. Ilegalidade ou abuso. Inexistência. Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público. Recurso ordinário provido<sup>15</sup>

Mas a questão não é tranquila, isto é, o mérito administrativo, substanciado no juízo da oportunidade e conveniência do administrador

---

12 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1984, p. 84.

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e legalidade. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado* n. 4/9, p. 23.

14 Nesse sentido: RMS 9319/MG; RMS 18151/RJ; RMS 15734/PR; MS 9181/DF e o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO – CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – LIMITE DE VELOCIDADE DAS VIAS DE TRÂNSITO – CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NÃO OBSERVÂNCIA DO LIMITE ESTABELECIDO – MULTA – PROCEDÊNCIA – Os critérios adotados pela administração pública para fixação dos limites de velocidades nas vias de trânsito estão relacionados à discricionariedade estabelecida no próprio CTB, não cabendo ao Poder Judiciário, salvo em caso de ilegalidade ou manifesto abuso de autoridade, adentrar no mérito do ato administrativo que os instituiu. Recurso Especial conhecido e provido”. REsp. 588253/RJ; Recurso Especial 2003/0157008-6. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Min. Francisco Peçanha Martins, julgamento:18.8.2005.

15 RMS 14967/SP, 6ªT, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 25.3.2003.



(com grande carga de valoração subjetiva), nem sempre resta intocável pelo Judiciário. O voto da Ministra Eliana Calmon exarado no ano de 2004 serve de paradigma para a mudança de pensamento:

[...] O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade <sup>16</sup>

A antiga visão legalista do controle ou da exegese apenas das leis escritas está irremediavelmente superada. No entanto, por mais que esta nova visão tenha aberto o mérito do ato administrativo ao controle judicial, não o fez completamente ou tão amplamente como possa aparentemente sugerir. Feita esta ressalva, prossegue-se com a pretensão de delimitar o espaço de intervenção judicial sobre o mérito do ato discricionário.

Como bem aponta Germana de Oliveira Moraes, “a compreensão do controle jurisdicional da discricionariedade e da valoração administrativa dos conceitos indeterminados como controle de juridicidade, e não apenas de legalidade, revela a superação do positivismo legalista”<sup>17</sup>; ou, em outras palavras, “o critério da legalidade é obviamente insuficiente como critério de controle da atuação administrativa não vinculada”<sup>18</sup>.

Não sendo mais a legalidade suficiente para se atestar a constitucionalidade da atuação administrativa não vinculada, outros **princípios** expressos ou implícitos na Constituição irão viabilizar o controle judicial sobre a atuação discricionária da Administração (que abrange a discricionariedade administrativa e a valoração dos conceitos verdadeiramente indeterminados<sup>19</sup>).

16 STJ, Resp. 429570/GO, 2ªT, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ. 22.3.2004.

17 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed., São Paulo: Ed. Dialética, 2004, p. 111-112.

18 Idem.

19 Germana lembra que a atividade administrativa não vinculada abrange a discricionariedade administrativa e a valoração dos conceitos verdadeiramente indeterminados, que são manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, por isso que afirma ser o critério da legalidade “obviamente insuficiente como critério de controle da atuação administrativa não vinculada, daí porque se reveste de capital importância a invocação daqueles outros princípios”. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. Op.cit., p. 112.

Eis a fórmula ou parâmetro para o controle dos atos administrativos: será inválido o ato discricionário se incompatível com os princípios gerais do Direito e se atentatório aos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente.

Ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, positivados expressamente na Constituição (artigo 5º, II e 37), juntam-se a estes, o princípio da razoabilidade e da **proporcionalidade**, como técnica de controle judicial da constitucionalidade dos atos emanados pelo Poder Público. Antes, no entanto, de traçar as noções sobre o princípio da proporcionalidade, o trabalho continuará a perquirir acerca do controle do ato discricionário e as consequências deste controle, inclusive quanto a possibilidade não só de anular, mas também ir além, de substituir o ato.

De partida, afirma Germana que:

Atualmente, à luz da moderna compreensão do Direito, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e o resultante da valoração de conceitos indeterminados, é suscetível de revisão judicial, muito embora **nem sempre plena**, por meio da qual o Poder Judiciário examinará a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios gerais de Direito, para além da verificação dos aspectos vinculados do ato<sup>20</sup> (grifo nosso)

Veja que há referência a uma revisão “**nem sempre plena**”, pois na maioria das vezes, será apenas de invalidação do ato impugnado (*controle negativo*) e não de sua substituição por outro ato.

A autora faz uma bela análise sobre o tema, que divide em controle jurisdicional da discricionariedade e o controle sobre a valoração administrativa dos conceitos indeterminados, que não se confundem. E, de fato, não são conceitos sinônimos, pois nem sempre a valoração das “noções imprecisas” ou como nominado, dos “conceitos jurídicos indeterminados” envolve o exercício da discricionariedade. Só haverá discricionariedade nos “casos de conceitos indeterminados atributivos

---

20 Idem, p. 160.

de discricionariedade”<sup>21</sup>. Não por outra razão é que Celso Antônio Bandeira de Mello diz que a “discricionariedade não se resolve de modo algum em um trabalho interpretativo da vontade legal. Pelo contrário: ela tem início precisamente onde termina o labor de interpretação”<sup>22</sup>.

As situações que são resolvidas por meio de interpretação do texto de lei e não com o uso do poder discricionário, porque ali ele não existe, não há realmente discricionariedade e o controle sempre será pleno e com condições de substituir o ato <sup>23</sup>. Esta diferenciação traz em si outro parâmetro para a revisão judicial, que será intensa e ampla nos conceitos indeterminados desprovidos de discricionariedade.

Porém, diante de conceitos verdadeiramente indeterminados, isto é, dotados de real discricionariedade, o poder controlador do Judiciário estará limitado à invalidação do ato e não à sua substituição por outro, “pois remanesce no ato, uma área de livre decisão administrativa, imune à revisão judicial plena”, cabendo ao administrador renovar o ato, excluindo o conteúdo anterior anulado<sup>24</sup>.

O controle, portanto, é reduzido, mas não obstado, pois, repita-se, todos os elementos do ato administrativo, seja o discricionário ou aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados, são passíveis de um controle judicial para aferição se estão conforme os princípios da Administração e se respeitam os direitos fundamentais.

Veja como Germana de Oliveira Moraes faz esta colocação:

O juiz deve procurar dissociar o mérito do ato administrativo da discricionariedade, bem como discerni-la das hipóteses da valoração dos conceitos indeterminados de prognose, para o fim de identificar com

21 Germana cita como exemplo a expressão “medidas necessárias” como dotadas de discricionariedade, pois confere uma liberdade ao administrador (para intervir com as *medidas necessárias* no caso de perturbações da ordem pública), característica da discricionariedade. Op. cit., p. 170.

22 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e legalidade. Op. cit., p.11.

23 MORAES, Germana de Oliveira: “O controle jurisdicional da valoração administrativa dos conceitos indeterminados, quando a indeterminação do conceito resulta apenas da imprecisão da linguagem será sempre pleno. Nessa hipótese, as consequências do controle jurisdicional compreendem sempre, além da invalidação do ato impugnado, a substituição por outro”. Op. cit., p.172.

24 Idem, p.173.

segurança, em cada caso, onde se inicia e onde termina a autonomia ou margem de livre decisão da Administração Pública.

O melhor enfoque em busca das soluções para as dúvidas, inquietações e angústias dos magistrados, causadas em função da necessidade de autorrestrição da sindicância judicial dos atos administrativos, há de partir da Constituição, da qual se extrairão os critérios de controle<sup>25</sup> (grifo nosso)

Continua o raciocínio dizendo que “os critérios de controle jurisdicional da atuação administrativa não vinculada extraíveis do texto constitucional consistem nos princípios de Direito e na proteção aos direitos fundamentais”<sup>26</sup>, donde se conclui que será inválido o ato discricionário se incompatível com os princípios gerais do Direito consagrados explícita ou implicitamente na Constituição e se atentatório aos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente.

Sob este aspecto – proteção aos direitos fundamentais e observância dos princípios constitucionais – é que se diz ser pleno o controle sob todos os elementos do ato. Se o juiz ao exercer o controle perceber que a decisão discricionária não violou direitos nem princípios da Constituição, deve cessar a sua avaliação. Na hipótese inversa exercerá um controle negativo, invalidando o ato, devolvendo à Administração a competência para novamente expedi-los, sem o cometimento do anterior excesso ou ilegalidade, sem poder substituir o ato, que refoge à competência do Poder Judiciário.

Com relação aos **MOTIVOS**, ensina à Germana que “nem sempre é plena e completa a sindicabilidade judicial dos motivos e do conteúdo – elementos dos atos administrativos potencialmente discricionários”. Após fazer esta afirmação, a autora indica como deve ser o controle sobre os motivos:

É dado ao juiz perquirir, após a revisão dos elementos predominantemente vinculados do ato administrativo (competência, finalidade e forma), se o administrador público, durante o processo de concepção do ato não vinculado, ao avaliar – examinar, valorar e aditar os pressu-

---

25 Idem.

26 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. Op. cit., p.162.

postos de fato e de direito – motivos, guiou-se pelos parâmetros ditados pelos princípios da publicidade, da impessoalidade (sob as vertentes da igualdade e da imparcialidade) da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência. Cabe também ao juiz verificar se o administrador público, ao definir o conteúdo do ato não vinculado, observou aqueles princípios<sup>27</sup>

Se de um lado o motivo do ato deve obediência aos princípios constitucionais, como colocado acima pela autora citada; de outro, a motivação dará garantias de legalidade ao ato discricionário, coibindo excessos e desvios de finalidade, razão pela qual a Administração, como regra, deve motivar todos os seus atos<sup>28</sup>.

Esta evolução de conduta administrativa no sentido de sempre motivar seus atos, coloca o motivo do ato administrativo como garantidor da constitucionalidade do ato. Conclui-se que o motivo passa a ser objeto do controle, o que permite vislumbrar mais um elemento ou categoria de controle constitucional: o motivo do ato administrativo como objeto do controle, mas no aspecto de sua conformação com os princípios e direitos fundamentais e a exatidão material e jurídica dos motivos determinantes.

O controle, no entanto, deve se limitar a declarar a nulidade do ato eivado de vício quanto aos motivos, e não arrogar a si a prática do ato administrativo. O Judiciário não pode examinar a oportunidade das medidas administrativas, não deve se exceder, substituindo o ato, como ocorreu neste julgamento: “mediante exame dos motivos, pode o Poder Judiciário converter pena de demissão em suspensão, quando houver excesso no ato disciplinar”(RDA 135/199).

Outro parâmetro para dimensionar a intensidade do controle do ato administrativo diz quanto ao grau de especialização técnica das escolhas administrativas, como as advindas das agências reguladoras.

---

27 Idem, p.160.

28 Marçal Justen Filho, não por outra razão, afirma que o processo decisório desenvolvido pelo governante deve ser transparente em face do controle, pelo que deve explicitar o processo formativo de sua vontade, inclusive no tocante à escolha dos fins últimos: “ou seja, a validade do ato administrativo dependerá da exposição das finalidades buscadas e da sua adequação à efetiva realização delas”. JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 83.

O grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgão dotado de *expertise* e experiência, serve com baliza para o controle judicial. Quanto maior for esse grau de tecnicidade, menor deve ser o grau de controle, privilegiando a *especialização funcional e eficiência* dos órgãos do Estado<sup>29</sup>. Note que as agências reguladoras, dotadas de poder normativo, têm o dever “de só editar normas após a realização de uma ampla consulta pública”<sup>30</sup>, o que torna suas decisões mais legitimadas. Aliás, este é mais um bom parâmetro para se exercer o controle judicial: “quanto maior o grau de efetiva participação social (direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau de controle judicial”, o que acontece com o ato administrativo precedido de consulta ou audiência pública<sup>31</sup>.

Finalizando este tópico com uma breve incursão no vasto tema das agências reguladoras, tem-se que a contensão deve ser a regra, pelo que em relação às decisões regulatórias o Poder Judiciário deve acatá-las, exercendo controle em relação aos erros manifestos.

E mais uma vez o controle se fará após a aferição da legalidade do ato em todos os seus aspectos, pelo uso da proporcionalidade<sup>32</sup>:

---

29 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e \_\_\_\_\_ (coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 759.

30 SUNDFELD, Carlos Ari Sunfeld aborda o tema no seu livro: *Serviços públicos e regulação estatal. Introdução às agências reguladoras*. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p.17-38.

31 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica. Op. cit., p.759.

32 Neste mesmo sentido, Vitor Rhein Schirato, ao tratar das agências reguladoras, diz que: “O controle jurisdicional deve cingir-se à aferição da legalidade do ato, com todos os desdobramentos daí advindos (proporcionalidade, razoabilidade, impessoalidade, etc.), bem como do atendimento a todos os requisitos legais aplicáveis (aspectos formais e procedimentos, por exemplo). Qualquer violação à legalidade (em sentido amplo, frise-se novamente) deve ser corrigida pelo Poder Judiciário”; para, ao final, concluir que: “isso não importa em afirmar que o Poder Judiciário possa substituir-se no administrador público e alterar decisão legal esteada em elementos técnicos”. SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da teoria geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 531.

É bem se ver que, em matéria de agências, é decisivo que o Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma agência reguladora quando evidentemente elas não puderem resistir ao **teste de razoabilidade, moralidade e eficiência**. Fora dessas hipóteses, o Judiciário deve ser conservador em relação às decisões das agências, especialmente em relação àquelas escolhas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo<sup>33</sup>

Chegado o momento de se adentrar no campo da PROPORCIONALIDADE, com uma abordagem limitada ao objeto deste estudo; como instrumento de controle judicial do ato discricionário.

### 3. Controle judicial e a proporcionalidade

A proporcionalidade, composta pelas suas três etapas sucessivas (de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>34</sup>), auxilia o controle do ato administrativo discricionário:

A moderna doutrina, sem exceção, tem consagrado a limitação ao poder discricionário, possibilitando maior controle do Judiciário sobre os atos que dele derivam.

Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste da *adequação* da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoa da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial<sup>35</sup> (grifo nosso)

33 BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p.105.

34 O princípio da proporcionalidade é decomposto em três etapas sucessivas e que devem ser necessariamente ultrapassadas: **1ª etapa** – o exame da **adequação**: para se atingir o fim almejado, o meio escolhido deve ser *adequado* para tanto, o que pode ser melhor percebido se o intérprete se valer da *razoabilidade*. **2ª etapa** – **necessidade**: deve-se atestar a **necessidade** da medida, ou seja, que não havia meio menos gravoso ou agressivo para se restringir o direito comprimido. **3ª etapa** – **proporcionalidade em sentido estrito**: com a *ponderação de bens* será escolhido o princípio, para aquele caso concreto, de maior peso ou valor.

35 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 47.

Hely Lopes Meirelles faz imediata ligação da razoabilidade e proporcionalidade com a discricionariedade e o controle:

Não se nega que, em regra, sua aplicação [da razoabilidade] está mais presente na discricionariedade administrativa, servindo-lhe de instrumento de limitação, ampliando o âmbito de seu controle, especialmente pelo Judiciário ou até mesmo pelos Tribunais de Contas. Todavia, nada obsta a aplicação do princípio no exame de validade de qualquer atividade administrativa<sup>36</sup>

Os diversos conceitos de discricionariedade elaborados pelos doutrinadores invariavelmente contêm termos como “razoabilidade”, “adequada”, “duas ou mais soluções”, que trazem a ideia de proporcionalidade, na medida em que uma escolha pressupõe o abandono da outra, ao se mostrar mais adequada, necessária e ponderada para atingir o fim comum, do que a escolha preterida:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de **razoabilidade**, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais **adequada** à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente<sup>37</sup> (grifo nosso)

Pode-se, portanto, definir a discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e **escolher uma dentre duas ou mais soluções**, todas válidas perante o direito<sup>38</sup> (grifo nosso)

O conhecido julgamento da lei estadual da Paraná, acompanhado de parecer de Caio Tácito, que obrigava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença

36 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 95.

37 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1992, p. 48.

38 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. Op.cit., p. 67.



a menor, foi um dos primeiros a reconhecer a inconstitucionalidade da norma pela violação ao princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos, por inadequação entre meios e fins, configurando manifestação de excesso legislativo.

Não basta, todavia, verificar se as restrições estabelecidas foram baixadas com observância dos requisitos formais previstos na Constituição. Cumpre indagar, também, se as condições impostas pelo legislador não se revelariam incompatíveis com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (adequação, necessidade, razoabilidade) <sup>39</sup>

A Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal coloca a razoabilidade e a proporcionalidade entre os demais princípios da Administração Pública (art. 2º) e traz a noção precisa de proporcionalidade, nas suas duas primeiras etapas (de adequação e necessidade), ao prever no inciso VI do parágrafo único do artigo 2º quanto segue:

Art. 2º, parágrafo único: Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Desta rápida introdução ao tema, é possível perceber que só será constitucional o *ato administrativo discricionário “proporcional”* (adequado, necessário e proporcional), ou seja, exarado pelo agente público com proporcionalidade. De outra mão, é possível acontecer o controle (apreciação, análise, exame) pelo Poder Judiciário valendo-se igualmente da proporcionalidade.

Deve ser compreendida a importância da proporcionalidade em duas frentes fundamentais: na expedição do ato administrativo pelo agente público e no controle a ser exercido pelo Poder Judiciário.

---

39 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-Paraná, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e parecer de Caio Tácito. Lei Estadual – Pesagem de gás de petróleo – Inconstitucionalidade. In: *Revista de Direito Administrativo* nº194, Rio de Janeiro: Ed.Renovar, outubro/dezembro, 1993. Ficou demonstrado ser impraticável o pretendido sistema de pesagem com prejuízo final aos consumidores, com flagrante desproporcionalidade e inadequação entre meios e fins.

A proporcionalidade é (ou deve ser) utilizada pelo legislador e pelo agente público ao elaborar e motivar o ato normativo ou administrativo, e igualmente pelos juízes, ao enfrentar a constitucionalidade dos mesmos. Em outras palavras, tem-se a proporcionalidade nos dois lados, quando exarado o ato e quando eventualmente anulado. Uma proporcionalidade legislativa e executiva *versus* uma proporcionalidade judicial.

Como saber qual delas está correta? Qual das valorações é a mais acertada? Não sendo uma situação de evidente extrapolação, contrária aos termos da lei, que afronta o senso comum, evidentemente desprovida de qualquer razoabilidade e imotivada, como julgar a escolha da Administração (sem invadir a esfera de sua competência e consequentemente a separação de poderes), se a discricionariedade tem uma grande dose de subjetividade e valoração, ainda que limitada pela lei?

A essência da discricionariedade, nas palavras de Germana de Oliveira Moraes, *reside na liberdade de decidir, mediante ponderação comparativa de interesses*, recorrendo o administrador a critérios positivados, como, por exemplo, o *princípio da proporcionalidade*<sup>40</sup>, especialmente para resolver o tão tortuoso conflito existente entre normas e princípios fundamentais.

Este será, portanto, um importante parâmetro para se exercer o controle judicial: perquirir acerca da PROPORCIONALIDADE da medida administrativa. Mas não só desta, é bom que se diga. Exige-se também dos atos legislativos um conteúdo prescritivo proporcional ou um dever de proporcionalidade legislativa, de modo que *sejam adequados e não excessivos em relação aos fins que se pretende alcançar, bem como equilibrados na harmonização de fins potencialmente conflituosos*<sup>41</sup>.

Destaca-se a inconstitucionalidade pela falta de aptidão mínima da lei para atingir seus fins, pelo excesso na promoção de determinada medida restritiva e pelo inadequado balanceamento de normas colidentes, quando então se aplica o *controle de proporcionalidade*<sup>42</sup>.

---

40 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. Op. cit., p. 48.

41 RAMOS, Elival da Silva. *A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiras*. Comunicação apresentada na “XXV e Table Ronde Internationale de Justice Constitutionnelle” na França, no período de 4 a 5 de setembro de 2009.

42 Idem.

Por outro lado, ao se fazer a confrontação entre medidas adequadas ou mais ou menos gravosas deve se atentar acerca dos meios empregados, se diferem entre si na promoção do fim. Elival da Silva Ramos faz esta ponderação, na tentativa de pôr limites ou dar parâmetros ao exame da proporcionalidade. O tema é importante e será tratado em um novo tópico.

#### 4. Limites ao juízo de proporcionalidade do ato discricionário

A proporcionalidade mostra-se tão importante que Ada Pellegrini Grinover não titubeia ao afirmar que “o princípio da proporcionalidade obriga a todos os poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário”<sup>43</sup>. José Armando da Costa reconhece que o princípio da proporcionalidade dirige-se ao legislador, ao administrador e ao intérprete do direito<sup>44</sup>. Fábio Corrêa Souza de Oliveira percebe que “ele confere padrões objetivos de aferição das condutas dos três Poderes”, e que “atua como limitador e condicionador de cada um dos Poderes do Estado”<sup>45</sup>.

O trabalho quer realçar que a discricionariedade sofre limites pela proporcionalidade, mas que esta última empenna papéis diferentes e também sofre limites, conforme o Poder que fará dela uso.

Do ponto de vista do Poder Executivo, o princípio da proporcionalidade, além de nem sempre dar uma única solução ao administrador, nem sempre é aplicável. Uma situação em que isso ocorre pode ser observada no julgamento do HC 80.949 referente às provas ilícitas, cuja utilização no processo é completamente banida pela Constituição Federal (art. 5º, LVI<sup>46</sup>):

[...] II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita,

43 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011, p. 135-138.

44 COSTA, José Armando da. *Controle judicial do ato disciplinar*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002, p. 67.

45 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios. O Princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 293. O autor se refere ao princípio da razoabilidade na visão mais abrangente do termo.

46 CF, art. 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

sem distinção quanto ao crime objeto do processo (CF, at. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: **Consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade [...]**<sup>47</sup> (grifo nosso)

Eis aqui uma situação onde a Constituição Federal fez um *juízo explícito de prevalência* em favor de um princípio (o da inadmissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos), que não poderá ser afastado pelo princípio da proporcionalidade, ou, em outras palavras, não pode o Poder Público alegar o princípio da proporcionalidade para frustrar uma norma constitucional:

Cabe ter presente, também, por necessário, que o princípio da proporcionalidade, em sendo alegado pelo Poder Público, não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos.

Esse postulado, portanto, não pode ser invocado nem aplicado indiscriminadamente pelos órgãos do Estado, ainda mais quando se acharem expostos, a clara situação de risco, direitos fundamentais assegurados pela Constituição<sup>48</sup>.

Percebe-se claramente que o princípio da proporcionalidade não pode ser usado pelo Poder Público para fundamentar uma atuação contrária ao texto da Constituição.

O Poder Judiciário, por sua vez, deve (ou deveria) limitar o uso da proporcionalidade quando adentra no campo da “política legislativa”, intimamente ligada à conveniência e a oportunidade de atuação da Administração.

O administrador ou o legislador, no exercício da função administrativa ou legiferante, utilizam-se do princípio da proporcionalidade como um instrumento que indique a melhor escolha proporcional entre as existentes. Porém, muitas vezes, diante da complexidade das relações humanas, torna-se difícil descobrir qual a melhor ou mais correta solu-

47 HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 14.12.2001, *informativo* nº 250 do STF.

48 RHC 90376, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, em 18.5.2007.

ção, podendo existir várias soluções proporcionais. Cabe ao administrador, dentro do seu poder discricionário, no uso de critérios próprios de conveniência e oportunidade, fazer a opção por umas delas.

O Poder Judiciário, porém, ao exercer o controle sobre tais atos e escolhas sofre alguma limitação pelo princípio da separação de poderes e da segurança jurídica. Fica, portanto, impedido de anular o ato legislativo ou administrativo porque embora não desproporcional, não seria o *mais proporcional*. Já disse Eros Grau que o Poder Judiciário verifica se o ato é correto, mas não qual o ato correto: “...o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração, enquanto personificada no Poder Executivo. Logo, o Poder Judiciário verifica se o ato é correto; apenas isso”<sup>49</sup>.

Não por outra razão, Cristina Queiroz, após pontuar que o legislador detém precedência na concretização dos direitos fundamentais sociais, assevera que ao “órgão de controle exige-se-lhe que respeite as *decisões razoáveis* tomadas pelos órgãos politicamente conformadores. Assim o exige o princípio do Estado de Direito e o princípio da separação de funções”<sup>50</sup>.

Nesta mesma linha de pensamento, Elival da Silva Ramos:

Não se há de proclamar a inconstitucionalidade de ato legislativo por não ser o mais adequado à realização da norma finalística, e sim por não ser *minimamente adequado* a esse objetivo. Em outros termos, se a medida consagrada em lei promove, em alguma medida, o fim constitucional, não pode ser objeto de censura da parte do órgão de controle, ainda que existam outras maneiras mais eficazes de fazê-lo<sup>51</sup>.

Já quando se está a tratar da restrição a direitos, o controle só pode ocorrer entre medidas comparáveis entre si. Neste caso, como se faz o sopesamento entre os direitos em jogo (proporcionalidade em sentido estrito), deve se comparar a medida legislativa ou administrativa com a outra alternativa, devendo imperar a que menos onerar ou restringir

49 STF, RMS 24699/DF, Rel. Min. Eros Grau, já citado no trabalho.

50 QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Ed. Coimbra Editora, 2006, p.149.

51 RAMOS, Elival da Silva. *A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiras*. Op. cit.

os direitos fundamentais em conflito. Se a medida consagrada pelo Poder Público for de maior eficácia ou simplesmente não comparável em termos de eficácia à medida alternativa, “por se mostrar mais eficaz em alguns pontos e menos eficaz em outros”<sup>52</sup>, o Poder Judiciário não deve invalidar a opção do administrador ou legislador<sup>53</sup>.

Para fazer a correta ponderação entre os direitos em jogo, deve-se ter em mente a máxima de Robert Alexy – *quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior é o grau da não satisfação do outro* – que traz objetividade à regra ou *lei da ponderação*, com três passos a serem seguidos. Primeiro (1º), mensurar o grau de não satisfação, de não realização ou prejuízo de um princípio e quantificar o grau de intensidade da intervenção. Segundo (2º), comprovar a importância da realização do princípio que foi privilegiado. Terceiro (3º), comprovar que a não realização do princípio restringido está justificado face à maior importância na realização do princípio oposto<sup>54</sup>.

Uma tripla gradualidade – leve, médio e grave – e a quantificação sob o ponto de vista de custas e de probabilidades será o bastante para, em linhas gerais, construir limites e justificar, por exemplo, uma intensidade de intervenção leve ou alta.

Resumindo, quando há uma zona de incerteza, com várias e legítimas soluções proporcionais, deve ser mantida a escolha administrativa ou legislativa, quer para evitar a interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes, quer pela presunção de legitimidade dos atos administrativos e a presunção da constitucionalidade das leis. Quando em análise o choque entre direitos fundamentais, deve ser respeitado o balanceamento promovido pelo legislador, se não cometer excessos na compressão de um dos direitos em detrimento do outro, mantendo a decisão que mais preserve a discricionariedade legislativa ou administrativa<sup>55</sup>.

---

52 Idem.

53 “Entre princípios não relevantes, portanto, não correspondentes, não se pode produzir nada, nem sequer um empate de ponderação”. ALEXY, Robert. *Direito Constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada*. RT. 799, 2002, p. 48.

54 Idem, p. 43.

55 “Nas situações de intermediação legislativa entre texto constitucional e as decisões judiciais, deve ser respeitado o balanceamento promovido pelo legislador, salvo se houver exacerbado a força prescritiva de uma das normas-princípio em cotejo, em detrimento ao núcleo essen-

Prosseguindo com a pretensão de fornecer algum limite ou parâmetro ao controle do ato discricionário, reitera-se que o mérito do ato administrativo pode ser sindicável. A proporcionalidade, se em um primeiro momento, propicia este controle sobre o mérito, conseguirá ao final impor limites. É o que se tentará mostrar a seguir.

Percebe-se, com as palavras acima, ter a proporcionalidade um duplo efeito, com a seguinte implicação: o princípio da proporcionalidade utilizado como parâmetro de controle jurisdicional da atividade administrativa aumentou o controle sobre o mérito. Esta é uma importante constatação, que não se pode negar e consta deste ensaio.

Porém, a Administração Pública continua com uma área de reserva, denominada de mérito do ato administrativo, e por uma razão: o princípio da proporcionalidade, apesar da força que possui, “não exaure o processo de tomada de decisão do administrador público, preservando-se, assim, a denominada área de reserva da Administração Pública, identificada como mérito do ato administrativo”<sup>56</sup>.

Quem chega a esta lúcida conclusão, mostrando que o princípio da proporcionalidade ao possibilitar a incursão no mérito do ato administrativo, não importa em um controle jurisdicional pleno da atuação da Administração Pública, é mais uma vez Germana de Oliveira Moraes:

Constituem [os princípios constitucionais, inclusive os da razoabilidade e da proporcionalidade], é bem verdade, parâmetros para que o administrador possa bem exercer os juízos de conveniência e de oportunidade, com os quais é, sob a visão clássica, identificado o mérito. Deste modo, são também de valia para o reexame posterior e externo (jurisdicional) destes juízos de conveniência e de oportunidade.

Todavia, essa possibilidade de incursão no âmbito do ato administrativo não importa controlabilidade plena, porque restará, em cada caso, uma fronteira intransponível pelo juiz, não obstante a largueza dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade<sup>57</sup>

---

cial de outra”. Elival da Silva Ramos. *A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiras*. Op. cit.

56 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. Op. cit., p. 147-148.

57 MORAES, Germana de Oliveira, p.148.

Tem-se assim uma limitação do princípio da proporcionalidade quando utilizado pelo Poder Judiciário, pois ainda que tenha ampliado o controle judicial a ponto de circundar o mérito do ato administrativo, não possibilita uma cognição plena. O princípio da proporcionalidade, como bem observa José Armando da Costa, não elimina a faculdade política do legislador ou do gestor, não impede sejam preservadas as suas aptidões para escolher, delimitar e conformar os fins que devem ser alcançados pelos padrões legislativos que deva produzir<sup>58</sup>. Enxerga-se nesta proposição mais um parâmetro para a revisão judicial, fornecido por Gustavo Binbenbojm e André Cyrino, afeto ao “grau de politicidade da matéria”:

Quanto maior o grau de *politicidade* da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (Chefe do Executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este parâmetro privilegia os valores *legitimidade democrática e responsividade* na organização e funcionamento dos órgãos do Estado<sup>59</sup>

Parece, no entanto, difícil aplicar a proporcionalidade no controle judicial sem avançar sobre a aptidão de escolha a que José Armando da Costa acima se referiu, isto é, sobre a discricionariedade do administrador. Para tanto, o trabalho traz a visão do autor acerca do princípio da proporcionalidade no campo do poder disciplinar, segundo ele, um dos poderes mais discricionários dentre os poderes da Administração Pública.

Diz o autor em várias passagens que a proporcionalidade está afeta a legalidade<sup>60</sup>, para brilhantemente concluir que o princípio da proporcionalidade “torna mais democrático o princípio da legalidade, o qual não somente deverá conter-se nos estritos limites de que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (art. 5º, inciso II da CF/88), e sim em *virtude de lei proporcional*”<sup>61</sup>.

58 COSTA, José Armando da. *Controle judicial do ato disciplinar*. Op. cit., p. 63.

59 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica. Op. cit., p. 759.

60 José Armando da Costa explica que uma punição aplicada a um servidor em excesso afronta o princípio da proporcionalidade, descambando para a vala da ilegalidade (Op. cit., p.44). Que, na atualidade, o contexto de legalidade do ato disciplinar alcança a noção jurídica de proporcionalidade ou razoabilidade (Op. cit., p.52).

61 COSTA, José Armando da. *Controle judicial do ato disciplinar*, p. 62.



Por outro lado, observa que a proporcionalidade é medida, objetivamente, em uma concreta e coerente relação de correspondência entre a medida restritiva e o fim por ela perseguido. A possibilidade de dosar torna facilmente diagnosticáveis os excessos da Administração. Isto importa em reconhecer que o **princípio da proporcionalidade** na relação dosimétrica entre a conduta funcional anômala e respectiva punição **não se inclui no campo de mérito do ato disciplinar** (aferível, discricionariamente, pelo administrador), e **sim no seu universo de legalidade**, a ser perfeitamente objeto de controle pelo Poder Judiciário<sup>62</sup>.

Prossegue o autor dizendo que:

Embora a ideia de proporcionalidade – ao traduzir harmonia e coerência entre o ilícito e sua sanção – deixe entrever aparentemente, e somente aparentemente, que o seu diagnóstico requer uma reflexão valorativa, e por isso se traduza como aspecto de merecimento do exclusivo alvedrio da administração, destaque-se, contudo, que tal conceito, integrando o princípio da proporcionalidade (razoabilidade) previsto literalmente no dispositivo aludido, **define-se não como mérito do ato disciplinar, e sim como elemento integrativo de sua extensão de legalidade**<sup>63</sup> (grifo nosso)

A conclusão que se tira do quanto acima foi dito é que a proporcionalidade constitui aspecto extrínseco, acessível, portanto, ao exame do Judiciário. Isto porque é afeta à legalidade do ato e não tem conteúdo discricionário, como aparentemente nos induz a pensar, ante a uma pretensa carga valorativa. A proporcionalidade, por ter grande carga de dosimetria, é facilmente diagnosticada, o que a coloca não como mérito do ato disciplinar, mas como elemento integrativo de sua legalidade.

Para facilitar o alcance desta visão da proporcionalidade como algo objetivo e de fácil mensuração, menciona-se novamente a “lei da ponderação” de Robert Alexy, com os seus três passos já descritos, quando refuta a crítica que se faz à ponderação, contida no exame de proporcionalidade em sentido estrito, como apenas possível pela subjetividade do examinador, ou que com a ponderação tudo é sempre possível. Com o

62 Idem, p. 57-61.

63 Idem, p. 72.

auxílio da ponderação, diz o autor, “deixa-se determinar de forma racional o que, com base na Constituição, é ordenado, proibido e permitido definitivamente”<sup>64</sup>.

Oswaldo Canela Junior qualifica princípio da proporcionalidade como um critério seguro limitador da intervenção Judicial em políticas públicas<sup>65</sup>, retirando a carga de subjetividade do conceito.

Esta forma de entender a proporcionalidade pode acalmar o inconformismo daqueles que não admitem a análise do mérito do ato administrativo, pois neste caso se estaria examinando o aspecto da legalidade do ato, conquanto entenda-se que a *proporção adequada torna-se condição de legalidade*.

Repita-se: “a proporção adequada torna-se condição de legalidade”. Quem proferiu esta sentença foi Eros Roberto Grau ao sustentar que toda a atuação da autoridade administrativa é sempre informada pelo princípio da proporcionalidade<sup>66</sup>. O mesmo autor, em outra obra, ao abordar o conflito entre princípios, aduz que em cada caso concreto, em cada situação, a dimensão do peso ou importância dos princípios há de ser ponderada. No entanto, prossegue afirmando que: *a atribuição de peso maior a um – e não outro – não é, porém, discricionária*, o intérprete está vinculado pelos princípios<sup>67</sup>, indicando pensamento similar ao acima colocado.

64 ALEXY, Robert. RT 799, p. 42-48.

65 “Sem esse instrumento constitucional e processual, os direitos fundamentais se esvaziariam, porquanto o Poder Judiciário não teria critério seguro para a substituição da vontade das demais formas de expressão do poder estatal”. CANELA JUNIOR, Oswaldo. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 161-168.

66 GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo. Estudos sobre a interpretação da lei*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, p. 46-47.

67 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 201. A transcrição completa é oportuna: “A atribuição de peso maior a um – e não outro – não é, porém, discricionária. Retorno ao já afirmado: o intérprete está vinculado pelos princípios: além disso, não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. O momento da atribuição de peso maior a um determinado princípio é extremamente rico, porque nele – desde que se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação jurídica pode conduzir – pondera-se o direito inteiro, como totalidade. Variáveis múltiplas, de fato – as circunstâncias peculiares do problema considerado – e de ordem jurídica – linguísticas, sistêmicas e funcionais –, são descortinadas. E, paradoxalmente, é precisamente o fato de o intérprete estar vinculado, retido, pelos princípios que torna mais criativa a prudência que pratica”.

Para Lucia Valle Figueiredo, quando o Judiciário se furta ao controle de determinado ato administrativo por temer adentrar no mérito, está, na verdade, deixando de examinar os próprios postulados da legalidade<sup>68</sup>.

Caso a desproporcionalidade seja encontrada no aspecto discricionário do ato punitivo (parte relativamente livre deixada ao exame de oportunidade e conveniência da administração) e advier da própria lei, o excesso da autoridade hierárquica competente “**define-se como defeito de legalidade**, uma vez que a lei impõe a observância do comedimento proporcional”<sup>69</sup>. Diogo de Figueiredo Moreira Neto lembra, com muito acerto, que é o legislador quem tem o exclusivo poder de instituir as hipóteses de discricionariedade, quando abre na lei um espaço decisório à Administração. Reconhece o autor a existência de uma *desproporcionalidade legislativa* que ocorre quando o desequilíbrio está na própria formulação da lei<sup>70</sup>. Isto exige que o avaliador ou examinador do ato discricionário deite os olhos no texto da lei, para saber se é ela desproporcional, ou seja, se está frente a uma *desproporcionalidade legislativa* e não do ato administrativo (*desproporcionalidade administrativa*), que nada mais fez do que cumprir o texto normativo<sup>71</sup>.

O que se nota desta argumentação é que grande parte da polêmica em torno da sindicabilidade do mérito do ato administrativo discricionário reside na confusão que se faz em torno dos elementos da legalidade do ato e dos elementos de oportunidade, conveniência e moralidade administrativa. Estes últimos estariam presentes, por exemplo, ao se de-

68 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p.213. Como exemplo, a autora diz que o Judiciário não deve verificar se a estrada “x” deverá passar pelo traçado “a” ou “b”, mas sim se aquela declaração de utilidade pública está nos termos da lei e se não há manifesta irrazoabilidade.

69 COSTA, José Armando da. *Controle judicial do ato disciplinar*. Op. cit., p. 75.

70 O autor afirma que: “o ‘poder discricionário’ é aquele exercido pelo Poder Legislativo, quando abre, na lei, um espaço decisório substantivo à Administração, e não por esta, ao preencher os requisitos de legalidade e de legitimidade necessários para torná-la exequível”, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 97-102.

71 Jose Carlos Armando da Costa vislumbra, com todo acerto, uma desproporcionalidade legislativa no art. 10, inciso X da Lei nº 8.429/1992, pois o legislador previu pena de demissão para uma conduta apenas negligente (na arrecadação de tributo ou na conservação do patrimônio público). Ob. cit., p. 76.

terminar a gravidade da falta de um funcionário. Já a existência do fato, da materialidade e de ser o sujeito um funcionário são elementos de legalidade que, na sua ausência, limitam o conceito de gravidade, isto é, não será o caso de se falar em gravidade. Esta lúcida abordagem é dada por Afonso Rodrigues Queiró:

É, portanto, plenamente aceitável a doutrina segundo a qual a materialidade dos fatos e a sua qualificação jurídica são elementos da legalidade, e não da oportunidade ou moralidade administrativa. Um erro sobre os fatos ou sobre o direito (qualificação) é uma questão de legalidade. Mas já não é um elemento da legalidade o saber determinar a gravidade da falta, ou seja, a sua qualificação prática; aqui trata-se de um elemento de discricionariedade<sup>72</sup>

A despeito de onde se pretenda colocar a proporcionalidade, é certo que o mérito do ato administrativo discricionário pode ser sindicado pelo uso da proporcionalidade. A revisão do mérito, no entanto, só pode ocorrer se houver ofensa a esta mesma proporcionalidade, cuja aferição se faz nas balizas supra fornecidas. O ato discricionário que seja proporcional e razoável, a que este trabalho nominou como sendo um “**ato discricionário proporcional**”, deve permanecer imutável. O juiz não pode substituir o juízo de mérito do administrador (conveniência e oportunidade), pelo seu próprio juízo de mérito.

A proporcionalidade (juntamente com os motivos) dá condições de validade ao ato discricionário, porque confere parâmetros para expedição do ato, limitando o controle sobre a discricionariedade. Deve, portanto, ser vista sob dois aspectos: como limite da discricionariedade do gestor, e como limite da sindicabilidade judicial. E dar limites ao controle exercido pelo Poder Judiciário pela proporcionalidade tem grande importância, pois prestigia a opção do legislador e do administrador, impedindo que o órgão de controle cometa excessos e se transforme em avaliador da conveniência e oportunidade da atuação legislativa, sem que substitua suas funções, sem que passemos de um estado anterior de administradores autoritários, para hoje de juízes

---

72 QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo* 7, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, janeiro/março, 1947, p. 53.

autoritários, trazendo equilíbrio e segurança jurídica nas relações entre os poderes<sup>73</sup>.

## 5. Considerações finais

O trabalho aborda a tão tortuosa análise do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário e reconheceu que o mérito do ato administrativo pode ser, em alguma medida, sindicável.

Sob o aspecto da proteção aos direitos fundamentais e observância dos princípios constitucionais é que se diz ser pleno o controle sob todos os elementos do ato, inclusive do mérito. No entanto, nem sempre é plena e completa a sindicabilidade judicial dos atos administrativos potencialmente discricionários, pois na maioria das vezes será apenas de invalidação do ato impugnado e não de sua substituição por outro. Será intensa a revisão dos atos vinculados ou dos *conceitos indeterminados desprovidos de discricionariedade*, quando o controle sempre será pleno e com condições de substituir o ato.

O princípio da proporcionalidade ao possibilitar a incursão no mérito do ato administrativo não importa em um controle jurisdicional pleno da atuação da Administração Pública, pois não exaure o processo de tomada de decisão do administrador público, que continua com uma área de reserva, denominada de mérito do ato administrativo.

A proporcionalidade, na visão de alguns doutrinadores aqui citados, se inclui no universo de legalidade do ato discricionário. A atribuição de um peso maior a um princípio e não a outro, não é, discricioná-

73 O risco da agressão ao princípio democrático do equilíbrio entre os poderes tende igualmente a diminuir, se concomitantemente à proporcionalidade, o intérprete se valer dos demais princípios de hermenêutica. Dá-se destaque ao princípio da *interpretação conforme a constituição* que exige do intérprete a escolha da interpretação que mais compatibilize a norma com o texto maior e os valores constitucionais, tudo fazendo para preservar o conteúdo da norma e o ideal do seu autor, que sai fortalecido deste embate.

Assim também pensa José Armando da Costa que embora reconheça que o princípio da proporcionalidade produza “uma pequena dose de superioridade do Judiciário sobre o Legislativo”, não chega a agredir o princípio constitucional da separação de poderes, asseverando que a *interpretação conforme a constituição* diminui os riscos de uma possível hipertrofia da função judicante, em detrimento da soberania legislativa, pois entre duas prováveis e diferentes interpretações de uma norma, há que se preservar a exegese que melhor traduza os valores escalonados na Carta Política. *Controle judicial do ato disciplinar*. Op. cit., p. 62-63.

ria, pois o intérprete está vinculado pelos princípios, dentre os quais, o da proporcionalidade. O excesso da autoridade define-se como defeito de legalidade. A “*proporção adequada torna-se condição de legalidade*”, a lei impõe um comedimento proporcional, o ordenamento pede uma “*lei proporcional*”<sup>74</sup>.

O ato da Administração, a par de exigir-se o pré-requisito da legalidade, deverá, portanto, ser adequado, necessário e balanceado (ter um custo menor que o benefício a ser atingido), ou como aqui se nominou, ser um “**ato administrativo proporcional**”. Nestas condições, o controle jurisdicional sobre o ato administrativo se limitará a confirmar a sua legalidade. O ato administrativo discricionário, legitimado pelo Poder Judiciário, permanece gerando efeitos no ordenamento jurídico tal e como foi pensado e executado pelo Poder Legislativo e Executivo, a ser aceito e obedecido pelo jurisdicionado, dentro do Estado de Direito fundado no princípio da legalidade.

O princípio da Proporcionalidade bem empregado “*atua como limitador e condicionador de cada um dos Poderes do Estado. Desta feita não há Estado de juízes, nem Estado de legisladores, nem Estado de administradores, mas sim Estado Constitucional*”<sup>75</sup>.

Com estas palavras encerra-se esta exposição, esperando ter conseguido dar padrões objetivos de aferição das condutas dos três Poderes, fortalecendo neste aspecto o Estado Democrático e as garantias constitucionais.

## **Bibliografia**

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada*. RT – 799, maio de 2002.

<sup>74</sup> Conforme Eros Roberto Grau (*Licitação e contrato administrativo...; e Ensaio e discurso...*) e José Armando da Costa (*Controle judicial do ato disciplinar*).

<sup>75</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. Op. cit., p. 293.

\_\_\_\_\_. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: *Revista de Direito Administrativo* n. 217, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, julho/setembro, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e \_\_\_\_\_ (coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOMFIM, Nina Laporte e FIDALGO, Carolina Barros. Releitura da autoexecutoriedade como prerrogativa da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade*. São Paulo: Ed. RSC, 2006.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

COSTA, José Armando da. *Controle judicial do ato disciplinar*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionabilidade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 24. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1984.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 6. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Licitação e contrato administrativo. Estudos sobre a interpretação da lei*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In:\_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In: GRAU, Eros Roberto e \_\_\_\_\_ (org.). *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade e reflexividade. Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Ed. Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1992.

\_\_\_\_\_. Discrecionalidade e legalidade. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado n. 4/9*.



MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 3. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed., São Paulo: Ed. Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

NOVO Dicionário Básico da Língua Portuguesa. Folha/Aurélio. São Paulo: Ed. Nova Fronteira, 1995.

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

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo n. 7*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, janeiro/março, 1947.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiras*. Comunicação apresentada na “XXV e Table Ronde Internationale de Justice Constitutionnelle” na França, no período de 4 a 5 de setembro de 2009.

\_\_\_\_\_. *Ativismo judicial*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da teoria geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* n. 4, Rio de Janeiro: FGV, 2006.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. In: *Revista de Direito Público* n. 75, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, julho/setembro, 1985.

\_\_\_\_\_. *Serviços públicos e regulação estatal. Introdução às agências reguladoras*. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. In: *Revista de Direito Administrativo* n. 188, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, abril/junho, 1992.

\_\_\_\_\_. Parecer: Lei Estadual – Pesagem de gás de petróleo – Inconstitucionalidade. In: *Revista de Direito Administrativo* n.194, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, outubro/dezembro, 1993.



# Aplicação e alcance do instituto da redução equitativa da indenização

Cicero Dantas Bisneto<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – Aplicabilidade e Interpretação; 2.1 – Fundamentos de elaboração da norma; 2.2 – Requisitos; 2.2.1 – Menor gravidade da culpa; 2.2.2 – Dano de grande extensão; 2.2.3 – Situação econômica do lesante e do lesado; 2.3 – Alcance da norma; 2.3.1 – Aplicação do dispositivo aos danos morais; 3 – Conclusão; Bibliografia

---

## 1. Introdução

O novo Código Civil de 2002, em seu art. 944, parágrafo único, trouxe a lume uma nova figura jurídica que vem causando grande celeuma no meio jurídico. Os doutos do direito vêm-se digladiando na busca por respostas às intrincadas questões que surgem de sua análise, parecendo não haver consenso entre a doutrina no que concerne aos pontos mais importantes do novel instituto.

A despeito da originalidade da figura, a literatura existente sobre o tema é parca, e, na maioria das vezes, de pouca qualidade. A maioria dos textos encontra-se pulverizada em páginas virtuais, dificultando enormemente o trabalho de pesquisa. Como se não bastasse, poucos autores de renome se interessaram pelo assunto, sendo a bibliografia formada predominantemente por artigos de escasso valor científico e que pouco contribuem para o debate.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça da Bahia. Ex-Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Graduado pela Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Dentre os escritores que se aventuraram a pesquisar a matéria, poucos foram os que propuseram alternativas hermenêuticas que tornassem viável a aplicação da figura jurídica de modo a compatibilizá-la com os ditames da Magna Carta. Muitos preferiram trilhar o caminho da crítica vazia, sentenciando à morte um instituto que acabara de nascer. O pessimismo generalizado não contribuiu, em nenhum aspecto, para o aprofundamento das discussões em torno das intrigantes questões que pululam quando da análise do tema.

Pablo Stolze Gagliano, não vislumbrando meios para a sua operacionalização, concluiu que:

Acontece que o Código Civil recém-aprovado altera profundamente o tratamento da matéria, ao permitir, em seu parágrafo único do art. 944, que o juiz possa, por equidade, diminuir a indenização devida, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Ora, tal permissivo, subvertendo o princípio de que a indenização mede-se pela extensão do dano, permite que o juiz investigue culpa para o efeito de reduzir o *quantum debeatur*. É o caso, por exemplo, de o magistrado constatar que o infrator não teve intenção de lesionar, embora haja causado dano considerável. Será que a vetusta classificação romana de culpa (leve, grave e gravíssima), oriunda do Direito Romano, ressurgiu das cinzas, tal qual Fenix? Não sei até onde vai a utilidade da norma, que, sem sombra de dúvida, posto possa se afigurar justa em determinado caso concreto, rompe definitivamente com o princípio de ressarcimento integral da vítima<sup>2</sup>.

Ora, o papel dos doutos da área jurídica é justamente procurar saídas interpretativas e modos de operacionalização para, através de técnicas hermenêuticas, atribuir máxima eficácia às regras jurídicas. O que se constata, entretanto, é que boa parte dos estudiosos do direito civil que trataram do tema resolveram percorrer o caminho mais fácil, criticando o instituto sem indicar meios e soluções para a sua adequada utilização, sentenciando à morte a figura jurídica.

2 GAGLIANO, Pablo Stolze. A responsabilidade extracontratual no novo Código Civil e o surpreendente tratamento da atividade de risco. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4003>>. Acesso em: 07.abr.08.

A hermenêutica constitucional, em seu desenrolar histórico, desenvolveu diversas regras de interpretação, tendo por escopo auxiliar o árduo e persistente trabalho de descoberta do conteúdo das normas. Dois desses princípios nos interessam de perto: o da máxima efetividade ou da eficiência e o da interpretação conforme a Constituição.

Segundo a regra interpretativa da máxima efetividade, o operador do direito deve extrair da norma o maior número de consequências jurídicas possíveis, desde que não afrontem a Carta Maior (interpretação conforme). Destarte, consoante anota Gomes Canotilho, “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê<sup>3</sup>”.

O princípio da eficiência pode e deve ser utilizado na interpretação infraconstitucional. Não há dúvidas que ao intérprete, na busca sequiosa pelo conteúdo normativo, cumpre a tarefa de sugar do texto legal a maior quantidade de efeitos, tornando útil cada palavra inserta na norma.

O presente trabalho propõe-se, dentro do possível, a enriquecer a frugal literatura existente sobre o assunto, colacionando novos argumentos e levantando novos questionamentos essenciais à correta interpretação e aplicação do instituto. Fugindo das lucubrações negativistas de parte da doutrina, o que se tem por escopo neste artigo é apresentar soluções, ainda que não definitivas, para a real aplicação da figura jurídica trazida pelo art. 944, em seu parágrafo único.

Em razão da pouca idade normativa do Novo Código e, por conseguinte, do instituto, os julgados que tratam do tema são raros. Deste modo, os operadores do direito não possuem qualquer referência sobre o assunto, cabendo assim ao estudioso estabelecer nortes hermenêuticos que venham a ser utilizados quando do aparecimento de casos práticos.

Intentaremos revelar a natureza jurídica do novo instituto, sendo este estudo de fulcral importância em razão das incontáveis consequências que dessa escolha podem ser extraídas. Sem sombra de dúvida, trata-se do ponto mais controverso na doutrina, existindo incontáveis teorias que visam a trazer a solução definitiva para a questão. Analisaremos, uma a

---

3 CANOTILHO, J. J. Gomes Apud MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 45.

uma, as hipóteses levantadas pelos doutrinadores nacionais, refutando-as e demonstrando os seus pontos vulneráveis.

Como não poderia deixar de ser, traremos à tona, após minuciosa análise, a tese que entendemos ser a mais equilibrada e a mais consentânea com os preceitos da *Lex Legum*. Cuidadoso estudo será realizado com o fito de demonstrarmos que o novel instituto é aplicável, uma vez adotada a teoria propugnada neste trabalho.

Feitas essas considerações preliminares, mas de suma importância para o deslinde do estudo, passaremos a analisar aspectos relevantes para a correta aplicação da norma.

Em síntese, o presente trabalho, que não pretende esgotar o assunto ou revolucionar o tema, tem por escopo analisar a natureza jurídica e a aplicação dessa novel figura jurídica, que, por constituir mais um modo de concretização do princípio – de magnitude constitucional – da função social da responsabilidade civil, desponta com grande importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Visa-se, deste modo, emprestar a maior efetividade possível ao instituto sob análise, de modo a torná-lo aplicável, materializando, assim, a disposição constitucional que trata da função social da responsabilidade civil.

## **2. Aplicabilidade e Interpretação**

### **2.1 Fundamentos de elaboração da norma**

A modificação que culminou com a adição do parágrafo único ao art. 944, consoante lembra Luiz Roldão de Freitas, foi introduzida por Agostinho Alvim, que assim a justificou na Exposição de Motivos do Projeto:

Do mesmo modo, em face do Código Civil, o fato de ser leve a culpa, ou levíssima, não exclui a responsabilidade, salvo casos expressos em lei; e, sobretudo, não vale nunca como atenuante. Todavia, não parece justo que, no caso de culpa leve, e dano vultoso, a responsabilidade recaia inteira sobre o causador do dano. Um homem que economizou a vida toda para garantir a velhice pode, por uma leve distração, uma ponta de cigarro atirada ao acaso, vir a perder tudo o que tem, se tiver

dado origem a um incêndio. E não só ele perde, mas toda a família. Notam os autores que acontecimentos trazem em si uma dose de fatalidade. E a fatalidade está em que a distração é uma lei inexorável, à qual nunca ninguém se furtou. É justamente por reconhecer isso que o legislador manda indenizar no caso de acidente do trabalho, embora ele ocorra, quase sempre, por motivo de descuido, negligência, imprudência, enfim, culpa do empregado. Por estas razões é que o projeto faculta ao juiz, sem impor, que reduza a indenização. Ele o fará usando da equidade individualizadora, tendo em vista o caso concreto e as suas circunstâncias<sup>4</sup>.

O parágrafo, como noticia Miguel Kfourri Neto, foi intensamente debatido na Câmara dos Deputados pelos deputados Tancredo Neves, Cleverson Teixeira, Siqueira Campos, Fernando Cunha, dentre outros, com cerca de cinco emendas. O primeiro deles, que mais tarde acabou por assumir a Presidência da República, chegou a afirmar que “a indenização deve ser plena, de modo a propiciar a integral reparação do prejuízo” (Emenda 539). O Relator Geral, deputado Ernani Satyro, recusou todas as emendas, com apoio do plenário<sup>5</sup>.

Como se vê, a polêmica acompanha o dispositivo desde a época do Projeto do Código Civil, quando o mesmo ainda tramitava na Câmara dos Deputados.

O legislador, entretanto, de forma ousada e inovadora, ao criar a nova figura jurídica, fundamentou-a na ideia de que o dano causado nessas hipóteses decorre muito mais de uma fatalidade, algo que todas as pessoas estão sujeitas a suportar numa sociedade de riscos, do que da culpa com que obrou o causador do dano. Uma desgraça não se compensa com outra, ainda mais quando resultante de culpa levíssima, que mesmo o homem cauteloso e diligente pode vir a incorrer<sup>6</sup>.

Sílvio Rodrigues, citado por Milton Paulo de Carvalho Filho, em obra magnífica sobre o tema, traz a lume exemplo que aclara a *mens legis*:

---

4 GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 66-67

5 KFOURI NETO, Miguel. *Graus da culpa e redução equitativa da indenização*. Disponível em: <[www.tj.pr.gov.br/download](http://www.tj.pr.gov.br/download)>. Acesso em: 08.abr.08.

6 Id. *Ibid*.



Pessoa que distraidamente se encosta na vidraça, no vigésimo andar de um prédio, e esta se desprende para cair na rua e matar um chefe de família. Segundo ele, aquela pessoa, que teve apenas uma inadvertência, poderá ser condenada ao pagamento de uma enorme indenização, capaz de consumir toda a economia de sua família<sup>7</sup>.

Assim, acidentes de vastas proporções são causados muitas vezes por mero descuido ou mesmo por uma fatalidade, obrigando aquele que perpetrar o ato a despendar enormes quantias, prejudicando a si e a sua família<sup>8</sup>.

Corre-se o risco ainda de o juiz, num caso desses, sentir-se compelido a negar a culpa com o fito de impedir uma condenação demasiada que não comporta meio-termo. Não tendo o magistrado qualquer arbítrio ao fixar a indenização, não poderão ser evitados os julgamentos por sentimentalismo, impropriamente ditos por equidade, como bem anota Milton Paulo de Carvalho Filho<sup>9</sup>.

Arruda Alvim, com muita argúcia, aduz que, se a vítima acabou perdendo, poderia ter perdido igualmente, sem ter a quem recorrer, caso o dano tivesse sido causado por um raio ou obra de um malfeitor desconhecido. Trata-se de uma fatalidade a que todas as pessoas estão sujeitas, vez que inseridas em um meio social repleto de riscos. Assim, uma simples inadvertência poderia consumir o patrimônio de toda uma família, sem que o causador do dano tivesse agido com uma culpa tão grave e censurável<sup>10</sup>.

A equidade surge, portanto, como núcleo central e fundamento maior da norma, evitando, deste modo, uma decisão injusta e desproporcional no caso concreto.

O recurso à equidade é coisa extremamente comum no direito pátrio, podendo ser encontrada em diversos dispositivos legais. Tarefa árdua, entretanto, é conceituá-la, e muito mais, aplicá-la<sup>11</sup>.

7 RODRIGUES, Sílvio *apud* CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 67-68.

8 KFOURI NETO, Miguel. **Graus da culpa e redução equitativa da indenização**. Disponível em: <[www.tj.pr.gov.br/download](http://www.tj.pr.gov.br/download)>. Acesso em: 08.abr.08.

9 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 67-68.

10 Id. *Ibid.*, p. 67-68.

11 ALVIM, Agostinho. **Da equidade**. In RT, v.797, mar.2002.

A sua função, diz grande parte da doutrina, é adaptar a norma ao caso concreto, constituindo a justiça do caso particular<sup>12</sup>. Os romanos a tratavam como uma espécie de caridade, misericórdia, visão esta que resta absolutamente ultrapassada. Segundo Mário Bigotte Chorão, a equidade nada mais é do que um modo particular de aplicar a norma aos casos concretos:

Adquire especial saliência, apoiada numa vetusta e prestigiosa tradição cultural, a concepção da equidade como justiça do caso concreto, isto é, uma forma de justiça que, superando a mera justiça legal, se adequa às circunstâncias da situação singular. Nesta acepção, a equidade é como que mediadora entre o princípio abstrato da justiça legal e as exigências dos casos singulares e concretos. Ela é, pode-se dizer, a justiça enquanto concretizada na solução de cada caso. (...) Segundo uma tal concepção, a equidade é, em suma, uma realidade essencialmente jurídica, embora, translegal, que serve para a mais plena realização da justiça (e do direito). Por meio dela se consegue, diz-se, *'sortir de la légalité pour rentrer dans le droit'* (Sertillanges<sup>13</sup>).

Esta função de aplicação da norma ao caso concreto, sempre com tempero e moderação, é atribuída ao magistrado. É ele quem irá aplicar a justiça no conflito particularizado<sup>14</sup>. Não é por outro motivo que se costuma afirmar que o novo Código Civil atribuiu enormes poderes ao juiz, conferindo-lhe extensa discricionariedade.

As suas faculdades, entretanto, não são ilimitadas. O magistrado não pode criar o direito com base na equidade, mas deve extraí-lo do sistema jurídico em vigor. As circunstâncias de que se valerá para formar o seu convencimento devem ter base legal, vez que, como alerta o professor Arruda Alvim, a solução não pode ser arbitrariamente desenvolvida. Nas palavras sempre precisas do ilustre autor, o juiz deverá se pautar por informes que “tenham valor perante o direito, circunstâncias que o legislador levaria em consideração, se legislasse para o caso em apreço<sup>15</sup>”.

12 NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 145.

13 CHORÃO, Mário Bigotte *apud* KFOURI NETO, Miguel. *Graus da culpa e redução equitativa da indenização*. Disponível em: <[www.tj.pr.gov.br/download](http://www.tj.pr.gov.br/download)>. Acesso em: 08.abr.08.

14 NOGUEIRA, Rubem. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 40.

15 ALVIM, Agostinho. *Da equidade*. In RT, v.797, mar.2002.

Nunca é demais lembrar que o magistrado, ao utilizar a equidade como forma de resolver o caso concreto, deve tomar como orientação os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, vetores hermenêuticos de fulcral importância na aplicação do direito ao caso em particular.

A utilização da equidade, entendida na acepção de justiça no caso concreto, como fundamento para mitigar o multissecular princípio da *restitutio in integrum*, é uma tendência que vem se afirmando nas legislações modernas<sup>16</sup>.

A indenização por equidade encontra-se disciplinada no § 829 do Código Civil alemão:

Quem, em um dos casos assinalados nos §§ 823 a 826, não for, com fundamento nos §§ 827 e 828, responsável por um dano por ele causado, terá, não obstante, sempre que a indenização do dano não possa ser exigida de um terceiro com dever de vigilância, de indenizar o dano, desde que a equidade, de acordo com as circunstâncias, particularmente, de acordo com as relações entre os interessados, exigir uma compensação, e a ele não sejam tirados os meios dos quais necessita para sua manutenção conveniente, assim como para a realização das suas obrigações legais de alimentos<sup>17</sup>.

O Código Civil argentino, em seu art. 1.069, traz dispositivo semelhante, a saber:

O dano compreende não apenas o prejuízo efetivamente sofrido, senão também a ganância de que foi privado o danificado pelo ato ilícito, e que neste Código se designa com as palavras perdas e interesses. Os juízes, ao fixar as indenizações pelos danos, poderão considerar a situação patrimonial do causador, atenuando-a se for equitativo; mas não será aplicável esta faculdade se o dano for imputável a dolo do responsável<sup>18</sup>.

16 CAHALI, Yussef Said. **Dano e Indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 136.

17 DINIZ, Souza *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Graus da culpa e redução equitativa da indenização**. Disponível em: <[www.tj.pr.gov.br/download](http://www.tj.pr.gov.br/download)>. Acesso em: 08.abr.08.

18 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 97.

A gravidade da culpa também serve de critério para a fixação da indenização no Código Federal Suíço das Obrigações, como menciona Miguel Kfoury Neto:

Art. 43 (III. Fixação do Dano) (1) O modo e a extensão da indenização pelo dano causado, estabelece o juiz que, no caso, tem de considerar não só as circunstâncias como a gravidade da culpa. (...) Art. 44 (IV. Motivos de redução) (1) Se o lesado concordou com o ato danoso, ou se circunstâncias, pelas quais deve ele responder, atuaram para criar ou aumentar o dano ou agravaram, de outro modo, a situação do obrigado à indenização, poderá o juiz minorar a obrigação de indenização ou, inteiramente, não a reconhecer. (2) Se o obrigado à indenização que não causou o dano nem intencionalmente nem por negligência grave, ficar, pela prestação da indenização, reduzido a estado de necessidade, poderá o juiz, também por esse motivo, minorar a obrigação de indenizar<sup>19</sup>.

Por fim, o art. 1.103 do Código Civil espanhol permite que os Tribunais, na seara da responsabilidade contratual e aquiliana, amenizem a indenização, “*segundo los casos*”. Yzquierdo Tolsada, porém, não acredita que o *Codex* espanhol tenha restabelecido o sistema de gradação de culpas<sup>20</sup>.

Mesmo aqueles que se opõem de maneira ferrenha às mudanças implementadas pelo parágrafo único do art. 944 admitem que, em certos casos, de forma restritiva e excepcional, a equidade seja utilizada como critério para a redução da indenização. É o caso, por exemplo, de Rui Stoco que, tecendo severas críticas à restauração do tradicional sistema de gradação de culpa, sugere que se estabeleça a proporcionalidade entre quem dá e quem recebe<sup>21</sup>.

Diante de todas as ponderações aqui realizadas, pode-se chegar facilmente à conclusão de que o legislador infraconstitucional, buscando inspiração no direito alienígena, teve por escopo, ao enxertar o parágrafo

---

19 KFOURI NETO, Miguel. Op. cit.

20 Id. Ibid.

21 STOCO, Rui. *Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro*. Disponível em: <[http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos\\_fotos/bicentenario/textos/rui\\_stoco.doc](http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/bicentenario/textos/rui_stoco.doc)>. Acesso em: 07.abr.08.

fo único no art. 944, formar um sistema poroso e permeável às vicissitudes que grassam diariamente no meio social, tomando como fundamento e norte hermenêutico os princípios da equidade e da justiça no caso concreto.

## 2.2 Requisitos

O parágrafo único do art. 944 traz em seu bojo alguns requisitos que devem ser observados para que o magistrado possa, equitativamente, reduzir a indenização.

Em uma leitura rápida e superficial, pode-se chegar à conclusão precipitada de que o supramencionado artigo exige apenas a presença de dois elementos para a sua configuração, quais sejam, uma menor gravidade da culpa e um dano de grande extensão, evidenciando excessiva desproporção entre os mesmos. Ocorre que parte da doutrina, lastreando seus argumentos no direito alienígena, vem sustentando a necessidade de se atentar para a situação econômica do ofensor, como uma espécie de terceiro requisito a ser preenchido.

Carvalho Filho, mais uma vez, em obra imprescindível para a correta compreensão do tema, enumera de forma clara e concisa os elementos que se fazem obrigatórios para que o instituto possa ser aplicado:

[...] os requisitos objetivos que devem ser satisfeitos para que o causador do dano tenha direito à redução de que trata o parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil seriam os seguintes: “(1) a menor gravidade da culpa – conduta menos reprovável do agente; (2) a ocorrência de um dano de grande extensão que autorize reconhecer a excessiva desproporção entre ele e a gravidade da falta; e (3) permitir a situação econômica do lesante, que não poderá ser reduzido ao estado de necessidade<sup>22</sup>.

Passamos a analisar, então, cada um desses requisitos mais detidamente.

22 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 67.

### 2.2.1 Menor gravidade da culpa

A regra no direito brasileiro é de que apenas recaia o dever de indenizar sobre alguém que haja obrado com culpa. Assim, a mera imputabilidade do agente não é suficiente para que reste configurada a sua responsabilidade. Nem todo comportamento, destarte, é apto a gerar o dever de ressarcir, apenas aquele que estiver revestido de certas características previstas no ordenamento jurídico<sup>23</sup>.

Para melhor compreensão do tema, deve-se apartar, como o faz acertadamente Sérgio Cavalieri Filho, os conceitos de vontade e intenção<sup>24</sup>.

Nas palavras do renomado autor, a conduta voluntária “é sinônimo de conduta dominável pela vontade, mas não necessariamente por ela dominada ou controlada, o que importa dizer que nem sempre o resultado será querido<sup>25</sup>”. Há, portanto, na vontade, um mínimo de participação subjetiva, limitada à conduta. Afasta-se do conceito, assim, resultados puramente mecânicos, em que a vontade não intervém de alguma forma, os chamados atos reflexos, como, por exemplo, os casos de sonambulismo, hipnose e coação física absoluta<sup>26</sup>.

Na intenção, por sua vez, “é a vontade dirigida a um fim determinado. É a bússola da vontade, seu elemento finalístico, que a norteia para o objetivo eleito<sup>27</sup>”. Aqui, a vontade volta-se a um escopo querido, desejado, perseguido.

Em face de tais definições, pode-se chegar ao conceito de culpa “*lato sensu*” como sendo a violação de um dever jurídico, seja em razão de uma conduta intencionalmente dirigida a um determinado resultado (dolo), seja em consequência de uma conduta voluntária, sem que haja qualquer deliberação em transgredir um dever (culpa *stricto sensu*<sup>28</sup>).

---

23 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 48.

24 Id. Ibid., p. 48.

25 Id. Ibid., p. 48.

26 Id. Ibid., p. 48.

27 Id. Ibid., p. 48.

28 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.46.

O parágrafo único do art. 944, ao tratar da redução equitativa de indenização, menciona apenas a “desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”. Deve-se ler o signo culpa em seu sentido estrito, excluindo-se o dolo da aplicação do dispositivo, quando então o ressarcimento deverá ser integral. Neste sentido, o escólio do sempre lembrado Sérgio Cavalieri Filho:

O Código inovou neste ponto, permitindo ao juiz reduzir equitativamente a indenização *se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano* (art. 944, parágrafo único). O dispositivo só fala na *culpa*; logo, quando a responsabilidade fundar-se no dolo – hipótese em que o laço que prende o fato à vontade do agente é mais forte – o montante da indenização terá que corresponder sempre ao valor do dano, não podendo o juiz arbitrar indenização inferior<sup>29</sup>.

Nesse caso, portanto, não há que se falar em mera fatalidade<sup>30</sup> ou acidente, vez que o agente desejou o resultado, empreendendo os esforços necessários à sua consecução. Aplica-se, destarte, o princípio da restituição integral, regra geral da responsabilidade civil.

Com o desiderato de limitar de forma precisa o alcance do dispositivo sob comento, mister se faz reviver classificação tripartida praticamente abandonada pela doutrina, vez que em desuso em sede legislativa e jurisprudencial. Trata-se do enquadramento da culpa em grave, leve ou levíssima, categorização que deve renascer das cinzas, tal qual fênix, para auxiliar na correta aplicação do instituto trazido pelo parágrafo único do art. 944.

Nos dizeres sempre abalizados de Sérgio Cavalieri Filho, “a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens<sup>31</sup>”. A culpa grave é equiparada, em muitas hipóteses, ao dolo, como, por exemplo, nos artigos 247, 272, I, e 278, I, do Código Brasileiro de Ae-

29 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 49.

30 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 67-68.

31 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 56.

ronáutica<sup>32</sup>. O STF, em enunciado de número 229 de sua jurisprudência dominante assentou que “a indenização acidentária não exclui a do direito comum em caso de dolo ou culpa grave do empregador”. O STJ trilhou o mesmo caminho ao afirmar, na súmula 145, que no “transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”.

Vê-se, portanto, que a culpa grave em muito se assemelha ao dolo, não subsistindo razões para a aplicação do dispositivo legal quando da ocorrência de negligência, imperícia ou imprudência extrema, criminosa<sup>33</sup>. Mesmo porque não vislumbramos como possa haver grave desproporção entre a culpa e o dano, a reduzir proporcionalmente a indenização, quando a agente atua de forma inconsequente, omitindo os cuidados mais elementares, descuidando da diligência mais pueril, ignorando os conhecimentos mais comuns<sup>34</sup>.

A culpa será leve se “a falta puder ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado próprio do homem comum, de um *bonus pater familias*<sup>35</sup>”.

Miguel Kfoury Neto, desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, discorrendo sobre as fases de aplicação da norma em cogito, aduz que “caso reconhecida culpa leve – ou levíssima – passará à quarta fase, que consistirá na indicação, fundamentada, do percentual ou valor da redução, aplicável a cada uma das parcelas integrantes da indenização, deferidas à vítima<sup>36</sup>”.

Ousamos discordar do ilustre magistrado. A culpa leve, demonstração de desídia e falta de cuidado, não deve ensejar a redução equitativa da indenização, sob pena de a norma jurídica servir como proteção aos seres pouco diligentes, dando azo a uma diminuição injusta ao patrimô-

32 Id. Ibid., p. 57.

33 KFOURI NETO, Miguel. **Graus da culpa e redução equitativa da indenização**. Disponível em: <[www.tj.pr.gov.br/download](http://www.tj.pr.gov.br/download)>. Acesso em: 08.abr.08.

34 Id. Ibid.

35 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op, cit., p. 57

36 KFOURI NETO, Miguel. Ibid.



nio da vítima. Deve-se sempre ter em mente, como já exaustivamente repetido, que a norma insculpida no art. 944, parágrafo único, tem aplicação restrita e excepcional, tendo como um dos seus fundamentos de criação a não penalização de certas condutas que muito se assemelham a uma mera fatalidade.

O princípio da *restitutio in integrum*, erigido a patamar constitucional, não pode ser desprezado e afastado quando o sujeito, agindo sem a diligência que se espera de um bom pai de família, vem a causar dano injusto a outrem, que não tem a obrigação de suportar tal ônus. A não reintegração ao *status quo ante* deve se limitar a casos extremos, em que se vislumbra grande injustiça no ressarcimento integral à vítima, justamente porque o evento em muito se assemelha ao caso fortuito ou força maior.

A culpa leve, ao revés, revela comportamento não esperado de um homem normal, ordeiro e cuidadoso<sup>37</sup>. Portanto, não se afigura justo que a vítima deva sofrer as consequências de um ato anormal e desidioso. Como bem advertiu Ramon Daniel Pizarro, citado pelo eminente Rui Stoco, “indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto<sup>38</sup>”. Inaplicável, destarte, o instituto quando o agente obrar com culpa leve.

Por derradeiro, caracteriza-se a culpa levíssima pela “falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular<sup>39</sup>”. É erro de conduta a qual todos os indivíduos estão expostos<sup>40</sup>, não se afigurando justo ou correto que aquele que agiu com diligência ordinária responda integralmente por dano de vastas proporções.

Equipara-se a culpa levíssima à mera fatalidade, não merecendo tal conduta censura grave ou radical, razão pela qual deve incidir, em tais

37 KFOURI NETO, Miguel. *Graus da culpa e redução equitativa da indenização*. Disponível em: <[www.tj.pr.gov.br/download](http://www.tj.pr.gov.br/download)>. Acesso em: 08.abr.08.

38 PIZARRO, Ramon Daniel *apud* STOCO, Rui. *Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro*. Disponível em: <[http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos\\_fotos/bicentenario/textos/rui\\_stoco.doc](http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/bicentenario/textos/rui_stoco.doc)>. Acesso em: 07.abr.08.

39 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 57.

40 KFOURI NETO, Miguel., op. cit.

casos, a aplicação da equidade na mensuração da indenização. Mais uma vez torna-se importante a utilização do exemplo aventado por Sílvio Rodrigues e oportunamente lembrado por Carvalho Filho, em que “pessoa distraidamente se encosta na vidraça, no vigésimo andar de um prédio, e esta se desprende para cair na rua e matar um pai de família<sup>41</sup>”.

Como um acontecimento trágico, similar ao acima narrado, pode ser ocasionado por qualquer pessoa, mesmo aqueles de diligência ordinária, nada mais justo do que a socialização dos riscos existentes em abundância na sociedade contemporânea. A tendência, em sede de responsabilidade civil, como já assinalado alhures, é que os riscos usuais sejam distribuídos por toda a comunidade, de modo a não sobrecarregar um único indivíduo exacerbadamente, concretizando, assim, um dos pilares do constitucionalismo hodierno, qual seja, o princípio da solidariedade.

Assim, e concluindo, entendemos cabível a aplicação do parágrafo único do art. 944 apenas nos casos em que o agente obrou com culpa levíssima, evitando-se, deste modo, o sacrifício da teoria da restituição integral e, de outro lado, materializando o postulado constitucional da solidariedade entre as pessoas.

### **2.2.2 Dano de grande extensão**

Sérgio Cavalieri Filho, com precisão matemática, define o dano como sendo

a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral<sup>42</sup>.

---

41 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 67-68.

42 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 89.

O parágrafo único do art. 944 do novel Código Civil traz como requisito elementar à aplicação do instituto a existência de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Como é intuitivo, não é qualquer espécie de dano que pode dar ensejo à redução equitativa da indenização, mas somente aquele que, em cotejo com a gravidade da culpa, mostre-se excessivamente desproporcional. Neste sentido, com grande dose de acerto, leciona Miguel Kfouri Neto:

Nesta última fase, a par do grau de culpa, deve-se evidenciar a excessiva desproporção entre a culpa e o dano – ou seja, o prejuízo ocasionado pela mínima negligência, v.g., deve assumir grande vulto. Nessa apuração, como o dano é o requisito de maior visibilidade, dentre os que integram a responsabilidade civil, uma vez fixado o grau da culpa, não haverá dificuldade para se identificar a ocorrência ou não da desproporção a que alude o parágrafo único do art. 944<sup>43</sup>.

Em face de um Estatuto Civil recheado de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, mostra-se de fulcral importância a participação do operador do direito na construção das normas jurídicas. O estudo do caso concreto adquire especial relevo, moldando-se o dispositivo de lei à questão particularizada, individualizada<sup>44</sup>.

Assim é que o intérprete conciliará as noções de culpa levíssima e dano excessivamente desproporcional, edificando a regra a partir da situação concretamente apresentada, tendo sempre como parâmetro hermenêutico os princípios constitucionais da restituição integral, de um lado, e, de outro, os postulados da justiça social e da solidariedade. Qualquer definição apriorística ou abstrata mostrar-se-ia em descompasso com a regra da operabilidade, tão cara ao idealizador da nova codificação, Miguel Reale, adepto incondicional do culturalismo jurídico<sup>45</sup>.

43 KFOURI NETO, Miguel. *Graus da culpa e redução equitativa da indenização*. Disponível em: <www.tj.pr.gov.br/download>. Acesso em: 08.abr.08.

44 MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 06.ago.2005.

45 REALE, Miguel. *Visão Geral do novo Código Civil*. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 13.mai.2006.

### 2.2.3 Situação econômica do lesante e do lesado

Milton Paulo Carvalho Filho vislumbrou um requisito implícito no dispositivo em cogito, exigindo que, para fazer jus à redução equitativa, mister se faz atentar para “a situação econômica do lesante, que não poderá ser reduzido ao estado de necessidade<sup>46</sup>”.

Conquanto coberto de razão o ilustre jurista, entendemos que não apenas a situação econômica do lesante deva ser levada em consideração no momento da mensuração da indenização, mas também a do lesado. Filiamo-nos, neste ponto, ao pensamento sempre lúcido de Rui Stoco, *in verbis*:

A objeção que fazemos, por força de outros princípios que esse mesmo Estatuto adotou e que se mostram em contradição com a referida exceção, é no sentido de que a redução da indenização – que deveria corresponder ao efetivo dano material sofrido pela vítima – não deveria estar condicionada à gravidade da culpa. Poderia ser estabelecida essa proporcionalidade entre a condição e possibilidade econômica e financeira da quem dá e de quem recebe, o que se mostra muito mais adequado e pertinente, circunstâncias essas objetivas e ligadas aos sujeitos da relação jurídica, posto que aspectos subjetivos, ligados ao sujeito ativo da ação, melhor servem ao Direito quando aplicados para identificar e caracterizar o ato ilícito, considerando que a equidade nada mais é do que a busca do justo e do equilíbrio. Não custa lembrar que o Código Civil de 1916, agora revogado, continha previsão que dá foros de legitimidade a nossa posição, pois no antigo § 2º do art. 1.538, que tratava da lesão corporal, estabelecia a reparação à mulher solteira ou viúva “*segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito*”<sup>47</sup>.

Aguiar Dias, mesmo antes do advento do novo *Codex*, já sublinhava a importância da aplicação da equidade com fundamento nas posses do responsável, alegando que

---

46 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 103.

47 STOCO, Rui. *Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro*. Disponível em: <[http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldedaeducacao/textos\\_fotos/bicentenario/textos/rui\\_stoco.doc](http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldedaeducacao/textos_fotos/bicentenario/textos/rui_stoco.doc)> Acesso em: 07.abr.08.

esse princípio está hoje vitorioso na maioria dos países cultos e atende aos princípios fundamentais da responsabilidade civil. O Direito existe para servir aos homens. Se, como acreditamos, continua a prevalecer a definição de CELSO, que nos legou a máxima *jus est ars boni et aequi*, o Direito não pode perder de vista a equidade. Daí também decorre que uma legislação cuidadosa ou, em sua falta, a própria jurisprudência, não pode deixar de atender a circunstâncias que, depois do julgamento definitivo sobre a liquidação, alterem de forma acentuada a situação da vítima ou do responsável, relativamente ao *quantum* fixado. Assim, a agravação das lesões corporais que no juízo da liquidação tenham sido consideradas leves e vice-versa, as que, reputadas graves, não justifiquem o prognóstico formulado naquela ocasião. Por essas e outras causas, deve admitir-se o direito à revisão da condenação. Ela dificilmente se legitimaria, entretanto, no caso de alteração do custo de vida<sup>48</sup>.

Logo, verificando o juiz tratar-se de culpa levíssima, e constatando a ocorrência de dano excessivamente desproporcional, deverá perquirir e investigar a condição econômica do lesante, bem como a do lesado, a fim de, ponderando com proporcionalidade, decidir se é aplicável ou não a redução equitativa da indenização.

Como bem gizou Carvalho Filho<sup>49</sup>, observando pelo lado do lesante, o ressarcimento do dano não pode reduzi-lo ao estado de necessidade. Obrando com culpa levíssima e sendo possuidor de poucos recursos, não deve o causador do dano sacrificar toda a economia de sua família<sup>50</sup> para efetuar o pagamento da indenização.

Como já anotado, porém, a situação econômica do lesado também deve ser examinada com cautela. Assim, a vítima possuidora de poucos bens materiais não deverá sofrer um desfalque em seu patrimônio em virtude da atuação de outro sujeito, mesmo que agindo com culpa levíssima. Ora, a norma em comento fundamenta-se justamente na apli-

48 DIAS, José de Aguiar Dias. *Da Responsabilidade Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, v.1, p. 225.

49 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 103.

50 KFOURI NETO, Miguel. *Graus da culpa e redução equitativa da indenização*. Disponível em: <[www.tj.pr.gov.br/download](http://www.tj.pr.gov.br/download)>. Acesso em: 08.abr.08.

cação dos princípios constitucionais da justiça social e da solidariedade. Não se coaduna com ditos postulados a redução à miséria daquele que, comportando-se segundo os padrões ordinários de conduta, acaba por causar um dano inesperado a outrem.

Questão interessante é a de saber se aplicável a redução equitativa quando tanto o lesante quanto a vítima forem carecedores de recursos financeiros ou ambos forem possuidores de fortuna considerável.

Entendemos que não. Como bem destacou Rui Stoco<sup>51</sup>, em trecho acima colacionado, deve haver uma desproporção entre os patrimônios para que se faça aplicável o parágrafo único do art. 944. Verificando a paridade de condições econômicas, não deve o magistrado reduzir a indenização, mesmo tendo o agente causador do dano obrado com culpa levíssima, prevalecendo o princípio da restituição integral que, como já exaustivamente assinalado, só pode ser afastado em hipóteses extremas e excepcionais.

Assim, pugnamos por uma aplicação restrita do instituto estudado, limitando-o às hipóteses em que, além de preenchidos os requisitos da culpa levíssima e do dano excessivamente desproporcional, houver desequilíbrio entre os patrimônios do lesante e do lesado, de modo que os recursos deste superem sensivelmente os daquele.

Por último, vale a ressalva feita por João Casillo de que há de prevalecer o *in dubio pro creditoris*, uma vez que, na “dúvida, a atenção do julgador deve voltar-se para a vítima, ainda que se corra o risco de que, por um excesso, o ofensor indenize mais do que era devido. O risco inverso de a vítima receber menos do que teria direito é que não pode ser admitido<sup>52</sup>”. Logo, não sendo realizadas nos autos provas, cujo ônus é daquele que alega a redução, que certifiquem a existência de uma desproporção entre os respectivos patrimônios, deve a indenização ser completa e integral, de modo a reintegrar a vítima ao estado de coisas anterior.

---

51 STOCO, Rui. *Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro*. Disponível em: <[http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldedaeducacao/textos\\_fotos/bicentenario/textos/ru\\_i\\_stoco.doc](http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldedaeducacao/textos_fotos/bicentenario/textos/ru_i_stoco.doc)> Acesso em: 07.abr.08.

52 CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 87.

## 2.3 Alcance da norma

### 2.3.1 Aplicação do dispositivo aos danos morais

Não vislumbramos qualquer argumento que possa justificar a não aplicação do artigo cogitado em sede de danos morais. A lei em nenhum momento faz qualquer discriminação, como bem lembra Carvalho Filho:

Por fim, ressalte-se que a lei não faz distinção quanto à natureza do dano que autoriza a redução do valor da indenização, que poderá ser material ou moral. Isso significa que poderá ocorrer a hipótese em que a mitigação se dará apenas na fixação da indenização na espécie de um dos danos causados. Seria o caso em que, por exemplo, a culpa leve do agente tenha causado danos morais elevados e materiais de pequena monta. Nesta hipótese, como estaria presente a desproporção exigida pela lei apenas em relação aos danos morais, somente estes autorizariam a redução equitativa da indenização<sup>53</sup>.

Da mesma opinião comunga Kfourri Neto, dando interpretação elástica ao dispositivo, ao afirmar que, tal “redução – quando viável –, repercutirá sobre todas as verbas indenizatórias: danos materiais, morais, lucros cessantes e pensionamento – quando se tratar de dano a pessoa (morte ou incapacidade para o trabalho)<sup>54</sup>”.

Leonardo Nascimento Cunha<sup>55</sup>, abordando de forma original e inovadora o art. 944, pugna pela aplicação do instituto somente nos casos de dano moral. Parte o autor da premissa de que a indenização por danos morais tem natureza dúplex, visando, simultaneamente, a compensação em termos financeiros e a sanção da conduta do ofensor. Assim, reduzir-se-ia o montante do ressarcimento referente apenas ao aspecto punitivo da indenização, restando incólume o *quantum* devido a título de compensação.

O autor traz exemplo que merece transcrição *verbum ad verbo*:

53 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 103.

54 KFOURI NETO, Miguel. *Graus da culpa e redução equitativa da indenização*. Disponível em: <[www.tj.pr.gov.br/download](http://www.tj.pr.gov.br/download)>. Acesso em: 08.abr.08.

55 CUNHA, Leonardo Nascimento. *A aplicabilidade do art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002 aos danos materiais*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9568>>. Acesso em: 09.abr.08.

Imagine-se que um telejornal, em que são utilizadas aquelas tarjas na parte inferior da tela para que sejam repassadas imediata e reiteradamente as manchetes do dia, acabe noticiando, de *forma equivocada*, que um tal “José da Silva”, morador de uma pacata Municipalidade brasileira, está sendo acusado do estupro de uma jovem estudante local. Comprova-se, posteriormente, que o fato fora deflagrado devido a um singelo erro de digitação, equivocando-se o funcionário veiculador das notícias ao digitar o nome do verdadeiro acusado do crime de estupro. Em vez de “José Silva”, veiculara-se *José da Silva*, acrescentando, como se percebe, apenas uma preposição ao nome do sujeito. Todavia, tem-se que deste *simples engano* do operador do telejornal, cuja conduta classificaremos como *levemente culposa*, adveio um dano à moral do Sr. José da Silva, eis que, morador da mesma Municipalidade do acusado, fora com este confundido. [...] Suponha-se que o valor do dano moral vislumbrado pelo julgador, baseando-se apenas no aspecto *compensatório* da indenização, seja fixado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). De giro outro, buscará o magistrado sancionar a conduta do agente a fim de que outros cidadãos não sejam igualmente lesados pela atividade de risco da emissora do telejornal. Observará o julgador, nessa toada, qual o “grau de culpa” (*grave, leve ou levíssima*) presente na conduta do verdadeiro responsável pelo dano, ainda que a competente ação indenizatória seja movida em face da pessoa jurídica, a empresa jornalística, vale frisar, com espeque na Súmula nº 227, do STJ. Imagine-se, como assinalado, que o magistrado tenha concluído que o “grau de culpa” do ofensor, neste caso, fora de natureza *levíssima* (“simples engano”, plenamente justificável diante da rapidez com que devem ser digitadas as manchetes a serem noticiadas). O julgador, então, adiciona ao valor indenizatório inicialmente imaginado – R\$ 5.000,00 – o montante de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), enquanto se na conduta do telejornal estivesse assente uma *culpa gravíssima*, o julgador valoraria esta segunda natureza/escopo do dano moral, *exempli gratia*, em R\$ 3.000,00. Dessume-se, assim, que a regra contida no parágrafo único do art. 944, do CC/02, é plenamente aplicável nas hipóteses de ressarcimento de dano moral, visto que este suporta a repartição, quanto ao escopo da correspondente indenização, em *compensatório* e *sancionatório* ou *punitivo*<sup>56</sup>.

56 CUNHA, Leonardo Nascimento. A aplicabilidade do art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002 aos danos materiais. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9568>>. Acesso em: 09.abr.08.



Em que pese o brilhantismo dos argumentos expendidos pelo ilustre jurista, não podemos concordar integralmente com as conclusões extraídas pelo mesmo. Como já demonstrado alhures, a mitigação do princípio da restituição integral é possível, tanto no dano material quanto no moral, desde que presentes os três requisitos legais, quais sejam: a) menor gravidade da culpa – o sujeito ter agido com culpa levíssima; b) existência de excessiva desproporção entre o dano de grande extensão e a culpa<sup>57</sup>; c) sensível desequilíbrio entre o patrimônio do agente causador do dano e o da vítima<sup>58</sup>.

Logo, configurados os requisitos exigidos para a aplicação do dispositivo, a redução deve incidir sobre todo o montante da condenação a título de danos morais e não apenas sobre a parcela punitiva ou sancionatória.

Parece não admitir o autor a possibilidade da relativização do princípio da *restitutio in integrum*, pugnando pela compensação completa do dano moral sofrido. O contorcionismo exegetico, entretanto, não se coaduna com os postulados constitucionais da justiça social e da solidariedade, muito bem definido por Cristiano Chaves como sendo a tentativa de conciliação das exigências coletivas com os interesses particulares<sup>59</sup>.

O Direito Civil contemporâneo, refletindo as mudanças de paradigmas de uma sociedade cada vez mais preocupada com sua faceta humanista, volta-se, com maior ímpeto, aos aspectos sociais de sua função, revelando uma verdadeira (re)personalização desta ciência privada, erigindo-se o homem a patamar supremo do ordenamento jurídico<sup>60</sup>. O patrimônio adquire caráter subsidiário de importância, despontando a dignidade da pessoa humana como grande farol hermenêutico a guiar todas as ações do intérprete na busca incessante da solução mais justa ao caso concreto.

57 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 103.

58 STOCO, Rui. *Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro*. Disponível em: <[http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos\\_fotos/bicentenario/textos/rui\\_stoco.doc](http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/bicentenario/textos/rui_stoco.doc)> Acesso em: 07.abr.08.

59 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 34

60 Id. *Ibid.*, p. 36.

Assim é que

entrecorta-se o Direito Civil por limitações de índole pública e, mesmo privada, que lhe imprimem nos dias presentes um cunho de direito submetido a interesses públicos – a uma função social, fator esse declarado, inclusive por expresse em Constituições de nosso século<sup>61</sup>.

Na dicção sempre abalizada do mestre baiano Orlando Gomes “não seria possível interpretar e aplicar uma lei com desconhecimento ou desprezo de sua finalidade social<sup>62</sup>”.

Deste modo, nos parece certo que, uma vez confrontados os princípios da restituição integral, de um lado, e, de outro, os da solidariedade e da justiça social, estes prevalecerão sempre que configurados os requisitos ensejadores da aplicação da norma, respeitando-se, assim, o postulado da dignidade da pessoa humana e tomando como parâmetro o novo Direito Civil despatrimonializado<sup>63</sup> que grassa nos tempos hodiernos.

A redução equitativa da indenização pode, portanto, incidir mesmo sobre a parcela compensatória do dano moral, nos casos excepcionais e restritos acima descritos, preservando, assim, o caráter social da norma, materializando o princípio da isonomia em sua faceta substantiva, tratando desigualmente os desiguais, como bem já advertia Rui Barbosa.

### 3. Conclusão

Intentou-se demonstrar, através do presente trabalho, a viabilidade da aplicação do novo instituto desenhado pelo parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002. Remando em sentido contrário àqueles que defendem a total ineficácia da figura jurídica sob análise, procuramos, de forma concisa, apontar meios e soluções que permitam a utilização plena do dispositivo legal, sob pena de sepultarmos, precária e antecipadamente, uma regra que visa a dar concreção ao princípio da função social da responsabilidade civil.

---

61 BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 24 e ss

62 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

63 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.*, p. 35

É dever do estudioso, antes de tudo, procurar extrair da norma um significado que se compatibilize com os preceitos da Lei Maior, materializando os valores por ela encampados.

É nesse sentido que nos esforçamos para sugar do texto legal o máximo de efeitos possíveis, sempre tendo por desiderato concretizar os princípios basilares da *Lex Legum*. Qualquer posicionamento que transforme o artigo sob comento em letra morta deve ser repudiado, por constituir afronta direta aos princípios hermenêuticos que regem a atividade interpretativa.

É nesse sentido que pugnamos pela constitucionalidade do instituto, afastando as interpretações que vislumbram um vício material na norma, sob a alegação de que a utilização da equidade no presente caso macularia o princípio, erigido a patamar constitucional, da restituição integral. Em verdade, a solução não pode ser estabelecida abstratamente, como pretende parcela da doutrina que encampa tal tese. Trata-se, em verdade, de um conflito de postulados a ser resolvido pela técnica de ponderação de interesses. De um lado, os princípios da isonomia substancial, da solidariedade e da justiça social, de outro, a regra da restituição integral. Assim é que a sobredita norma não padece, em abstrato, de qualquer vício de inconstitucionalidade, vez que o secular princípio da *restitutio in integrum* não restará banido do ordenamento jurídico, apenas será mitigado em certos casos, de forma excepcional e restrita, quando, numa ponderação de valores, se der a prevalência aos princípios da solidariedade e justiça social.

Quanto aos requisitos necessários à configuração da novel figura jurídica, entendemos que devem ser perquiridos os seguintes elementos: a) grau de culpa; b) dano de grande extensão; c) situação econômica do lesante e do lesado.

Quanto ao primeiro aspecto, divergimos da tese que parece prevalecer no direito brasileiro de que o instituto tem aplicação nos casos em que o infrator obra com culpa leve ou levíssima. A culpa leve, demonstração de desídia e falta de cuidado, não deve ensejar a redução equitativa da indenização, sob pena de a norma jurídica servir como proteção aos seres pouco diligentes, dando azo a uma diminuição injusta ao patrimônio da vítima. Somente em casos em que o sujeito atua com culpa

levíssima, desde que presentes os demais requisitos, é que se pode aplicar a diminuição equitativa da indenização, vez que a mesma em muito se assemelha à mera fatalidade.

Em relação ao dano de grande extensão, chegamos à conclusão de que qualquer definição abstrata mostrar-se-ia em descompasso com a regra da operabilidade, idealizada por Miguel Reale, mentor da nova codificação. Assim é que deve o intérprete, no caso concreto, conciliar as noções de culpa levíssima e dano de grande extensão, tendo sempre como parâmetro o princípio da proporcionalidade.

No que toca ao terceiro elemento, entendemos que, além dos requisitos já desdobrados, faz-se necessária a ocorrência de uma sensível desproporção entre os patrimônios do lesante e do lesado, a ensejar a redução indenizatória. Assim, pugnamos por uma aplicação restrita do instituto estudado, limitando-o às hipóteses em que, além de preenchidos os requisitos da culpa levíssima e do dano excessivamente desproporcional, houver desequilíbrio entre os patrimônios do lesante e do lesado, de modo que os recursos deste superem sensivelmente os daquele.

Concluimos, outrossim, que a norma inserta no parágrafo único do artigo 944 tem plena aplicabilidade em relação aos danos materiais, pois, como já repetido à exaustão, o princípio da restituição integral não restará malferido ou banido do sistema jurídico pátrio, mas apenas afastado em casos pontuais e restritos.

O mesmo raciocínio se aplica em relação aos danos morais. Não vislumbramos qualquer razão séria para que o aludido artigo tenha sua aplicação restrita às hipóteses de dano material. Assim é que, presentes os requisitos acima mencionados, será possível a redução equitativa da indenização a título de danos morais, sejam em relação à parcela compensatória ou à parcela punitiva.

Pelo exposto, podemos concluir pela possibilidade de aplicação do instituto, restando esvaziadas as críticas formuladas pela doutrina. A utilização correta do instituto ensejará a materialização do princípio constitucional da função social da responsabilidade civil, privilegiando os postulados da isonomia substancial, justiça social, solidariedade e dignidade da pessoa humana.

## **Bibliografia**

ALVIM, Agostinho. Da equidade. In: **Revista dos Tribunais**, v.797, mar. 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: RT,1991.

CAHALI, Yussef Said. **Dano e indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CUNHA, Leonardo Nascimento. **A aplicabilidade do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002 aos danos materiais**. Disponível em: <[http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9568](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9568)>. Acesso em: 09 abr. 2012.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011 v.1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil – Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A responsabilidade extracontratual no novo Código Civil e o surpreendente tratamento da atividade de risco**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4003>>. Acesso em: 07 abr.2012.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. “A Caminho dos microssistemas”. In: **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983., p. 45 e 50.

\_\_\_\_\_. **A Agonia do Código Civil – conferência pronunciada no Encontro Nacional dos Mestres de Direito Civil, realizado em homenagem ao professor Orlando Gomes: San Adieu – 50 anos de Cátedra.** Salvador: Editora Ciência Jurídica.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Direito Civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KFOURI NETO, Miguel. **Graus de culpa e redução equitativa da indenização.** Disponível em: <[www.tj.pr.gov.br/download](http://www.tj.pr.gov.br/download)>. Acesso em: 08 abr.2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”:** as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Disponível em: <[www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)>. Acesso em: 06 ago.2010.

\_\_\_\_\_. **Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil.** In: MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1980.

NOGUEIRA, Rubem, **Curso de introdução ao Estudo do Direito.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

REALE, Miguel. **Cinco temas do culturalismo.** São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Visão geral do novo Código Civil.** Disponível em: <<http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 13 maio. 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, vol.4

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro.** Disponível em: <[http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos\\_fotos/bicentenario/textos/rui\\_stoco.doc](http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/bicentenario/textos/rui_stoco.doc)>. Acesso em: 07 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Responsabilidade Civil – Responsabilidade civil e sua interpretação Jurisprudencial.** 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 13.



# O Estado contrante-consumidor e a aplicação do CDC

Carmen Cecilia Codorniz Prado Leitão<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – O Estado e o Código de Defesa do Consumidor; 2.1 – A pessoa jurídica de direito público consumidora – posição doutrinária e jurisprudencial; 2.2 – A aplicabilidade do princípio da vulnerabilidade à Administração Pública; 3 – Diálogo das fontes entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos; 4 – Conclusão; Bibliografia

---

## 1. Introdução

A Lei nº 8.078/90, dando cumprimento ao disposto no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e ao mandamento constitucional do princípio de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF), instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Observa-se, desde a sua promulgação, o aparecimento de divergências doutrinárias quanto à interpretação de alguns de seus dispositivos.

Um deles diz respeito ao questionamento de sua aplicação às pessoas jurídicas, arraigado ao problema do conceito de consumidor. É ainda maior a dúvida em poder a pessoa jurídica de direito público assumir a posição de consumidora em uma relação de consumo, questionando-se a existência ou não de sua vulnerabilidade.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo aposentada. Especialista em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo e em Direito do Consumidor pela Escola Superior de Advocacia – ESA/OAB-SP.



É fato que o Poder Público, mesmo na condição de consumidor, tem à sua disposição prerrogativas que na maioria das vezes o colocam em uma condição de supremacia perante o fornecedor de bens e serviços.

Contudo, essa posição de supremacia deixa de se sustentar em alguns casos, o que se leva a questionar a possibilidade da aplicação da legislação consumerista a eles.

Verifica-se que a posição do consumidor é de total subserviência aos fornecedores e as mesmas mazelas que afligem os particulares também podem ocorrer com relação ao poder público, quando este não encontrar proteção nas normas de direito administrativo.

Há casos em que grandes corporações e empresas multinacionais, qualificadas pelo Código de Defesa do Consumidor como fornecedores, possuem posição de supremacia fática em relação às pessoas jurídicas de direito público, particularmente quanto aos pequenos municípios da Federação, colocando-os como vulneráveis.

Assim, a reflexão do presente trabalho será o questionamento a respeito de poder o ente público recorrer às regras protetoras do Código de Defesa do Consumidor, apesar das prerrogativas conferidas à Administração Pública, quando elas não lhe socorrem de modo satisfatório perante os fornecedores.

Ainda que se admita a inexistência de uma vulnerabilidade fática do Estado, poderia ele ser tecnicamente considerado vulnerável quando adquire bens e serviços de cujas produção e qualidade não disponha de conhecimento específico, mesmo sendo o ente público quem estabeleça as regras para as aquisições em certames licitatórios?

Procurar-se-á verificar a possibilidade de o ente público ser considerado consumidor, ante sua vulnerabilidade cognitiva em face do fornecedor. Buscar-se-á uma proposta de solução para essa polêmica por meio da harmonização entre as Leis 8.078/90 e 8.666/93.

Para tanto, pretende-se utilizar o método de compilação, com exposição doutrinária de autores pátrios que escreveram sobre o tema, com anteposição de suas posições, quando logicamente houver um antagonismo, na busca de se apresentar um panorama das várias correntes doutrinárias, sem deixar de se focar a pesquisa jurisprudencial.

Não se objetiva exaurir a matéria, mas demonstrar e refletir um caminho diferente, buscando-se as hipóteses de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, não só por meio de sua alçada constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, mas também pela alternativa de coexistência entre as normas desse ordenamento, o chamado diálogo das fontes.

## 2. O Estado e o Código de Defesa do Consumidor

A reflexão centra-se na aplicação ou não da tutela consumerista ao Estado, podendo-se defini-lo ou não como consumidor.

### 2.1 A pessoa jurídica de direito público consumidora – posição doutrinária e jurisprudencial

Principie-se por indagar se a pessoa jurídica de direito público pode figurar como consumidora. Tal questão não é pacífica em termos doutrinário e jurisprudencial.

Há uma interessante controvérsia sobre a possibilidade de o Estado ser considerado consumidor à luz do conceito fixado pelo *caput* do artigo 2º da Lei nº 8.078/90<sup>2</sup>.

Na visão de alguns autores, o Estado não pode ser considerado consumidor, pois essa qualificação depende necessariamente da vulnerabilidade da pessoa em relação ao fornecedor dos produtos e serviços (art. 4º, I, do CDC<sup>3</sup>). O Estado não pode ser considerado vulnerável nos contratos que celebra com terceiros, pois goza de supremacia contratual. Para os adeptos dessa visão, nos contratos administrativos o desequilíbrio contratual decorre justamente da supremacia do Poder Público<sup>4</sup> em detrimento do particular.

2 “Art.2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

3 “Art.4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios :[...] I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;”

4 Ressalte-se que pelo princípio da supremacia do Poder Público o Estado atua para favorecer o bem-estar social. Hely Lopes Meirelles o identifica com o “estar intimamente ligado à finalidade do Estado, que é a busca pelo interesse geral”(MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36. ed. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São

Nessa linha destaque-se Marçal Justen Filho<sup>5</sup>, para quem não há como “defender a aplicação subsidiária do regime da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) no tocante à responsabilidade por vício do produto ou de serviços”.

Para o administrativista, isso seria inviável, pois “a Administração é quem define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições contratuais que disciplinarão as relações jurídicas”. Nesse pensamento aduz que ainda que se pudesse caracterizar a Administração como consumidora, “não haveria espaço para a incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor, estando toda a matéria subordinada às regras da Lei de Licitações, do ato convocatório e do contrato”.

---

Paulo: Malheiros, 2010. p.105). Diz Maria Sylvania Zanella Di Pietro que “negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 214). Para esse fim, deve-se fazer prevalecer, em determinadas situações, o interesse do todo em detrimento do interesse puramente individual. Dentro desse pensar, destaca-se o de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem tal princípio “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009. p.69). Transcorre, dessa forma, do referido princípio a verticalidade das relações existentes entre o público e o privado, importando no desequilíbrio em favor do ente estatal. Esse princípio encontra-se implícito na ordem constitucional brasileira, já que a Constituição Federal é repleta de mandamentos que impõem a superioridade do Estado, com vistas a atingir seu fim teleológico, que é a satisfação do interesse público. Lembre-se, a título de exemplo, que o artigo 5º, inciso XXV, determina a requisição da propriedade particular pela autoridade competente no caso de perigo iminente; e do artigo 182, no qual consta a desapropriação sancionatória em caso de descumprimento da função social da propriedade urbana. E, mais, o inciso II do artigo 37 estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público e também que as obras, serviços, compras e alienações só serão contratadas mediante processo de licitação. Mencione-se, outrossim, o artigo 170, que trata da coexistência de proteção do interesse econômico individual e do interesse público: de um lado a previsão relativa à propriedade privada, à livre concorrência, à livre iniciativa; de outro a justiça social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente, e a redução das desigualdades sociais e regionais. A supremacia do interesse público é condição do próprio interesse individual e até mesmo atua como protetor dos direitos fundamentais do homem. Esse princípio deve ser entendido como aquele que a priori confere uma superioridade, não apenas com o fim de realização das razões de Estado, mas, acima de tudo, para a satisfação dos direitos e garantias fundamentais, inseridos na ordem constitucional e destinado a alcançar, como fim último, o “bem de todos”, como expressa o artigo 3º da Carta Magna.

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 570.

No mesmo sentido, confira-se Pedro Paulo Cristóforo<sup>6</sup>, que entende que o Estado, ao contratar como “destinatário final” o fornecimento de bens ou serviços, o faz por normas próprias de direito administrativo, as quais lhe outorgam proteção específica. Jamais será o Estado consumidor colocado sob a proteção da Lei nº 8.078/90, pois essa proteção certamente o desfavoreceria e limitaria o poder de autotutelar seus interesses.

Caio Tácito, citado por Leon Frejda Szklarowsky em texto que discute sobre o tema, assevera que os órgãos públicos são verdadeiros fornecedores ou consumidores intermediários porque se utilizam de bens ou serviços como instrumentos de execução de seus serviços e, portanto, devem ser excluídos do conceito padrão de consumidor.<sup>7</sup>

Verifica-se nesses posicionamentos que os juristas fundamentam-se no fato de que a Administração Pública, ao celebrar seus contratos, encontra-se em posição de supremacia que não se coaduna com o sistema de tutela trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, em favor da parte mais fraca na relação, que tem a condição de vulnerabilidade.

Na jurisprudência há precedentes que acompanham essa linha.

À guisa de exemplo, mencione-se o REsp nº 527.137/PR<sup>8</sup>, cujo relator entendeu que, por força do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, o Poder Público não se submete às condições do Código de Defesa do Consumidor para contratar suas obras, e sim ao regime próprio previsto na Lei de Licitações, atualmente a Lei nº 8.666/93, mesmo se tratando de empresa pública que explora atividade econômica, como é o caso dos Correios. A natureza do contrato discutido é de direito administrativo, não de direito privado, e tampouco de relação de consumo.

Do mesmo modo, na Apelação Cível nº 2007.001.54374, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>9</sup> negou provimento aos re-

6 CRISTÓFARO, Pedro Paulo. Limites do campo de incidência da Lei nº 8.078, de 11.09.90: o Código de Defesa do Consumidor e os investidores ou poupadores. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 89, n. 323, p. 132, jul./set. 1993.

7 SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os contratos administrativos. *BLC – Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, Nova Dimensão Jurídica (NDJ), v. 12, n. 8, p. 377, ago. 1999.

8 STJ – REsp n. 527.137/PR (2003/0047959-4), 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.05.2004.

9 TJRJ – AC n. 2007.001.54374, 4ª Câmara Cível, rel. Juiz Horácio dos Santos Ribeiro Neto, j. 08.01.2008.

cursos, ao entender que a Administração, quando contrata, não é parte vulnerável da relação estabelecida, mas ao contrário, o faz com supremacia, considerando o interesse público. Assim sendo, não havendo vulnerabilidade, não se podem aplicar as regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda nessa linha, o REsp nº 913.711/SP<sup>10</sup>, que rejeitou ação revisional ajuizada por município, entendendo que para enquadrar o Poder Público municipal no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, deveria ser mitigado o conceito finalista de consumidor nos casos de vulnerabilidade e o município não poderia no caso ser considerado propriamente o destinatário final do serviço de energia elétrica, pois a energia adquirida se justifica para satisfação do interesse público e à prestação de serviços à população, e não se extraía do caso a vulnerabilidade do ente público.

As decisões mencionadas acentuam que à Administração Pública, por ter prerrogativas decorrentes do princípio da supremacia, é conferido o privilégio de um regime jurídico próprio e autônomo o suficiente para estabelecer prévia e unilateralmente as condições nas quais deseja contratar, cabendo ao fornecedor adequar-se às normas de direito administrativo.

Em sentido oposto, muitos doutrinadores entendem que o Estado pode ser considerado consumidor, obtendo a tutela da legislação consumerista.

Para eles, o *caput* do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor não estabelece qualquer distinção, quando faz referência à pessoa jurídica como consumidora e, dessa forma, cabe a máxima de que quando a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Assim sendo, não pode ser afastada do conceito a pessoa jurídica de direito público.

Segundo os doutrinadores, outros argumentos reforçam tal assertiva. Destacam que o *caput* do artigo 54 da Lei nº 8.666/93<sup>11</sup> determina

10 STJ – REsp n. 913.711/SP (2006/0284031-0), 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.08.2008.

11 “Art. 54 - Os contratos administrativos que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

que os contratos administrativos sejam regidos pelos preceitos de direito público, mas o mesmo dispositivo admite a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações em que o Estado esteja na condição de consumidor. Sustentam também que mesmo nas relações regidas pelo direito público, há a vulnerabilidade técnica dos servidores da Administração Pública, em relação ao conhecimento e *expertise* do fornecedor.

Entre os que têm essa visão, destaque-se Leon Frejda Szklarowsky<sup>12</sup>, para quem não se pode recusar à Administração, quando adquira bens ou utiliza serviços como destinatária final, a proteção especial do Código de Defesa do Consumidor, sob a alegação de que os contratos administrativos estão sujeitos a um regime jurídico específico, pois “basta co-tejarem-se os dois diplomas legislativos, para se concluir que nem todas as situações previstas no Código estão relacionadas na Lei de Licitações e Contratos e vice-versa” e acrescenta que o artigo 54 da Lei nº 8666/93 indica expressamente que “os contratos administrativos se regem pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público e de direito privado e, ainda, pela teoria geral dos contratos, numa harmônica constelação”. Pondera o advogado que “a lei não faz distinção entre as pessoas que adquirem bens ou usufruem serviços. Não há por que se lhe negar a proteção do CDC, já que o Estado consumidor ou usuário é a própria sociedade representada ou organizada.”

Maria Helena Pessoa Pimentel<sup>13</sup> assinala que, dependendo da situação e circunstâncias do caso concreto, a Administração poderá ser considerada vulnerável quando adquirir produtos ou utilizar serviços na qualidade de destinatário final, merecendo, portanto, a tutela jurídica da Lei nº 8.078/90. E argumenta que se a finalidade da Administração é o interesse público, em nome dele é que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado, de forma subsidiária, aos contratos administrativos, nas situações em que esteja configurada a vulnerabilidade do ente contratante.

---

12 SZKLAROWSKY, Leon Frejda, O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os contratos administrativos, cit., p. 377.

13 PIMENTEL, Maria Helena Pessoa. A administração pública como consumidora nas relações de consumo. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Nova Dimensão Jurídica (NDJ), v. 17, nº 4, p. 280, abr. 2001.

Fábio Ulhôa Coelho<sup>14</sup> leciona que para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na tutela dos interesses do Poder Público adquirente de bens ou serviços no mercado de consumo, o sentido econômico do ato administrativo de aquisição deve ser o de destinatário final. Acrescenta que a necessidade justificadora da aquisição deve estar relacionada com a utilização do bem ou serviço por servidores públicos, no exercício de suas competências funcionais, podendo, daí, admitir-se o Estado como consumidor.

Fábio Konder Comparato<sup>15</sup> há muito reconhece a importância do Estado como consumidor, ao argumentar que “a rigor, todos somos consumidores; o próprio Estado é consumidor e dos mais importantes”. E tal afirmação decorre do fato que na arbitragem de conflitos entre produtor *versus* consumidor e capital *versus* trabalho, nem sempre se pode deparar com uma nítida distinção entre “fracos” e “poderosos” em campos opostos.

São ainda partidários dessa tese, de o Estado ser considerado consumidor, Jorge Ulysses Jacoby Fernandes<sup>16</sup> e Jatir Batista da Cunha<sup>17</sup>. Para o primeiro, a Administração Pública pode invocar preceitos da Lei nº 8.078/90 sempre que se sentir prejudicada por fornecedor ou prestador de serviços. Para o segundo autor, são aplicáveis as disposições da Lei nº 8.078/90 em caráter subsidiário, desde que o órgão ou entidade pública esteja em condições de vulnerabilidade técnica, adquirindo o produto ou serviço na condição de destinatário final, ou seja, para o atendimento de uma necessidade própria, e não para o desenvolvimento de uma atividade negocial.

14 COELHO, Fábio Ulhôa. A nova Lei de Licitações e o Código de Defesa do Consumidor: o poder público como consumidor de bens e serviços. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), nº 1, p. 101, 1995.

15 COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 20, nº 77, p. 28, jan./mar. 2011.

16 FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 74.

17 CUNHA, Jatir Batista da. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 32, nº 87, p. 30-34, jan./mar. 2001.

Essas são, portanto, as principais posições doutrinárias encontradas acerca da possibilidade de aplicação dos dispositivos da Lei nº 8.078/90 aos contratos firmados pelo Estado, figurando este na qualidade de consumidor.

Pelas balizadas opiniões citadas, resta claro que não se pode afastar a aplicabilidade do microsistema de tutela de proteção ao consumidor ao Estado, quando este adquire bens e/ou contrata a prestação de serviços na condição de destinatária final.

Ponderam os defensores dessa tese que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos admite expressamente, no artigo 54, a aplicação subsidiária dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. E asseveram que a supremacia contratual não se confunde com a superioridade técnica do fornecedor, assim como as cláusulas exorbitantes existentes nos contratos administrativos, decorrentes das prerrogativas conferidas ao poder público, não têm qualquer relação com o domínio que o fornecedor detém das regras técnicas das características, componentes e riscos dos produtos e serviços que coloca no mercado de consumo.

Na jurisprudência, há escassez de decisões que tratem do mérito favoravelmente à tese de permissibilidade de aplicação da Lei nº 8.078/90 aos contratos firmados pela pessoa jurídica de direito público.

Grande parte das decisões do Poder Judiciário cuida do tema sob o aspecto do Poder Público como usuário de serviço público nos casos de luz, água, esgoto, etc. Já a maioria dos julgados que discutem as questões contratuais foi prolatada pelos Tribunais de Contas federal e estadual.

Relativamente às decisões mencionadas, cite-se a proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, referente à solicitação feita pela União Federal de condenação das empresas ACJ Informática Ltda. e Xerox do Brasil Ltda. A autora pretendia a substituição das máquinas fornecidas, que seriam defeituosas, ou, alternativamente, a restituição dos valores recebidos, tendo em vista contrato administrativo firmado pela primeira com o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, em Florianópolis-SC, para fornecimento de equipamentos de informática, provenientes da segunda ré. Nesse acórdão, merece destaque a transcrição de trecho da sentença de primeira instância, que foi mantida pela relatora, na qual é mencionada a aplicação subsidiária do Código de De-



fesa do Consumidor ao contrato administrativo firmado entre as partes, pois, segundo ali consta, a Administração não deixa de se enquadrar no conceito de consumidora, pelo fato de se tratar de uma relação regida também pela Lei de Licitações.<sup>18</sup>

Igual pensamento encontra-se em decisões do Tribunal de Contas da União. Cite-se no presente a representação com medida cautelar proposta pela empresa Redecomm Informática Ltda., em face de possíveis irregularidades cometidas na condução do pregão eletrônico promovido pelo Banco Central do Brasil, que tinha por objeto registro de preços de seleção de rede local sem fio. O relator, Ministro Valmir Campelo, em seu voto, transcreve trechos de outros acórdãos proferidos pela mesma Corte, nos quais fica assente que a legislação consumerista é aplicável à Administração Pública, enquanto consumidora de bens e serviços, uma vez que o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, ao definir consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire bens e serviços como destinatário final, não fez qualquer distinção entre as pessoas jurídicas que adquirem bens ou usufruem serviços<sup>19</sup>. Aquela Corte, inclusive em muito dos julgados<sup>20</sup>, respalda os votos de seus ministros nos ensina-

18 Excerto do voto da relatora: “Pois bem. Da relação contratual havida entre a União e a ACJ Informática, fica bem claro que são aplicáveis os dispositivos da Lei nº 8.666/93, bem como as respectivas cláusulas contratuais. Aplicam-se, entre eles, subsidiariamente, os dispositivos da Código de Defesa do Consumidor, pois a Administração não deixa de se enquadrar no conceito de consumidora, pelo simples fato de se tratar de uma relação também regulada pela Lei de Licitações” (TRF-4ª Região - AC n. 2003.72.00.015376-6/SC, rel. Marga Inge Barth Tessler, j. 30.10.2010). A ementa do acórdão é a seguinte: “Direito Administrativo. Reparação de danos. Contrato. Equipamentos de informática. Garantia expirada. Defeito de fabricação. Ausência de provas. Improcedência.”

19 Ao mencionar a desnecessidade de constar do edital de licitação exigência como condição de habilitação de declaração de solidariedade do fabricante do produto, o relator salienta que a lei já determina sua exigência e destaca em seu voto, embasado em outro julgado da Corte: “Primeiramente, visto que a unidade alegou encontrar respaldo legal para tal exigência no CDC, mister se faz esclarecer que essa Lei (8.078/1990) é aplicável à Administração Pública enquanto consumidora de bens e serviços. Isso porque, ao definir, em seu art. 2º, consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, não fez nenhuma exceção, devendo, portanto, a Administração Pública se utilizar de todos os direitos ali estabelecidos, na condição de consumidora.” (TCU - Proc. TC015.773/2008-7, Acórdão nº 1.729/2008, Plenário, rel. Valmir Campelo, j. 20.08.2008).

20 Acórdão TCU nº 634/96, Plenário, rel. Min. Homero Santo; Acórdão TCU nº 1.045/2000, Plenário, rel. Min. Adylson Motta; Acórdão TCU nº 1.670/2003, Plenário, rel. Min. Lincoln Magalhães da Costa; Acórdão TCU nº 3/2006, rel. Min. Marcos Vinicius Villaça; Acórdão TCU nº 5.736/2011, 1ª Câmara, rel. Ministro Weder de Oliveira.

mentos de Leon Frejda Szklarowsky, anteriormente mencionado, como favorável a essa tese.

Destaquem-se, ainda, outros julgados que entendem ser a Administração Pública usuária de serviços públicos e considerada consumidora.

No REsp nº 807.977-RN<sup>21</sup>, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou questão de corte de fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento por determinada Câmara Municipal, e o entendimento é que mesmo quando o consumidor seja pessoa jurídica de direito público, é possível o corte de energia, preservando-se apenas as unidades públicas cuja paralisação seja inadmissível.

Hipótese análoga, em que o consumidor e usuário é pessoa jurídica de direito público, é encontrada no AgR REsp nº 1.142.903/AL, em cujo julgado prevalece a tese de que, no caso de inadimplência de pessoa jurídica de direito público, é inviável a interrupção indiscriminada do fornecimento de energia elétrica, preservando-se as unidades públicas cuja paralisação seja inadmissível, como hospitais, prontos-socorros, escolas, creches, serviços de segurança e mercados municipais.<sup>22</sup>

Igual teor, referente à pessoa jurídica de direito público ser enquadrada no *caput* do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor e

---

21 “Administrativo. Fornecimento de Energia Elétrica. Falta de Pagamento. Corte. Câmara Municipal como Consumidora. 1. A Primeira Seção já formulou entendimento uniforme, no sentido de que o não pagamento das contas de consumo de energia elétrica pode levar ao corte no fornecimento. 2. Quando o consumidor é pessoa jurídica de direito público, a mesma regra deve lhe ser estendida, com a preservação apenas das unidades públicas cuja paralisação é inadmissível. 3. Recurso especial provido.” (STJ – REsp n. 807.977/RN, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 23.06.2006).

22 “Administrativo. Energia Elétrica. Interrupção de Fornecimento. Pessoa Jurídica de Direito Público. Interesse da Coletividade. Preservação de Serviços Essenciais. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, nos casos de inadimplência de pessoa jurídica de direito público, é inviável a interrupção indiscriminada do fornecimento de energia elétrica. 2. Não há que se proceder à suspensão da energia elétrica em locais como hospitais, escolas, mercados municipais, bem como em outras unidades públicas cuja paralisação seja inadmissível, porquanto existem outros meios jurídicos legais para buscar a tutela jurisdicional, como a ação de cobrança. 3. *In casu*, o Tribunal *a quo* salientou que na Municipalidade, ‘dada a precariedade de suas instalações, em um único prédio, funcionam várias Secretarias e até mesmo escolas’, a suspensão do fornecimento de energia iria de encontro ao interesse da coletividade. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgR REsp n. 1.142.903/AL, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 28.09.2010).

usuária, é encontrado ainda em muitos outros julgados do Superior Tribunal de Justiça.<sup>23</sup>

Postas as duas posições existentes relativamente à pessoa jurídica de direito público como consumidora, entende-se que a corrente mais adequada, sem dúvida, é a que lhe estende a proteção legal trazida pela Lei nº 8.078/90, uma vez que oferece fundamentos jurídicos para sua admissão como destinatária final e conseqüentemente como consumidora, em consonância com o previsto na Constituição Federal, que admite a proteção legal de todo consumidor, sem exclusão de quem quer que seja.

## **2.2 A aplicabilidade do princípio da vulnerabilidade à Administração Pública**

A relação jurídica qualificada por ser de “consumo” se caracteriza não pela presença de uma pessoa física ou jurídica em seus polos, mas sim pela existência de uma parte vulnerável de um lado (consumidor) e, de outro, aquele que exerce uma atividade com caráter profissional, comercial ou industrial (fornecedor). Isso porque é da essência do Código de Defesa do Consumidor o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio motor da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, I).

Em relação a esse componente, inclusive, não se pode esquecer que a vulnerabilidade não se define apenas pela capacidade econômica ou pelo nível de cultura do consumidor. Mesmo estando muitas vezes presentes esses elementos, o adquirente de bens ou serviços pode ser ainda vulnerável pela sua necessidade de obter o bem ou serviço, pela dependência ao produto, pelo monopólio da produção do bem, pela assimetria de informação e pela natureza adesiva do contrato imposto, entre outros fatores.<sup>24</sup>

23 STJ: REsp n. 791.713/RN, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 01.02.2006; REsp nº 721.119/RS, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.04.2006; REsp n. 594.095/MG, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19.03.2007; EREsp n. 845.982/RJ, 1ª Sessão, rel. Min. Luiz Fux, j. 24.06.2009.

24 Nesse sentido o voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi como relatora (STJ – REsp n. 476.428, 3ª Turma, j. 19.04.2005).

Por ser norma de ordem pública, o Código de Defesa do Consumidor procura trazer em seu conteúdo uma nova concepção de equilíbrio mínimo nas relações contratuais, de forma que o mercado seja concebido de maneira segura, no qual haja entre as partes (consumidor e fornecedor) relações leais e harmônicas.

É nesse cenário que se pretende também verificar a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público ser considerada vulnerável nas suas contratações e valer-se das garantias conferidas pela legislação consumerista, reforçando-se a tese de ser qualificada consumidora.

O Estado, para o exercício de suas atividades, desenvolve diversas relações contratuais, como se particular fosse, ao adquirir bens e contratar toda ordem de serviços.

A expressão contrato da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pelo Estado, seja sob o regime de direito público, seja sob o regime de direito privado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>25</sup> define a expressão contrato administrativo para designar os “ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para consecução de fins públicos, segundo regime de direito público”.

A autora ensina que os contratos celebrados pela Administração compreendem, quanto ao regime jurídico, duas modalidades:

1. os *contratos de direito privado*, como a compra e venda, a doação, o comodato, regidos pelo Código Civil, parcialmente derogados por normas publicistas;
2. os *contratos administrativos*, dentre os quais incluem-se:
  - a) os *tipicamente administrativos*, sem paralelo no direito privado e inteiramente regidos pelo direito público, como a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público;
  - b) os *que têm paralelo no direito privado*, mas também são regidos pelo direito público, como o mandato, o empréstimo, o depósito, a empreitada.<sup>26</sup> (grifos da autora)

25 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 259.

26 *Ibidem*, p. 264.

Assim, ainda no entender dessa administrativista, quando a Administração celebra contrato cujo objeto apenas indireta ou acessoriamente diz respeito ao interesse geral, o ente público pode se submeter ao direito privado, como seria o caso de compra de materiais de escritório ou necessários ao aparelhamento da máquina pública, para contratar seguro dos veículos oficiais, para alugar um imóvel para a instalação de repartição pública, enfim, para se equipar dos instrumentos necessários à realização da atividade principal, esta sim é regida pelo direito público.<sup>27</sup>

Nessas hipóteses, em que o próprio direito administrativo reconhece que a Administração pode firmar contratos com características de direito privado, situando-se no mesmo plano jurídico da outra parte, pode-se verificar a possibilidade de ser encontrada uma situação fática de desigualdade e, portanto, serem plenamente aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Em adição a essa possibilidade, entende-se que, ainda que se diga que a Administração seja dotada de prerrogativas – decorrentes do princípio da supremacia – que lhe conferem o privilégio de um regime jurídico próprio para derrogar normas de direito privado, o regime administrativo não torna inviável o reconhecimento de uma situação de desvantagem para o Estado em face dos fornecedores com que trava relações.

Ainda que o fato de consumir, no âmbito do Poder Público, seja resultado de um processo objetivamente orientado, denominado licitação – que se aplica tanto às compras quanto à contratação de serviços e obras (art. 37, XXI, da CF<sup>28</sup>), e no qual a Administração tenha a possibilidade de definir no edital<sup>29</sup> o objeto da licitação e as regras para a contratação, visando ao melhor atendimento do interesse público, essas

---

27 Ibidem, p. 266.

28 “Art. 37 – [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

29 Edital é o instrumento de convocação e regulação específica da licitação, no qual se encerram as condições do negócio a ser futuramente firmado.

condições não refutam a situação fática de que os bens e os serviços a serem adquiridos sejam aqueles que se encontram no mercado de consumo à disposição de qualquer consumidor.

Portanto, as características desses bens e serviços são aquelas usuais estabelecidas pelos fornecedores, pois se fossem diferentes do mercado, haveria a possibilidade de a licitação se tornar fracassada<sup>30</sup>, uma vez que não haveria fornecedor para tal bem ou serviço. Logo, pela razão de os bens e serviços serem definidos pela Administração no edital do certame licitatório não os torna diferentes daqueles que são solicitados pela iniciativa privada, e nem por isso torna o Estado um contratante privilegiado, pois o mercado é o mesmo.

Desse modo, é perfeitamente viável que o ente público possa se valer das regras protetoras da Lei nº 8.078/90, pois o artigo 54 da Lei nº 8.666/93 lhe dá tal respaldo.

Outro aspecto a ser pensado, ainda em relação à vulnerabilidade técnica e informacional da pessoa jurídica de direito público, consiste no fato de que a Administração adquire bens das mais variadas espécies, indo desde a compra de lápis para uso interno nas repartições, até a eventual compra de aviões caças, como pretendido para renovação da frota pelo Poder Público federal, cuja tecnologia é detida pelo país fabricante. O mesmo entendimento vale para os serviços que igualmente abrangem natureza distinta, indo desde os mais simples, como os de faxina, aos mais sofisticados tecnologicamente, como exames periciais de última geração referentes à leitura de cena de crime em 3-D.

Verifica-se que o ente público quando contrata o faz por intermédio de servidores, que na maioria das vezes não possuem preparo e conhecimento técnico suficientes para poder exigir dos fornecedores os produtos e serviços, dentre os existentes no mercado de consumo, que melhor atendam às necessidades da Administração Pública. Ainda, os servidores encontram-se amarrados às verbas orçamentárias e à rotina burocrática não tendo como acompanhar o acelerado avanço tecnológico e de inovações que ocorre no mercado de consumo. Existem entraves para um

---

30 Diz-se que a licitação é fracassada quando nenhum dos interessados no certame é selecionado, em decorrência de sua inabilitação ou desclassificação.

constante aperfeiçoamento e treinamento desses servidores, que, assim, ficam subordinados ao poder de controle dos fornecedores.

Nesse sentido alguns exemplos específicos podem ser mencionados para caracterizar a vulnerabilidade técnica do Estado consumidor em relação ao fornecedor, que lhe confere, inclusive, a possibilidade de se valer do direito básico trazido pelo inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.<sup>31</sup>

Cite-se o caso da empresa fornecedora de alimentação de merenda escolar. Se, por um acaso, após consumirem uma refeição fornecida, todas as crianças de uma determinada escola municipal forem acometidas de uma intoxicação alimentar, é de se presumir que a causa tenha sido a alimentação fornecida.

É muito raro em pequenos municípios haver em cada escola pública nutricionistas ou especialista para averiguar a qualidade da alimentação fornecida. Daí se pode vislumbrar a vulnerabilidade informativa e técnica a que o ente público fica exposto nas práticas do mercado.

Cabe à empresa fornecedora evitar a incidência do defeito, uma vez que é dever legal de todo responsável pela introdução do produto no mercado de consumo zelar pela segurança daquilo que oferece. É sua a responsabilidade, e não do ente público, pela manifesta inadequação do produto fornecido, decorrendo daí a responsabilidade contratual da empresa, tanto na esfera do direito administrativo quanto no direito do consumidor (art. 12, *caput*, do CDC<sup>32</sup>).

No caso exemplificado, cabe à fornecedora provar que a causa não foi provocada pelo alimento fornecido, competindo ao ente público, em razão de sua vulnerabilidade frente à prestadora do serviço, requerer na esfera judicial, a par da imposição das devidas sanções administrativas,

31 “Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

32 “Art. 12 - O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.”

a utilização da regra da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC). Assim, caberá à empresa fornecedora demonstrar que o alimento não foi a causa da intoxicação, desonerando dessa forma os cofres públicos de uma prova pericial custosa, bem como do pagamento de indenizações às vítimas.

O mesmo raciocínio pode ser usado no caso de fornecimento de refeição a presos recolhidos em cadeias públicas, no caso de ser encontrada na alimentação fornecida por empresa contratada pela Administração algum corpo estranho, que não alimento, caracterizando-se, assim, a responsabilidade da empresa fornecedora, à luz do *caput* e do inciso II, § 6º, do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor<sup>33</sup>, cabendo, da mesma forma, a inversão do ônus da prova.

Outro exemplo pode ser dado no caso de equipamentos de alta tecnologia, como os aparelhos de mensuração em cenas de crime para a perícia técnica. Como compelir o Poder Público, por meio de seus servidores, que não têm conhecimentos tecnológicos referentes a esses bens, detidos pelo fornecedor, a prova de que um eventual erro no resultado da perícia ocorreu por má fabricação do produto? É impossível a Administração dispor de um técnico especializado para cada equipamento que utiliza. Configura-se, em consequência da vulnerabilidade cognitiva, um desequilíbrio claro do ente público frente ao fabricante do produto.

Confirma-se que a vulnerabilidade técnica não se apresenta apenas no consumidor desprovido de recursos econômicos. Acontece com relativa frequência de a Administração Pública, por meio de seus representantes e servidores, concluir um determinado negócio fora de sua área de atuação, em que nitidamente se revela a sua fragilidade no plano técnico.

---

33 “Art. 18 - Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes. [...] § 6º - São impróprios ao uso e consumo: [...] II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;”



Outra situação em que também se pode destacar a vulnerabilidade cognitiva do ente público é aquela na qual se encontra quando celebra contrato de seguro para os veículos que compõem sua frota, ou mesmo no caso de seguro de vida para policiais civis e militares, como existe no Estado de São Paulo, por exemplo, contratos considerados típicos de adesão, cuja definição se encontra no *caput* do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.<sup>34</sup>

Esse contrato, qualificado como contrato de massa, rege-se predominantemente por normas do direito privado, cujas cláusulas são fixadas pelo prestador de serviços, a seguradora, devendo o ente público a elas aderir, sob pena de o contrato não se efetivar. Ainda que nesse contrato alguma cláusula seja estabelecida pelo Poder Público, não há a descaracterização de sua natureza de direito privado, restando clara a posição de vulnerabilidade da Administração Pública, não parecendo razoável cogitar-se da não incidência das normas da Lei nº 8.078/90.

Nesse particular, a celebração de contrato de adesão entre a pessoa jurídica (no caso de direito público) e a pessoa jurídica fornecedora fica, como já salientado, patente o desequilíbrio contratual. É fato que este nasce por força do dirigismo econômico e concentração de grandes empresas, em especial no campo de seguros e de financiamentos bancários, em que a participação volitiva do consumidor é “reduzida à aceitação global de seu contexto, previamente definido e impresso, em modelos estandarizados em cláusulas dispostas pelos fornecedores”.<sup>35</sup>

Conclui-se que o Estado, apesar de sua supremacia jurídica, pode em algumas situações tornar-se vulnerável tecnicamente, em decorrência de diversos novos paradigmas advindos da globalização e da evolução tecnológica, merecendo estar sob a égide, ainda que de forma subsidiária, do sistema jurídico de tutela que é proporcionado pelo Código de Defesa do Consumidor, independentemente da modalidade de contrato por ele celebrado com outras pessoas jurídicas.

---

34 “Art. 54 - Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

35 BITTAR, Carlos Alberto, *Direitos do consumidor*: Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), cit., p. 62.

### 3. Diálogo das fontes entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos

A ideia de que as leis devem ser aplicadas de forma isolada umas das outras é afastada pela teoria do diálogo das fontes, segundo a qual o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma unitária.

A teoria do diálogo das fontes foi idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques. Esse professor entende que os direitos do homem, as constituições, os sistemas nacionais, as convenções internacionais, enfim, todas essas fontes, não se excluem mutuamente, mas conversam umas com as outras.<sup>36</sup>

A teoria surgiu para fomentar a ideia de que o direito deve ser interpretado como um todo, de forma sistemática e coordenada. Segundo a teoria, uma norma jurídica não exclui a aplicação da outra, como acontece com a adoção dos critérios clássicos para solução dos conflitos de normas (antinomias jurídicas) idealizados por Norberto Bobbio, mas se complementariam.

Segundo Claudia Lima Marques, o diálogo das fontes consiste na aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementar, seja subsidiariamente. Para a autora, o método do diálogo das fontes assegura uma aplicação conjunta das normas a favor da parte mais fraca da relação contratual.<sup>37</sup>

No direito brasileiro, o diálogo das fontes desponta mais forte com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 mediante o exame das relações entre este diploma e o Código de Defesa do Consumidor.

Embora com campo de aplicações diferentes, o Código Civil é norma geral, regula toda relação privada, é um Código para iguais, para relações entre iguais, civis e empresariais. Já o Código de Defesa do Consumidor é um microsistema especial, regula uma relação de consumo entre agentes diferentes da sociedade (um vulnerável – o consumidor – e

36 MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 29.

37 *Ibidem*, p. 29.

um *expert* – o fornecedor). Logo, não há colisão entre estas duas leis, mas, ao contrário, há uma convergência principiológica.

No Código Civil de 2002 foram introduzidos princípios sociais que já se encontravam presentes no Código de Defesa do Consumidor, como o da boa fé objetiva, o da equivalência material e o da função social do contrato, para as relações obrigacionais e contratuais<sup>38</sup>.

Ressalta Cláudia Lima Marques que “a convergência de princípios entre o CDC e o CC/2002 é a base da inexistência principiológica de conflitos possíveis entre estas duas leis que, com igualdade ou equidade, visam à harmonia nas relações civis em geral e nas de consumo”<sup>39</sup>.

Procurando integrar essas duas fontes, aquela jurista<sup>40</sup> trouxe à reflexão três tipos de “diálogos”, entre eles: a) um diálogo sistemático de coerência, no qual uma lei pode servir de base conceitual para outra; b) um diálogo de complementariedade e subsidiariedade, onde uma lei, através de suas normas, de seus princípios e cláusulas gerais, pode complementar ou subsidiar a aplicação de outra; e c) diálogo de coordenação e adaptação sistemática, no qual poderá haver a redefinição do campo de aplicação de uma lei para a outra, a influência do sistema especial no geral e vice-versa.

Esse método não limita o seu uso apenas entre aqueles diplomas; hoje essa terminologia (diálogo sistemático de coerência, de subsidiariedade e de adaptação) pode ser usada também para o diálogo de diferentes fontes normativas do direito brasileiro.

A jurisprudência, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, ensina ser o diálogo das fontes instrumento de superação das antinomias a favor dos mais fracos; consoante essa teoria, as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem a norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), para preservar a coerência do sistema normativo.<sup>41</sup>

38 LÔBO, Paulo. Os novos princípios contratuais. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p.268/277.

39 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.36

40 MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.cit.,.32

41 STJ – AgR REsp n. 1.196.537/MG, 1ª Turma, rel. Min. Luis Fux, j. 03.02.2011.

O diálogo das fontes, portanto, como método da teoria geral do direito, auxilia o intérprete a aplicar e interpretar a lei no auxílio à tutela ao sujeito vulnerável na relação de consumo, o consumidor do Código de Defesa do Consumidor, segundo Cláudia Lima Marques<sup>42</sup>

Assim, ao invés de se ter apenas um monólogo legal sobre determinada situação, admite-se o diálogo entre normas de campos de aplicação diferentes, buscando-se extrair o fim dessa comunicação entre, por exemplo, normas gerais e especiais.

É essa “conversa” entre o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.079/90) e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), em prol do Estado consumidor, que se procurará mostrar neste tópico.

Ao introduzir no sistema normativo a Lei nº 8.666/93, o legislador cumpriu o preceito constitucional (art. 37, *caput* e inciso XXI<sup>43</sup>) relativo à contratação mediante processo de licitação pública para a aquisição de bens, serviços e obras pela Administração Pública direta, indireta e fundacional, nas diversas esferas de governo.

Quanto ao procedimento licitatório, a Lei nº 8.666/93, em consonância com a Carta Maior, tem como finalidade: a) selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, de forma a resguardar o princípio da indisponibilidade do interesse público; e b) assegurar o princípio da isonomia e impessoalidade, permitindo que todos os interessados participem do certame e que não haja favorecimentos.

No tocante aos contratos, o legislador estabeleceu na Lei de Licitações as chamadas cláusulas exorbitantes, que são as prerrogativas de o ente público alterar e extinguir unilateralmente o contrato, na forma da lei, sem que o particular possa opor sua vontade.

---

42 MARQUES, Cláudia Lima (Coord.), op. cit., p. 60.

43 “Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;”

Em que pese o fato de a referida lei estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, cabe aos entes da Federação (Estados e Municípios) legislar para suplementar a lei federal, de forma a atender à sua peculiaridade (art. 22, XXVII, da CF).

Ocorre que a maioria deles, particularmente os pequenos municípios, ou não legislou e adota a Lei nº 8.666/93 em suas licitações e contratos ou, se criou as suas próprias leis, elas reproduziram na íntegra a lei federal.

Assim, como bem conclui Maria Helena Pessoa Pimentel<sup>44</sup>, tanto os municípios do Sudeste e Sul do País, como os pequenos no interior do Norte e Nordeste brasileiro, estão sujeitos às normas gerais preconizadas naquela legislação para as aquisições de bens, serviços e obras. E acrescenta a Procuradora que todos esses municípios poderão ter as mesmas dificuldades para renovar a frota de veículos, para implantar serviços de informática, adquirir equipamentos médicos de alta tecnologia, em função da ausência de conhecimentos necessários e informações eficientes sobre bens e serviços colocados no mercado de consumo.

Na realidade, o ente público, para adquirir um produto ou serviço, está obrigado a promover um certame licitatório, cabendo prever em seu edital e no contrato respectivo todas as características do objeto, sob pena de nulidade da licitação.

Ocorre que, diferentemente da Lei nº 8.078/90, na Lei nº 8.666/93 não se veem as consequências práticas das responsabilidades por vícios e defeitos de produtos e serviços adquiridos pela Administração, além da inexecução total ou parcial do contrato.

Aquele que fornece bens ou serviços ao Poder Público muitas vezes deixa de cumprir as obrigações pactuadas no contrato, por saber que a única consequência de seu inadimplemento será a aplicação de uma sanção prevista no edital e no termo de ajuste, como advertência ou multa, sem grandes reflexos em sua atividade empresarial. Essas penalidades não lhe trarão maiores prejuízos, pois dificilmente chegarão ao conhecimento dos demais consumidores as suas práticas de mau fornecedor.<sup>45</sup>

---

44 PIMENTEL, Maria Helena Pessoa. *A pessoa jurídica de direito público como consumidora nas relações de consumo*. (Monografia) - Programa de Extensão Universitária da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1999. p. 26.

45 PIMENTEL, Maria Helena Pessoa. *A pessoa jurídica de direito público como consumidora nas relações de consumo*, cit., p. 28.

Assim, o argumento de que os contratos administrativos estão totalmente regradados pela Lei de Licitações não pode ser aceito, pois o ente público pode se ver frente a situações que não se encontram devidamente disciplinadas por essa norma, o que daria margem à aplicação do chamado diálogo das fontes com o Código de Defesa do Consumidor.

As Leis n.ºs. 8.078/90 e 8.666/93 não são incompatíveis e podem ser harmonicamente aplicáveis<sup>46</sup>, com o objetivo de ser alcançado o fim almejado pela Administração, que é o interesse público.

Uma primeira situação em que a “conversa” entre as duas normas poderia ocorrer seria a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à questão dos vícios do fornecimento, que não é prevista na Lei de Licitações e, em decorrência, não é estipulada nos contratos administrativos. Em seus artigos 77<sup>47</sup> e 78, inciso II<sup>48</sup>, limitou-se a prever apenas a rescisão do contrato.

Para essa hipótese de aquisição viciada, a legislação consumerista é muito mais ampla do que a previsão da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

No caso de o Poder Público constatar impropriedades em produtos ou serviços adquiridos para utilização da máquina estatal, poderia, diante desse vício de fornecimento, se valer do diálogo das fontes, aplicando o Código de Defesa do Consumidor para: a) a rescisão do contrato, com a devolução das importâncias pagas devidamente atualizadas (ação redibitória); b) redução proporcional do preço (ação estimatória); c) eliminação do vício, se necessário, para substituição do produto ou reexecução do serviço (ação executória específica).<sup>49</sup>

Portanto, em caso de vício, ao invés de a Administração Pública ter a possibilidade de apenas rescindir o contrato e realizar novo certame licitatório, o que poderia redundar em atraso na utilização de bens e

---

46 *Ibidem*, p. 29.

47 “Art. 77 - A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.”

48 “Art. 78 - Constituem motivo para rescisão do contrato: [...] II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;”

49 COELHO, Fábio Ulhôa, *A nova Lei de Licitações e o Código de Defesa do Consumidor: o poder público como consumidor de bens e serviços*, cit., p. 106.

serviços, e eventual comprometimento da verba orçamentária, poderia se valer das demais alternativas que lhe fornece o Código de Defesa do Consumidor (art. 18<sup>50</sup>).

Logo, verifica-se que a solução apresentada pela Lei nº 8.666/93 para a hipótese de aquisição no mercado consumidor mediante procedimento licitatório é insuficiente para o Poder Público obter uma tutela mais abrangente, mas, ao se valer das possibilidades ofertadas pela Lei nº 8.078/90, a Administração Pública ampliaria seu campo de ação contra o fornecedor contratado.

Uma segunda situação, em que haveria igualmente a possibilidade de utilizar a teoria de Erik Jayme seriam os casos de aquisição de produto perecível pela Administração Pública em que haja ocorrido vício do produto adquirido de empresa distribuidora.

O artigo 15, inciso III, da Lei nº 8.666/93 é claro quando aduz que as compras efetuadas pela Administração, sempre que possível, deverão submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado. E, além desse dispositivo, o artigo 54 da mesma Lei determina que os contratos administrativos devem ser regulados por suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

O Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 7º, parágrafo único<sup>51</sup>, e 18, *caput*, é claro ao estabelecer responsabilidade solidária do fabricante e do fornecedor de produtos, o que torna possível ao Poder Público, no caso de não ter sido exigido, no edital para a habilitação da empresa, carta de solidariedade do fabricante do bem, intentar as medidas contra

50 “Art. 18 - Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; “III - o abatimento proporcional do preço.”

51 “Art. 7º - [...] Parágrafo único - Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.”

todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciaram a colocação do produto no mercado, e não apenas a empresa contratada.

Como a responsabilidade é solidária e objetiva para o Código de Defesa do Consumidor, o Estado como consumidor, valendo-se do diálogo das fontes, poderia acionar a fornecedora, a fabricante, ou ambas.

Verifica-se com esse exemplo que a norma geral (LLCA) e a lei especial (CDC) não são diplomas antagônicos e podem ser aplicados de forma coordenada, em benefício da Administração Pública.

Uma terceira situação de adequação dos dois tipos de norma seria a possibilidade de o Poder Público, em caso de inexecução parcial do contrato, além de impor sanções previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666/93<sup>52</sup>, valer-se da Lei Consumerista para incluir o nome do fornecedor no cadastro de maus fornecedores<sup>53</sup>, como os existentes nos Procons. Essa possibilidade seria de grande valia para os pequenos municípios, que muitas vezes não contam com um corpo técnico adequado para tornar efetivas as sanções administrativas a serem impostas.

Uma quarta situação, na qual a Administração Pública poderia se socorrer do Código de Defesa do Consumidor, seria no tocante ao direito relativo à garantia legal ou contratual que subsiste depois de executado o contrato, conforme se depreende das normas contidas na Lei de Licitações – arts. 69 e 73, § 2º<sup>54</sup>. Imagine-se a compra de veícu-

---

52 “Art. 87 - Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.”

53 Artigo 44 do Código de Defesa do Consumidor (PIMENTEL, Maria Helena Pessoa, *A pessoa jurídica de direito público como consumidora nas relações de consumo*, cit., p. 29).

54 “Art. 69 - O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados. [...] § 2º - O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.”



los para a sua frota, em que houvesse a entrega dos bens regularmente conforme estipulada no contrato. Esse direito, a garantia do produto, nasceu da avença, mas perdura além da contratação, pelo prazo acordado entre as partes. Poderia a Administração, portanto, em conjunto com esses preceitos da Lei n. 8.666/93 acima citados, valer-se do artigo 50 e de seu parágrafo único da Lei n. 8.078/90<sup>55</sup> porque haveria o diálogo com a aplicação das duas normas ao mesmo caso, complementarmente.

O diálogo das fontes constitui um modo de compreensão do sistema jurídico, por meio do qual a coordenação das variadas fontes normativas permite uma aplicação coerente, simultânea e coordenada das fontes legislativas.

Dessa forma, em razão da vigência simultânea da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e do Código de Defesa do Consumidor, permite-se pensar na realização de uma “conversa” harmônica entre eles, como ferramenta a ser utilizada pela Administração Pública em hipóteses como as acima descritas.

Por meio desse diálogo, poder-se-ia, como dito anteriormente, propor a previsão de aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos editais de licitação e conseqüentemente nos respectivos contratos. Seria, como entende Fábio Ulhoa Coelho<sup>56</sup>, um meio de a Administração pleitear em juízo o cumprimento forçado da obrigação nos termos da proposta apresentada no procedimento licitatório, mediante tutela específica (ação estimatória ou executória específica), ou de assegurar um resultado prático equivalente ao seu adimplemento, como previsto nos

---

55 “Art. 50 - A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito. Parágrafo único - O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações.”

56 COELHO, Fábio Ulhõa, op.cit., p.108

artigos 35<sup>57</sup> e 84<sup>58</sup> daquele diploma, ao invés de apenas circunscrever sua demanda à ação redibitória cumulada com indenização por perdas e danos.

Se o edital e o contrato estabelecessem expressamente essas consequências à inexecução de seu objeto, a Administração poderia exigir do contratado a redução proporcional do preço ou, senão, a superação do vício (se necessário, com a substituição do produto ou reexecução do serviço).

Na sistemática da Lei de Licitações, verifica-se a prévia definição da possibilidade de exercício da ação estimatória ou da executória específica já no edital (artigos 40, § 2º, III<sup>59</sup> e 62, § 1º<sup>60</sup>).

Observe-se que em não existindo, contudo, previsão no edital e na cláusula contratual fundamentando essas ações, o Poder Público, com o objetivo de exercê-las, poderia invocar a legislação consumerista, justamente em razão do caráter supletivo das disposições de direito privado,

---

57 “Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.”

58 “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

59 “Art. 40, § 2º – Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: III – a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;”

60 “Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. § 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

expressamente assentada pelo legislador no referido artigo 54 da Lei de Licitações.

Ainda que se objetasse a esse raciocínio, apontando-se, por exemplo, para a literalidade do artigo 77 da Lei nº 8.666/93, no sentido de inexistir lacuna legal para a hipótese de vício, o contra-argumento viria da insuficiência da interpretação isolada e literal desse dispositivo, recomendando-se uma análise mais sistemática e coerente, que teria êxito justamente através do diálogo das fontes (LLCA e CDC).

Assim, nas hipóteses em que a Lei nº 8.666/93 não trouxer um amparo para o ente público, ante uma situação específica de consumo como destinatário final e dentro do contrato administrativo, poder-se-ia encontrar uma solução estabelecida no CDC, numa resposta harmônica entre as duas normas.

Conclui-se ser a teoria do diálogo das fontes um caminho de que se poderia valer o Estado consumidor para o atendimento do interesse público.

#### **4. Conclusão**

A Lei nº 8.078/90 é aplicável ao Estado, enquanto consumidor de bens e serviços necessários ao exercício de sua atividade e para o aparelhamento da máquina estatal. Isso porque, ao definir consumidor, em seu artigo 2º, o Código de Defesa do Consumidor não faz nenhuma distinção entre as subespécies de pessoa jurídica, podendo, portanto, o ente público utilizar todos os direitos estabelecidos na condição de consumidor.

O Estado desenvolve diversas relações contratuais e, ainda que existam nos contratos por ele celebrados as chamadas cláusulas exorbitantes, que conferem certas prerrogativas à Administração Pública, e as disposições particulares do direito administrativo, elas pouco interferem na vulnerabilidade do Estado e não afastam na relação de consumo o domínio que o fornecedor detém sobre as regras técnicas dos produtos e serviços que coloca no mercado.

O Estado é inegavelmente um consumidor e tão vulnerável como qualquer outro, com a agravante de que a eventual lesão sofrida pela pessoa jurídica de direito público nas relações de consumo será compartilhada por toda a sociedade.

Nos procedimentos licitatórios também há espaço suficiente para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, num verdadeiro diálogo das fontes, o qual permite a aplicação coerente e coordenada das duas fontes normativas, as Leis nºs 8.078/90 e 8.666/93. O diálogo das fontes constitui um modo de compreensão do sistema jurídico, permitindo uma aplicação simultânea das fontes normativas, como alternativa para a forma tradicional de substituição de uma fonte do sistema normativo por outra.

Por esse diálogo, pode se concluir ser razoável a aplicação da Lei Consumerista aos contratos administrativos, em caráter subsidiário e complementar, quando o Estado adquirir produtos ou serviços na condição de destinatário final, para o atendimento de uma necessidade própria, como o aparelhamento dos órgãos estatais, e estiver em posição de vulnerabilidade técnica e informacional perante o fornecedor.

A efetividade desse diálogo poderá ser alcançada se houver uma previsão expressa de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, quer no instrumento convocatório do certame para a aquisição de bens e serviços, quer nos contratos dele decorrentes.

O diálogo das fontes é, portanto, um aliado à vulnerabilidade (cognitiva) do Estado, existente por trás de sua supremacia, em suas relações de consumo, tornando real a tutela do Código de Defesa do Consumidor ao ente público. No entanto, essa proteção somente se tornará concreta se houver uma maior conscientização da importância desse diálogo pelos aplicadores do direito que militam na área pública como instrumento adicional para, inclusive, ser alcançado o fim último da Administração, que é o interesse público.

## **Bibliografia**

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*: Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990). 5. ed. rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COELHO, Fábio Ulhôa. A nova Lei de Licitações e o Código de Defesa do Consumidor: o poder público como consumidor de bens e serviços. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), nº 1, p. 95-114, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 20, nº 77, p. 27-46, jan./mar. 2011.

CRISTÓFARO, Pedro Paulo. Limites do campo de incidência da Lei n. 8.078, de 11.09.90: o Código de Defesa do Consumidor e os investidores ou poupadores. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 89, nº 323, p. 129-135, jul./set. 1993.

CUNHA, Jatir Batista da. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 32, nº 87, p. 30-34, jan./mar. 2001.

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

\_\_\_\_\_. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira da Mello*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LÔBO, Paulo. Os Novos Princípios Contratuais. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *A Construção dos Novos Direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36. ed. atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010 por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2010.

PIMENTEL, Maria Helena Pessoa. A administração pública como consumidora nas relações de consumo. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Nova Dimensão Jurídica (NDJ), v. 17, n° 4, p. 276-282, abr. 2001.

\_\_\_\_\_. *A pessoa jurídica de direito público como consumidora nas relações de consumo*. (Monografia) – Programa de Extensão Universitária da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 1999.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os contratos administrativos. *BLC – Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, Nova Dimensão Jurídica, v. 12, n° 8, p. 377-380, ago. 1999.



# Federalismo cooperativo brasileiro e as políticas públicas sociais

Camila Rocha Schwenck<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – A Repartição de Competências na República Federativa do Brasil; 3 – A Repartição de Competências e as Políticas Públicas Sociais; 4 – O Federalismo Cooperativo e a Discussão sobre a Superposição de Competências e Atribuições entre as Esferas de Governos; 5 – O Federalismo Cooperativo na ótica do Supremo Tribunal Federal; 6 – Convênios e Consórcios Públicos como Instrumentos de Federalismo Cooperativo; 7 – Conclusão; Bibliografia

---

## 1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo examinar o modelo de federalismo brasileiro e as consequências que ele acarreta na prestação de serviços públicos que têm por objeto a implantação de políticas públicas sociais.

## 2. A Repartição de Competências na República Federativa do Brasil

O Brasil é uma federação, formada pela união dos Estados, Municípios e Distrito Federal, nos termos do artigo 1º da Constituição Federal.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e especializanda em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.



Federação é forma de Estado caracterizada pela repartição do poder político em vários centros autônomos, o que dificulta a formação de governos totalitários<sup>2</sup>. Opõe-se ao Estado unitário, que possui um poder central.

Assim, o Estado Federal, pessoa jurídica de Direito Público Internacional, dotado de soberania, é composto pela União e os Estados-membros, pessoas jurídicas de Direito Público interno que compartilham o poder político. No Brasil, a Constituição Federal estabelece que os Municípios e o Distrito Federal integram a República (art. 1º).

Existe um governo federal, do qual as unidades federadas participam, e existem governos estaduais/municipais dotados de autonomia política<sup>3</sup>, com capacidade de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação, nos limites definidos na Constituição<sup>4</sup>.

O Estado federal pressupõe a existência de uma Constituição federal que estabeleça a organização federal, com suas instituições, a distribuição de competências entre os entes federativos, bem como a instituição de um tribunal que seja o guardião da Carta Magna e o responsável por dirimir os litígios entre a União e os Estados-membros<sup>5</sup>.

A autonomia federativa de cada ente implica a existência de órgãos governamentais próprios e de competências exclusivas, como previsto nos artigos 18 a 33 da Constituição Federal. Cada ente federativo também precisa ter renda própria, suficiente para realização dos encargos atribuídos a ele, para poder agir com independência<sup>6</sup>.

Desse modo, a repartição de competências legislativas, materiais e tributárias entre a União e os Estados-membros é essencial na federação.

2 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 31. ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 256.

3 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 31. ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 256.

4 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*, 16. ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 454.

5 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, 18. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2011, p. 196.

6 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 31. ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 255.

O princípio que embasa a repartição de competência em uma federação é o da predominância do interesse, de maneira que cabem à União os assuntos de interesse nacional; aos Estados, os assuntos de interesse regional; e aos Municípios, os assuntos de interesse local. No Estado moderno, porém, tal divisão não é facilmente identificável em razão da complexidade dos problemas existentes, que podem não atingir toda a Nação, mas não serem específicos de um Estado-membro<sup>7</sup>.

A Constituição Federal de 1988 enumera expressamente as competências da União nos artigos 21 (competência material exclusiva) e 22 (competência legislativa privativa).

Indica as competências dos Municípios no artigo 30 (relacionadas aos “assuntos de interesse local”, como explicitado no inciso I).

Outorga competências remanescentes aos Estados, “que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”, conforme § 1º do artigo 25.

Permite a delegação, mediante autorização em lei complementar, da competência da União para os Estados legislarem sobre questões específicas (art. 22, par. único).

Estabelece áreas de atuação paralelas dos entes federados, tanto no aspecto material (atribuição de competência material cumulativa – art. 23) quanto no Legislativo (competência legislativa concorrente – art. 24). Nesse, há competência suplementar dos Estados e Municípios às normas gerais estabelecidas pela União (art. 24, § 2º).

### **3. A Repartição de Competências e as Políticas Públicas Sociais**

É objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, nos termos do artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal.

A concepção de Estado, surgida após o advento do Estado Social de Direito, exige dele a realização de atos materiais de intervenção na

---

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 35. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2012, p. 478.

sociedade, para implantação dos direitos sociais, na busca da igualdade material dos indivíduos.

O artigo 6º da Constituição Federal estabelece serem direitos sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”.

A Carta Magna outorga, no artigo 24, competência concorrente para União Federal, Estados e Distrito Federal legislarem sobre educação, cultura, ensino e desporto (inc. IX), previdência social, proteção e defesa da saúde (inc. XII), proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (inc. XIV), proteção à infância e à juventude (inc. XV). À União compete a elaboração de normas gerais e os Estados e Distrito Federal possuem competência suplementar (§§ 1º a 4º).

Com relação à competência para realização de atos de execução material, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência cumulativa (artigo 23) para: cuidar da saúde e assistência pública e da proteção às pessoas portadoras de deficiências (inc. II), proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (inc. V), fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar (inc. VIII), promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (inc. IX), combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (inc. X).

O parágrafo único desse artigo 23 determina que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre os entes federativos, com vista ao equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

A Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011, por exemplo, fixa normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativa à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

Exemplo concreto de implementação de política pública social mediante cooperação entre os entes federativos é o Sistema Único de Saúde – SUS, previsto no artigo 198 da Constituição Federal e regulamentado

pelas Leis nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

A Carta Magna determina que as ações e serviços públicos de saúde integram sistema único constituído por rede regionalizada e hierarquizada descentralizada, com direção única em cada esfera de governo, financiada com recursos da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 198).

A Lei nº 8.080/90 estabelece em seu artigo 4º que o Sistema Único de Saúde constitui um “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”. Disciplina organização, competência e atribuições, bem como gestão financeira, que serão exercidas em cada esfera de governo.

No tocante à educação, o artigo 211 da Constituição Federal determina que União, Estados, Distrito Federal e Municípios “organização em regime de colaboração dos seus sistemas de ensino”, cabendo aos Municípios a atuação prioritária no ensino fundamental e na educação infantil; aos Estados e Distrito Federal cabe a atuação no ensino fundamental e médio, possuindo a União “função redistributiva e supletiva (...) mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios” (§1º), colaboração essa que será definida nas normas de organização dos respectivos sistemas de ensino, “de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório” (§4º).

Para a implementação dessa política pública social, com a cooperação entre os entes federativos, foi instituído o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB (pela Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, que deu nova redação ao art. 60 do ADCT), que é regulamentado pela Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, e tem duração prevista de catorze anos. Destina recursos à educação básica pública e à valorização dos trabalhadores em educação (art. 2º), provenientes dos Estados, Distrito Federal e Municípios, com a complementação de verbas pela União sempre que não for alcançado um valor mínimo por aluno, definido nacionalmente.

Desse modo, há no federalismo brasileiro a superposição de competências e atribuições entre as três esferas de governo no tocante à implantação de políticas públicas sociais.

#### 4. O Federalismo Cooperativo e a Discussão sobre a Superposição de Competências e Atribuições entre as Esferas de Governo

Como visto, competências federativas são parcelas de poder atribuídas aos entes políticos. A manutenção do pacto federativo pressupõe o exercício harmônico desses poderes, sem que ocorra a invasão de competências<sup>8</sup>.

É característica do modelo moderno de repartição de competências, iniciado após a Primeira Guerra Mundial, a existência de competências comuns ou concorrentes entre a União e os Estados <sup>9</sup>.

Com o advento do Estado Social, houve alteração na distribuição das competências entre os entes federados encarregados de prestar serviços à coletividade. A União passou a ter competências mais relevantes, sendo necessária, porém, a coordenação dos diversos níveis de poder para a busca das muitas finalidades existentes.

A uniformidade do planejamento socioeconômico não pode destituir a autonomia dos membros federativos, sendo necessária a atuação conjunta deles no Estado Social<sup>10</sup>.

A flexibilização na divisão de competências também é necessária porque nem sempre a condução das políticas públicas pode ser repartida.

Trata-se do federalismo cooperativo<sup>11</sup>, que tem como característica a existência de competências comuns entre os entes políticos, em relação às quais é necessária a cooperação entre os entes federados com o objetivo de alcançar o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, par. único, da CF).

---

8 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 966.

9 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*, 16. ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 455.

10 TEIXEIRA, Ricardo Rodrigo P. *Federalismo cooperativo segundo Gilberto Bercovici*, disponível em <http://jus.com.br>, acesso em 19.03.2013.

11 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 983.

Essa cooperação busca a maior eficiência na prestação dos serviços públicos que implantam políticas públicas sociais, evitando a dispersão de recursos ao estabelecer mecanismos de otimização dos esforços<sup>12</sup>.

Com efeito, a cooperação entre os entes federados tem por objetivo a otimização da rede de ação pública, com a alocação racional de recursos e a melhoria da gestão institucional, aumentando a eficiência, aproximando os serviços de seus destinatários e propiciando a participação popular e o controle social, como exposto por Maria Coeli Simões Pires<sup>13</sup>.

Dalmo de Abreu Dallari explica que há quem alegue que essa organização federativa não é adequada para a atualidade em razão da existência de solicitações intensas que pressupõem um governo forte, capaz de agir com planificação para dar mais eficiência ao aproveitamento dos recursos sociais, econômicos e financeiros; argumentam que no Estado federal há dispersão de recursos na manutenção de vários aparelhos burocráticos e que surgem conflitos jurídicos e políticos entre as esferas autônomas cujos limites de atuação nem sempre podem ser fixados claramente. Mas, prossegue o jurista, a tendência, no mundo atual, ao estado federal ocorre justamente em razão dos custos, sendo benéfico aos vários Estados unirem-se para aumentar seu poder<sup>14</sup>.

Por outro lado, a tendência de concentração de poderes na União faz com que o federalismo atual seja considerado em crise, por acarretar diminuição dos poderes dos Estados-membros, mas há necessidade que o poder central empregue recursos não possíveis aos Estados-membros na consecução de planos e obras públicas de interesse tanto regional quanto nacional.

Muitas são as críticas feitas ao sistema federativo implantado pela Constituição Federal de 1988.

---

12 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 16. ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 433.

13 PIRES, Maria Coeli Simões. *Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo*, Fórum Editora, Belo Horizonte, 2008, p. 23/37.

14 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 31. ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 257.

A União, os Estados e os Municípios são responsáveis por áreas comuns, como educação, saúde, transportes e meio ambiente, sem que exista qualquer tipo de coordenação, sendo necessários mecanismos institucionais de incentivo ao consenso e de conversão dele em capacidade de implementação das decisões majoritárias, conforme opina Valeriano Costa. Para ele, a fragmentação do sistema partidário é o maior óbice para a implantação de mudanças estruturais nesse sentido porque dificulta a formação de coalizões necessárias à implementação dessas alterações<sup>15</sup>.

Para Luís Roberto Barroso, as indefinições e superposições de atribuições nas áreas da educação e da saúde são uma das causas da incapacidade dos Estados e Municípios de viverem com os recursos advindos da própria arrecadação, necessitando de transferências intergovernamentais que comprometem o funcionamento do sistema federativo<sup>16</sup>.

Há também muita discussão sobre o equilíbrio da política fiscal. A prestação do serviço público é prejudicada pelo descontrole fiscal e administrativo, apesar de a Constituição Federal disciplinar a repartição das competências legislativas, a distribuição das fontes e do produto da arrecadação fiscal<sup>17</sup>.

Não obstante, existem casos de concretização de cooperação entre os entes federativos brasileiros.

O artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000) é exemplo dessa concretização que visa à implementação de políticas públicas, pois define as transferências voluntárias, entrega de recursos de um ente da Federação a outro, “a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou destinados ao Sistema Único de Saúde”.

---

15 COSTA, Valeriano. *Federalismo: as Relações Intergovernamentais*, em AVELAR, Lúcia e CINTRA, Antônio Octávio (organizadores). *Sistema Político Brasileiro: uma Introdução*, Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, Rio de Janeiro, e Fundação UNESP Ed., São Paulo, 2004, p. 177 e 182.

16 BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 145.

17 SARAK, Denis. *Federalismo Fiscal e Políticas de Cooperação Intergovernamental Fiscal*, Revista Estudos Jurídicos UNESP, nº 20, Franca, 2010, disponível em <http://periodicos.franca.unesp.br>, acesso em 19.03.2013.

## 5. O Federalismo Cooperativo na ótica do Supremo Tribunal Federal

Cabe ao Supremo Tribunal Federal dirimir os casos de conflitos na atuação federativa, delimitando os campos de atribuição de cada ente, já que fixados na Constituição Federal, velando pelo pacto federativo. Possui o Tribunal competência originária para as causas que envolvem conflito entre a União, os Estados e o Distrito Federal, conforme artigo 102, inciso I, letra “f”, da Carta Magna.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.875 (j. 04 de junho de 2008), foi arguida pelo Governador do Distrito Federal a inconstitucionalidade de lei distrital que obrigava médicos públicos e particulares a notificarem para a Secretaria da Saúde os casos de câncer de pele, sob alegação de tratar-se de competência privativa da União a regulamentação de condições para o exercício de profissão.

O Supremo Tribunal Federal decidiu ser constitucional a lei no tocante à fixação de obrigação aos médicos de notificação compulsória dos casos de doença, em razão de haver competência concorrente entre União, Estados e DF para a proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CF). A determinação de notificação tem o escopo de “contribuir para a elaboração de estatísticas sobre a incidência do câncer de pele que permitam o estabelecimento de políticas de combate à doença”, conforme voto do Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Por outro lado, afastou a responsabilização civil do profissional e da entidade de saúde no caso de omissão da notificação, por entender tratar-se de matéria de direito civil, privativa da União (art. 22, I, CF).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.950/SP (j. 03 de novembro de 2005), foi discutida a constitucionalidade de lei estadual que estabeleceu direito aos estudantes de pagarem meia-entrada do valor cobrado para o ingresso em eventos esportivos, culturais e de lazer. O Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da lei por terem União, Estados-membros e Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre direito econômico (art. 24, I, CF). Nos termos do voto do Rel. Min. Eros Grau: “Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à edu-



cação, à cultura e ao desporto. (...) O direito ao acesso à cultura, ao esporte, ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes.”

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.254, foi arguida a inconstitucionalidade de lei estadual que impunha obrigação aos Cartórios de Registro Civil de comunicar os óbitos ao Tribunal Regional Eleitoral e ao órgão emissor de carteira de identidade, sob alegação de ser privativa da União a competência para legislar sobre registros públicos.

Na decisão que indeferiu o pleito, entendeu-se pela constitucionalidade da fixação, pelo Estado-membro, de obrigação a órgão que atua por delegação no âmbito dele, para colaboração com órgão da União. Em seu voto, o Min. Celso de Mello consignou que a lei tinha “objetivo do maior relevo, consistente em impedir que persistam, indevidamente, no cadastro eleitoral, situações subjetivas que dele não mais deveriam constar, eis que afetadas pela superveniência do óbito dos eleitores” e que a obrigatoriedade imposta pela lei tinha consonância com o “federalismo de cooperação, que representa, no contexto de nossa organização federativa, um expressivo instrumento de atuação solidária e de cooperação institucional entre as diversas pessoas estatais e instâncias de poder a que se refere, em seu art. 1º, o texto da Constituição da República”.

Na Ação Cautelar nº 1.255, o Rel. Min. Celso de Mello proferiu decisão monocrática na qual expõe os critérios de superação de conflito entre a União e as demais entidades federadas quando do exercício de competência material comum, em tema ambiental: critério da preponderância do interesse e critério da colaboração entre as pessoas políticas.

Naquela ação, o Estado de Roraima alegou que a criação de reserva extrativista, pela União, em terras públicas pertencentes ao Estado-membro, ofendia o pacto federativo e comprometia a execução de projetos estaduais da mesma natureza na mesma área.

O Ministro Relator afastou tais argumentos em razão do meio ambiente ecologicamente equilibrado ser direito de terceira geração cuja proteção cabe a todos os entes federativos.

Afirmou que o conflito havido no exercício da competência material comum deve ser decidido mediante aplicação do critério da preponderância do interesse e, quando possível, pelo critério da colaboração entre as entidades integrantes da Federação.

Pelo critério da preponderância do interesse, deve ser privilegiada a norma que atenda de forma mais efetiva ao interesse comum.

Quanto à proteção ambiental, o interesse da União é preponderante porque mais abrangente, já que incumbe a ela a Política Nacional do Meio Ambiente, nos termos da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

O Ministro ponderou que a colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios é sempre desejável e deve ser realizada nos termos de lei complementar da própria União, que vise ao equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, par. único, CF).

## **6. Convênios e Consórcios Públicos como Instrumentos de Federalismos Cooperativo**

Estabelece o artigo 241 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que “*A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos*”.

Os convênios e consórcios públicos são, assim, instrumentos do federalismo cooperativo, que têm por objetivo a gestão associada entre os entes federados, para conjugação de esforços na execução de matérias de competência comum.

Maria Coeli Simões Pires afirma que a nova redação do artigo 241 da Constituição Federal, dada pela EC nº 19/98, que introduziu a noção de gestão associada de serviços públicos, instrumentalizada por consórcios públicos ou convênio de cooperação, é “potencializadora de um novo capítulo do federalismo cooperativo no Brasil”. Que tais institutos envolvem “novas soluções negociais e de modelagens organizativas capazes de atender aos ditames do momento atual”<sup>18</sup>.

---

18 PIRES, Maria Coeli Simões. *Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo*, Fórum Editora, Belo Horizonte, 2008, p. 24 e 39.

O Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007, conceitua a gestão associada de serviços públicos: “exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos” (art. 2º, IX).

Nas palavras de Diogenes Gasparini, as responsabilidades da Administração Pública têm se tornado mais variadas e complexas, por exigência da sociedade, o que exige a adoção de técnicas e métodos mais modernos e eficientes, como a realização de convênios e consórcios<sup>19</sup>.

Convênios são acordos firmados entre pessoas jurídicas de direito público ou com particulares, para realização de objetivos de interesse comum (de modo diverso do que acontece nos contratos, nos quais os interesses são contrapostos).

Esses objetivos podem ser os mais diversos, como a prestação de um serviço de saúde, um projeto na área da educação, uma pesquisa científica, sempre relacionados a um interesse público.

A mútua colaboração pode envolver repasse de verbas, uso de equipamentos, imóveis, recursos humanos, informações. Normalmente há diversificação da cooperação, de modo que cada um dos partícipes auxilia de modo específico na consecução do objetivo comum.

Como expõe José dos Santos Carvalho Filho<sup>20</sup>, tem sido admitida a participação em convênios de órgãos públicos, sem personalidade jurídica, em razão do instituto ter como propósito a cooperação mútua entre os pactuantes (que podem ser vários). Se o órgão ajusta com pessoa jurídica diversa, entende-se que ele representa a pessoa a qual pertence (uma Secretaria Municipal que realiza um convênio com uma fundação privada representa o Município) – o convênio entre entidade pública e particulares é modalidade da função administrativa de fomento, na qual

---

19 GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 17. ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 875.

20 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 26. ed., Atlas Editora, São Paulo, 2013, p. 225.

a Administração atua para incentivar uma atividade de interesse coletivo prestada pelo particular (não podendo caracterizar-se como forma de delegação de serviço público, na qual há transferência da própria atividade pública). Os convênios firmados por órgãos públicos integrantes da mesma pessoa política são chamados interorgânicos e têm por finalidade a perseguição das metas propostas por eles.

O artigo 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, disciplina o convênio, estabelecendo regras como a prévia aprovação do plano de trabalho a ser realizado, que tem por objetivo disciplinar a aplicação e o controle de recursos públicos. Se o conveniado recebe verba pública, precisa comprovar que ela está sendo totalmente utilizada nos objetivos estipulados pelo convênio, não bastando a demonstração do resultado final obtido; tem obrigação de devolver eventual saldo remanescente que existir por ocasião do término do ajuste; está obrigado a prestar contas ao ente que repassou as verbas e também ao respectivo Tribunal de Contas (art. 70, p. único, da Constituição Federal e art. 32, p. único, da Constituição do Estado de São Paulo).

O Decreto nº 59.215, de 21 de maio de 2013, disciplina as celebrações de convênios pelo Estado de São Paulo, por intermédio das Secretarias de Estado, da Procuradoria Geral do Estado ou dos órgãos vinculados diretamente ao Governador, e pelas Autarquias. Exige, via de regra, prévia autorização governamental (art. 1º *caput*), manifestação da Assembleia Legislativa (art. 1º §1º), parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado ou Autarquia proponente (art. 5º, I), dentre outros requisitos.

Os consórcios públicos também constituem ajuste entre os entes estatais, que fixam direitos e obrigações para cooperação mútua na consecução de objetivos de interesse comum, como a execução de uma obra ou a prestação de um serviço. Porém, nos termos da Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, possuem personalidade jurídica em razão da exigência de constituição de pessoa jurídica, sob a forma de pessoa jurídica de direito privado (associação submetida ao direito civil com as derrogações expressas nas normas de direito público) ou associação pública (do gênero autarquia), que passa a integrar a Administração indireta dos entes federados.

A criação acontece após a subscrição de protocolo de intenções, que deve ser ratificado por lei (exceto se já havia lei prévia disciplinando a

participação no consórcio), exigindo assim a participação dos Poderes Executivo e Legislativo (art. 5º da Lei nº 11.107/05).

Por serem pessoas jurídicas, os consórcios podem celebrar acordos com terceiros (como contratos e convênios), arrecadarem tarifas ou preços públicos, a eles serem destinados auxílios e subvenções de entidades públicas e privadas. Podem ser contratados com dispensa de licitação pela Administração Direta ou Indireta dos entes consorciados (art. 2º, §1º, III).

O controle é realizado não só pelos órgãos próprios de cada consorciado, mas também pelos Tribunais de Contas dos respectivos entes, que possuem competência constitucional para a fiscalização do uso dos recursos públicos (art. 71, VI, da Constituição Federal).

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, no Processo SS-001-0001-003.275/2005, que tinha como interessada a Secretaria de Estado da Saúde, proferiu Parecer GPG nº 001/2006, aprovado pelo Procurador Geral do Estado, entendendo ser indubitosa a viabilidade jurídica da celebração de consórcio público entre os Estados, com fundamento na Lei federal nº 11.107/05, para aquisição de medicamentos. Apesar das dificuldades operacionais, superáveis, para a constituição e o funcionamento do consórcio, afirmou que poderia ser firmado o ajuste se houvesse conveniência e oportunidade na participação do Estado, para obtenção de melhores preços.

Não obstante as várias críticas havidas em relação à Lei nº 11.107/05 (Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que algumas normas da lei são de aplicação impossível<sup>21</sup>), os consórcios públicos podem ser instrumentos de equilíbrio do pacto federativo brasileiro, que caracteriza-se pela concentração do controle e das finanças na União e a transferência de encargos aos Estados-membros e Municípios, especialmente nas áreas de saúde e educação.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842/RJ, afirmou que a integração entre os entes federados para execução de funções públicas e serviços de interesses comuns (no caso, integração entre Estado e municípios de uma região metropolitana, para o exercício da competência comum de saneamento básico – art. 23, IX, CF), pode ocorrer por meio de gestão associada, empregando-se

---

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 9. ed., Editora Atlas, São Paulo, 2012, p. 243.

convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante artigo 241 da Constituição Federal.

## 7. Conclusão

A forma federativa de Estado implantada pela Constituição Federal no Brasil é caracterizada pela atribuição de competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para a prestação de serviços que têm por objeto a implantação de políticas públicas sociais.

É necessária a cooperação entre os entes federados para a otimização dos esforços empreendidos, evitando-se a dispersão de recursos, para que exista maior eficiência na obtenção dos resultados pretendidos.

Existem conflitos relacionados à distribuição de receita, disputa pelo controle de gastos e execução de políticas públicas, com o agravante das divergências partidárias.

Eles devem ser solucionados de forma semelhante àquela preconizada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Cautelar nº 1.255: pela aplicação do critério da colaboração entre os entes federados e do critério da preponderância do interesse público, privilegiando-se a posição que melhor atenda ao interesse da sociedade, que melhor resguarde a efetividade dos direitos sociais estabelecidos na Constituição Federal.

Os convênios e consórcios públicos são instrumentos do federalismo cooperativo que têm por escopo a gestão associada de recursos públicos para a realização dos objetivos de interesse comum.

Os obstáculos existentes precisam ser vencidos para a efetivação das políticas públicas de cooperação intergovernamental estabelecidas na Constituição Federal de 1988<sup>22</sup>.

Somente desse modo poderá ser alcançado o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil estabelecido no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal: erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

---

22 SARAK, Denis. *Federalismo Fiscal e Políticas de Cooperação Intergovernamental Fiscal*, Revista Estudos Jurídicos UNESP, nº 20, Franca, 2010, p. 01-348, disponível em <http://periodicos.franca.unesp.br>, acesso em 19.03.2013

## Bibliografia

- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, 18. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2011.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 26. ed., Editora Atlas, São Paulo, 2013.
- COSTA, Valeriano. *Federalismo: as Relações Intergovernamentais*, em AVELAR, Lúcia e CINTRA, Antônio Octávio (organizadores). *Sistema Político Brasileiro: uma Introdução*, Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, Rio de Janeiro, e Fundação UNESP Ed., São Paulo, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 31. ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 9. ed., Editora Atlas, São Paulo, 2012.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 17. ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2012.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 16. ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2012.
- PIRES, Maria Coeli Simões (coord.). *Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo*, Fórum Editora, Belo Horizonte, 2008.
- SARAK, Denis. *Federalismo Fiscal e Políticas de Cooperação Intergovernamental Fiscal*, Revista Estudos Jurídicos UNESP, nº 20, Franca, 2010, disponível em <http://periodicos.franca.unesp.br>, acesso em 19.03.2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 35. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2012.
- TEIXEIRA, Ricardo Rodrigo P. *Federalismo cooperativo segundo Gilberto Bercovici*, disponível em <http://jus.com.br>, acesso em 19.03.2013.

# O princípio da educação ambiental e seu tratamento na legislação brasileira.

## Estudo de caso

Antonieta Aparecida Fiori<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – O Surgimento do Cuidado com o Meio Ambiente; 3 – Educação Ambiental: Princípios Ligados ao Direito Ambiental e Origem da Temática; 3.1 – O Princípio da Educação Ambiental; 3.2 – Origem da Educação Ambiental; 4 – O Tratamento dado ao Princípio da Educação Ambiental na Legislação Brasileira; 5 – Aspectos da Educação Ambiental no Ensino Formal e Não Formal; 6 – Estudo de Caso; 6.1 – Programa Estadual de Microbacias Hidrográficas – PEMH; 6.2 – Projeto de Educação Ambiental “Aprendendo com a natureza”; 7 – Conclusão; Bibliografia

---

## 1. Introdução

Esse trabalho objetiva revelar o tratamento dado à Educação Ambiental ao longo da história e levantar os principais marcos responsáveis pelo agravamento da crise ambiental que culminou com a degradação, poluição e com o processo de exaustão dos recursos naturais.

O trabalho apresenta os fatos que fizeram com que as instituições internacionais, os organismos não governamentais (ONGs), o setor público

---

1 Assistente Agropecuário da Coordenadoria de Assistência Técnica Integral, Secretaria de Agricultura e Abastecimento (CATI/SAA). Especialista em Gerenciamento Ambiental pela Universidade de São Paulo. Mestre em Agricultura Tropical e Subtropical pelo Instituto Agrônomo (IAC/SAA). Especialista em Direito Ambiental pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Faculdade Max Planck.



e a sociedade passassem a refletir e a discutir sobre essas questões e propusessem mudanças no modo de produção e no comportamento das pessoas, direcionado para um modelo de produção e atitude de sustentabilidade ambiental. Tais acontecimentos levaram ao surgimento de um novo ramo da ciência jurídica, o Direito Ambiental, alicerçado em princípios, grande parte deles, frutos de conferências promovidas pelas Nações Unidas e recepcionados em nossa Constituição Federal de 1988. Entre esses princípios, destaca-se o Princípio da Educação Ambiental, objeto do presente estudo.

A partir desse princípio é apresentado o histórico da evolução da Educação Ambiental. Como a educação atravessa uma série de desafios em nosso país, a Educação Ambiental trilha pelo mesmo caminho, havendo ainda que lutar para ganhar espaço e reconhecimento. Revela como foi o tratamento dado à Educação Ambiental ao longo da edição dos principais eventos nacionais e internacionais que trataram do tema, bem como o tratamento a ela dispensado nas principais legislações relacionadas ao meio ambiente em nosso país.

Devido à experiência em ATER – Assistência Técnica e Extensão Rural – apresentamos um Estudo de Caso bastante interessante, cujo trabalho de Educação Ambiental permeia tanto a área do ensino formal quanto a não formal. Trata-se da experiência da implantação de um projeto de Educação Ambiental junto a produtores rurais e comunidades rurais e urbanas nos municípios envolvidos durante a implantação e desenvolvimento do Programa de Microbacias Hidrográficas do Estado de São Paulo, visando, dessa forma, contribuir para a discussão e disseminação do Princípio da Educação Ambiental, assegurado na Constituição Federal de 1988.

## **2. O Surgimento do Cuidado com o Meio Ambiente**

Em sua trajetória para colonizar a terra, pode-se dizer que o homem conviveu bastante tempo em harmonia com a natureza, pois havia um número reduzido de habitantes, cujas necessidades estavam alicerçadas, exclusivamente, na sobrevivência. A alimentação era realizada pela coleta de vegetais, caça e pesca e, ao deixar as cavernas, o novo abrigo era feito mediante a retirada de pequena área de floresta. Assim, os impactos negativos de sua ação no ambiente eram pequenos.

Até o início de 1800, a população mundial era inferior a um bilhão de habitantes. Contudo, com a explosão demográfica – um salto para 5 bilhões de habitantes no início dos anos 90 e para 7 bilhões em outubro de 2012 – acompanhada do aumento do nível de suas necessidades materiais, pode-se concluir que a drástica pressão na exploração dos recursos naturais se fez muito recentemente, culminando com a proximidade de exaustão de recursos naturais não renováveis e a poluição do ar, das águas e do solo, resultante do incessante desenvolvimento de atividades agropecuárias, industriais e extrativistas para atendimento a essa demanda populacional.

Isso é confirmado no *Relatório sobre a Situação da População Mundial 2011*, documento produzido pelo UNFPA – Fundo das Nações Unidas para a População. Segundo o Relatório, a Terra estaria em risco ecológico porque atualmente precisa de mais de um ano para regenerar o que foi utilizado em um ano; precisaria agora de um ano e seis meses para fazer isso. (UNFPA, 2012)

A Revolução Industrial iniciada em meados do século XVII e a Revolução Verde (RV<sup>2</sup>) iniciada nos anos 60 do século passado marcaram, respectivamente, o modo de como a indústria e a agricultura passaram a se relacionar com o meio ambiente. Ambas as revoluções pretendiam aumentar exponencialmente a geração de produtos manufaturados e agropecuários, respectivamente. Na ânsia de realizá-las, não houve preocupação com a dilapidação dos recursos ambientais, nem com o impacto que essas atividades causariam ao ambiente.

A Revolução Industrial, trampolim para a RV, foi amplamente divulgada, não acontecendo o mesmo com a RV, que se instalou de modo discreto e se mantém desconhecida por grande parte da sociedade. Devido ao apelo ecológico que o “verde” traz, o termo RV pode fazer alusão à ecologia, trazendo, assim, alguma confusão no sentido da expressão. Mas, a expressão RV foi pela primeira vez utilizada por William Gaud, em 1968. A RV é hoje representada pela agricultura convencional ou moderna tal qual conhecemos.

---

2 Será utilizada a sigla RV para Revolução Verde.

A agricultura moderna se estabeleceu no mundo após a Segunda Guerra Mundial e duas grandes instituições americanas foram responsáveis pela disseminação da tecnologia desenvolvida: Rockefeller e Ford. Essas fundações, notoriamente pautadas pela atuação em pesquisa científica em institutos e universidades americanas, por meio de doação de recursos financeiros nas áreas de educação, saúde, agricultura, entre outras, passam então a atuar em missões de cooperação técnico-científicas em países da América Latina e Ásia. No Brasil, houve atuação forte na área científica por meio de investimentos no aparelhamento de universidades e intercâmbio entre pesquisadores brasileiros e americanos, e, ainda, na assistência técnica para a adoção da nova tecnologia, conhecida como pacotes tecnológicos, que compreendiam a intensificação de mecanização agrícola; a utilização de insumos químicos – adubos químicos e agrotóxicos – e de sementes geneticamente melhoradas, híbridas, junto aos produtores rurais.<sup>3</sup>

O tema é polêmico porque traz à tona pontos de vista diferentes acerca da RV e sobre os impactos socioambientais que teriam sido por ela causados. Para entender como a RV aconteceu, alguns acontecimentos importantes da história devem ser lembrados: a Revolução Industrial, que ocasionou o aumento da população das grandes cidades e o êxodo rural no campo; a teoria de Thomas Malthus, segundo a qual a população cresceria em razão geométrica e os meios de subsistência, em razão aritmética, o que resultaria numa falta de alimentos, e que não se concretizou e, de seus sucessores, os pós-malthusianos ou neomalthusianos (pós anos 50 do século passado).

Estes, por sua vez, expressavam a preocupação com o aumento da população nos países subdesenvolvidos ocorrido no pós-guerra, por meio dos avanços na medicina e redução na mortalidade. Seus estudos concluíram que o aumento da população nos países subdesenvolvidos geraria investimentos governamentais em educação e saúde em detrimento do setor produtivo, dificultando o desenvolvimento econômico e causando o esgotamento dos recursos naturais. Tal conclusão, em plena guerra fria, levou os países desenvolvidos – capitalistas – a pensar que a

---

3 FARIA, Lina Rodrigues; COSTA, Maria Conceição. *Cooperação Científica Internacional: Estilos de atuação da Fundação Rockefeller e da Fundação Ford*. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 49, n° 01, 2006, p. 159 a 191.

pobreza e estagnação econômica dos países subdesenvolvidos poderiam levá-los à aproximação dos países socialistas.

Para evitar esse risco, os países desenvolvidos teriam lançado mão de políticas como o planejamento familiar para o controle da natalidade e de políticas tecnicistas nos países subdesenvolvidos, das quais faziam parte os pacotes tecnológicos agrícolas apresentados na RV, que trouxeram um real aumento na produção de alimentos, mas, também, impactos ambientais e socioeconômicos sentidos até hoje. A opção pelo binômio mecanização e monocultura, preconizado pela agricultura moderna, estaria na contramão da sustentabilidade ambiental, pois os impactos negativos causados ao ambiente seriam: a erosão do solo, compactação, alteração de sua estrutura física e microbiológica; maior incidência de pragas e doenças que leva à dependência de agrotóxicos para combatê-las; perda de sementes crioulas, mais adaptadas às condições climáticas locais quando da substituição pelas sementes híbridas e transgênicas, que demandam utilização massiva de insumos químicos, entre outros.

Teria havido também um impacto socioeconômico negativo para os pequenos produtores que não acompanharam o avanço tecnológico, por não disporem de capital financeiro para adoção da nova tecnologia ou por preferirem continuar no sistema de produção que havia sido transmitido por seus antepassados.

O aumento da produtividade resultante da adoção dessa tecnologia resultou na queda de preço de produtos agrícolas, o que estimulou a expansão de área cultivada para compensar a redução dos preços. Com isso, os médios e grandes produtores passaram a comprar as terras dos pequenos produtores. Situação mais dramaticamente percebida por aqueles que ficaram à margem da nova tecnologia. Descapitalizados, muitos tiveram que se desfazer de sua pequena propriedade rural, o que gerou o aumento da concentração fundiária.<sup>4</sup> De acordo com os autores, ainda, as políticas de desenvolvimento alicerçadas na RV nas regiões favorecidas e as políticas alimentares adotadas para suprir as necessidades nutricionais com alimentos a preços sempre mais baixos não são

---

4 MAZOYER, Marcel; ROUDART, Lawrence. *Histórias da agricultura do mundo: do neolítico à crise contemporânea*. São Paulo: Editora UNESP, Brasília, DF: NEAD. 2010, p. 30-32.

indicadas para o enfrentamento da fome no mundo, pois tais políticas empobreceriam ainda mais os pequenos produtores.

De fato, a produção de alimentos parece suficiente para alimentar a toda a população. Vemos as prateleiras dos supermercados abarrotadas de alimentos, mas que não chegam à mesa de todos, portanto, o problema não estaria com a produção, mas sim com a distribuição de renda.

O livro *Primavera Silenciosa* apresenta um questionamento do modelo agrícola convencional e sua crescente dependência do petróleo como matriz energética, abordando ainda o uso indiscriminado de insumos químicos na agricultura e a crescente perda da qualidade de vida produzida pelo seu uso indiscriminado, e os efeitos dessa utilização sobre os recursos ambientais em seu país, os EUA. O lançamento do livro foi marcante para que acontecesse o despertar da consciência ambiental da população americana, e a repercussão foi tamanha que o período que se sucedeu após seu lançamento foi chamado pela crítica americana de “verão ruidoso”, um trocadilho para o título do livro.<sup>5</sup>

Nesse ínterim, o mundo passou por duas grandes guerras, e a 2ª Grande Guerra marcou profundamente a humanidade devido à utilização de arsenal químico e atômico que deixou, além de sequelas gravíssimas naqueles que sobreviveram aos ataques, sérios problemas de contaminação no ambiente. Tais atrocidades ficaram de tal modo evidentes que levaram a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1968, a convocar uma Assembleia Geral sobre o Meio Ambiente Humano – Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (CNUMAH) a se realizar em 1972, em Estocolmo, Suécia.

Também em 1968, um grupo de especialistas de várias áreas científicas e acadêmicas, incluindo ainda industriais, políticos e líderes religiosos da época, fundou o Clube de Roma com o objetivo de discutir a crise política, econômica e ambiental que a humanidade atravessava. Encomendou ao MIT (Massachusetts Institute of Technology) um estudo sobre problemas cruciais como energia, poluição, ambiente e crescimento populacional. A publicação do estudo, que ficou conhecido como Relatório do Clube de Roma, Relatório Meadows, ou ainda, Os Limites

---

5 CARSON, Rachel. *Primavera Silenciosa*. São Paulo: Melhoramentos, 1969.

do Crescimento, após o desenvolvimento de modelagens matemáticas, chegou à conclusão que nosso planeta não teria como sustentar a demanda por recursos naturais e energéticos oriundos do crescimento populacional, e não teria, ainda, como arcar com o ônus da poluição que essa demanda geraria. Para alcançar a estabilidade econômica e ecológica propõe a estagnação do crescimento da população mundial e do capital industrial, e a divulgação à sociedade da realidade limitada dos recursos naturais.<sup>6</sup>

A Conferência da ONU, em Estocolmo, aconteceu entre 05 e 16 de junho de 1972. Contou com a participação de representantes de 113 países, 250 Organizações não governamentais (ONG) e dos organismos da ONU. Em virtude da data histórica da realização da primeira conferência, passou-se a comemorar o dia Mundial do Meio Ambiente em 05 de junho. A Conferência se deu num contexto cuja visão do homem em relação ao planeta ainda era antropocêntrica e não como parte dele. Resultou na Declaração sobre o Meio Ambiente Humano em um Plano de Ação entre os países, os organismos das Nações Unidas e as organizações internacionais por meio de cooperação entre todos na busca de soluções para uma série de problemas ambientais.

No início dos anos 80 a ONU retomou a discussão indicando a primeira-ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, para estudar o assunto. Em 1987, o relatório final desses estudos foi entregue à ONU – Nosso Futuro Comum, também conhecido como Relatório Brundtland, que traz como conceito de desenvolvimento sustentável “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades”. Propõe uma série de medidas a serem tomadas pelas nações, como a limitação do crescimento populacional; garantia de alimentação em longo prazo; preservação da biodiversidade e dos ecossistemas; diminuição do consumo de energia e desenvolvimento de tecnologias que admitam o uso de energia renovável, entre outras.<sup>7</sup>

---

6 MEADOWS, Donella H; MEADOWS, Dennis L.; RANDERS, Jørgen; BEHRENS III, William W. – *Limites do crescimento*. São Paulo: Editora Perspectiva AS, 1973.

7 BRUNDTLAND, Gro Harlem. *Nosso futuro comum: Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

Diante do impacto que o Relatório causou, a ONU, reunida em Assembleia em 1988, aprovou a realização de uma Conferência sobre o meio ambiente e desenvolvimento que pudesse avaliar como os países haviam promovido a proteção ambiental desde a Conferência de Estocolmo, quando o Brasil se candidatou a sediar o evento.

Realizada no Rio de Janeiro, entre 3 e 14 de junho de 1992, a ECO 92 ou Rio 92 foi a segunda grande Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente. Ficou conhecida por “Cúpula da Terra” (*Earth Summit*) e contou com a presença de 172 países. Os frutos dessa Conferência foram cinco importantes documentos: Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; Agenda 21; Princípios para a Administração Sustentável das Florestas; Convenção da Biodiversidade e Convenção sobre Mudança do Clima.

O grande marco internacional do surgimento de um ramo da Ciência Jurídica ligado ao ambiente aconteceu com a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a partir da qual os Estados deveriam promulgar leis eficazes sobre o meio ambiente, cujas normas ambientais, objetivos e prioridades em matérias de regulamentação, refletissem o contexto ambiental e de desenvolvimento às quais se aplicariam.

A questão ambiental já havia sido tratada no Brasil com a edição da Lei nº 6.938, em 31 de agosto de 1981, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, marco nacional do surgimento do Direito Ambiental.

### **3. Educação Ambiental: Princípios Ligados ao Direito Ambiental e Origem da Temática**

As normas jurídicas são representadas por princípios ou regras, sendo a palavra princípio de origem latina: “aquilo que se toma primeiro” (*primum capere*)<sup>8</sup>.

Os princípios jurídicos são uma forma de solução de conflitos na falta de lei regulamentar, valendo-se da ponderação, enquanto que as

8 HOUAISS A, VILLAR M de S; FRANCO F.M de. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva; 2001.

regras têm natureza excludente, vale isso ou aquilo. Para Bobbio<sup>9</sup>, os princípios seriam normas fundamentais ou generalíssimas do sistema. Mirra<sup>10</sup> afirma que os princípios “devem ser extraídos do ordenamento jurídico, não cabendo ao intérprete e ao aplicador do DA estabelecer os seus próprios princípios, com base naqueles preceitos que ele gostaria que prevalecessem, mas que não são aceitos pela ordem jurídica”. No entendimento de Carraza<sup>11</sup>, “o princípio jurídico é um enunciado lógico implícito ou explícito que, por causa de sua extensa generalidade, ocupa posição de preeminência na Ciência Jurídica”. Na doutrina jurídica, vários legisladores têm o entendimento que os princípios teriam caráter axiomático. Entre eles, Mello<sup>12</sup>, segundo o qual *princípio* é o mandamento nuclear de um determinado sistema.

A Carta Magna de 88 tratou de forma explícita e também implícita os princípios do Direito Ambiental, o que acabou por resultar em um dissenso doutrinário, basicamente, sobre aqueles que devem compor o Direito Ambiental. Como a questão ambiental é bastante ampla, é difícil ter a visão do todo, isto é, o entendimento de todos os ecossistemas e fenômenos neles ocorridos ainda a se considerar os fatores socioeconômicos e ideológicos envolvidos. Assim, determinados princípios, devido à sua maior importância em um determinado contexto, são mencionados por alguns estudiosos e com a visão voltada para outro contexto, deixam de ser mencionados.

Há certa heterogeneidade também quanto à sua nomenclatura em que são utilizadas terminologias diferentes para um mesmo princípio. Essa situação cria uma divergência legislativa na área de Direito Ambiental que não contribui para o consenso doutrinário.

A análise das obras de alguns dos estudiosos do Direito Ambiental Brasileiro permite destacar os Princípios do Direito Ambiental por eles eleitos, aqui apresentados em ordem cronológica:

---

9 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1996. p.158.

10 MIRRA, Antonio Luiz Valery. *Princípios Fundamentais do Direito Ambiental*. Revista de Direito Ambiental, ano 01, n° 02, abril-junho/1996.

11 CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. S.Paulo: Malheiros, 1998, p. 31.

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009. p. 948-949.



– Mirra<sup>13</sup>: Princípio da Supremacia do Interesse Público na Proteção do Meio Ambiente em relação aos interesses privados; Princípio da indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente; Princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente; Princípio da participação popular na proteção do meio ambiente; Princípio da garantia do desenvolvimento econômico e social ecologicamente sustentado; Princípio da função social e ambiental da propriedade; Princípio da avaliação prévia dos impactos ambientais das atividades de qualquer natureza; Princípio da prevenção de danos e degradações ambientais; Princípio da responsabilização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente; Princípio do respeito à identidade, cultura e interesses das comunidades tradicionais e grupos formadores da sociedade; Princípios da cooperação internacional em matéria ambiental.

– Milaré<sup>14</sup>: Princípio do Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental da Pessoa Humana; Princípio da Solidariedade Intergeracional; Princípio da Natureza Pública da Proteção Ambiental; Princípio da Prevenção e da Precaução; Princípio da Consideração da Variável Ambiental no Processo Decisório de Políticas de Desenvolvimento; Princípio do Controle do Poluidor pelo Poder Público; Princípio do Poluidor-pagador (*polluter pays principle*); Princípio do Usuário-pagador; Princípio da Função Socioambiental da Propriedade; Princípio da Participação Comunitária; Princípio da Cooperação entre os Povos.

– Fiorillo<sup>15</sup>: Princípio do Desenvolvimento Sustentável; Princípio do Poluidor-pagador (Responsabilidade Civil Objetiva; Prioridade da Reparação Específica do Dano Ambiental; Poluidor; Dano Ambiental; O Dano e suas Classificações; Solidariedade para suportar os Danos Causados ao Meio Ambiente); Princípio da Prevenção; Princípio da Participação (Informação Ambiental; Educação Ambiental; Política Nacional de Educação Ambiental); Princípio de Ubiquidade.

13 MIRRA, Antonio Luiz Valery. *Princípios Fundamentais do Direito Ambiental*. Revista de Direito Ambiental, ano 01, nº 02, abril-junho/1996.

14 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. p. 760-781. Revista dos Tribunais, 2007

15 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 23-42.

– Sirvinskas<sup>16</sup>: Princípio do Direito Humano; Princípio do Desenvolvimento Sustentável; Princípio Democrático; Princípio da Prevenção (precaução ou cautela); Princípio do Equilíbrio; Princípio do Limite; Princípio do Poluidor-pagador, Princípio da Responsabilidade Social.

– Machado<sup>17</sup>: Princípio do Direito ao Meio ambiente Equilibrado; Princípio do Direito à Sadia Qualidade de Vida; Princípio do Acesso Equitativo aos Recursos Naturais; Princípio Usuário-pagador e Poluidor-pagador; Princípio da Prevenção; Princípio da Prevenção; Princípio da Reparação; Princípio da Informação; Princípio da Participação; Princípio da Obrigatoriedade da Intervenção do Poder Público.

– Figueiredo<sup>18</sup>: Princípio da Prevenção; Princípio do Poluidor-pagador; Princípio do Desenvolvimento Sustentável; Princípio da Função Social da Propriedade; Princípio da Participação Democrática; Participação no Plano Judiciário; Princípio da Vedação de Retrocesso.

### 3.1. O Princípio da Educação Ambiental

A dificuldade para se eleger os *princípios* é ratificada por Figueiredo<sup>19</sup> quando afirma que “a doutrina do Direito Ambiental está longe de chegar a um consenso no que concerne à identificação dos seus princípios”. Com relação ao Princípio da Educação Ambiental pode-se observar que esse *princípio* não é mencionado quando da eleição dos Princípios do Direito Ambiental pela maioria dos autores citados anteriormente.

Os princípios do Direito Ambiental relacionados diretamente a questões financeiras (Usuário-pagador, Poluidor-pagador, Responsabilidade Civil Objetiva, Prevenção, entre outros), presumivelmente, pelo maior volume de ajuizamentos na movimentação de ações civis públicas pelo Ministério Público e demanda nos escritórios especializados de advocacia teriam gerado grandes discussões jurídicas, necessitando de

16 SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 33-38.

17 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009 p. 57-111.

18 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

19 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 119.

investimentos na produção de conhecimento para se obter adequada sustentação técnica.

Essa grande demanda teria gerado grande acervo de literatura na doutrina especializada, quer seja em livros, revistas ou periódicos, quando comparado aos demais *princípios*. Consequentemente, as questões ambientais ligadas a esses *princípios* teriam sido mais disseminadas, quer no meio acadêmico, quer na própria sociedade, do que aquelas ligadas ao Princípio da Educação Ambiental, que carece de maior produção doutrinária.

Ao se analisar a situação ambiental caótica em que o planeta se encontra, inclusive nosso vasto território, a tentativa de que a sociedade brasileira exercite a reflexão para repensar seus hábitos de consumo e atos relacionados ao meio ambiente, e, possivelmente, altere seu padrão de comportamento, seria proporcionado pelo investimento em Educação Ambiental (EA<sup>20</sup>), fomentado pelo Poder Público. Assim, esse *princípio* deveria ser exaustivamente destacado para sensibilização dos governantes e sempre mencionado na legislação, que tem, de fato, o poder de cobrar ações da esfera executiva.

Por outro lado, há o entendimento por parte de alguns estudiosos que a EA não é elencada no rol dos princípios do direito ambiental pelo fato desses autores não vislumbrarem nela um “princípio”, mas sim uma política pública.

### 3.2. Origem da Educação Ambiental

A partir do Princípio 19 da Declaração de Estocolmo, a ONU, por meio de seus organismos responsáveis pela educação, UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) e PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente), promoveu em Belgrado/Iugoslávia, em 1975, um encontro onde foi formulado um conjunto de princípios e orientações para um programa internacional de EA que resultou num documento de amplitude holística, a Carta de Belgrado, que apregoava uma nova ética global, visando à erradicação da pobreza, da fome, do analfabetismo, da exploração e domina-

---

20 Será utilizada a sigla EA para Educação Ambiental.

ção humanas. Desencadeou a ocorrência de outros regionais em todo o mundo, inclusive na América Latina, tendo sido realizado em Bogotá/Colômbia em 1976.

Em 1977, dando prosseguimento às recomendações da Conferência de Estocolmo, realizou-se em Tbilisi – capital da antiga Geórgia (integrante da ex-URSS) – a Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental que resultou na Declaração sobre Educação Ambiental: documento técnico que apresenta, entre os assuntos, os princípios orientadores para o desenvolvimento de materiais educativos; metodologia para capacitação de docentes e de alunos e outras informações necessárias para integrar a educação ambiental ao sistema educacional dos países.

Em 1987 aconteceu a Conferência Internacional sobre Educação e Formação Ambiental em Moscou, onde centenas de especialistas de dezenas países debateram os progressos e dificuldades encontrados pelas nações na área de EA e propuseram a Estratégia Internacional de Ação em Matéria de Educação e Formação Ambiental para o Decênio de 90.

Na Rio 92, dentre os documentos firmados, foi criado um documento conhecido como Carta da Terra, aceito internacionalmente, mas sem consenso entre todos os Governos, que acabaram adotando a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável em seus programas. Como presidente do Conselho da Carta da Terra foi indicado Maurice Strong, Secretário-Geral da Rio 92. (CARTA DA TERRA, 2012).

A ONG Instituto Paulo Freire (IPF), entidade incumbida de realizar a consulta mundial com os educadores, participou, em 1995, na cidade de Jomtien (Tailândia), da 7ª Conferência Mundial da ICEA (Associação Internacional de Educação Comunitária), cujo tema “Desenvolvimento Sustentável através da Educação Comunitária” apresentou os resultados dos trabalhos desenvolvidos a partir da Rio 92 e a proposta de metodologia de trabalho a ser utilizada na consulta mundial que seria realizada no Brasil. (BOFF, 2007).

Em 1996, a ICEA e o IPF testaram essa metodologia, cujos resultados foram apresentados na Rio+5. Durante o evento, um texto de referência é liberado como um “documento em processo”. Ocorre o encorajamento para a continuidade das consultas internacionais.

Vinte anos depois de Tbilisi, as suas recomendações foram novamente ratificadas na Conferência Internacional sobre Meio Ambiente e Sociedade, realizada em Tessalônica/Grécia, conhecida como Declaração de Tessalônica, que traz agora uma visão holística, afirmando que a educação e a consciência pública adequadas constituem pilares da sustentabilidade e cujo conceito envolve, além do meio ambiente, a pobreza, a população, a saúde, a segurança alimentar, a democracia, os direitos humanos e a paz. Institui o dia 1º de Janeiro de 2005 como o primeiro dia da Década da Educação para o Desenvolvimento Sustentável, período entre 2005 e 2014.<sup>21</sup>

O I Encontro Internacional da Carta da Terra na Perspectiva da Educação ocorreu em São Paulo em 1999. O texto final da Carta da Terra é aprovado em março de 2000, na UNESCO, em Paris, e em junho daquele ano, no Palácio da Paz em Haia, ocorre o lançamento oficial da Carta da Terra.

Durante a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável realizada em Johannesburg em 2002, ocorre nova tentativa de garantir o endosso da Carta da Terra entre os líderes de governos e ONGs presentes, os quais declaram o seu apoio, mas o reconhecimento formal pelas Nações Unidas não se viabiliza.

Em 2006, a antiga Secretaria da Carta da Terra na Universidade para a Paz foi transformada em Centro da Carta da Terra de Educação para o Desenvolvimento Sustentável. Atualmente, está sediada na Universidade para a Paz, na Costa Rica, juntamente com o Centro da Carta da Terra para Educação para o Desenvolvimento Sustentável.

#### **4. O Tratamento dado ao Princípio da Educação Ambiental na Legislação Brasileira**

Antes mesmo da reunião do Clube de Roma, em 1968, primeiro grande marco da inquietação da sociedade com relação ao meio ambiente e da Conferência de Estocolmo, em 1972, quando a Educação Ambiental passou a fazer parte dos seus princípios (19º princípio), o Código Florestal de 1965 (Lei 4.771/1965), em seus artigos 42 (§§ 1º a 3º) e 43,

<sup>21</sup> LAYRARGUES, Philippe Pomier. Identidades da Educação Ambiental Brasileira. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2004, p. 7.

já demonstrava preocupação em divulgar o que eles chamavam de “textos de educação florestal” em livros escolares e “textos e dispositivos de interesse florestal” em estações de rádio e televisão. Também instituiu a Semana Florestal a ser comemorada nas escolas. A nosso ver, trata-se do embrião do que mais tarde será conhecido como Educação Ambiental.

Com relação à Conferência de Estocolmo, Dias<sup>22</sup> relata que o governo brasileiro via no evento uma tentativa de os países ricos impedirem o desenvolvimento dos países pobres. Com esse pensamento, a participação do Brasil na Conferência foi uma experiência chocante para aqueles que participavam de um evento em prol da preservação ambiental ao tomarem conhecimento sobre a política nada ambiental vigente naquela época em nosso país. Enquanto a comunidade internacional já se preocupava com poluição e degradação ambiental, nossos representantes na Conferência afirmavam que queriam aumentar o PIB (Produto Interno Bruto) de qualquer maneira, mesmo que o custo fosse o da degradação ambiental. Empunhavam cartazes que diziam:

Bem-vindos à poluição, estamos abertos para ela. O Brasil é um país que não tem restrições. Temos várias cidades que receberiam de braços abertos a sua poluição, porque o que nós queremos são empregos, são dólares para o nosso desenvolvimento.

Dias ainda relata que essa iniciativa foi autorizada pelo então Ministro do Interior, General Costa Cavalcanti, e resultou na instalação das indústrias químicas multinacionais em Cubatão/SP, ao longo do Rio Tietê/SP e do Rio Guaíba/RS, entre outras localidades brasileiras, cujas mazelas deixadas pelo desenvolvimento a qualquer custo, estamos cuidando até hoje. Depois desse episódio, e por pressão do Banco Mundial e de algumas entidades ambientalistas, o presidente da República criou em 1974 no âmbito do Ministério do Interior a Secretaria Especial do Meio Ambiente – SEMA.

A Educação Ambiental em território nacional foi abordada como *princípio* por meio da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei 6.398/81) no inciso X do artigo 2º.

---

22 DIAS, Genebaldo Freire. *Os quinze anos da Educação Ambiental no Brasil: um depoimento*. Em Aberto, Brasília, v.10,n.49, jan./mar.1991, p. 4.

Em 1987, o Plenário do Conselho Federal de Educação (CFE) aprovou, por unanimidade, a decisão da Câmara de Ensino em relação ao parecer do CFE/CEGRAU nº 226/1987 que tratava da inclusão da Educação Ambiental dentre os conteúdos a serem explorados nas propostas curriculares das escolas de 1º e 2º graus, bem como sugeria a criação de Centros de Educação Ambiental. (MEC, 2012).

De acordo com Dias, a aprovação do Parecer 226/1987 só teria acontecido porque a Conferência de Moscou, evento em que o Brasil participaria, ocorreria em agosto daquele ano e o governo queria mudar perante os países participantes a imagem negativa de país poluidor deixada na Conferência de Estocolmo. Segundo ele, as autoridades educacionais brasileiras teriam levado 9 anos e 7 meses para aprovar algo que já havia sido discutido internamente entre 1975 e 1977.

O direito à Educação é garantido pela Constituição Federal de 1998, conforme o artigo 205, capítulo III, Seção I. Sendo a temática da EA também recepcionada na Constituição Federal de 1988, no Artigo 225, Parágrafo 1º, inciso VI.

O Ministério da Educação, por meio dos Parâmetros Curriculares Nacionais (PCNs), define a temática ambiental como tema transversal em todos os níveis de ensino. (MEC, 1997).

Com a publicação da Lei 9.795, de 27 de abril de 1999, regulamentada por meio do Decreto 4.281, de 25 de junho de 2002, conhecida como Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA), houve novo impulso ao componente ambiental no meio educacional. O artigo 4º traz os princípios básicos da EA. Com base nos artigos 205 e 255 da Constituição Federal, incumbe, além do Poder Público para fazer parte do processo educativo mais amplo, as instituições educativas, os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), os meios de comunicação de massa, empresas, as entidades de classe, as instituições públicas e privadas e a sociedade como um todo. Institui o Sistema Nacional de Educação Ambiental (SISNEA), que tem o objetivo de promover a estruturação sistêmica da gestão da PNEA, com o fortalecimento de bases políticas, legais, formadoras e financeiras que garantam a atuação qualificada e transformadora de grupos e instituições.

Segundo o MMA (2007), as principais referências legais para a construção de um sistema nacional de EA são os Artigos 23, 205 e 225

da Constituição Federal; a Lei 9.394/1996, conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação; a Lei 6.938/1981, que institui a Política e Sistema Nacional de Meio Ambiente; a Lei 9795/1999 e o Decreto 4.281/2002.

O Estado de São Paulo, inspirado nos princípios constitucionais da República, promulga em 05 de outubro de 1989, a Constituição do Estado, que virá a sofrer alterações diversas, decorrentes da edição das Emendas Constitucionais de número 1/1990 a 37/2012. Trata no capítulo III, Seção I, artigo 237, a temática da Educação. A questão da EA, especificamente, é recepcionada em seu Capítulo IV, Seção I, Artigo 193, Inciso XV.

A Lei Complementar 140, de 08 de dezembro de 2011, que fixa normas para a cooperação entre os entes da Federação nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum em relação à proteção ao meio ambiente, estabelece que, entre as ações administrativas da União, Estados e Municípios, compreende “promover e orientar a educação ambiental em todos os níveis de ensino e conscientização pública para a proteção do meio ambiente”.

## **5. Aspectos da Educação Ambiental no Ensino Formal e Não Formal**

A UNESCO é responsável pela implantação do Capítulo 36 da Agenda 21, que trata da EA em todos os níveis, da formação de educadores e da informação ao público que deve se dar por meio de um esforço global para fortalecer atitudes, valores e ações que sejam ambientalmente saudáveis e que apoiem o desenvolvimento sustentável por meio da promoção do ensino, da conscientização e do treinamento.

Para alcançar, no entanto, o desenvolvimento sustentável é preciso que a sociedade moderna passe a refletir acerca de seu estilo de vida, baseado no consumismo desenfreado de bens e produtos, e que precisa ser transformado para a continuidade da vida das futuras gerações, que a nosso ver é a missão da EA.

O educador Paulo Freire vê a possibilidade de transformação do ser humano a partir de uma Educação inclusiva. Seu maior diferencial ao construir o pensamento pedagógico, talvez seja a consideração do processo, tanto social quanto produtivo, levando em conta a contextualização do Brasil nas suas várias regiões e momentos históricos, que



é sempre baseado no respeito do saber do outro, seja ele o analfabeto ou o erudito.<sup>23</sup>

No tocante às manifestações das práticas educativas a serem adotadas, elas podem ser divididas em educação formal (aquela desenvolvida nas escolas, com conteúdos previamente demarcados), educação não formal (aquela que se aprende “no mundo da vida”, via os processos de compartilhamento de experiências) e educação informal (aquela que os indivíduos aprendem durante seu processo de socialização – na família, bairro, clube, amigos, etc.)<sup>24</sup>.

No presente trabalho serão abordadas as duas primeiras classificações, ou seja, a educação formal e a não formal – ambas sob a ótica da EA<sup>25</sup>.

Erenberg<sup>26</sup> ressalta que a “educação ambiental, tal como prevista no subsistema jurídico ambiental, deve ser implementada no nível formal (nos bancos escolares) e no nível não-formal (aquela desenvolvida junto da comunidade)”.

A educação formal é aquela desenvolvida no ambiente acadêmico, onde há objetivos educativos claros e específicos e uma ação institucionalizada, estruturada e sistemática. Ela necessita de uma diretriz educacional centralizada, com estruturas burocráticas e órgãos fiscalizadores (Gadotti,<sup>27</sup> Libâneo,<sup>28</sup>).

Segundo o artigo 9º da Lei 9.795/1999 “entende-se por educação ambiental na educação escolar a desenvolvida no âmbito dos currículos

23 SCOCCUGLIA, Afonso Celso. SCOCCUGLIA, A. C. Paulo Freire y la agenda de la educación latino americana en el siglo XXI. In CLACSO. *A progressão do pensamento de político pedagógico de Paulo Freire*. Buenos Aires, 2001. p. 336

24 GOHN, Maria Glória. *Educação não formal e cultura política: impactos sobre o associativo do terceiro setor*. São Paulo: Cortez, 2005. p. 23.

25 O não desenvolvimento do tema “educação informal” no presente trabalho se deve ao fato que o capítulo “Estudo de Caso”, a ser abordado adiante, desenvolve ações dentro da educação formal e não formal, necessitando, portanto, de referencial teórico para sua melhor compreensão.

26 ERENBERG, Jean Jacques. *Meio ambiente artificial: moradias irregulares, resíduos sólidos e responsabilidade do estado, poluidor indireto por omissão no dever de promover a educação ambiental*.

27 GADOTTI, Moacir. *A questão da educação formal/não formal*. Institut International. Sion (Suisse), 18 au 25 octobre 2005.

28 LIBÂNEO, José Carlos. *Pedagogia e pedagogos: para quê?* São Paulo: Cortez, 2005.

das instituições de ensino públicas e privadas, englobando na educação básica: educação infantil; ensino fundamental e ensino médio; educação superior; educação especial; educação profissional; educação de jovens e adultos.

Embora não se constitua uma disciplina escolar nem seja de responsabilidade da escola básica, a EA pode ser trabalhada nas escolas por meio de iniciativas pessoais e de grupos multidisciplinares de professores. Em algumas escolas brasileiras, no início dos anos 50 do século passado, havia iniciativas isoladas de inserção de temas ambientais no ensino formal. Na sua maioria, eram atividades realizadas por professores do ensino básico e do ensino superior, que levavam seus alunos para observar e estudar o ambiente local (“estudos do meio” ou “trabalho de campo”).

A partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a EA passou a ser obrigatória em todos os níveis de ensino, sem ser tratada, no entanto, como disciplina isolada. A temática passou então a ser abordada nas várias disciplinas que compõem o currículo de forma transversal, e os subsídios para os professores implementarem essa determinação estão nos Parâmetros Curriculares Nacionais (PCNs), os quais apresentam ao professor diretrizes educacionais nacionais de reflexão sobre o trabalho com os alunos e, também, diretrizes para a ação. (BRASIL, 1997). O fato da EA não se constituir disciplina própria possibilita sua inserção e permeabilidade nos vários contextos de ensino, o que é bastante interessante. Mas, de acordo com Gauthier e Tardif<sup>29</sup>, a falta de sistematização de registro pode deixar de contribuir para a formação de um repertório de conhecimentos.

Mendes e Vaz<sup>30</sup> pesquisaram a EA junto a professores dos ensinos Fundamental e Médio da rede pública por meio da realização de Oficina própria que resultou em indícios da desatenção dos órgãos públicos em relação ao que já é realizado. Os professores sentiam-se também ignora-

---

29 GAUTHIER, Clermont; TARDIF, Maurice. *Por uma teoria da pedagogia: pesquisas contemporâneas sobre o saber docente*. Ijuí: ed. UNIJUÍ, 1998.

30 MENDES, Regina; VAZ, Arnaldo. *Educação Ambiental no ensino formal: narrativas de professores sobre suas experiências e perspectivas*. *Educ.rev.* vol.25 n° 3. Belo Horizonte, Dec. 2003.

dos tanto da riqueza das práticas de EA em curso quanto do seu potencial criativo no tratamento da EA em sala de aula. Frisam, portanto, que o professor, por ser um profissional que vive situações conflituosas, complexas e instáveis, possui um saber particular e próprio da sua profissão.

Com relação ao ensino superior, Gaudiano e Lorenzetti<sup>31</sup> analisaram as pesquisas realizadas sobre a temática de EA na América Latina, e concluíram tratar-se de campo pouco explorado, com exceção de Brasil e México, países onde há uma tentativa de promover institucionalmente a pesquisa educativa nessa área, e cujo crescente aumento de pós-graduações em mestrado e doutorado em Educação e Educação Ambiental impulsionam a pesquisa nesse campo. Atribuem o impulso ocorrido no Brasil à aprovação da Política Nacional de Educação Ambiental (Lei 9.795/1999) e criação de seu grupo gestor e à implantação da temática ambiental nos PCNs.

Na linha da análise da produção acadêmica, Megid<sup>32</sup> investigou as pesquisas na área do Ensino de Ciências, no período de 1972 a 1995. De um total de 572 trabalhos, 36 versam sobre a Educação Ambiental, cujo foco está direcionado principalmente à promoção da EA nas escolas e ao desenvolvimento de práticas pedagógicas.

A pesquisa de Reigota<sup>33</sup> sobre a produção acadêmica brasileira no período de 1984 a 2002, revela a existência de pelo menos uma tese de livre-docência, 40 teses de doutorado e 246 dissertações abrangendo diversos temas ambientais, concepções pedagógicas e políticas. De acordo com ele, os principais temas abordados são: relações entre natureza e cultura, crise ambiental urbana e ecossistemas específicos. Nos aspectos pedagógicos, a educação ambiental é considerada um processo que pode ocorrer em todos os espaços de aprendizagem e estar presente no currículo de todas as disciplinas.

31 GAUDIANO, Edgar González; LORENZETTI, Leonir. *Investigação em Educação Ambiental na América Latina: mapeando tendências*. Educação em Revista. Belo Horizonte. v. 25, n.03, p.191-211, dez. 2009, p. 192-193.

32 MEGID Neto, Jorge. O ensino de Ciências no Brasil: catálogo analítico de teses e dissertações (1972-1995). Campinas, UNICAMP/CEDOC, 1998, p.1.

33 REIGOTA, Marcos. *O Estado da Arte da Pesquisa em Educação Ambiental no Brasil. Pesquisa em Educação Ambiental*, v. 2, n° 1, p. 33.

Com relação à Educação Ambiental não formal, o capítulo III da Lei 9.795, de 27 de abril de 1999, que dispõe sobre a EA e institui a Política Nacional de Educação Ambiental, traz na seção II do Artigo 13 a definição de educação não formal e sua organização.

Guimarães e Vasconcelos<sup>34</sup> relatam a existência de uma intrínseca relação de complementaridade entre educação formal e não formal, mas que é preciso observar que esses dois espaços educativos apresentam funções sociais diferentes e particulares. Essa observação é importante para que não se submeta a educação não formal aos referenciais estritamente escolares e vice-versa.

Para Gohn<sup>35</sup>, neste tipo de educação as metodologias operadas na aprendizagem partem da cultura dos indivíduos e dos grupos, a partir da problematização da vida cotidiana: carências, desafios, obstáculos enfrentados. Assim, os conteúdos não são dados *a priori*, são construídos no processo. E o método a ser utilizado pode ser extraído do campo do simbólico, das orientações e representações que conferem sentido e significado às ações humanas.

As demandas por serviços sociais e a procura por amparo na defesa dos direitos civis e, inclusive, das agressões ambientais, entre outras demandas, abriram espaço para a atuação de organizações privadas sem fins lucrativos ou não governamentais, conhecidas como terceiro setor.

Jacobi<sup>36</sup> em análise sucinta, mas abrangente do estado da EA em nosso país, discorre sobre a ação dos diversos entes envolvidos com a temática, tanto em nível formal quanto não formal, com destaque para a última modalidade cuja ação, na maioria das vezes, é implementada por ONGs. Tristão<sup>37</sup> destaca a importância do papel das organizações ambientalistas no desenvolvimento e multiplicação de projetos no campo

---

34 GUIMARÃES, Mauro; VASCONCELOS, Maria das Mercês N.: *Relações entre educação ambiental e educação em ciências na complementaridade dos espaços formais e não formais de educação*. Educar, N.27. Curitiba: Editora UFPR, 2006, p. 148.

35 GOHN, Maria da Glória. *Educação não formal na pedagogia social*. In: I CONGRESSO INTERNACIONAL DE PEDAGOGIA SOCIAL. Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 2006, p. 3.

36 JACOBI, Pedro. *Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade*. Cadernos de Pesquisa, nº 118, março/2003, p. 189-205.

37 TRISTÃO, Virgínia Talaveira Valentini. *Educação ambiental não formal: a experiência das organizações do terceiro setor*. Universidade de São Paulo. 2011. p.89.

da EA, destacando no Brasil os programas planejados e implementados por organizações nacionais e várias instituições internacionais.

A resolução CONAMA 292, de 21 de março de 2002, em seu artigo 1º, disciplina o cadastramento e recadastramento das Entidades Ambientalistas no Cadastro Nacional das Entidades Ambientalistas – CNEA.

## 6. Estudo de Caso

É relatada a seguir a experiência de trabalho de EA realizado junto a atores envolvidos (produtores rurais, alunos dos municípios, pais desses alunos, professores, agentes ambientais, monitores e técnicos) em comunidades rurais de diversas localidades do Estado de São Paulo. No decorrer do texto são esclarecidos aspectos ligados à terminologia utilizada, ao contexto histórico-jurídico, apresentando, inclusive, os instrumentos jurídicos que ofereceram os respectivos amparos legais para que as ações fossem desencadeadas no âmbito estadual.

A Constituição Federal de 1988 em seu Título VII, Capítulo III, trata da Política Agrária e Fundiária e Reforma Agrária. No artigo 186 aborda a importância da utilização dos recursos naturais e preservação do meio ambiente como um dos critérios para cumprimento da função social da propriedade rural.

A orientação quanto à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do ambiente no meio rural é realizada pelo trabalho de assistência técnica e extensão rural (ATER) junto aos produtores rurais, que é garantido pela Constituição Federal de 1988, por meio do Capítulo III, artigo 187, inciso IV e pela Lei Federal nº 12.188 de 11 de Janeiro de 2010, capítulo I, artigo 2º, inciso I. O Estado de São Paulo também garante ATER junto aos produtores rurais por meio da Constituição Estadual de 1989, que avança em relação à Federal, com relação ao tipo de orientação que deve ser adotada quanto à utilização dos recursos naturais, devendo ser executada de forma sustentada, com preservação do meio ambiente, conforme o Capítulo III, artigo 184.

A CATI (Coordenadoria de Assistência Técnica Integral), ligada à Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado (SAA), é o órgão oficial de ATER junto aos produtores rurais do Estado de São Paulo. Outros órgãos ligados às Secretarias Estaduais também prestam orien-

tação junto ao produtor rural no tocante à proteção do meio ambiente, como é o caso de palestras proferidas pela Polícia Militar Ambiental, por técnicos do Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE) e por programas da Secretaria do Meio Ambiente (SMA), entre outros.

### **6.1. Programa Estadual de Microbacias Hidrográficas – PEMH**

Para alcançar a sustentabilidade, a CATI reviu suas ações junto ao produtor rural na tentativa de reduzir os impactos negativos ao ambiente. Em 1997, o governo do Estado de São Paulo iniciou as tratativas para implantação do Programa Estadual de Microbacias Hidrográficas (PEMH) I. O Programa foi reformulado em 1999 e as ações iniciaram-se no ano 2000. Os recursos financeiros foram financiados pelo Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), num montante de mais de US\$55 milhões, com contrapartida de cerca de US\$69 milhões do Governo do Estado de São Paulo.

Com o objetivo de executar ações voltadas à proteção do meio ambiente no tocante à conservação do solo e recomposição de área de preservação permanente (APP) de córregos previamente indicados e ainda trabalhar para a melhoria de renda dos produtores que aderiram ao Programa, foram estipuladas as seguintes metas: atendimento de 1.500 microbacias, beneficiando 90.000 produtores rurais (30% do total do Estado), numa área de 4,5 milhões de hectares, durante o período de 2000 a 2007. A área média de cada microbacia beneficiada pelo PEMH era de 3.000ha, envolvendo de 40 a 120 produtores da microbacia. (CATI, 2001).

As microbacias participantes do Programa foram escolhidas conforme o grau de degradação ambiental, sobretudo quanto à susceptibilidade à erosão e aos problemas socioeconômicos dos municípios, identificados com base nos mapas dos Índices de Erosão, fornecidos pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT) e pelo Instituto de Pesquisa Economia Aplicada (IPEA), respectivamente. (CATI, 2005).

O PEMH era dividido em seis componentes: Desenvolvimento Tecnológico e Institucional; Pesquisa Adaptativa; Adequação de Estradas Rurais; Treinamento e Difusão; Administração; Monitoramento e Avaliação. Esses, por sua vez, dividiam-se em oito outros subcomponentes: Assistência Técnica e Extensão Rural; Organização Rural; Mapeamento

Agroambiental; Educação Ambiental; Incentivo ao Manejo de Conservação do Solo e Controle da Poluição; Incentivo à Recuperação de Áreas Degradadas; Reflorestamento; Fiscalização da Lei de Uso do Solo e Incentivo.

O subcomponente Educação Ambiental procurou trabalhar, além dos produtores rurais, os seus familiares, pois acredita que a mudança de atitudes e posturas é mais fácil quando há envolvimento de toda a família. As estratégias utilizadas para implementar o subcomponente Educação Ambiental do PEMH foram:

– Adoção de material didático próprio, constituído de cartilha, dirigido a professores e alunos de 3ª ou 4ª série do Ensino Fundamental, numa parceria entre técnicos da Secretaria da Agricultura e da Educação no Projeto denominado “Aprendendo com a Natureza”, e a capacitação dos professores envolvidos;

– Formação de Agentes Ambientais e Grupos de Educação Ambiental – voluntários identificados e capacitados para atuarem como parceiros do PEMH em suas respectivas comunidades, para os quais foi disponibilizada a publicação “Trabalhando com a Natureza”, a partir de 2006.

## **6.2. Projeto de Educação Ambiental “Aprendendo com a Natureza”**

O Projeto de Educação Ambiental denominado “Aprendendo com a Natureza” foi desenvolvido no contexto do Programa Segurança e Saúde do Trabalhador Rural – PSSTR, fruto de um convênio entre a SAA e a Fundacentro do Ministério de Trabalho e Emprego. O convênio vigorou entre 1997 a 2001. A partir de 2002, a Fundacentro autorizou a utilização do material didático do projeto no contexto do PEMH, inicialmente com livros cedidos por ela e posteriormente com reimpressões a cargo do programa.

A outra estratégia do Projeto consistia na sensibilização dos Agentes Ambientais, voluntários dos municípios, cerca de 790 integrantes, que integrariam os Grupos de Educação Ambiental, em número de 80 grupos. Estes, por sua vez, fariam a multiplicação do conhecimento para as várias comunidades rurais do município, por meio de palestras, dias de campo e outras atividades.

A avaliação do Projeto descrita a seguir foi baseada no Estudo de Caso 10, integrante do Relatório Final do PEMH entregue ao Banco Mundial em 2009, no qual se pretendeu avaliar a contribuição das atividades de Educação Ambiental para as mudanças na percepção e no comportamento dos beneficiários do Programa e da sociedade em geral, entre os demais indicadores avaliados. (The World Bank<sup>38</sup>; Freitas<sup>39</sup>)

A metodologia utilizada para avaliar o impacto do Projeto na percepção e no comportamento dos beneficiários e da sociedade em geral, envolveu o sorteio de três Regionais, uma de cada área prioritária; sorteio de um município em cada Regional; elaboração de questionários com perguntas fechadas e abertas; elaboração do cronograma de viagens para a equipe de entrevistadores do Centro de Comunicação Rural (CECOR) ligado à CATI; treinamento da equipe de entrevistadores por meio de reuniões técnicas; aplicação dos questionários e gravação de entrevistas com os seguintes atores envolvidos: um monitor do PEMH, com o técnico executor – normalmente o Engenheiro Agrônomo da Casa da Agricultura, dois professores por escola, dois alunos por classe, dois pais por escola e dois produtores rurais por município.

As Regionais e municípios sorteados foram: Área de Prioridade I – Regional de Marília – município de Ocaçu; Área de Prioridade II – Regional de Barretos – município de Guaíra; Área de Prioridade III – Regional de Guaratinguetá – município de Guaratinguetá.

De acordo com Freitas (2008), os dados obtidos foram então sistematizados para análise e os resultados estão apresentados a seguir<sup>40</sup>.

#### **A – Monitores e técnicos executores**

Cinco entrevistados entre monitores e técnicos executores responderam às questões descritas a seguir, cuja pontuação variou de 2 (Muito fraco), 4 (Fraco), Médio (6), Forte (8) e 10 (Muito forte):

---

38 THE WORLD BANK. *Implementation completion and result reports (IBRD 42380) on a loan in the amount of US\$ 55,0 million equivalent to the State of São Paulo for a land management III Project* - São Paulo. p. 19-20; 61-62

39 FREITAS, Escolástica Ramos. *Estudo de caso nº 10 – Impacto da Educação Ambiental na percepção e no comportamento dos beneficiários e sociedade em geral*. Campinas, CATI, 2008

40 Os resultados completos e os depoimentos dos entrevistados que permitem inferir uma análise qualitativa encontram-se no Trabalho de Conclusão de Curso/PG/ESPGE.



*Pergunta N° 1 – De que forma o Projeto Aprendendo com a Natureza contribuiu para a divulgação do PEMH em sua Regional/Município?* Dois entrevistados deram nota 8, dois deram nota 6 e um, nota 10.

*Pergunta N° 2 – Dê uma nota para o desenvolvimento do projeto na sua Regional/Município.* Quatro entrevistados deram nota 8 e um, nota 6.

*Pergunta N° 3 – Como tem sido seu envolvimento com o projeto desde a sua implantação?* Neste caso, foi realizada uma avaliação ano a ano do projeto, de 2003 a 2007, e conforme o Projeto amadurecia, havia aumento na nota 8, até que em 2007, todos os entrevistados avaliaram com a nota 8.

*Pergunta N° 4 – De que forma o Projeto está facilitando o trabalho com os produtores rurais?* Três entrevistados deram nota 6; um, nota 8 e outro, 10.

A partir desses resultados, é possível observar que o Projeto “Aprendendo com a Natureza” contribuiu para a divulgação das ações do PEMH, teve um bom desenvolvimento na maioria dos municípios, e que monitores e técnicos executores estavam fortemente envolvidos, na maioria dos municípios, o que, em muitos casos, facilitou o trabalho com os produtores rurais.

Além das questões fechadas, foi solicitada a cada entrevistado que elencasse uma percepção positiva (Ponto forte) a respeito do Projeto, bem como de uma percepção negativa (Desafio a ser superado). Os pontos fortes são vários e convergem para o ‘agir’ local: na microbacia e no município, mas os desafios a serem superados também são vários e passam por dificuldades de ordem material (financeira), técnica e pessoal.

A partir daqui, o questionário fechado apresentou respostas com alternativas: Fraco, Médio e Forte, que são conceitos que justificaram a escolha conforme a percepção do ator envolvido em relação a cada um dos temas relacionados.

## **B – Professores**

Foram entrevistados 19 professores que responderam a questões sobre os Recursos Naturais (Água, Solo, Vegetação, Animais), PEMH, Alimentação, Resíduos, Higiene e Relações Humanas, e a relação desses

temas com o Projeto, com a Educação Ambiental e com a mudança de comportamento dos alunos.

A avaliação dos professores com relação ao grau de contribuição do Projeto para a compreensão de alguns aspectos do processo de Educação Ambiental teve o consenso da totalidade dos entrevistados que elegeram o conceito Forte para os recursos Água e Vegetação; 94,7% dos entrevistados elegeram esse conceito para Solo e Animais; 89,5% para Relações Humanas; e 84,2% para PEMH, Alimentação e Higiene. A diferença no saldo da porcentagem se divide entre os conceitos Médio e Fraco.

Os professores avaliaram que a Água, o Solo, a Vegetação, os Animais têm o maior grau de importância ao processo de EA, que elegeram o conceito Forte entre os 100% dos professores entrevistados, seguido do tema Resíduos, com 94,7%. PEMH, Alimentação, Higiene e Relações Humanas tiveram 89,5% da indicação dos professores entrevistados. A diferença no saldo da porcentagem se divide entre os conceitos Médio e Fraco.

Por fim, a avaliação dos professores sobre a influência do Projeto na mudança de comportamento dos alunos teve o conceito Forte no que tange aos recursos Água e Vegetação para a totalidade dos professores, e para 89,47% dos entrevistados teve o mesmo conceito para os demais temas. A diferença no saldo da porcentagem ficou com o conceito Médio.

Observa-se que a Água é o recurso natural mais lembrado pelos professores tanto na contribuição do Projeto Aprendendo com a Natureza para compreensão de alguns aspectos do processo de Educação Ambiental, quanto ao grau de importância dado a este processo e à influência na mudança de comportamento dos alunos. É interessante destacar que o próprio PEMH ficou relacionado, na maioria das vezes, com os temas: Alimentação, Higiene e Relações Humanas.

### **C – Alunos**

Participaram da avaliação 48 alunos, aos quais foram aplicados questionários que abordaram a relação dos Recursos Naturais (água, solo, vegetação, animais), PEMH, Alimentação, Resíduos, Higiene e Relações Humanas para a compreensão das questões ambientais, da im-

portância de cada tema para as questões ambientais e a influência do Projeto em suas mudanças de comportamento.

Observou-se uma variação maior nos resultados com relação à avaliação sobre a contribuição do Projeto para a compreensão das questões ambientais, que obteve o conceito Forte para a Água (87,5%), seguida do Solo e Resíduos (81,25%). O PEMH teve a avaliação Forte por 60,48% dos alunos. Aqui vale destacar que a diferença está dividida entre os conceitos Médio e Fraco.

A importância dada pelos alunos para as questões ambientais foi maior para os Animais, com conceito Forte dado pela totalidade dos alunos, seguido dos temas Água, Vegetação e Alimentação, com 97,9%. Higiene e Relações Humanas, com 95,8% dos alunos. Resíduos, 91,7% e PEMH, 79,2%.

Para os alunos, o projeto influenciou a mudança de comportamento, na quase totalidade dos entrevistados (97,9%), com relação ao tema Água, seguido de Vegetação e Animais (87,5%). Com relação à Alimentação, Higiene e Relações Humanas, 81,2%. Em menor grau, o tema Solo obteve o conceito Forte para 36 dos entrevistados (75%), Médio para 9 (19%) e Fraco para 3 entrevistados (6%).

A água é novamente o tema mais lembrado, aparecendo, também, Animais. O Solo é o recurso natural menos lembrado para essa faixa etária.

No tocante ao questionário aberto aplicado aos alunos, as manifestações são as mais variadas, observando-se a preocupação em se tornar um guardião da natureza.

#### **D – Pais**

Os pais dos alunos que participam do Projeto também foram convidados a participar da entrevista, sendo que houve a adesão de apenas 14 deles, na grande maioria, mães.

Na avaliação feita por eles com relação aos temas trazidos para discussão das questões ambientais junto à família pelos filhos que participam do projeto, os temas mais evidentes foram Vegetação e Higiene (85,7%, com conceito Forte), seguidos de Água, Animais e Relações Humanas (78,6%, com conceito Forte). Resíduos e Alimentação tiveram,

cada um, 71% da avaliação com conceito Forte, e o Solo, 50%. Enquanto que o tema PEMH foi avaliado como Fraco por 50% dos pais.

Com relação à importância dada pelos pais às questões ambientais, a totalidade deles dá maior importância aos temas Água, Animais e Higiene. Seguidos de Solo e Relações Humanas, com 92,8%. Resíduos, 81,7% e Alimentação, 78,5%. O PEMH aparece como fraca importância para mais de 57% dos pais.

A avaliação dos pais sobre como seus filhos se tornaram sentinelas ambientais ficou mais evidente em relação à Vegetação, seguida dos Animais e Higiene. E embora o tema Água não tenha ficado tão evidente no questionário fechado, no questionário aberto foi o tema mais lembrado pelos pais.

### **E – Produtores rurais**

O número de produtores rurais que participou da aplicação dos questionários e das entrevistas foi bem reduzido. Apenas quatro produtores rurais se interessaram ou puderam participar. O questionário fechado verificou a importância dada pelos produtores rurais às questões ambientais por meio de três avaliações. Os quatro produtores participantes deram a máxima importância (conceito Forte) para os temas que integram as questões ambientais, com exceção de um produtor, que avaliou o tema Animais como de média importância. Também foi realizada uma avaliação dos produtores sobre como os alunos (filhos ou frequentadores da microbacia) se tornaram sentinelas ambientais. Na visão dos produtores, os alunos dariam maior importância para Água, Vegetação, Animais, Higiene e Relações Humanas e importância relativa para Solo, Resíduos e Alimentação. Com relação à avaliação dos produtores sobre as mudanças de hábitos ocorridas em suas famílias, três agricultores responderam o questionário e todos avaliaram como de máxima importância (conceito Forte) a totalidade dos temas ambientais questionados.

Mesmo diante da pequena amostragem que participou da entrevista, merece destaque a conscientização demonstrada pelos produtores com relação às questões ambientais.

Em 2002 foi adotada outra estratégia do Programa “Aprendendo com a Natureza” com a capacitação dos Monitores Ambientais, líderes

da comunidade, para serem os facilitadores do contato entre os técnicos executores do PEMH e suas respectivas comunidades rurais.

De acordo com o Relatório, havia a expectativa de que a partir dos treinamentos com os Agentes Ambientais surgissem atividades semelhantes àquelas realizadas com os produtores rurais, o que não aconteceu. Inicialmente, foram observadas falhas na identificação dos Agentes e com o passar do tempo, concluiu-se que, na verdade, o perfil traçado para a figura do Agente Ambiental era difícil de ser integralmente contemplado: pessoa com facilidade de comunicação, liderança, afinidade com as questões ambientais, e disponibilidade de tempo e de locomoção para realizar trabalho voluntário.

Ainda assim, houve a capacitação de Agentes que desenvolveram atividades significativas em seus municípios, produzindo experiências que resultaram na realização de dois Seminários Estaduais de Ações Ambientais em Microbacias Hidrográficas nos anos de 2003 e 2004. A partir de 2005 passou a haver a formação de Grupos de Educação Ambiental com a criação de um grupo por município participante do PEMH, como forma de apoiar o trabalho dos Agentes Ambientais. As ações desenvolvidas pelos Grupos culminaram com a realização do 3º Seminário Estadual de Ações Ambientais em Microbacias Hidrográficas em 2007.

O Relatório concluiu que as atividades de EA desenvolvidas com adultos e crianças, no contexto do PEMH, estão contribuindo para a formação de pessoas não apenas conscientizadas sobre a importância da conservação e preservação dos recursos naturais para a continuidade da vida em nosso planeta, mas também dispostas a mudarem seus hábitos, adotarem práticas conservacionistas e se tornarem multiplicadores em suas comunidades.

Até 2007, o Projeto Aprendendo com a Natureza havia atendido 489 municípios paulistas, em 1.774 escolas, 4.317 classes de 4º ano do Ensino Fundamental, num total de 383.424 alunos (SIGAM, 2008, acesso em 10/12/2012).

## **7. Conclusão**

A conscientização da problemática da degradação e poluição dos recursos ambientes por parte das pessoas precisa ser deflagrada urgen-

temente para que haja mudança em seus hábitos e crie condições para a continuidade da vida do planeta. O investimento em políticas públicas que contemplem a Educação Ambiental pode contribuir para essa mudança.

Acreditando que a educação é a base para o desenvolvimento humano e vivência plena da cidadania, somente se poderá contar com a cooperação e prática da política ambiental daqueles indivíduos que tenham tido a possibilidade de passar pela experiência de uma boa educação. De acordo com o levantamento realizado nesse trabalho existem milhares de estudantes brasileiros frequentando cursos de especialização na área ambiental, inclusive em Educação Ambiental, sinalizando que está havendo formação de especialistas nessa área (professores e outros profissionais).

Por sorte, a Educação Ambiental, desenvolvida por iniciativas públicas e particulares, permeia a sociedade além do ensino formal, desenvolvendo uma série de ações e projetos que vão além dos bancos escolares, atingindo, assim, pessoas que não mais frequentam as escolas.

A experiência da CATI com o Projeto Aprendendo com a Natureza, de acordo com Relatório entregue ao Banco Mundial, teve bons resultados, existindo alguns gargalos que, se trabalhados, poderiam melhorar a amplitude do Projeto. Essa iniciativa foi um marco na proposta de Educação Ambiental no Estado de São Paulo porque conseguiu atingir tanto o público do ensino formal (crianças de 3ª e 4ª séries) quanto um público que não mais frequenta a escola (produtores rurais, pais dos estudantes e sociedade em geral).

Assim, fica a sugestão para que o Projeto de Educação Ambiental Aprendendo com a Natureza ou atividade semelhante passe a integrar o Programa de Trabalho da CATI e, conseqüentemente, o Plano Plurianual do Governo, como uma forma de garantir que o Princípio da Educação Ambiental continue a ser implementado no Estado de São Paulo, efetivando assim, tal princípio como política pública.

## **Bibliografia**

BENJAMIN, A. H. V. (Coord.) *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed., Brasília: UnB, 1996. 184p.

BOFF, L. Histórias de ensinar: A Carta da Terra. In: MARINHO, K. M.; LABREA, V. V. (Org.) *Histórias de aprender e ensinar para mudar o mundo. Projeto Jovem Cidadão Amigo da Natureza – PJCAN*. Paulínia, SP: Instituto Bioma, 2007.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO (MEC). *Parâmetros Curriculares Nacionais: apresentação dos temas transversais: ética*/Secretaria de Educação Fundamental. Brasília: MEC/SEF, 1997.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO (MEC). *Um pouco da História da Educação Ambiental*, 2012. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pedf/educacaoambiental/historia.pdf> Acesso em 10/12/12.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (MMA). *Sisnea – Sistema Nacional de Educação Ambiental*, 2007. Disponível em [http://www.mma.gov.br/estruturas/educamb/\\_arquivos/sisnea\\_cartilha.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/educamb/_arquivos/sisnea_cartilha.pdf). Acesso em 10/02/2013,

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (MMA). Declaração De Tbilisi. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/deds/pdfs/decltbilisi.pdf>>. Acesso em 12/10/2012:

BRUNDTLAND, G.H. *Nosso futuro comum: Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CARRAZA, R. A. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998, 11. ed., 615 p.

CARSON, R. *Primavera Silenciosa*. São Paulo: Melhoramentos, 1969. 2. ed. 304 p.

CARTA DA TERRA, 2012. *Linha do tempo da iniciativa da Carta da Terra*. Disponível em <<http://www.cartadaterrabrasil.org/prt/history.html>>. Acesso em 12/10/2012.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998. 11. ed. 615 p.

DIAS, G.F. Os quinze anos da Educação Ambiental no Brasil: um depoimento. *Em Aberto*, Brasília, v.10,nº.49, jan./mar.1991.

FARIA, L.; COSTA, M. C. Cooperação Científica Internacional: Estilos de atuação da Fundação Rockefeller e da Fundação Ford. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 49, n° 01, 2006.

FIGUEIREDO, G. J. P. *Curso de Direito Ambiental*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 542p.

FIORILLO, C. A. P. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREITAS, E. R. *Estudo de caso nº 10 – Impacto da Educação Ambiental na percepção e no comportamento dos beneficiários e sociedade em geral*. Campinas, São Paulo, 2008. Disponível em: <[http://www.sigam.ambiente.sp.gov.br/sigam2/Repositorio/222/Documentos/Biomonitoramento/20082\\_5\\_Estudo10.pdf](http://www.sigam.ambiente.sp.gov.br/sigam2/Repositorio/222/Documentos/Biomonitoramento/20082_5_Estudo10.pdf)>. Acesso em 12/12/2012.

GADOTTI, M. *A questão da educação formal/não formal*. Institut International Dês Droits D’Elefant (IDE) – Droit a L’Education: à tous problems ou problème sans solution. Sion (Suisse), 18 au 25 octobre 2005. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/53944682/GADOTTI>>. Acesso em 13/12/2012.

GAUD, W. S. The green revolution: accomplishments and apprehensions. In: HENRIQUES, F. S. A revolução verde e a biologia molecular. *Rev. de Ciências Agrárias* V.32 N.2. Lisboa, dez.2009. Disponível em: [http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?pid=S0871-018X2009000200022&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?pid=S0871-018X2009000200022&script=sci_arttext). Acesso em 15/12/2012.

GAUDIANO, E.G.; LORENZETTI, L. Investigação em Educação Ambiental na América Latina: mapeando tendências. *Educação em Revista. Belo Horizonte*. v. 25, n° 03, p.191-211, dez. 2009.

GAUTHIER, C; TARDIF, M. *Por uma teoria da pedagogia: pesquisas contemporâneas sobre o saber docente*. Coleção Fronteiras da Educação, Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 1998.

GOHN, M. G. *Educação não formal e cultura política: impactos sobre o associativo do terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

GOHN, M. G. *Educação não formal na pedagogia social*. In: I CONGRESSO INTERNACIONAL DE PEDAGOGIA SOCIAL. Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 2006.



- JACOBI, P. Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade. *Cadernos de Pesquisa*, nº. 118, março/2003, p 189-205.
- LAYRARGUES, P. P. *Identidades da Educação Ambiental Brasileira*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2004, 160 p.
- LIBÂNEO, J. C. *Pedagogia e pedagogos: para quê?* São Paulo: Cortez, 2005.
- MACHADO, P.A.L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 1136p.
- MAZOYER, M.; ROUDART, L. *Histórias da agricultura do mundo: do neolítico à crise contemporânea*. São Paulo: Editora UNESP, Brasília, DF: NEAD. 2010. 568 p.
- MEADOWS, D. H; MEADOWS, D. L.; RANDERS, J; BEHRENS III, W. W. *Limites do crescimento*. São Paulo: Editora Perspectiva AS, 1973.
- MEGID Neto, J. *O ensino de Ciências no Brasil: catálogo analítico de teses e dissertações (1972-1995)*. Campinas, UNICAMP/CEDOC, 1998.
- MELLO, C. B. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009. 26. ed., 1.102 p.
- MENDES, R.; VAZ, A. Educação Ambiental no ensino formal: narrativas de professores sobre suas experiências e perspectivas. *Educ. rev.* vol. 25 nº. 3. Belo Horizonte, Dec. 2003.
- MILARÉ, E. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 5.ed.1280 p.
- MIRRA, A.L.V. Princípios Fundamentais do Direito Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, ano 01, nº 02, abril-junho/1996.
- NEVES NETO, C.C.; HESPANHOL, A.N., 2008. *O Programa de Microbacias Hidrográficas no Estado de São Paulo: o Projeto do Pavão/ Matão e adjacências no município de Assis/SP*. 4º Encontro Nacional de Grupos de Pesquisa – ENGRUP – São Paulo, p. 529-554, 2008.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UNFPA, 2012. *Relatório sobre a situação da população mundial 2011: Compartilhar e sustentar os recursos da Terra*. Disponível em <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/swop2011.pdf>>. Acesso em 03/11/2012.
- REIGOTA, M. O Estado da Arte da Pesquisa em Educação Ambiental no Brasil. *Pesquisa em Educação Ambiental*, v. 2, n. 1. Disponível

em [www.revistas.usp.br/pea/article/download/30017/31904](http://www.revistas.usp.br/pea/article/download/30017/31904). Acesso em 13/12/2012.

SÃO PAULO. COORDENADORIA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA INTEGRAL (CATI). Programa Estadual de Microbacias Hidrográficas. *Manual do Programa – Seção Operativa*. CATI: SÃO Paulo, 2001.

SÃO PAULO. COORDENADORIA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA INTEGRAL (CATI). Programa Estadual de Microbacias Hidrográficas. *Manual do Programa – Seção – Incentivo ao Manejo e Conservação dos Recursos Naturais*, V.3°. CATI: SÃO Paulo, 2005.

SCOCCUGLIA, A. C. Paulo Freire y la agenda de la educación latino americana en el siglo XXI. In CLACSO. *A progressão do pensamento de político pedagógico de Paulo Freire*. Buenos Aires, 2001. Disponível em <<http://biblioteca.clacso.edu.ar//clacso/gt/20101010034420/13scocuglia.pdf>>. Acesso em 13/02/2013.

SIRVINSKAS, L.P. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2002. 488 p.

SZMRECSANYI, T. (Org). *Crescimento demográfico e produção de alimentos: primeiras proposições*. In: Coleção Grandes Cientistas Sociais: Thomas Robert Malthus. Nº 24. São Paulo: Ática, 1982. p.56.

THE WORLD BANK. *Implementation completion and result reports (IBRD 42380) on a loan in the amount of US\$ 55,0 million equivalent to the State of São Paulo for a land management III Project - São Paulo*. p. 19-20; 61-62. Disponível em: <[http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2009/08/10/000333038\\_20090810003013/Rendered/PDF/ICR6760P0064741LIC0disclosed0816191](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2009/08/10/000333038_20090810003013/Rendered/PDF/ICR6760P0064741LIC0disclosed0816191)>. Acesso em 12/12/2012.

TRISTÃO, V. T. V. *Educação ambiental não formal: a experiência das organizações do terceiro setor*. Tese para obtenção do grau de doutorado. Orientador Pedro Roberto Jacobi. Universidade de São Paulo. 2011. 241 p.



# Ecologia e ética na pós-modernidade

Thais Teizen<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – Os problemas do desenvolvimento tecnológico: Sociedade de Risco; 3 – Ecologia; 4 – Necessidade de postura ética; 5 – Ética e proteção do ambiente; 6 – Conclusão; Bibliografia

---

## 1. Introdução

Desde seu surgimento nosso planeta vem sofrendo mudanças de forma contínua. Sabemos que mesmo antes do aparecimento da espécie humana tais mudanças já ocorriam, bastando lembrar que os dinossauros o habitaram na pré-história. A história do homem também é feita de transformação. Muita coisa mudou entre o homem das cavernas e nossos dias. Esse fenômeno de transformação também ocorre na vida dos direitos. Nesse campo, a história do homem civilizado parte da era dos direitos naturais<sup>2</sup> para o reconhecimento de direitos políticos<sup>3</sup> e sociais<sup>4</sup>, nos encontrando agora na era dos direitos digitais.

Contudo, a linha cronológica da vida do planeta, do homem e dos direitos tem padrões distintos. Até a era moderna essa distinção é clara, sendo nítida também a ausência de repercussão das linhas menores sobre a maior. Com a revolução industrial, a globalização, o consumo excessivo e principalmente o desenvolvimento da tecnologia isso começa a

---

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e pela Universidade Católica de Santos. Especialista em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

2 Primeira Geração de Direitos.

3 Direitos de Segunda Geração.

4 Direitos de Terceira Geração.

mudar, de forma a se verificar que a intervenção humana pode interferir no processo natural de evolução do planeta. A evolução tecnológica traz reflexos não apenas na vida do próprio homem, mas no desencadear de seus direitos, sua ética, e sobre o próprio meio, isto é, sobre nosso planeta. Isso ocorre na medida em que se extraem recursos não renováveis numa velocidade crescente, que a poluição aumenta, ou que a engenharia permite o desenvolvimento de venenos para dizimar pragas que trazem efeitos colaterais tão ou mais problemáticos que a própria praga motivadora de sua criação, bem como ante a proliferação descontrolada de armas nucleares e da possibilidade de transformação do código genético de plantas, animais ou micro-organismos por meio da engenharia. Outros tantos exemplos poderiam ser citados, mas o que importa no momento é reconhecer que a partir da modernidade há uma constante e incontrolável intervenção humana em todos os campos.

Ao nos darmos conta que nosso planeta vem sofrendo mudanças em uma velocidade incompatível com seu ciclo natural e que isso ocorre em razão da degradação por nós provocada no meio ambiente, percebemos, também, numa dimensão maior, que o planeta é essencial à sobrevivência humana, não sendo o contrário verdadeiro. Somos forçados então a pensar em nosso futuro, não no futuro próximo de nossa própria geração, mas no futuro na dimensão maior da vida do homem enquanto espécie e do planeta enquanto espaço em que vivemos. Da linha do horizonte espaço-temporal em que nos encontramos podemos ver nossos erros e acertos do passado, mas tememos o futuro.

A tecnologia deu ao homem não apenas o poder de conquistar o mundo, mas de destruí-lo, e, como se isso fosse possível, não uma única vez, mas inúmeras. Isso nos obriga a uma reflexão conjunta e a um agir conjunto. E isso representa uma verdadeira mudança de perspectiva.

Embora com característica gregária e social, o homem viveu até agora sob uma ética individual e de curtíssimo prazo. Agimos de forma individual, ainda que vivendo num mundo globalizado. Kant propôs a adoção da máxima “*age de modo a que possas também querer que tua máxima se torne lei universal*” como regra social. A perpetuação desse modelo numa sociedade essencialmente marcada pelo desenvolvimento tecnológico, no entanto, acena para um futuro não apenas incerto, mas cuja existência começa a ser questionada.

Ora, mas se nosso modelo já não se amolda à nova realidade, que novo padrão é possível propor? Como devemos agir? Como nos tornar menos vulneráveis? Como desse pequeno pedaço do infinito podemos achar o caminho do futuro?

Ainda que sem respostas a todas essas questões, com base em textos bastante conhecidos tanto pelos operadores do direito, quanto pelos interessados na filosofia, especialmente o pensamento de Zygmunt Bauman, e de ideias lançadas por Hans Jonas<sup>5</sup> nos propomos a refletir sobre isso. Algumas ponderações de Maria da Glória F P D Garcia<sup>6</sup> também servirão de bússola a nortear o caminho.

## **2. Os problemas do desenvolvimento tecnológico: sociedade de risco**

Pode-se dizer que até a modernidade o passado serviu como ponto referencial para a ação humana. A experiência vivida norteava a ação no presente, de forma que as escolhas refletiam os acertos e erros desse passado. Assim, o caminho do futuro era traçado com base nessas experiências. Numa sociedade cuja preocupação maior era o indivíduo, cabendo ao Estado uma postura de garantidor de direitos sob um aspecto negativo, isto é, a não ingerência, essa forma de agir se mostrava adequada. Do ponto de vista ético era suficiente que o indivíduo, inserido na sociedade, adotasse o imperativo *kantiano* resumido na máxima já colocada: “*age de modo a que possas também querer que tua máxima se torne lei universal*”.

O desenvolvimento da sociedade de massa, o consumo exacerbado, a globalização e principalmente o desenvolvimento tecnológico põem em xeque esse modelo, eis que a visão do coletivo e do futuro torna-se fator preponderante. Sob a ótica da engrenagem de um sistema pode-se dizer que com a pós-modernidade o agir humano passa a se centrar no desenvolvimento tecnológico, pois ao adquirir o conhecimento tecnoló-

---

5 JONAS, Hans. O Princípio Responsabilidade: *Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*, Ed. PucRio, p.21/103.

6 GARCIA, Maria da Glória F.P.D. O lugar do Direito na Proteção do Ambiente, Ed. Almedina, p. 71/120.

gico se faz uso dele para a solução de problemas existentes. No entanto, dada a incerteza da ciência, a tecnologia que era solução acaba por gerar novos problemas, que serão resolvidos por novas tecnologias, que gerarão novos problemas, que serão solucionados por novas tecnologias, numa cadeia sucessiva. O dilema tecnológico de acreditar que “se você deparar uma dificuldade tecnológica, sempre poderá esperar resolvê-la inventando outro dispositivo tecnológico”, colocado por Max Black, parece confirmar esse círculo vicioso. Em outras palavras, se de um lado a tecnologia permitiu um maior domínio do homem sobre a natureza apresentando soluções para os problemas existentes naquele momento, por outro gerou um sistema fechado, que se autoalimenta, pois quanto mais tecnologia se tem, mais se precisa dela para a solução dos problemas por ela gerados. Esse último pensamento é desenvolvido por Zygmunt Bauman na obra *Ética pós-moderna*.

Z. Bauman, no capítulo intitulado “moral privada, riscos públicos”, nos diz que a reflexão acerca do funcionamento desse sistema se faz necessária, sobretudo ao considerarmos que fazemos uso da regra *kantiana*, embora os riscos tenham se tornado generalizados. O pensar a ética é ainda necessário num tempo em que as fronteiras que separam o domínio do público e do privado perdem seus tradicionais contornos, especialmente porque o desenvolvimento tecnológico e o consumo dissociado da ética expõem a vulnerabilidade a que se sujeita a sociedade. A consciência da finitude dos recursos naturais e a voracidade com que são explorados faz surgir um movimento pela ecologia, mas a ponte que propicia a ligação do movimento ecológico com a manutenção da garantia da dignidade humana e o desenvolvimento tecnológico é feita pela ética e pelo direito.

Diferentemente de nossos antepassados, já não podemos apenas aprender com o passado, pois nos tornamos responsáveis pelo futuro. A reformulação do agir humano em função da ideia de responsabilidade pelo futuro é premente.

Nesse contexto, a ação de cada indivíduo deve considerar o coletivo e o futuro, mas não apenas o futuro do indivíduo, mas da espécie humana. Essa postura exigida de cada membro que compõe o grupo e das políticas de gestão incorpora o conceito de ética da responsabilidade, desenvolvido por Hans Jonas e referida por Bauman. Isso se dá na medida

em que a relação entre o homem e a natureza assume novos contornos, que o futuro e não o passado passa a ser o referencial, que a previsão de perigo e o medo levam o homem a refletir sobre que sociedade quer e como deve se comportar. Tal contexto abre espaço para um questionamento ético, cuja resposta aponta para a sedimentação da ética da responsabilidade.

Hans Jonas diz que “*a justificativa de tal ética, que não mais se restringe ao terreno imediatamente intersubjetivo da contemporaneidade, deve estender-se até a metafísica, pois ela permite que se pergunte por que, afinal, homens devem estar no mundo: portanto, por que o imperativo incondicional destina-se a assegurar-lhes a existência no futuro. A aventura da tecnologia impõe, com seus riscos extremos, o risco da reflexão extrema*”.

Acendamos então a chama dessa reflexão a partir da análise do funcionamento da sociedade de riscos.

Alguns anos após Hans Jonas<sup>7</sup> propor a reformulação do agir humano em função da ideia de responsabilidade pelo futuro, onde a ética tradicional é substituída pela ética do futuro, Ulrich Beck<sup>8</sup> volta à questão da necessidade de uma nova ética ao descrever os problemas da Sociedade de Risco.

Diferentemente das formas de sociedades anteriores, onde os riscos existem, mas não fazem parte do projeto, na sociedade de risco (ou tecnológica) o risco integra o próprio negócio, isto é, ele é ínsito ao projeto. Esse fato é constatado por U. Beck na obra *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. O autor, impactado pelo acidente nuclear de Chernobyl, ressalta que, se até a modernidade era possível visualizar fronteiras (reais e simbólicas) de perigo, na sociedade de risco a violência do perigo suprime todas as zonas de proteção e todas as diferenciações, sendo o risco inerente ao próprio desenvolvimento tecnológico. Beck pondera que a incerteza própria do conhecimento científico/tecnológico, associada ao acúmulo de “progresso” tecnológico, representa uma ameaça, um perigo à sociedade. Nesse novo tipo de sociedade, a lógica da produção

---

7 A obra acerca do Princípio da Responsabilidade é de 1979.

8 A obra *Sociedade de Risco* é de 1986.



e distribuição de riqueza, própria do capitalismo, é substituída pela lógica da distribuição de riscos. Diferentemente da primeira, no entanto, a distribuição de riscos não ameaça apenas os que a produziram; ao contrário, ela retira as zonas de conforto e ameaça todos indistintamente, não observando limitações geográficas ou grupos. As ameaças na sociedade de risco têm *“uma tendência globalizante que tanto se estende à produção e reprodução como atravessa fronteiras nacionais e, nesse sentido, com um novo tipo de dinâmica social e política (...), faz surgir ameaças globais supranacionais e independentes de classe.”*<sup>9</sup> Beck salienta que nesse sentido a sociedade de risco produz novas oposições e um novo tipo de solidariedade diante da ameaça. O autor pondera que *“na medida em que as ameaças da modernização se acentuam e generalizam, revogando, portanto, as zonas residuais de imunidade, a sociedade de risco (em contraposição à sociedade de classes) desenvolve uma tendência à unificação objetiva das suscetibilidades em situações de ameaça global.”* (fls. 57) E enquanto a sociedade de classes almeja a igualdade de oportunidade, a sociedade de risco busca a segurança, não se tratando de buscar algo positivo, mas de evitar o negativo. No dizer do autor, já não se trata de compartilhar o bolo, mas de se evitar o veneno.

Chamando a atenção para a globalização dos riscos, Beck alerta que, como um bumerangue, cedo ou tarde, os riscos acabam alcançando inclusive aqueles que o produziram ou lucraram com eles. Fazendo um contraponto entre a pobreza e os riscos tecnológicos da pós-modernidade, o autor assevera que *“a miséria pode ser segregada, mas não os perigos da era nuclear”*, bem como que *“a miséria é hierárquica, o smog é democrático.”* No entanto, o próprio autor pondera que as indústrias de riscos particularmente elevados são transferidas para países de periferia, com mão de obra barata, existindo um espécie de “força de atração” entre pobreza extrema e riscos extremos. A população dos países desenvolvidos pode conscientemente se recusar à exposição exagerada a riscos. A população dos países subdesenvolvidos, diversamente, tem a difícil escolha entre morrer de fome, algo iminente e visível, ou se sujeitar aos riscos inerentes ao desenvolvimento tecnológico não visíveis, ainda que reais e graves.

---

9 Página 16 da obra referida.

Nesse contexto, Ulrich Beck expõe a necessidade de uma ética nova, reflexiva, baseada no princípio de dever de cada um para consigo mesmo, mas fora do plano narcísico. A busca duma outra forma de agir tem um enfoque no agir cotidiano. Diferentemente da ética tradicional, a ética nova por ele proposta traz uma preocupação individual e social, simultaneamente. Caberia à sociedade, num pensamento reflexivo, questionar o desenvolvimento que promove, conscientizando-se de que não pode continuar a ser uma ameaça. A proposta é de que cada um, enquanto cidadão, e de todos, no conjunto, tornarem a *dúvida sistemática* no princípio do discurso científico. Dúvida do que se ignora e não apenas do que se conhece. Essa dúvida sistemática, portanto, ultrapassaria o campo da investigação científica, para se tornar princípio ético do agir social. O questionamento das consequências do agir coloca limites à ação.

Zygmunt Bauman, por sua vez, sustenta que o agir humano na sociedade pós-moderna é centrado no desenvolvimento tecnológico, pois ao possuir conhecimento tecnológico, faço uso dele para resolver problemas. Como engrenagem de um sistema de cadeias sucessivas, no entanto, a tecnologia que era solução acaba por gerar novos problemas, que serão resolvidos por novas tecnologias, que, por sua vez, gerarão novos problemas, que serão solucionados por novas tecnologias, como num círculo vicioso. O “primeiro dever” de qualquer ética futura, portanto, há de ser visualizar o efeito de longo termo de empreendimento tecnológico. A ética do futuro difere da atual prática ordinária de administração de crise. O autor enfatiza que ela deve tratar do que ainda não aconteceu, de um futuro que é endemicamente reino da incerteza e campo de jogo de enredos conflitivos.

Em síntese, pode-se dizer que quando a promessa de solução se transforma em ameaça, o medo e a previsão de perigo passam a exigir prudência no uso do conhecimento<sup>10</sup>. Essa preocupação ética, no entanto, comumente ultrapassa o terreno do desenvolvimento tecnológico-econômico, associando-se à questão ambiental.

---

10 Esse pensamento é desenvolvido por Hans Jonas e referido por Zygmunt Bauman.

### 3. Ecologia

A conjugação dos fenômenos da industrialização, do desenvolvimento tecnológico, da sociedade de massa e do consumo excessivo altera de forma assustadora o cenário do planeta. Por força da intervenção humana experimentamos simultaneamente a ameaça de esgotamento de recursos naturais não renováveis, o envenenamento de rios, o surgimento de zonas mortas, o desmatamento, o risco de extinção de espécies, a diminuição da camada de ozônio, mudanças climáticas<sup>11</sup>, o surgimento de novas doenças<sup>12</sup>, além de outros problemas que afetam o próprio homem. A intervenção nos ciclos naturais alterando os *habitats* naturais também ameaça a biodiversidade.

A consciência desses problemas traz também a preocupação de seu enfrentamento, propiciando o crescente interesse pela ecologia. O termo ecologia, enquanto ciência que estuda o *oikos*, isto é, o lugar que se habita, parece ter sido utilizado pela primeira vez por um discípulo de Darwin, Ernst Haeckel, mas foi a partir das denúncias de Rachel Carson, autora de *Primavera Silenciosa*, que a importância do tema ganha vulto. No final do século XX se torna claro que as decisões, individuais e coletivas, repercutem sobre a vida no planeta e que de uma forma ou de outra nos tornamos responsáveis pelo futuro, o que não apenas propiciou a difusão de uma cultura ecológica, mas a formulação de instrumentos de ação, utilização de energias alternativas, reciclagem, tratamento de lixo tóxico ou não, etc.

Essa cultura ecológica, no entanto, também deve ter consciência que precisa conviver com o progresso, não podendo pretender estancar o desenvolvimento econômico, sobretudo na sociedade capitalista. A criação de selos verdes relativos ao processo de produção e/ou de composição do produto, a valorização de produtos orgânicos, a venda de crédito de carbono e outros mecanismos que enfatizam a importância do meio ambiente demonstram que é possível trazer as preocupações ecológicas para dentro do sistema capitalista em lugar da confrontação de interesses com eliminação do de menor preponderância. Nesse sentido, fica

11 Hoje discutível se ocorridas por força da intervenção humana.

12 Como a síndrome da “vaca louca” surgida na Inglaterra.

cada vez mais clara a noção de que o desenvolvimento econômico e social deve estar atrelado à preocupação com a manutenção da diversidade biológica. Em nossos tempos, a busca por um desenvolvimento sustentável, com o equilíbrio entre a atividade econômica, o bem-estar social e a preservação da natureza, assumiu vulto de meta global.

O meio jurídico, tanto nos ordenamentos internos quanto no âmbito internacional, absorveu essa preocupação, incorporando normas e princípios que buscam assegurar a preservação ambiental em benefício da saúde e qualidade de vida da presente geração e das futuras. Dentre os vários instrumentos jurídicos criados sob esse propósito, ganha destaque o intitulado Princípio da Precaução – princípio de direito ambiental que regula a adoção de medidas de proteção ao meio ambiente em casos envolvendo ausência de certeza científica e ameaças de danos sérios ou irreversíveis.

Os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, proibição de retrocesso, transparência, proibição do arbítrio e eficiência, igualmente são invocados pelo movimento ecológico na solução de conflitos. Os ambientalistas, especialmente no enfrentamento do dilema tecnológico, buscam constantemente a aplicação do princípio da precaução, associando-o aos demais princípios quando necessário.

O Estado, nessas circunstâncias, se vê obrigado a atuar de forma positiva, assumindo um papel regulador e fiscalizador. Na questão dos transgênicos fica evidente a existência de diversas questões e diferentes conflitos de interesse. Se de um lado os organismos geneticamente modificados são a promessa de solução de problemas como a fome; por outro lado, representam uma ameaça porque não conhecemos todas as consequências de sua utilização e não temos tecnologia para solucionar eventuais problemas decorrentes dessa utilização. A evolução tecnológica, como já referido, é, ao mesmo tempo, solução e problema.

As ponderações até aqui colocadas indicam que a preocupação com um futuro se tornou uma constante. Antigas questões acerca da relação de dominação entre o homem e a natureza cederam espaço para uma nova perspectiva onde a sobrevivência da humanidade exige sua inserção ao ambiente.

#### 4. Necessidade de postura ética

Gilberto Dupas assevera que “*diante de uma humanidade cada vez mais frágil e perecível, ameaçada progressivamente pelos poderes do homem – que se tornou perigoso para si mesmo, constituindo agora seu próprio risco absoluto –, a espécie humana dependerá cada vez mais dos contratos de longo prazo que souber fazer com seu futuro.*” Esses acordos, como se verá adiante, encontram fundamento na ética, embora não na ética individual resumida no imperativo kantiano “*age de modo a que possas também querer que tua máxima se torne lei universal.*”

Para explicar a dificuldade da moral privada responder a uma sociedade em que riscos tornaram-se públicos, e o agir humano está intrinsecamente ligado ao desenvolvimento tecnológico, Zygmunt Bauman analisa a heurística do medo de Hans Jonas, começando por se referir ao dilema tecnológico. Zygmunt Bauman diz que só a tecnologia pode “melhorar” a tecnologia, curando doenças de ontem com drogas maravilhosas de hoje, antes que seus efeitos colaterais se interponham amanhã e exijam drogas novas e melhoradas. A tecnologia, portanto, produz um círculo vicioso decorrente do dilema tecnológico, isto é, ela se autoalimenta, gerando um sistema fechado que acaba por criar sua própria legitimação. Nesse sentido, são os meios que justificam os fins<sup>13</sup>. A finalidade do progresso moderno, segundo Bauman, não é fazer isso ou aquilo, mas aumentar a capacidade de fazer o que quer que seja. Os resultados são valiosos porque existe o *know-how*. Há, na verdade, uma independência dos meios dos fins, ou mesmo a soberania daqueles sobre estes<sup>14</sup>. A razão ideológica dessa sociedade é a busca de melhoria. A tecnologia sempre vê o mundo como uma coleção de fragmentos e sempre seleciona um dos fragmentos de cada vez para focalizá-lo de perto. Segundo explica o autor, “*o resultado global da ordenação localizada não*

13 Maquiavel defendia a ideia de que na política os fins justificam os meios. Para Bauman, na sociedade tecnológica os meios se libertaram dos fins, não havendo uma relação direta entre eles.

14 Para explicar, Bauman exemplifica dizendo: “Tens carro, podes viajar”. A destinação não é nada, é o ter carro que importa. É estar em posição para tratar todos os lugares como destinos que conta – e a única coisa que conta.

*pode ser nenhum outro que a desordem global. As ordens localizadas são tiradas de equilíbrio com o resto; melhoria localizada às vezes supera os efeitos colaterais da nova falta de balanceamento.*” Os seres humanos não fogem a essa fragmentação. Jacques Ellul, citado por Bauman, lembra que “toda técnica humana tem sua esfera circunscrita de ação, e nenhuma delas cobre o homem inteiro”<sup>15</sup>.

Assim, sendo a tecnologia a fragmentação, inclusive da vida numa sucessão de problemas, do *eu* num conjunto de facetas geradoras de problemas (cada um exigindo técnicas separadas e corpos separados de conhecimento especializado), o *eu* moral também se torna vítima da tecnologia, não sobrevivendo à fragmentação. Há um espaço para o empreendedor e para o jogador, mas nenhum para o sujeito moral. O sujeito não age como “pessoa total”, apenas como portador momentâneo de um dos muitos “problemas” que pontuam sua vida. Mesmo ao se dedicarem a causas coletivas, os sujeitos não agem sobre o mundo como *totalidade*, já que os movimentos sociais também elegem temas e tarefas, agindo de forma fragmentada. Nesse diapasão, a moral também é atingida pela fragmentação. As normas éticas, como regra, são substituídas por padrões de eficiência e a responsabilidade moral por procedimento técnico.

Diante desse quadro, Z. Bauman conclui que, diversamente da concepção da modernidade como a primeira civilização universal, ela se mostra uma civilização inadequada para a universalização, sendo, por natureza, uma forma insular de vida. A tônica da sociedade contemporânea não está na lei e na justiça objetiva que a embasa, mas nos indivíduos que a constituem.

Lembrando Hans Jonas, o autor aponta para a contradição entre o que *deve* e o que *pode* fazer a moralidade sob as condições de excessiva modernização, dizendo que a moralidade que herdamos dos tempos pré-modernos é uma moralidade de proximidade e, como tal, inadequada.

---

15 Bauman diz que as técnicas podem visar o fígado, e depois o que quer que aconteça com os rins não será senão efeito colateral. Ou elas podem visar eliciar mais auto afirmação, e depois o que quer que aconteça com o regime de deveres paternos é efeito colateral. Nas lentes da tecnologia, os homens aparecem como conjunção de um “problema” em foco nítido e uma área vasta ainda que estreita de efeitos colaterais que se alastram fora do foco.

O universo ético daquele período é composto de contemporâneos e vizinhos, o que não ocorre nos dias atuais. A tecnologia moderna alterou esse cenário. O significado ético de nossas ações atinge agora patamares nunca antes alcançados, mas não surgiram paralelamente instrumentos ou ferramentas morais para assimilar e controlar os poderes decorrentes dessa tecnologia. As responsabilidades morais não vão além das obrigações contratuais.

Mas o que deve então ser feito? Z. Bauman coloca que a primeira coisa a ser considerada são os perigos da independência entre os fins e os meios. Tais perigos representam, como anteriormente exposto, uma ameaça não apenas às pessoas presentes ou distantes no espaço, mas também às gerações futuras. Se nas relações contratuais estávamos diante de direitos e deveres, diante das gerações futuras não existe essa reciprocidade que permite o consenso dos agentes. Não há possibilidade de reversão de papéis. Somos atores, sujeitos agentes, enquanto a geração futura recebe as consequências de nossas ações. Tenho deveres para com a geração futura, que, por sua vez, também deverá deixar condições de uma vida autêntica para as futuras gerações. Há *dever* sem correspondente *direito*. Essa ausência de reciprocidade entre direitos e deveres demonstra a inadequação da ética que liga responsabilidade com reciprocidade.

A ética que se impõe para que o direito das gerações futuras seja respeitado, portanto, é uma ética baseada na autolimitação. A tarefa de visualizar as consequências de minha ação ou de minha inação, bem como a de podar a ação na medida dessas consequências é a resposta moral exigida. Sou moralmente responsável, inclusive por minha ignorância, portanto, por não conhecer os efeitos da tecnologia empregada. O reconhecimento da ignorância passa a ser uma obrigação do saber e, em si mesmo, esse reconhecimento torna-se parte da ética do futuro. O dever de visualizar o impacto futuro da ação subordina-a ao princípio da incerteza e à precaução. Em outras palavras, pode-se dizer que o conceito de responsabilidade respeita à determinação do que se deve fazer e não à avaliação dos efeitos do fazer, diz respeito àquilo que a ação reivindica e não ao cálculo das consequências da ação. Mais uma vez citando Hans Jonas, Z. Bauman assevera que “*para uma heurística nascida do perigo e sempre cumulando perigos, a primeira urgência é*

*necessariamente uma ética de preservação e prevenção, e não uma ética de progresso e perfeição*<sup>16</sup>.

O imperativo ético proposto por Hans Jonas é resumido na máxima: *“age de modo que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com uma vida autenticamente humana na terra.”*

Enquanto a proposta *kantiana* é por essência dirigida ao indivíduo e possui um critério instantâneo, a ética proposta por H. Jonas, além de colocar a responsabilidade como cerne da questão, abarca o futuro e apela à universalização da ação ética, isto é, apela a ações individuais integradas coletivamente, posto que seu êxito se torna possível apenas no plano da referência universal.

## 5. Ética e proteção do ambiente

Ora, se o desenvolvimento tecnológico aumentou as probabilidades de risco, espalhando-o de forma disseminada, então também a ação sobre tal estado de coisas só tenderá a preservar a integralidade de vida na Terra, em seus diferentes ciclos, na medida em que a ação for coletiva, tanto em razão da amplitude da ação quanto em razão da dimensão dos efeitos desse agir.

Nas palavras de Maria da Glória F.P.D. Garcia: *“Na natureza em que o homem se integra e onde procura preservar a essência da sua vida, tudo depende de tudo, o agir ético se tem de assumir num campo vasto. Como que a Terra, a sua totalidade planetária, entra na consciência da causalidade pessoal e interfere, através de seus critérios éticos, de respeito pela vida humana entendida nos termos definidos, nas decisões do quotidiano”*<sup>17</sup>.

Para a proteção ambiental deve o Estado, pressionado pela coletividade, assumir uma postura ativa e orientar o agir coletivo, como forma de reforçar a postura ética da sociedade. Nesse sentido é de se observar que a Constituição brasileira consagra direitos de terceira geração, dando o terreno para que a semente seja plantada. O STF como guardião da

16 Hans Jonas.

17 GARCIA, Maria da Glória F.P.D. O Lugar do Direito na Proteção do Ambiente, Ed. Almedina, Coimbra, 2007, p. 81.



Constituição e na salvaguarda desses direitos assevera que “O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.” (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995.) No mesmo sentido: RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-1995, Primeira Turma, DJ de 22-9-1995.

Em outro julgado de relatoria do mesmo ministro, o STF sustentou que “O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.” (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006.)

Sem dúvida, o capítulo VI da Constituição Federal, que trata do Meio Ambiente, e mais especificamente o artigo 225 de nossa constituição propicia um olhar futuro, próprio do Princípio Responsabilidade,

tornando-nos responsáveis pelas gerações futuras. Sua redação é a seguinte, colecionando-se na sequência alguns julgados importantes relacionados à questão ambiental.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A questão relativa à importação de pneus usados e o julgado da ADPF 101:

“O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Presidente da República, e declarou inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí insertos os remoldados. Ficaram ressalvados os provimentos judiciais transitados em julgado, com teor já executado e objeto completamente exaurido (...).” (ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-6-2009, Plenário, *Informativo* 552). “A relatora, ao iniciar o exame de mérito, salientou que, na espécie em causa, se poria, de um lado, a proteção aos preceitos fundamentais relativos ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cujo descumprimento estaria a ocorrer por decisões judiciais conflitantes; e, de outro, o desenvolvimento econômico sustentável, no qual se abrigaria, na compreensão de alguns, a importação de pneus usados para o seu aproveitamento como matéria-prima, utilizada por várias empresas que gerariam empregos diretos e indiretos. (...) Na sequência, a Min. Cármen Lúcia deixou consignado histórico sobre a utilização do pneu e estudos sobre os procedimentos de sua reciclagem, que demonstraram as graves consequências geradas por estes na saúde das populações e nas condições ambientais, em absoluto desatendimento às diretrizes constitucionais que se voltam exatamente ao contrário, ou seja, ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Asseverou que, se há mais benefícios financeiros no aproveitamento de resíduos na produção do asfalto borracha ou na indústria cimenteira, haveria de se ter em conta que o preço industrial a menor não poderia se converter em preço social a maior, a ser pago com a saúde das pessoas e com a contaminação do

meio ambiente. Fez ampla consideração sobre o direito ao meio ambiente – salientando a observância do princípio da precaução pelas medidas impostas nas normas brasileiras apontadas como descumpridas pelas decisões ora impugnadas –, e o direito à saúde. (...) A relatora, tendo em conta o que exposto e, dentre outros, a dificuldade na decomposição dos elementos que compõem o pneu e de seu armazenamento, os problemas que advêm com sua incineração, o alto índice de propagação de doenças, como a dengue, decorrente do acúmulo de pneus descartados ou armazenados a céu aberto, o aumento do passivo ambiental – principalmente em face do fato de que os pneus usados importados têm taxa de aproveitamento para fins de recauchutagem de apenas 40%, constituindo o resto matéria inservível, ou seja, lixo ambiental –, considerou demonstrado o risco da segurança interna, compreendida não somente nas agressões ao meio ambiente que podem ocorrer, mas também à saúde pública, e inviável, por conseguinte, a importação de pneus usados. (...) Concluiu que, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais revelaria que as decisões que autorizaram a importação de pneus usados ou remoldados teriam afrontado os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225, todos da CF.” (ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 11-3-2009, Plenário, *Informativo* 538.)

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

O cadastramento do produto agrotóxico e outros biocidas e o AI 158.479-AgR:

“O Plenário desta Corte, ao julgar a Rp 1.153/RS, não julgou inconstitucional o art. 1º da Lei 7.742/1982, que condiciona a prévio cadastramento do produto agrotóxico e outros biocidas no Departamento do Meio Ambiente da Secretaria Estadual de Saúde e do Meio Ambiente a comercialização no território do Estado do Rio Grande do Sul.” (AI 158.479-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 13-2-1996, Segunda Turma, DJ de 26-4-1996.)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

## 6. Conclusão

O desenvolvimento do tema nos permite concluir que a ética *kantiana* “*age de modo a que possas também querer que tua máxima se torne lei universal*” já não responde de forma satisfatória à era “pós-moderna”. O desenvolvimento tecnológico e a incerteza científica colocaram em xeque o axioma por não abarcar a questão da tecnologia e o dilema por ela trazido. Em seu lugar, Hans Jonas propõe a adoção de um novo paradigma resumido pelo axioma “*age de modo que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com uma vida autenticamente humana na terra.*”

Resumidamente podemos dizer que a adoção da ética proposta por Hans Jonas tem dupla vantagem, na medida em que (1) coloca o princípio Responsabilidade como vetor de qualquer ação, de forma que o futuro passa a ser o referencial de ação; e (2) apela à universalização da ação ética, com ações individuais integradas coletivamente. Essa mudança de perspectiva, sem dúvida, mostra-se mais adequada que a visão Kantiana, por essência dirigida ao indivíduo e com um critério instantâneo.

Ora, se hoje é o futuro, e não mais o passado, que serve de fundamento ao agir humano e se o questionamento ético (ou a necessidade de uma nova ética que responda aos problemas enfrentados pela pós-modernidade) é feito a partir dessa alteração do ponto referencial e da noção de que o homem tornou-se uma ameaça à sua própria permanência enquanto espécie, cabe a cada um, enquanto parte do todo, refletir sobre o que a sociedade quer e como deve se comportar, para, a partir de então, direcionar suas ações de forma a garantir que as gerações futuras também possam usufruir o ambiente por nós ocupado. Nesse sentido, a tarefa de visualizar as consequências de nossas ações ou de nossa inação e de podar a ação na medida dessas consequências é a resposta moral exigida, cabendo a cada um fazer a sua parte, eis que somos moralmente responsáveis até por nossa ignorância.

O ordenamento jurídico brasileiro fornece o terreno para que a semente seja plantada, na medida em que nossa constituição preceitua que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

## **Bibliografia**

BECK, Ulrich. Sociedade de Risco – *Rumo a uma outra modernidade*, tradução de Sebastião Nascimento, ed. 34, São Paulo, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. Ética pós-moderna, tradução de João Rezende Costa, Ed. Paulus, São Paulo, 1997.

\_\_\_\_\_ - A sociedade individualizada – *Vidas contadas e histórias vividas*, tradução de José Gradel, ed. Zahar, Rio de Janeiro, 2008.

GARCIA, Maria da Glória F.P.D. O Lugar do Direito na Proteção do Ambiente, Ed. Almedina, Coimbra, 2007.

JONAS, Hans. O princípio Responsabilidade – *Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*, tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez, Ed. Contraponto – PUC Rio.



# O regime próprio de previdência dos militares e a inclusão do companheiro homossexual como pensionista: os reflexos da jurisprudência do STF sobre a legislação bandeirante

Eduardo Walmsley Soares Carneiro<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – Evolução do tema; 3 – Decisão do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado; Bibliografia

---

## 1. Introdução

O tema aqui proposto encerra questão das mais palpitantes na atualidade, uma vez que indaga a viabilidade de, nos moldes da legislação previdenciária militar, inscrever companheiro(a) de uma união homossexual no benefício previdenciário instituído pelo óbito do outro consorte.

Antes de qualquer divagação teórica, afigura-se oportuno apresentar como a matéria vem sendo conduzida no Estado de São Paulo. Nesse ponto, é de se destacar a disciplina prevista na Lei estadual nº 452/74, a partir das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 1.013/2007:

*“Artigo 8º – São dependentes do militar, para fins de recebimento de pensão:*

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).



*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 § 3º deste artigo.” (g.n.)*

A norma em destaque, ao que se vê, não admitiu expressamente a figura do companheiro homossexual como pretendo dependente do segurado militar. É possível ainda argumentar que tal exclusão se deu de maneira consciente, senão deliberada.

Ora, remonta aos tempos do Império o tratamento opressor e excludente dispensado aos indivíduos que se relacionam com outros do mesmo sexo. A bem da verdade, se revisitarmos a legislação que Portugal impôs ao Brasil em nosso período colonial, fácil se percebe a maneira cruel e impiedosa com que as autoridades da Coroa perseguiram e reprimiram os homossexuais<sup>2</sup>.

Ainda sob os influxos dessa tradição ortodoxa, a legislação brasileira não conseguiu se desvencilhar, por completo, da eiva do preconceito e da discriminação. Desponta, nesse tema, o art. 235<sup>3</sup>, do Código

2 No afã de promover uma retrospectiva histórica sobre o tema, o Min. Celso de Mello transcreveu, no seu voto, proferido no julgamento da ADI 4277, trechos da dissertação de mestrado de VERONICA DE JESUS GOMES, que bem sistematiza a questão: “As ‘Ordenações’ do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas, incluindo a morte, como já assinalavam, no século XV, as ‘Ordenações Afonsinas’. A pena capital foi confirmada pelas leis posteriores, quando houve melhor sistematização e recrudescimento das regras penais. As ‘Ordenações Manuelinas’ (1514/1521) mantiveram a fogueira para os transgressores, equipararam o crime de sodomia ao de lesa-majestade, ou seja, quem cometesse um ato sodomítico sofreria as mesmas sanções de quem traísse a pessoa do rei ou o seu real estado, declarando que ‘todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos [...], assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor.’” (Vício dos Clérigos: a sodomia nas malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa, Niterói, UFF, 2010).

3 Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/69). “*Pederastia ou outro ato de libidinagem Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: (...)*”

Penal Militar, que pune, com pena de prisão, a prática de relações homossexuais *intramuros*.

Sobre esse pano de fundo fora redigida a recente legislação previdenciária dos militares. Era de se imaginar, portanto, que esse corpo de normas não contemplasse a figura do companheiro do mesmo sexo.

Embora nascidas no mesmo átimo, as Leis Complementares n<sup>os</sup> 1.012/2007 e 1.013/2007<sup>4</sup>, nesse ponto, em muito se diferenciam. A legislação que cuida do regime previdenciário dos servidores civis possui dispositivo próprio para a habilitação do companheiro do mesmo sexo: o art. 147, inc. II<sup>5</sup>. Não há paralelo, todavia, na LC n<sup>o</sup> 1.013/2007.

Essa circunstância não constitui óbice à habilitação na seara militar. Vejamos o porquê.

## 2. Evolução do tema

Aos poucos, o que se vê é a consolidação de uma cultura capaz de aceitar a diversidade. Essa atmosfera, como não podia deixar de ser, acaba por contaminar também as instituições públicas. Já não são poucas as manifestações do Estado admitindo, para os mais diversos fins, a união entre pessoas do mesmo sexo.

Diante da delimitação proposta neste estudo e em razão da transcendência do tema, há de se perquirir as repercussões desse reconhecimento no âmbito previdenciário. Inicia-se, portanto, por fazer menção à Ação Civil Pública n<sup>o</sup> 2000.71.00.009347-0 ajuizada pelo Ministério Público Federal, no Rio Grande do Sul, em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Nela, o autor público buscou compelir a entidade-ré a admitir o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial da mesma classe dos heterossexuais (art. 16, I, da Lei federal n<sup>o</sup> 8.213/91), para fins de concessão de benefícios previdenciários, deferindo os de pensão por morte e auxílio-reclusão a eles relacionados.

---

4 Normas que introduziram severas modificações nos regimes próprios de previdência do Estado de São Paulo.

5 Lei Complementar n<sup>o</sup> 1.012/2007. “Artigo 147 - São dependentes do servidor, para fins de recebimento de pensão: (...) II - o companheiro ou a companheira, na constância da união homoafetiva;”

Julgada procedente a demanda em primeira instância, o feito seguiu para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, onde mais uma vez fora acolhido pelo órgão colegiado<sup>6</sup>. Não obstante a Autarquia previdenciária federal tenha interposto, contra esta decisão, os recursos especial e extraordinário, em recente consulta realizada nos sítios do STJ e do STF, sobressai, em ambos, a petição de desistência apresentada pelo INSS, culminando na extinção das pretensões recursais e tornando válida a respectiva decisão emanada por aquele Tribunal federal.

A reboque dessa decisão, surgiram, no país, um sem-número de demandas com o mesmo escopo. Os seus efeitos, todavia, não ficaram circunscritos ao Poder Judiciário nacional. Na verdade, a própria Administração Federal empenhou-se em disciplinar os procedimentos para a

6 Ao final, ficou assim ementado o acórdão:

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. (...)”

5. O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição. 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.”

concessão dos benefícios previdenciários pleiteados por casais do mesmo sexo. Nessa toada, fora editada a *Instrução Normativa INSS/DC n° 25*, de 07 de junho de 2000<sup>7</sup>, substituída, em seguida, pela *Instrução Normativa INSS/PRES n° 45*, de 06 de agosto de 2010<sup>8</sup>.

Mais recentemente, foi publicada a Portaria MPS n° 513, de 09 de dezembro de 2010, por meio da qual o respectivo Ministro de Estado resolveu, no campo de suas atribuições, pôr fim às discussões sobre o tema, firmando o posicionamento de que “no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, os dispositivos da Lei n° 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo”.

### 3. Decisão do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado

Fica claro, entretantes, que a despeito de inexistir, a princípio, normatização expressa, a postura da União em relação ao assunto tem sido de crescente reconhecimento<sup>9</sup>. A meu ver, essa diretriz também deve ser perseguida no âmbito do Estado de São Paulo, mais propriamente no que toca aos contribuintes militares.

7 IN INSS/DC n° 25/2000. “Art. 2° - A pensão por morte e o auxílio-reclusão requeridos por companheiro ou companheira homossexual, reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC n° 20, de 18.05.2000”.

8 IN INSS/PRES n° 45/2010. “Art. 25. Por força da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública n° 2000.71.00.009347-0, o companheiro ou a companheira do mesmo sexo de segurado inscrito no RGPS integra o rol dos dependentes e, desde que comprovada a vida em comum, concorre, para fins de pensão por morte e de auxílio-reclusão, com os dependentes preferenciais de que trata o inciso I do art. 16 da Lei n° 8.213, de 1991, para óbito ou reclusão ocorridos a partir de 5 de abril de 1991, conforme o disposto no art. 145 do mesmo diploma legal, revogado pela MP n° 2.187-13, de 2001.”

9 Além das situações já mencionadas, nitidamente previdenciárias, a título de ilustração, convém anotar que a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN equipararam a união homoafetiva às uniões estáveis em geral, respectivamente em matéria de planos e seguros de saúde e de dedução de dependente da base cálculo do imposto sobre a renda. No ponto, cf. Súmula Normativa ANS n° 12: “*Para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo*”; e Parecer PGFN/CAT/N° 1503/2010, de 19 de julho de 2010, já aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda (DJ 9 ago. 2010), em que se conclui “*as relações homoafetivas, à míngua de previsão explícita na legislação tributária, não podem ser tratadas como união de vida de 2ª categoria para efeitos fiscais. Não implica isso extravagância ou juízo de inconstitucionalidade, mas compreensão da lei tributária conforme a Constituição, dando-lhe sentido compatível com a norma fundamental*”.

O debate chegou a seu ápice, há pouco, com a emblemática manifestação do Supremo Tribunal Federal. O tema fora incitado pelo Governador do Rio de Janeiro, por meio da ADPF n° 132, e também pela Procuradoria Geral da República, através da ADI n° 4.277, nas quais os legitimados pretendiam, em linhas gerais, conferir *interpretação conforme* ao art. 1.723<sup>10</sup>, do Código Civil, bem como a dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, a fim de estender-se o regime jurídico das uniões estáveis às relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo.

Preambularmente, o STF tem demonstrado plena consciência do papel contramajoritário que lhe incumbe, na proteção dos direitos fundamentais das minorias em face da ação da maioria. É indiscutível que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório, inclusive nas instâncias governamentais, mas não se mostra coerente, dentro de uma democracia constitucional, ao menos no seu viés material, a supressão dos direitos fundamentais exercitáveis pela parcela minoritária da sociedade<sup>11</sup>.

Nessa tarefa, o Supremo incluiu a proteção dos casais homossexuais, buscando na interpretação das normas constitucionais o abrigo da respeitosa convivência dos contrários.

Independentemente da teoria a que se vincula o intérprete, seja ela a subjetiva (ou da vontade) ou a objetiva (ou da exploração do

10 Código Civil Brasileiro (Lei federal n° 10.406/2002). “Art. 1.723. *É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*”.

11 Atento a esses meandros, ponderou o Min. Celso de Mello, em seu voto: “**Examino, agora**, Senhor Presidente, **tema** que, *intimamente associado* ao presente debate constitucional, **concerne** ao *relevantíssimo* papel que incumbe ao Supremo Tribunal Federal desempenhar **no plano** da *jurisdição das liberdades*: o de órgão **investido** do poder e da responsabilidade institucional de **proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra** omissões que, **imputáveis aos grupos majoritários**, tornem-se lesivas, **em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem os efeitos perversos** do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. (...) **A opção** do legislador constituinte *pela concepção democrática* do Estado de Direito **não pode esgotar-se** numa simples proclamação retórica. (...) **Desse modo, e para que** o regime democrático *não se reduza* a uma categoria político-jurídica *meramente conceitual ou simplesmente formal*, **torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente** em sede jurisdicional, *quando tal se impuser*, a **plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo**, os direitos fundamentais **que a todos, sem distinção**, são assegurados.” (grifos no original).

sentido da lei)<sup>12</sup>, toda a atividade hermenêutica é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve as nuances da lei e o imaginário social.

Buscou, nesse sentido, o Min. Relator Carlos Ayres Britto, em seu voto vencedor, não apenas descobrir a solução que estaria abstratamente contida nas disposições constitucionais. Foi além. Permeado por influências de outros subsistemas sociais, que não só o do direito, buscou apresentar soluções jurídicas e fazer escolhas fundamentadas.

De início, absorto no dispositivo que enumera os objetivos fundamentais da República<sup>13</sup>, o i. magistrado dele extrai a certeza de que a Constituição Federal proíbe, categoricamente, o preconceito em razão do sexo (ou da natural diferença entre o homem e a mulher – enfatiza), da idade, da cor da pele e da raça. Conclui, então, que “*nenhum desses fatores acidentais ou fortuito se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja*”.

Ademais, o signatário daquele voto identifica na Carta um *intencional silêncio* no que toca à disposição da sexualidade por cada um. Em outras palavras, a “*Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre-arbítrio de cada pessoa, pois o silêncio norma-*

---

12 A respeito do tema, anota o jusfilósofo alemão Karl Larenz:

“*A cada uma destas teorias subjaz uma parte da verdade; por isso, nenhuma delas pode ser aceite sem limitações. A verdade da teoria subjectivista é que a lei jurídica, ao invés da lei natural, é feita por homens e para homens, é expressão de uma vontade dirigida à criação de uma ordem tanto quanto possível justa e adequada às necessidades da sociedade. Por detrás da lei está uma determinada intenção reguladora, estão valorações, aspirações e reflexões substantivas, que nela acharam expressão mais ou menos clara. (...) Mas isto não é tudo. A verdade da teoria objectivista é que uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma acção que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido e dá resposta a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, deste modo, das ideias dos seus autores. Neste ponto o que acontece com a lei não é diferente do que sucede com as outras obras de espírito. A lei que está a ser aplicada pertence ao estrato do espírito objectivo (no sentido da teoria dos estratos de Nicolai Hartmann). Uma teoria da interpretação puramente subjectivista não fará justiça a este facto*” (LARENZ, Karl.. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Editora: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 381).

13 Constituição Federal. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:(...)”

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

*tivo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, (...), se define como instintivo ou da própria natureza das coisas”.*

Conjugando as duas proposições *supra*, a vedação ao preconceito e o silêncio quanto ao uso da sexualidade humana, Ayres Britto, por inferência, conclui que essa liberdade para dispor da própria sexualidade, não sendo daí alvo de qualquer preconceito, insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, à medida que é expressão da autonomia da vontade, vertente do princípio da dignidade da pessoa humana. Essa visão silogística do Ministro ficou evidenciada no seguinte trecho, *in verbis*:

*“22. Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa. Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade (...).”* (grifos no original)

Fica, então, claro que é dever do Estado garantir aos indivíduos a livre busca das suas realizações pessoais. Essa perspectiva de garantir a autonomia privada dos indivíduos, como sucedâneo da sua dignidade, traduz-se, na visão do Min. Luiz Fux, na previsão de que aquele merece do Estado e dos particulares o tratamento de *sujeito* e não de *objeto de direito*.

Vencido o primeiro tópico, o Ministro-relator propõe ao Colegiado a seguinte indagação: *a Constituição Federal sonega aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situação de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade?*

Vê-se, pois, que para solucionar a questão posta era preciso, antes de tudo, desvendar o conceito jurídico-constitucional de família. Nesse ponto, é possível perceber plena harmonia entre as ideias apregoadas em Plenário. Vejamo-las.

No passado, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação, dada a imperiosa necessidade de aglutinar mais pessoas nas atividades camponesa e pastoril. Quanto mais membros, maior força de

trabalho, mais riqueza seria possível extrair da terra. Essa visão, por óbvio, repercutia na vida íntima, tornando o matrimônio a pedra de toque do conceito de família.

Esse modelo, todavia, sofreu profundas mudanças com a virada industrial, o que, por outro lado, não impediu a permanência de resquícios dessa visão tradicional sobre as legislações no mundo todo. No caso do Brasil, o Código Civil de 1916 atribuía efeitos jurídicos somente à família tradicional, consumada pelo matrimônio entre homem e mulher, em vínculo indissolúvel<sup>14</sup>. Os relacionamentos fora desse arranjo estavam fadados à *invisibilidade jurídica*, destaca o Min. Marco Aurélio.

Essa situação repercutia também no plano constitucional. Consoante infere o Min. Ricardo Lewandowski, em seu voto, tanto a Constituição de 1937, quanto as seguintes de 1946 e 1967, também fazendo parte desse grupo a Emenda Constitucional nº 1/1969, todas vinculavam a *família* à constituição do *casamento*. A vigente Carta Republicana, entretanto, assim não o fez. Consoante o respectivo art. 226, “a *família*, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. E só.

Essa mudança de paradigma foi muito bem observada pelo Min. Ayres Britto, quando deduziu: “se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma”.

Fala-se, então, que a Constituição de 1988 é o marco divisor no conceito de família: antes dela, família era só aquela resultante do casamento; depois, com seu viés democratizador, admite-se o reconhecimento de outras formas familiares, fruto do *afeto* entre os partícipes<sup>15</sup>.

---

14 Ao discorrer sobre a evolução legislativa do direito das famílias, preceitua a Professora Maria Berenice Dias: “O Código Civil anterior, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações”. (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.)

15 Com a perspicácia que lhe é peculiar, discursa o Min. Marco Aurélio: “Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito ‘das famílias’, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em



Nesse amplo espectro sobre o qual foi construído o ideal de família, o voto vencedor reconhece esse instituto como entidade “*privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica*”.

Dentro dessa perspectiva, advoga que “*a nossa Carta Magna não emprestou ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas*”.

Eventual distinção promovida entre as uniões heterossexuais e as uniões sexuais não resistiria ao teste da *isonomia*<sup>16</sup>. A bem da verdade, somente seria possível conferir tratamento diferenciado entre essas entidades familiares se subsistisse razão jurídica suficiente para o ser. Mas neste caso não há.

Compartilha com essa visão o Min. Luiz Fux. Ao longo de seu arrazoado, questiona se existe alguma distinção *ontológica* entre as uniões estáveis, heteroafetivas, e as uniões homoafetivas. Sem titubear responde que nada as distingue. Conclui, então, que “*se, ontologicamente, união estável (heterossexual) e união (estável) homoafetiva são simétricas, não se pode considerar apenas a primeira como entidade familiar*”. Continua: “*impõe-se, ao revés, entender que a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos*”.

A partir dessa interpretação *não reducionista* sobre o vocábulo *família*, presente no *caput* do art. 226, da Constituição Federal, é que o Rela-

---

*detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. (...) Abandonou-se o conceito de família enquanto ‘instituição-fim em si mesmo’, para identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe (...)*”.

16 Para melhor entender a questão, preciosas as palavras do douto Daniel Sarmento, para quem “*a ideia de igualdade no Estado Democrático de Direito não se resume à isonomia formal. Numa sociedade que se pretende inclusiva, é fundamental construir e aplicar o Direito de modo a promover, no plano dos fatos, a igualdade real entre as pessoas, reduzindo os desníveis sociais e de poder existentes. Daí exsurge a preocupação especial com os grupos mais vulneráveis, historicamente subjugados na vida social, como os afrodescendentes, os pobres e os homossexuais. A proteção efetiva dos direitos fundamentais dos integrantes destes grupos é tarefa essencial para a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e plural, de acordo com o generoso projeto do constituinte*”. (SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 132/133).

tor da ADIN 4.277 e da ADPF 132 pretende compreender os dispositivos em que o capítulo VII daquela Carta se desdobra. Não o inverso, afirma.

Muito se fala que a redação do art. 226, §3º, ao mencionar apenas a *relação estável constituída entre o homem e a mulher*, teria barrado a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil. Essa não foi a interpretação dada pela mais alta Corte do país.

Imbuídos pelo hodierno significado de família, os Ministros não identificaram no indigitado artigo constitucional qualquer *lacuna voluntária* ou *silêncio eloquente* de forma a desprestigiar a entidade familiar formada por parceiros de mesmo sexo. Muito pelo contrário.

A razão para incluir os gêneros naquele preceito, segundo enfatizaram os julgadores, se deu como uma maneira de superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento.

Nesse diapasão, o Min. Ayres Britto não identifica, no dispositivo, dicotomia intencional entre a heteroafetividade e a homoafetividade. Por isso, faz um apelo para “*que não se faça uso da letra da Constituição para matar o seu espírito, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado caput do art. 175 da Constituição de 1967/69*”. Paraphrasing Sérgio da Silva Mendes, postula “*que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto*”<sup>17</sup>.

---

17 Faz coro a essa posição o Professor Luis Roberto Barroso, quando argumenta: “É certo, por outro lado, que a referência a homem e mulher não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contém indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. (...) Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão ‘união estável entre o homem e a mulher’ importa, a contrario sensu, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companhia e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição - e uma restrição preconceituosa - de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional” (BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/05/Luis-Roberto-Barroso\\_Unioes-homoafetivas\\_atualizacao-2011.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/05/Luis-Roberto-Barroso_Unioes-homoafetivas_atualizacao-2011.pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2011.

Cumpra ainda mencionar que a jurisprudência mais recente daquele Tribunal aponta no sentido de que as mudanças nas relações fáticas podem – ou, a depender do caso, devem – provocar mudanças na interpretação da Constituição.

Na atividade hermenêutica, não há como descurar da *força normativa dos fatos*, a que se refere Georg Jellinek, sobre a leitura e aplicação dos dispositivos constitucionais<sup>18</sup>. Embora seja o membro mais moderno daquela Corte, o Min. Luís Fux já absorveu essa visão, ao afirmar: “se o direito e, sobretudo, a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles *tábula rasa*”.

Nesse ambiente de preponderância das situações consolidadas e também a partir do exame detalhado das normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal resolveu conferir ao art. 1.723 do Código Civil *interpretação conforme a Constituição* para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Ato contínuo, os Ministros logo ressaltaram que o reconhecimento deve ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Isto é, os julgadores pretenderam não conferir um tratamento mais benéfico aos casais homossexuais, em prejuízo do sistema previsto para a união de pessoas de sexos distintos.

18 *Mutatis mutandis*, emerge o emblemático julgamento da ADI 2.240, na qual o Partido dos Trabalhadores pleiteou a declaração de inconstitucionalidade da Lei baiana nº 7.619/2000, que havia criado o Município de Luís Eduardo Magalhães. Naquela ocasião, o Min. Relator, Eros Grau, teceu as seguintes observações, *in verbis*:

“No caso do Município de Luís Eduardo Magalhães – que existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política – estamos diante de uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo, porém instalada pela força normativa dos fatos. (...)”

*Atua aqui a força normativa dos fatos /normative Kraft des Faktischen, a que refere Georg JELLINEK, que permite compreender a origem e a existência da ordem jurídica, pois na vida do Estado as relações reais precedem as normas em função delas produzidas]. (...) Criado o Município, passou a existir e agir como ente da federação. Trata-se de um fato. Não se anulam fatos. Um ente da federação assumiu existência [plano da existência] e dessa existência resultaram efeitos jurídicos [plano da eficácia], tal como ocorre no casamento putativo e com as ‘sociedades em comum’ [= sociedades de fato]. Impossível retornarmos no tempo, para anular essa existência, sem agressão à autonomia desse Município e, pois – repito – ao princípio federativo!”*

Resta, por último, conhecer da repercussão dessa decisão sobre os demais *Poderes constituídos*. Vem nos auxiliar, nessa tarefa, o art. 102, §2º, da Constituição Federal, em cujo bojo prescreve:

“Art. 102. (...)

*§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.* “

Ao que se vê, o art. 28, parágrafo único, da Lei federal nº 9.868/99, também veicula esse entendimento, prevendo que as declarações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal<sup>19</sup>.

O Estado de São Paulo, como um dos destinatários desses dispositivos, precisará atender ao que restou assentado naquele Tribunal Constitucional.

É preciso, pois, voltar a examinar o art. 8º, da Lei nº 452/74 (alterada pela LC nº 1.013/2007), dessa vez aplicando a interpretação conferida pelo Supremo no julgamento das ações constitucionais.

A indigitada norma estadual permite a habilitação como dependente do militar do companheiro ou da companheira, na constância da união estável. Tratando-se de instituto afeto ao direito civil e cumprindo tão só à

---

<sup>19</sup> Embora claros em seu conteúdo, ambos os dispositivos são analisados pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes, anotando: “*Proferida a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os tribunais e órgãos do Poder Executivo obrigados a guardar-lhe plena obediência. Tal como acentuado, o caráter transcendente do efeito vinculante impõe que sejam considerados não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas também a norma abstrata que dela se extrai, isto é, a proposição de que determinado tipo de situação, conduta ou regulação - e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional - é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado*”. (MENDES, Gilmar Ferreira. et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1223).

União legislar sobre o tema<sup>20</sup>, a noção de união estável tem no art. 1.723, do Código Civil (e também na Constituição), o seu fundamento de validade.

Por isso, a aplicação do inc. I, do art. 8º, da Lei nº 452/74 passa necessariamente pela nova inteligência extraída do art. 1.723 do diploma civil.

Em face disso, o conceito de *união estável* veiculado na legislação previdenciária estadual abrangerá não apenas a entidade familiar constituída entre homem e mulher, mas também a união (quando estável) formada por indivíduos do mesmo sexo.

Por outro lado, reiterando as observações antes declinadas, há que se recordar que o reconhecimento da união homoafetiva como união estável traz não apenas os benefícios legais e constitucionais dessa equiparação, mas também os respectivos “ônus” dessa escolha.

Assim sendo, o pretense reconhecimento não prescindirá de comprovação, pelos meios legais admitidos, da existência de convivência contínua, duradoura e estabelecida com o propósito de constituição de entidade familiar.

Na espécie, apesar de a LC nº 1.013/2007 não enumerar os requisitos aptos a reconhecer uma união estável, remeteu essa atribuição a uma *norma secundária*. Fora, então, editado o Decreto estadual nº 52.860/2008, em cujo bojo restou disciplinado o procedimento hábil à comprovação daquela entidade familiar<sup>21</sup>.

20 Constituição Federal. “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;(...).”

21 Decreto estadual nº 52.860/2008. “Artigo 14 - A comprovação da união estável para fins de pensão, será feita mediante processo, instruído com, no mínimo, três dos seguintes instrumentos probantes, ao final do qual será emitido parecer e decisão: I - contrato escrito; II - declaração pública de coabitação feita perante tabelião; III - cópia de declaração de imposto de renda; IV - disposições testamentárias; V - certidão de nascimento de filho em comum; VI - certidão/declaração de casamento religioso; VII - comprovação de residência em comum; VIII - comprovação de encargos domésticos que evidenciem a existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil; IX - procuração ou fiança reciprocamente outorgada; X - comprovação de compra e venda de imóvel em conjunto; XI - contrato de locação de imóvel em que figurem como locatários ambos os conviventes; XII - comprovação de conta bancária conjunta; XIII - apólice de seguro em que conste o(a) companheiro(a) como beneficiário(a); XIV - registro em associação de classe onde conste o(a) companheiro(a) como beneficiário(a); XV - inscrição em instituição de assistência médica do(a) companheiro(a) como beneficiário(a).

*Parágrafo único - A apresentação de decisão judicial irrecurável reconhecendo a união estável dispensa a apresentação dos documentos anteriormente enumerados. “*

Uma vez atendidas as condições previstas na norma complementar, será possível inscrever o companheiro homossexual no rol de dependentes legais.

Por tudo o que restou exposto, em nome dos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, é possível concluir pela viabilidade de inscrever companheiro do mesmo sexo na qualidade de dependente da pensão por morte instituída com o óbito de contribuinte militar, no âmbito do Estado de São Paulo, desde que configurada, na espécie, uma relação contínua, pública e duradoura, que observe o procedimento previsto em norma regulamentar própria.

## **Bibliografia**

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/05/Luis-Roberto-Barroso\\_Unioes-homoafetivas\\_atualizacao-2011.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/05/Luis-Roberto-Barroso_Unioes-homoafetivas_atualizacao-2011.pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2011

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 2. ed. Editora: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira. et al. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.



# A evolução da cidadania e a participação popular: O orçamento participativo e os Direitos Sociais

Rita de Cássia Gimenes Arcas<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – A cidadania no processo histórico; 2 – A cidadania na Constituição de 1988; 2.1 – Deveres fundamentais; 2.2 – A cidadania como Direito Fundamental e a participação popular; 3 – Orçamento participativo; 3.1 – Os vários instrumentos de controle do orçamento; 3.2 – A participação popular no orçamento – Lei de Responsabilidade Fiscal e Estatuto da Cidade; 3.3 – Experiências populares no orçamento – Rio de Janeiro/RJ e Lagoa Seca/PB; 3.4 – Orçamento participativo e a experiência de Porto Alegre/RS; 4 – Conclusão; 4.1 – Orçamento participativo e suas relações com os poderes constituídos; 4.2 – Impacto nos gastos sociais; Bibliografia.

---

## 1. A cidadania no processo histórico

A cidadania, no decorrer da história apresentou diversos significados.

Na democracia ateniense, nem todos eram cidadãos com iguais direitos, entretanto, estava presente na sociedade o dever de participação e decisão sobre os assuntos da *polis*.

---

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Pós-graduada em Direitos Humanos pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado. Pós-graduanda em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado.



A primeira carta política pós-revolução francesa, não obstante os três propósitos revolucionários, liberdade, igualdade e fraternidade, resultou na distinção de cidadãos: os que possuíam direitos e os detentores de direitos políticos.

A independência das 13 colônias americanas teve traço distinto da Revolução Francesa: nasce uma sociedade cultuando o valor da liberdade, inclusive de opinião e religião e de igualdade de todos perante a lei. A ideia primordial era a afirmação da independência e o estabelecimento de um novo regime político – governo constitucional calcado na separação de poderes e organizado sob a forma de federação.

Entretanto, foi a Revolução Francesa que transcendeu a França e marcou a ideia, muito mais abrangente, de termo final de um regime em que aos súditos eram dirigidos apenas deveres. Os direitos do homem, ditos naturais, existentes previamente à sociedade política, foram priorizados. Surge o Estado liberal, não intervencionista.

A liberdade era o direito por excelência, a igualdade era apenas formal, a propriedade fazia parte do rol dos direitos do homem. O desenvolvimento científico produz o crescimento das cidades e o incremento da indústria. Os trabalhadores são expostos a longas jornadas de trabalho e iniciam-se as lutas de trabalhadores pela igualdade material. Eclodem movimentos socialistas por toda a Europa em meados do século XIX.

Com a conquista de significativos direitos sociais pela luta da classe operária, anotando-se que a Constituição Francesa de 1848 reconheceu alguns direitos trabalhistas<sup>2</sup>, inicia-se o período da cidadania social.

A Carta Mexicana (1917) inaugurou a ideia do Estado do Bem-Estar Social e constitucionalizou o direito de proteção ao trabalho. A Constituição de Weimar (1919) trouxe significativos avanços no campo dos direitos sociais, pois deu destaque ao direito à educação, com a garantia ao ensino básico e necessidade de autorização do Estado para funcionamento de escolas particulares; contemplou ainda o direito à saúde e à previdência e deu função social à propriedade<sup>3</sup>.

---

2 Constituição Francesa de 1848, art. 13: assegurou o direito ao trabalho e a garantia ao trabalho.

3 Nunes Jr, Vidal Serrano. “A cidadania social na Constituição de 1988. São Paulo, Editora Verbatim, 2009, p. 52-53.

Estão positivados os direitos sociais, também denominados direitos de segunda geração. Entretanto, houve um distanciamento em relação às obrigações com a comunidade, pois as obrigações positivas passaram a ser destinadas ao Estado, que deveria promover o bem comum <sup>4</sup>.

Essa concepção moderna e individualista do cidadão, que não tem obrigações com a comunidade, mas apenas direitos exigíveis em face do Estado, vingou em razão do contexto histórico do pós-guerra.

Esse mesmo contexto faz surgir direitos chamados de terceira geração, de titularidade da comunidade doméstica e internacional, denominados direitos de solidariedade, como direito ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente equilibrado.

Na economia, as décadas de 70 e 80 marcam a descentralização da produção. São levados aos países periféricos parte dessa produção, gerando industrialização e ampliação do mercado de trabalho a partir das multinacionais. Inicia-se a guerra entre blocos econômicos e os Estados buscam atrair o investimento dessas empresas.

A classe trabalhadora sofre isolamento político. São várias relações de trabalho e de concorrência, o que contribui para a neutralização de movimentos políticos operários, numa equação inversamente proporcional.

De outro lado, os movimentos sociais liderados por novos atores introduzem a discussão sobre ecologia, a questão feminista, pacifista, dos consumidores, entre outros, indicando uma sociedade pluralista.

Nos anos 90, novo movimento mundial forçou a mudança do conceito de cidadania, pois a globalização era fato notório e profundas alterações da sociedade mundial demandavam novas perspectivas, especialmente encerrar a dependência dos indivíduos em face do Estado e valorizar a iniciativa e efetiva participação dos cidadãos nas questões

---

4 Estado de Bem-Estar Social ou Estado-Providência (em inglês: *Welfare State*) é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado (nação) como agente da promoção (protetor e defensor) social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda a vida e saúde social, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes, de acordo com a nação em questão. Cabe ao Estado do Bem-Estar Social garantir serviços públicos e proteção à população, em <http://pt.wikipedia.org/> acesso 25/8/2008

políticas. Em 1989, o mundo assiste à queda do muro de Berlim; em 1992 há a criação da União Europeia. Questões como globalização e afirmação da subjetividade na cidadania se contrapõem. Agora são grupos sociais que lutam com contornos definidos exigindo do Estado não só prestações concessivas como também transformações globais e locais.

As transformações sociais ocorrem de maneira mais rápida que o direito e colocam a cidadania, definida no Estado Providência, em questionamento. Agora a nacionalidade não pode ser pressuposto exclusivo para a caracterização da cidadania. O indivíduo é cidadão do mundo e, ao mesmo tempo, o cidadão tem suas raízes em um Estado delimitado fisicamente.

Diante da rica realidade social e também extremamente complexa, o conceito de cidadania é ampliado pelos movimentos de grupos, gerando atuação na democracia representativa, através de *lobbying*,<sup>5</sup> e na democracia participativa, resgatando o princípio da comunidade.

Não há como se exigir, exclusivamente, a efetivação de direitos. A participação política torna-se fundamental.

Analisando a Carta Política de 1988, ao lado da garantia da democracia representativa está a democracia participativa. Vários são os dispositivos que preveem formas de participação popular no texto constitucional. Isto se deveu, como já ressaltado, aos movimentos sociais, que foram decisivos para a formulação de novas propostas para a Constituição Cidadã.

A inclusão no texto constitucional da democracia participativa, precisamente no artigo 1º., parágrafo único, estabelecendo que o poder emana do povo e será exercido através de representantes ou diretamente, possibilitou, com o exercício dela, a visibilidade de demandas relacionadas a direitos sociais e a efetivação de direitos através de políticas públicas, com o apoio, discussão e deliberação também do cidadão.

---

5 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, 2ª ed. revista e aumentada, p.1043 -Lobby(lóbi).(Ingl.) *S.m. Econ.* Pessoa ou grupo que, nas antessalas do Congresso, procura influenciar os representantes do povo no sentido de fazê-los votar segundo os próprios interesses ou de grupos que representam. A atividade do *lobby* é legal nos EUA.

O propósito do Estado brasileiro, inserido no artigo 3º. da Constituição, como redução das desigualdades, busca pela paz e desenvolvimento, para ser alcançado certamente necessitará da efetiva participação popular.

Do tema escolhido, participação popular, extraímos o orçamento participativo, cujas experiências obtidas com a sua implantação na cidade de Porto Alegre puderam atestar a efetivação dos direitos sociais e a mudança no perfil do cidadão, que se tornou também responsável pela gerência e fiscalização da coisa pública.

## 2. A cidadania na Constituição de 1988

A Constituição Brasileira não só acolhe a tradicional concepção de cidadania, circunscrita ao direito político de eleger e ser eleito, como também trouxe em seu corpo a definição desse conceito como direito fundamental, ligado ao artigo 5º, § 2º <sup>6</sup>.

Isto porque, o referido § 2º assegura a existência de direitos fundamentais ainda que não previstos no texto, desde que decorrentes de princípios ou do regime adotado pela Carta Política, além daqueles contidos em tratados internacionais ratificados pelo Estado.

A cidadania é direito fundamental porque a Constituição Federal prescreve no artigo 1º <sup>7</sup>, que são fundamentos do Estado Democrático de Direito, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e, no parágrafo único, a participação política, tanto direta quanto indireta dos indivíduos.

---

6 § 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

7 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Traduz-se em direito fundamental individual na exata medida em que ela garante o cumprimento de direitos de primeira, segunda e terceira geração.

Interessa ao presente estudo a afirmação da cidadania como direito fundamental que demanda a participação política do indivíduo, também entendida como um dever fundamental.

Nas formas de participação política do cidadão encontramos tanto *direitos* conferidos como também situações que estabelecem *deveres*, quais sejam:

1) de a coletividade defender e proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações (art. 225 da CF); 2) de a sociedade amparar as pessoas idosas, garantindo-lhe, dentre outros direitos, o direito à vida (art. 230); 3) dever de a sociedade assegurar direitos fundamentais à criança e ao adolescente (art. 227).

Nessa ordem de ideias, o cidadão está determinado pela Carta Constitucional a participar da vida em sociedade, e efetivamente dar sua contribuição para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, em consonância com as determinações do artigo 3º<sup>8</sup>, da Constituição Federal.

Portanto, a cidadania como direito fundamental, especialmente pela participação política, é condição para a realização de direitos humanos, onde o indivíduo participará dos destinos da sociedade em que faz parte.

## 2.1 Deveres fundamentais

Francisco Gerson Marques de Lima<sup>9</sup> sustenta que deveres são tão importantes quanto os direitos, os quais são relevantes para a vida em sociedade. O foco apenas em direitos acaba por não se discutir o tema em profundidade.

---

8 CF, art. 3.º: São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

9 Paulo Bonavides, Francisco Gerson Marques de Lima e Faya Silveira Bedê (coordenadores), *Constituição e Democracia, Estudos em homenagem ao Professor J.J. Canotilho*, em *Os deveres constitucionais: o cidadão responsável*, São Paulo: Malheiros Editores: 2006.

Assevera que o problema dos direitos humanos gira em torno da efetividade e não na seara da positivação, pois alternam-se dificuldades de ordem econômica até mesmo política na sua implementação e satisfação, especialmente no tocante aos direitos sociais.

O tema dos deveres está intimamente ligado à solidariedade entre cidadãos, ao princípio da comunidade, afirmado por Boaventura Santos ao analisar o contrato social e o ensinamento de Rousseau, onde, para o contratualista, a vontade geral deve ser construída com a participação de todos os cidadãos sem intermediários, presente o espírito associativo, de comunidade<sup>10</sup>.

Conforme já explanado anteriormente, o cidadão não é passivo e não é dependente exclusivamente do Estado, e os movimentos sociais desde a conquista dos direitos sociais estão a comprovar o contrário.

Os deveres são, portanto, a face diametralmente oposta dos direitos, e tão quanto necessários para a remodelação da cidadania.

O termo dever pode indicar uma obrigação moral em si mesmo considerada, como proclamou Kant em seu imperativo categórico. O sujeito sente-se obrigado a fazer ou não fazer algo, e sua ação é livre. O indivíduo age por princípio interno. Para o filósofo, o dever está próximo da virtude e por isso carrega um conteúdo moral.

O dever pode ser concreto e significar obrigação determinada. Contém tanto uma significação individual de aperfeiçoamento moral como um sentido social, de obrigação legal ou contratual e que pode existir uma sanção para o caso de não ser praticado.

Inserindo o tema na seara dos direitos humanos, os quais carregam uma carga valorativa, verifica-se que a visão dos deveres deslocada dos direitos é fruto das teorias de direito de cunho individualista. Para Gregório Robles <sup>11</sup>, Locke e Hobbes rompem com a tradição de direitos e deveres, especialmente porque tinham um cunho religioso, já que todos os fenômenos estariam subordinados à vontade divina.

---

10 *Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade*, Cortez Editora, 2006, 11 ed., p. 138.

11 Id p. 156

Partiram da visão individualista do homem, desvinculado da sociedade, e, portanto, de qualquer dever. No estado de natureza, antes do estado social, todos só possuem direitos e liberdade plena. Mas como são ilusórios, pois reina a insegurança, os homens entram em conflito, o que gera instabilidade e ameaça ao grupo.

O mundo era inseguro. Cria-se o pacto social, onde os homens renunciam a direitos permanecendo o mínimo em suas mãos. Surge o Estado para a garantia da segurança. O dever aqui é artificial, e existe para garantir direitos através do pacto social.

Canotilho sustenta a existência de deveres que estão em conexão a direitos fundamentais, justificando a teoria de deveres fundamentais<sup>12</sup>.

Para ele existem deveres conexos com direitos, como é o caso do dever cívico de voto e direito ao voto; dever de trabalhar e direito ao trabalho; dever de educação dos filhos e direito dos pais; dever de defesa e promoção da saúde com correspondente direito à proteção dela; dever de defesa do ambiente e direito a ambiente salubre; dever de defesa do patrimônio cultural e direito a fruir dele, apontando no estudo os correspondentes artigos da Constituição Portuguesa.

Lista também deveres autônomos, estando aí incluídos o dever de pagar impostos, de recenseamento e de colaboração na administração eleitoral, defesa da pátria, serviço militar.<sup>13</sup>

No nosso meio, o dever está associado à sua origem moral, estudado em disciplinas como Filosofia, Pedagogia, Sociologia, e no sentido jurídico está ligado ao conceito de obrigação.

Sob a perspectiva constitucional identificamos deveres com evidente conotação moral: os deveres referem-se às obrigações do cidadão com outros cidadãos e com a pátria. São exemplos de deveres, associados às idéias de Kant, a solidariedade humana, a lealdade, o sentimento de dever com o próximo e com a comunidade.

Há inequivocamente deveres na cidadania, onde o cidadão é instado a cooperar com a sociedade, honrar e defender a pátria, participar

12 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1992, p. 554.

13 Id p. 559-660.

do gerenciamento do Estado<sup>14</sup>. Em verdade, para ser cidadão há que ter compromisso com a comunidade.

Ricardo Lobo Torres<sup>15</sup> sustenta que os direitos sociais e econômicos encontram deveres correlatos como o pagamento dos impostos que recaem sobre todos para financiamento de prestações gratuitas para alguns, e o sistema securitário, no qual titulares de direitos sociais e econômicos contribuem para a manutenção.

Segundo o autor, a Constituição Brasileira adotou esses deveres. Exemplo do primeiro é o serviço público de saúde e assistência social, e do segundo, as prestações no âmbito da Previdência Social. Os dois sistemas têm como apoio a solidariedade em sentidos distintos.

A importância que se reveste o dever fundamental identificado no corpo da Constituição de 1988 e uma cultura desses deveres fará com que avancemos no campo social e na efetivação de direitos sociais, pois boa parte dos entraves institucionais, políticos, dentre outros, ocorre pela inércia do cidadão que é espectador apenas de direitos.

Além disso, o cidadão deve controlar o cumprimento dos deveres do próprio Estado, especialmente aqueles relacionados com finanças públicas e ao emprego correto das verbas do orçamento.

No caso brasileiro, a participação popular é fundamental para a defesa da nação e dos brasileiros. Convivemos com inúmeros problemas de toda a ordem, políticos descomprometidos e preocupados com interesses particulares, sonegação, maus governantes, empreiteiras que influem diretamente nos orçamentos em razão de práticas até mesmo ilícitas. Os cidadãos devem ser agentes de mudança, de transformação, bem como agentes cooperativos.

No corpo da Constituição encontramos dispositivos que utilizam a expressão dever. Como exemplos: 1) artigo 144- a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos; 2) artigo 225 – direito ao meio ambiente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à

---

14 Lima, Francisco Gerson. *Os Deveres Constitucionais: O cidadão responsável*, p. 165.

15 TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*, Teoria dos Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.



coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para futuras gerações; 3) artigo 226 – direitos e deveres na sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher; 4) artigo 227 – dever da família, da sociedade e do Estado a proteção à criança e ao adolescente; 5) artigo 229- pais têm dever de educar e assistir os filhos menores; filhos maiores têm o dever de amparar os pais na velhice; 6) artigo 230 – a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar os idosos.

Nos dispositivos constitucionais mencionados encontramos a efetiva cooperação entre sociedade e Estado. Isso tem um significado importante em relação a questões que envolvem direitos humanos de primeira até terceira geração.

## 2.2 A cidadania como Direito Fundamental e a participação popular

Desde o final dos anos 70 até a década de 80, assistimos à emergência dos movimentos sociais, notadamente no Brasil, com o processo de redemocratização. Esses movimentos vinham se articulando para influir no fortalecimento da democracia, bem como participar dos rumos da política, de maneira que a sociedade escolhesse seu destino.

Então era importante não só o direito ao voto, após o período da ditadura, mas a também a conquista da participação política pela participação popular. A mobilização social por ocasião da Constituinte fez com que fossem inseridos instrumentos para a garantia de direitos dos cidadãos na Constituição Brasileira de 1988, especialmente pela participação popular.

O artigo 1º da Constituição Federal estabelece, em seu § 1º, que *“todo poder emana do povo que pode ser exercido por meio de seus representantes ou diretamente”*<sup>16</sup>. Isso significa dizer que o poder político pode ser exercido diretamente pelos cidadãos por intermédio de instrumentos de participação popular que estão dispostos na Carta Política, tais como conselhos de gestão, audiências públicas, orçamento participativo dentre outros.

16 Brasil- Constituição (1988).Pinto, Antonio Luiz Toledo et al, 4ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

Por meio da participação serão alteradas as relações políticas entre governantes e governados, pois o cunho patrimonialista e clientelista continua presente na estrutura social e institucional brasileira. Urge que esses traços sejam eliminados, para que se construa ambiente de efetiva separação entre o público e o privado, o exercício impessoal do poder e o respeito aos cidadãos.

Autores como Bobbio, Arendt, Comparato, Benevides<sup>17</sup> concluem que a cidadania só existe e se consolida com a combinação de transformações nas instituições aliada à prática da democracia pelos vários componentes da sociedade.

A participação popular deu origem a um novo olhar para a gestão da coisa pública e foram criados vários canais de participação. Junto ao Legislativo temos, como exemplo, o projeto de lei de iniciativa popular (artigo 14, III CF)<sup>18</sup> e as audiências públicas; quanto ao Executivo, os Conselhos Gestores<sup>19</sup>.

O art.198, III<sup>20</sup>, destaca a participação da comunidade na organização do Sistema Único de Saúde; as leis federais 8080/90 e 8.142/90 dispuseram sobre essa participação e transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde; o artigo 227, § 1º<sup>21</sup>, fixa a

---

17 Fedozzi, Luciano. *Orçamento Participativo- reflexões sobre a experiência de Porto Alegre*. Porto Alegre, Tomo Editorial, 3ª ed., 2001, p. 23.

18 Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular.

19 Balcão, Nilde ; Teixeira, Ana Cláudia C. “*Controle Social do orçamento público*”. São Paulo, Instituto Pólis, 2003, p. 6.

20 Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade.

21 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

participação de entidades não governamentais na promoção de programas de assistência integral de saúde da criança e adolescente; o artigo 205<sup>22</sup> aponta a colaboração da sociedade na promoção e incentivo à educação, dentre outros.

Também oportuno lembrar a participação de dois cidadãos no Conselho Nacional de Justiça e no Conselho Nacional do Ministério Público (arts. 103, B XIII e 130, A, VI respectivamente).

Outra forma, aqui voltada ao controle e fiscalização das contas públicas, é a possibilidade conferida pelo artigo 74, § 2º da Carta Política, de que o cidadão possa denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União<sup>23</sup>.

Carlos Maurício Cabral Figueiredo<sup>24</sup>, em seu estudo, abordou a ética na gestão pública e o papel dos Tribunais de Contas e relatou a experiência do Tribunal de Contas de Pernambuco, o qual vem propiciando projetos de capacitação para o cidadão se tornar agente parceiro no controle externo. Essa experiência é de salutar importância, funcionando como uma escola de formação, pois eleva o nível de conhecimento do cidadão, amplia a fiscalização da Corte de Contas e dá cumprimento ao princípio da publicidade previsto no artigo 37<sup>25</sup> da Constituição Federal.

---

§ 1º – O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

- 22 Art. 205. 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.
- 23 Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:  
 § 2.º: Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.
- 24 FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral. *Ética na gestão pública e exercício da cidadania: o papel dos tribunais de contas brasileiros como agências de accountability. O caso do Tribunal de Contas de Pernambuco* em VII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002 , em <http://unpan1.un.org/>, acesso em 28/6/08.
- 25 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Mas, dentre todos esses instrumentos colocados à disposição do cidadão, e que devem ser utilizados para aprimoramento da cidadania, a gestão orçamentária participativa, prevista no Estatuto da Cidade (artigo 4º, III, alínea f)<sup>26</sup> configura a ferramenta de maior relevância. Com a gestão orçamentária participativa, os cidadãos necessariamente buscam capacitação para intervir no planejamento e na alocação dos recursos para a realização das políticas públicas, bem como no necessário acompanhamento da execução do orçamento.

Também propicia educação e conscientização das pessoas a respeito de seus direitos e deveres de cidadão, questões que envolvem a sua localidade, os beneficiários de projetos, políticas públicas, e especialmente a fiscalização sobre as verbas destinadas aos diversos compromissos.

O efetivo preenchimento desse espaço de participação popular já mostra a redefinição do conceito de cidadania, que deixa de ser *status*, ou ainda, um conjunto de direitos diante do Estado, para ganhar inovação na exata medida em que temas como violência, injustiça, desigualdades, relações de poder, função do Estado, demandam cada vez mais a participação ativa dos indivíduos.

Habermas, filósofo contemporâneo e estudioso sobre a questão da democracia, assevera que o núcleo de poder político não absorve espontaneamente as demandas, ou fluxos comunicativos como ele caracteriza, gerados pela sociedade civil. Conclui que o rompimento com esse círculo somente virá com uma prática política não institucional, ou seja, através de representantes sociais que são capazes de identificar os problemas sociais com sensibilidade e linguagem adequadas. É a partir desse fluxo de comunicação que se atinge o sistema burocrático estatal, por via das instituições.<sup>27</sup>

Para o filósofo, a esfera pública somente será aprimorada pela constituição dessas redes que, por sua vez, com o objetivo de criticar os resultados das chamadas instâncias de poder e decisão, atuam positivamente,

---

26 Lei n.º 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) – art. 4.º: Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: III- planejamento municipal, em especial: f) gestão orçamentária participativa.

27 Silva, Felipe Gonçalves. *Emancipação, esfera pública e direito, A teoria crítica de Jürgen Habermans*. Mente, Cérebro & Filosofia, 8ª ed., p. 14-15.

como atores do processo, nele interferindo com as suas demandas e proposições próprias. Ressalta que esse espaço é de fundamental importância e que deve ser ocupado e aprimorado constantemente, sob pena de serem, não obstante um canal para direta influência nas esferas de poder, convertidos em instrumentos de dominação.

Esse recorte filosófico constitui importante componente à superação dos desafios relacionados ao tema da participação popular.

### 3. Orçamento participativo

#### 3.1 Os vários instrumentos de controle do orçamento

O orçamento participativo é uma forma de controle e participação social sobre o orçamento público<sup>28</sup>. E, portanto, um exercício de cidadania.

Sua origem vem do Conselho Popular do Município de Vila Velha, no Estado do Espírito Santo, posto que entre 1986 e 1988 realizou-se o debate do orçamento municipal com o então Prefeito. O objetivo era disputar recursos públicos para os setores mais necessitados.

Mas foi em Porto Alegre, em 1989, que a experiência ganhou expressão.

Em muitos municípios brasileiros, o orçamento participativo foi resultado de iniciativas de governos que convocavam a participação da sociedade para discussão sobre a gestão dos recursos públicos, como, por exemplo, Uberlândia, Vila Velha, Porto Alegre<sup>29</sup>. Em outros, em que os governos municipais não implantaram o orçamento participativo, a sociedade civil foi se organizando das mais variadas formas.

A cidade de Belo Horizonte<sup>30</sup> instituiu o orçamento participativo digital. Por intermédio dele, os cidadãos podem decidir, por votação pela

28 Carvalho, Maria do Carmo A.A.; Felgueiras, Débora, *Orçamento Participativo no ABC-Mauá, Ribeirão Pires, Santo André*, São Paulo, Polis, 2000, pg. 7.

29 Teixeira, Ana Cláudia Chaves; Grazia, Grazia de; Albuquerque, Maria do Carmo; Pontual, Pedro, *Orçamento Participativo – Democratização da gestão pública e controle social*, FASE, Fórum Nacional de Participação Popular, Fundação Rosa Luxemburgo.

30 *Como funciona o orçamento participativo*. In: Revista Eletrônica do Centro de Estudos da Metrópole, acesso em 25/8/09 <http://www.centrodametropole.org.br>

internet, a destinação de um quinto da verba participativa total. Em 2006, por exemplo, R\$ 20.250.000,00 foram destinados por meio da escolha digital direta.

Outros exemplos são os Fóruns de Acompanhamento do Orçamento Público, em que seus participantes apresentam reivindicações perante os Poderes Executivo e Legislativo, bem como exercem o monitoramento da utilização dos recursos. São as experiências de Lagoa Seca, na Paraíba, e cidade do Rio de Janeiro.

Nas diferentes formas de controle a sociedade vem se capacitando para exercê-lo adequadamente. Os participantes cidadãos procuram adquirir conhecimento sobre a elaboração e execução do orçamento, que ocorre por intermédio de atuação de organizações não governamentais, órgãos de governo através da disponibilização de dados, tudo de maneira a traduzir e explicar de forma simplificada a linguagem técnica e difícil de um orçamento.

A mola propulsora para a mobilização da sociedade tem sido, dentre outras questões da vida política, a percepção da crescente corrupção, a falta de ética dos governos e representantes, a altíssima carga tributária sem a devida contraprestação de serviços públicos de qualidade, e necessidade de superação das desigualdades dentro do Município.

Os meios de comunicação também exercem um papel de extrema relevância para a mobilização social, pois são eles que denunciam a malversação do dinheiro público e os grandes escândalos.

O Ministério Público, que tem como determinação constitucional a defesa dos interesses difusos e coletivos e de fiscalização e controle do patrimônio público no seu sentido amplo, tem sido um aliado dos participantes sociais.

A participação do cidadão ou de organizações da sociedade também pode se dar por meio do direito de petição, da representação administrativa às autoridades e ao Tribunal de Contas. Apesar do quanto relatado, em muitos casos os cidadãos acionam esses canais visando à defesa de direitos puramente individuais.

Para intensificar esse controle social, essencial que haja efetivo acesso à informação, garantia prevista no artigo 5º, XXXIII da Constitui-

ção<sup>31</sup>. Não se perca de vista que por parte da Administração Pública deve ocorrer transparência em seus atos, pois o artigo 37 estabelece princípios a serem seguidos pelas três esferas de poder político, tais como a publicidade e a moralidade.

O Poder Executivo deve promover efetiva divulgação do orçamento. O artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal determina a publicação de planos; orçamentos e Lei de Diretrizes Orçamentárias; das prestações de contas; do relatório de gestão fiscal; do relatório de execução orçamentária; das contas apresentadas pelos três Poderes e Ministério Público, juntamente com o parecer do Tribunal de Contas, inclusive em versões simplificadas. O dispositivo legal aventado estabelece que a divulgação deve ser ampla, inclusive em meios eletrônicos de acesso público<sup>32</sup>.

Todo esse panorama, ou seja, o desenvolvimento de vários processos em concomitância, estão possibilitando a transformação e conhecimento da área pública e o controle pela sociedade, a apresentação de propostas para o orçamento.<sup>33</sup>

Esse controle público, evidentemente, gerará consequências muito positivas. Podemos identificar, primeiramente, a maior legitimidade da Administração tendo em vista a existência de diálogo com a sociedade. Outros pontos importantes são: a partilha do poder de decisão entre Estado e sociedade; o fortalecimento da cooperação; a cobrança do compromisso com a alocação dos recursos públicos pelo Administrador; o enfrentamento da corrupção; a distribuição dos recursos atingindo áreas mais carentes.

31 Art. 5º, XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

32 Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

33 Balcão, Nilde; Teixeira, Ana Cláudia C., *Controle social do orçamento público*, São Paulo, Instituto Pólis, 2003, p. 6/7.

### **3.2 A participação popular no orçamento – Lei de Responsabilidade Fiscal e Estatuto da Cidade**

O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), que fixa diretrizes gerais para a política urbana, trouxe as bases para a implantação da gestão democrática das cidades. O artigo 2º, inciso II, prevê a participação da população e associações representativas na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

O artigo 4º, III, tratando do planejamento municipal, estabelece no inciso “f” a gestão orçamentária participativa e no § 3º, que os recursos devem ser objeto de controle social, garantindo-se a participação dos cidadãos no controle do orçamento. Por sua vez, o artigo 44 dispõe que na gestão orçamentária participativa ocorrerão debates, audiências e consultas públicas em razão do plano plurianual, LDO e orçamento anual como condição para a aprovação no Legislativo Municipal<sup>34</sup>.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) também previu a participação popular no capítulo destinado à transparência da gestão fiscal. O artigo 48 prescreve que deverá ser dada ampla divulgação, inclusive por meio eletrônico de acesso público, de planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias, prestações de contas e respectivo parecer, relatório resumido da execução orçamentária e de gestão fiscal, e as versões simplificadas desses documentos.

Atualmente há uma grande expectativa em torno de um projeto de lei de Responsabilidade Social, ressaltado no Fórum Brasileiro do Orçamento<sup>35</sup> e também pelo acompanhamento de projetos de lei por uma responsabilidade social empresarial, através do Instituto Ethos<sup>36</sup>.

---

34 Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

35 Fórum Brasil do Orçamento, apoio ActionAid Brasil e Fundação Ford, em [www.forumbfo.org.br](http://www.forumbfo.org.br), acesso em 30/4/09.

36 A regulação da responsabilidade social empresarial tem sido objeto de diversos projetos de lei no Congresso Nacional, cuja tramitação vem sendo acompanhada pelo Instituto Ethos:



As iniciativas surgem como um instrumento legislativo para garantia dos investimentos na área social e controle sobre as políticas públicas e dos resultados, com indicadores de mínimos sociais. Esses mínimos deverão se traduzir em resultados que possam ser medidos e avaliados objetivando a implementação, progressão, monitoramento dos direitos sociais, tendo como norte a proibição de retrocesso.

Busca-se a adoção de indicadores sociais nas diversas áreas e os mínimos sociais para cada uma delas, os quais seriam estabelecidos em lei. A proposta é a partida de um mínimo, com a avaliação contínua dos resultados. Por outro lado, a lei também estabelecerá que a gestão de políticas públicas e os resultados sejam fiscalizados pela sociedade civil.

Pelo projeto, serão implantados Conselhos de Monitoramento compostos por representantes da sociedade e órgãos de pesquisa (universidades, fundações), os quais analisarão os resultados alcançados. Eventuais retrocessos ensejariam ação do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

A primeira lei de responsabilidade social é do Município de São Sepé, no Rio Grande do Sul, promulgada no ano de 2003 <sup>37</sup>. A referida

---

– PL 1305/2003 ([www.camara.gov.br/sileg/](http://www.camara.gov.br/sileg/)) – Dispõe sobre a responsabilidade social das sociedades empresárias e dá outras providências, criando a Lei de Responsabilidade Social, bem como o Conselho Nacional de Responsabilidade Social, que será o órgão regulador e fiscalizador;

– Debate Ethos – Lei 1305/2003 ([www.ethos.org.br/docs/conceitos\\_praticas/publicacoes/Debates/ethos\\_debate\\_lei\\_da\\_rse.doc](http://www.ethos.org.br/docs/conceitos_praticas/publicacoes/Debates/ethos_debate_lei_da_rse.doc));

– PL 1351/2003 ([www.camara.gov.br/sileg/](http://www.camara.gov.br/sileg/)) – Estabelece normas para a qualificação de organizações de responsabilidade sócio-ambiental e dá outras providências.

– PL 2110/2003 ([www.camara.gov.br/sileg/](http://www.camara.gov.br/sileg/)) – Dispõe sobre a demonstração social das empresas e dá outras providências;

– PL 2304/2003 ([www.camara.gov.br/sileg/](http://www.camara.gov.br/sileg/)) – Altera a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, estabelecendo a responsabilidade social como critério de desempate em licitações públicas., em [www.ethos.org.br](http://www.ethos.org.br), acesso em 2/5/09

37 Lei de Responsabilidade Social de São Sepé-RS, Lei Municipal n. 2567, de 12 dezembro de 2003. *Estabelece normas voltadas à Responsabilidade Social na Gestão Pública do Município de São Sepé e dá outras providências.*

#### Capítulo I – DA RESPONSABILIDADE SOCIAL

Art. 1º – São instituídas pela presente lei, normas voltadas à Responsabilidade Social na Gestão Pública do Município de São Sepé-RS, objetivando a promoção do desenvolvimento sustentável no Município, focado no cidadão e no capital social existente.

lei estabelece como sendo de responsabilidade social a gestão pública municipal, que atuará por uma ação planejada, integrando os poderes públicos, bem como por parcerias com o terceiro setor e iniciativa privada. O objetivo é a promoção de políticas públicas com base em dados colhidos na sociedade, bem como a avaliação e fiscalização dessas políticas, aptas a dimensionar o cumprimento de metas de melhoria de indicadores sociais.

### **3.3 Experiências populares no orçamento – Rio de Janeiro/RJ e Lagoa Seca/PB**

O controle social do orçamento tem sido realizado por meio de fóruns populares de acompanhamento do orçamento. Esses fóruns são constituídos por integrantes da sociedade civil e defendem propostas para o orçamento e monitoramento da execução orçamentária.

Muito embora os fóruns populares não possuam poder deliberativo, as experiências realizadas em duas cidades de Estados muito diferentes apontaram resultados positivos, e que de alguma forma houve mudança no meio social.

Os relatórios foram extraídos de publicação do Instituto Polis <sup>38</sup>.

---

Parágrafo 1º – A Responsabilidade Social na Gestão Pública Municipal constitui-se na ação planejada e transparente do Poder Público Municipal, integrado com os Poderes Públicos Estadual e Federal, por meio de parcerias sociais com o Terceiro Setor e com a Iniciativa Privada, visando a implementação de políticas públicas, planos, programas, projetos e ações eficazes e descentralizados, com base em diagnósticos atualizados e constituídos a partir da construção pela sociedade, juntamente com sistemas de acompanhamento, avaliação e prestação de contas permanentes, de modo a prevenir riscos e corrigir desvios, capazes de afetar o cumprimento das metas de melhoria dos indicadores sociais do Município.

Parágrafo 2º – As disposições desta Lei aplicam-se ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo do Município de São Sepé.

Art. 2º – As políticas públicas nas áreas econômica, financeira, social, ambiental e de infraestrutura deverão pautar-se pelos padrões de Responsabilidade Social na Gestão Pública.

Art. 4º – Deverá a Administração Municipal implementar o Programa de Responsabilidade Social em todos os níveis de atuação do Governo, através do PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, estruturados na forma de Orçamento Programa.

- 38 O Instituto Polis é um instituto de estudos, formação e assessoria em políticas sociais. É uma sociedade civil sem fins lucrativos, apartidária e pluralista fundada em junho de 1987. Objetiva a reflexão sobre o meio urbano e a intervenção na esfera pública das cidades, de forma a contribuir para a democracia, a melhoria da qualidade de vida e ampliação dos direitos da cidadania (em [www.polis.org.br](http://www.polis.org.br)) Realiza seminários, encontros e possui publicações de

Abordaremos, primeiramente, a experiência do Fórum Popular do Orçamento do Rio de Janeiro.

A pesquisa apresentou alguns aspectos da cidade: o município possuía quase 6 (seis) milhões de habitantes segundo o censo 2000; 95% (noventa e cinco por cento) da população é alfabetizada e existe boa rede escolar. Há regiões com acesso precário à saúde, educação, saneamento, dentre outros, especialmente nos morros, onde estão situadas inúmeras favelas. Quase 20% (vinte por cento) da população reside em favelas, o que corresponde a mais de um milhão de pessoas. Não se perca a extrema violência, associada ao tráfico de drogas e armas. Certamente são muitos os problemas vividos pela cidade e seus munícipes.

A busca de democratização do orçamento começou em 1995, com a instalação do Fórum, cuja iniciativa foi do IBASE (Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas), capitaneado pelo sociólogo Betinho. Os objetivos eram participação, transparência e inversão das prioridades sociais, sendo composta por pessoas e entidades.

O fórum passou a desenvolver muitas atividades, especialmente acompanhar a Lei Orçamentária Anual. Em 1995, foram disponibilizadas, via internet, informações sobre o orçamento, por iniciativa da Controladoria do Município, o que foi fundamental para o fórum.

Um exemplo de bem sucedida prática do fórum foi o monitoramento do orçamento na época da epidemia da dengue no Município, em 2001, o que possibilitou a identificação de programa de erradicação do mosquito transmissor em que foi aplicada apenas 75% (setenta e cinco por cento) de sua receita. O Município dispunha da receita integral, mas havia sido contingenciada pelo Executivo, a exemplo de outras ocasiões identificadas pelo Fórum. O fato foi noticiado ao público e houve grande repercussão.

Em outra ocasião, em 2002, em razão da garantia de acesso à informação, o GPV – Grupo pela Vida – identificou a existência de recursos na área da saúde, entretanto, não eram destinados para a compra de me-

---

temas pertinentes ao seu objetivo. A pesquisa referida foi avaliada na publicação de número 44., *Controle Social do Orçamento Público*, organizadoras Nilde Balcão e Ana Cláudia C. Teixeira, 2003

dicamentos para portadores de HIV. Isso possibilitou o questionamento sobre a utilização irregular da verba e a sua correção.

O fórum constituiu alianças com vereadores, o que possibilitou que as informações relevantes para o monitoramento do orçamento fossem repassadas pelos parlamentares. Mesmo assim, a incorporação de propostas no orçamento foi pequena e então o fórum passou a discutir sugestões de emenda à lei orçamentária, as quais eram negociadas com os vereadores para que o fizessem como de sua autoria. Com essa estratégia o fórum conseguiu vitórias.

Em março de 2001, a Câmara aprovou projeto de lei que dispôs sobre a participação da comunidade no processo de elaboração, destinação de recursos e monitoramento do plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária propriamente.

A lei determinou que o Executivo realizasse reuniões com a comunidade sobre a proposta orçamentária e para a eleição de representantes por região no Conselho Popular do Orçamento e nos Fóruns Populares. Em novembro de 2002, a Prefeitura já destinava recursos para o orçamento participativo, que contava com um número de 80 (oitenta) a 120 (cento e vinte) participantes nas regiões.

A segunda experiência é a do Município de Lagoa Seca, no interior do Estado da Paraíba.

Trata-se de um município de pequeno porte, distante 129 (cento e vinte e nove) quilômetros da capital e que conta com 24.000 (vinte e quatro mil) habitantes. Praticamente toda sua extensão é ocupada por pequenas propriedades rurais. A principal atividade econômica é a produção de hortifrutigranjeiros e existe uma única fábrica instalada no Município que produz farinha.

Não há muitos empregos disponíveis na cidade. A maior parte dos empregos está concentrada no serviço público, o que contribuiu para o agravamento da pobreza e a falta de perspectivas dessa população.

As relações políticas e sociais são marcadas pela compra de votos, pela intimidação dos eleitores, pelos favores. Esse é o pano de fundo do espaço político e um círculo vicioso: o público torna-se privado dos políticos locais, gerando a permanência no poder.

Em 1992, um grupo da oposição se elegeu para a diretoria do Sindicato dos Trabalhadores Rurais, ocasião em que passaram a realizar reuniões com o propósito de encaminhamento de propostas dos agricultores para o orçamento público.

Entre 1996 e 1997, foi elaborado um estudo da realidade local de modo a sustentar propostas de políticas públicas para o desenvolvimento rural. Um grupo de agricultores realizou o estudo de campo, em todas as regiões do Município e extraíram daí propostas para as demandas existentes e algumas soluções. Dessa motivação dos cidadãos iniciou-se a capacitação dos agricultores, especificamente com a constituição de um Banco de Sementes Comunitário, instalação de cisternas para a captação de água das chuvas e a construção de barragens.

Já em 1998, com a união de outros movimentos sociais (associações comunitárias, pastorais da Igreja Católica, dentre outros) o fórum tomou força e corpo e, a partir daí, passou a discutir, a apresentar propostas para os problemas sociais, bem como a denunciar irregularidades na gestão pública, especialmente no tocante ao orçamento. Nesse mesmo ano o Fórum fez uma representação junto ao Tribunal de Contas do Estado e ao Ministério Público solicitando investigação sobre o mau uso dos recursos públicos pelo Prefeito, pois surgiram várias denúncias.

O Fórum passou a acompanhar a tramitação do orçamento público, muito embora o Executivo e Legislativo não cumprissem os prazos, o que gerava dificuldades na fiscalização.

Concomitantemente, o Fórum buscou assessoria para se capacitar, possibilitar a análise dos documentos e entender a linguagem do orçamento. Produziu com a colaboração do Centrac – Centro de Ação Social, boletins informativos, e através deles divulgava irregularidades do Executivo e as ações do Tribunal de Contas. A repercussão foi muito positiva, e alertou a população quanto à imprescindível fiscalização do orçamento, com vistas à destinação e à aplicação dos recursos.

As manifestações do Fórum acabaram por registrar a improbidade administrativa do Prefeito, que ocorreu em sede judicial.

A partir daí, a Câmara de Vereadores passou a respeitar os prazos, bem como se comprometeu a encaminhar ao fórum os documentos

que porventura solicitassem. Nessa ocasião, o Executivo, que realizava compras com empresas fora do Município, passou a contratar com o comércio local.

Foi através das audiências públicas determinadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal que o Fórum apresentou propostas, as quais são previamente decididas com as lideranças sociais através da eleição das prioridades para cada secretaria de Estado. Os participantes foram divididos em setores para acompanhamento das diversas fases dos investimentos públicos, inclusive, visando à fiscalização.

Não obstante os avanços, a relação com os vereadores não possibilitou que as propostas populares fossem incluídas no orçamento. Não há discussão no Poder Legislativo sobre o orçamento público, e por parte do Executivo, o mesmo toma como base um orçamento de cidades vizinhas e realiza a réplica, apresentando-o ao Legislativo, sem considerar a realidade própria do Município.

O grande desafio será, sem dúvida alguma, a incorporação das propostas do fórum no orçamento, pois o assistencialismo é uma prática para manter o poder político funcionando de forma viciada, e o controle social é uma ferramenta importante para desconstruir esse cenário; por isso tanta resistência.

Não obstante o quanto exposto, certamente houve mudança significativa na sociedade local em consequência do agir dos cidadãos. Vê-se que, mesmo timidamente, diante dos inúmeros desafios, foi por meio do fórum que a moralidade administrativa foi restaurada pela condenação por improbidade do Prefeito, graças às pertinentes manifestações dos integrantes do fórum.

Foram apresentadas propostas de emenda ao orçamento e iniciado um canal de comunicação com membros do Legislativo local; ademais, seus integrantes foram capacitados de maneira a acompanhar a tramitação do orçamento.

No orçamento estarão discriminados os gastos públicos, especialmente como políticas públicas para a implementação de direitos sociais. É através de sua fiscalização que ganhos ocorrerão para a sociedade e seus integrantes, aliado ao fato de que os poderes constituídos passam a agir com maior transparência.

### 3.4 Orçamento participativo e a experiência de Porto Alegre/RS

O orçamento participativo foi instituído pela Prefeitura do Município de Porto Alegre e se caracteriza pela gestão pública com a participação direta dos cidadãos, tanto na elaboração quanto na execução do orçamento, onde são eleitas as prioridades que receberão investimento público.

Foi lançado em 1989, pela Frente Popular (a Frente Popular significou a união dos partidos populares – Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Comunista do Brasil – PC do B, que assumiu o governo municipal em parceria com os movimentos comunitários).

Resultou em ganhos para a sociedade local; tem sido destacado como expressão importantíssima da democracia participativa, e tirado como exemplo a países da Europa e América Latina. Conforme a ONU, a experiência é uma das 40 (quarenta) melhores práticas de gestão pública urbana no mundo. O Banco Mundial reconhece o processo de participação popular de Porto Alegre como um exemplo bem-sucedido de ação comum entre Governo e sociedade civil.<sup>39</sup>

Uma cidade peruana predominantemente rural, Monobamba (região central do Peru), com menos de 5 mil habitantes, investiu na participação ativa dos munícipes, para promover o desenvolvimento local. A cidade se tornou referência na implantação do orçamento participativo e em 2006 foi considerada cidade-irmã de Porto Alegre (RS). As referidas experiências foram publicadas na Conferência Internacional de Cidades Inovadoras, em março de 2010.

Através de pesquisa realizada pelo Fórum Nacional de Participação Popular<sup>40</sup>, no ano de 2000, constatou-se que são 103 (cento e três) experiências de orçamento participativo em Municípios no Brasil e que a maior parte delas ocorreu em localidades de até 50 (cinquenta) mil habitantes.

39 <http://www2.portoalegre.rs.gov.br>, acesso em 28/6/08.

40 CARVALHO, Maria do Carmo Albuquerque, TEIXEIRA, Ana Cláudia C.; ANTONINI, Luciana; MAGALHÃES, Inês, *Orçamento Participativo nos Municípios Paulistas, gestão 1997-2000*, São Paulo, Polis, 2002, n° 32, p. 7.

Em termos regionais, as experiências, em sede de Municípios, contabilizaram 47 (quarenta e sete) na região Sudeste, 39 (trinta e nove) na região Sul e apenas 3 (três) na região Norte do País. Em relação ao partido político em que o Prefeito é filiado, é grande a concentração em partidos de esquerda, mas há muitas experiências com partidos considerados de direita – mais de 10% (dez por cento) do total.

Conforme já mencionado em capítulo anterior, o orçamento participativo tem como princípios regras universais de participação, tanto na instância administrativa quanto na sua regulação para o funcionamento propriamente e o processo de decisão é descentralizado, pois a cidade é dividida em regiões.

Isso significa dizer que o poder é compartilhado, sendo que aliada à decisão popular está o corpo técnico a declarar a viabilidade da obra eleita pelos participantes. No caso de Porto Alegre, esses dois universos coexistiram e as demandas que não fossem aprovadas no estudo técnico eram desconsideradas; a alocação de recursos iria preferencialmente a obras já iniciadas e as demandas estratégicas do Executivo para a ampliação da infraestrutura da cidade não poderiam ser afastadas.

Exemplos, segundo Fedozzi<sup>41</sup>: para a pavimentação de vias necessárias com largura mínima, de sorte que seria possível negociar com os moradores o recuo das casas; impedimento de realização de obras em áreas de risco ou inundáveis e obras de grande porte que objetivassem o planejamento da cidade como um todo (estação de tratamento de água e esgoto).

O planejamento e alocação de recursos são pautados pela discussão prévia com as comunidades. Seus integrantes são reconhecidos e a decisão ocorre em meio a um processo com regras claras e universais, mediante escolha de prioridades eleitas. Daí se extrai que a esfera pública cria um ambiente em que o controle é facilitado, impossibilitando a utilização privada de recursos públicos e a prática corriqueira de clientelismos.

A prática orçamentária participativa, no caso da cidade de Porto Alegre, alterou a relação clientelista existente entre membros do Legisla-

---

41 Id p. 148.



tivo e os eleitores. O vereador não é mais aquele que levará determinado benefício a uma população carente de maneira a exigir o voto posteriormente, expondo a prática como um favor. Desapareceu a figura do agenciador e esse se tornou o ponto de conflito com os parlamentares. Verificaram-se embates ferrenhos com vereadores e membros da sociedade civil.

Na cidade gaúcha, foi o Executivo quem deu início à prática através de interação com os movimentos populares; por essa razão os conflitos persistiram no Legislativo com relação à participação popular.

Para a prática do orçamento participativo, a cidade de Porto Alegre foi dividida em regiões, com base em critérios geográficos, sociais e de organização comunitária e também por instâncias temáticas: organização da cidade e desenvolvimento urbano, circulação e transporte, saúde e assistência social, educação, cultura e lazer e desenvolvimento econômico e tributação.

O ciclo do orçamento participativo é composto por três momentos: as reuniões preparatórias, a Rodada Única de Assembleias Regionais e Temáticas e a Assembleia Municipal.

São promovidas reuniões plenárias nas regiões e nas instâncias temáticas. A primeira é destinada à prestação de contas sobre o plano de investimento aprovado no ano anterior, o que foi cumprido ou não, e o que está em andamento. Na segunda rodada, os moradores de cada rua, de cada bairro e os participantes das instâncias temáticas, escolhem suas prioridades e elegem seus conselheiros – com mandato de um ano – para o orçamento participativo.

Fase fundamental deste processo entre essas duas rodadas, são as diversas reuniões realizadas pela população para o levantamento de suas principais carências, estabelecendo-se a enumeração, ações e obras de acordo com a urgência.

Técnicos do governo e conselheiros sentam-se à mesa para discutir prioridades, definição e execução de obras, políticas, dentre outros. O orçamento participativo é um processo de total interação, que se molda às necessidades locais, com debate entre o Governo Municipal e a população.

Eleitas as prioridades das regiões, temos a distribuição dos investimentos que serão aplicados de acordo com critérios objetivos definidos pelo Conselho do Orçamento, ou seja, os representantes comunitários valendo-se de informações do orçamento, discutem e defendem as prioridades de cada região<sup>42</sup>.

Os critérios são: 1) carência do serviço (conforme dados da Prefeitura e avaliação com os representantes comunitários); 2) número de pessoas em áreas de carência máxima (aqui é feita verificação quantitativa e qualitativa, com o levantamento do número de habitantes nos locais que não possuem o mínimo em infraestrutura e serviços; 3) população total inserida no orçamento; 4) prioridade atribuída pela região.

A cada um desses quesitos são atribuídas notas – que variam de 1 (um) a 4 (quatro) – seguindo a proporção direta: 1) população da região ou área de carência (quanto maior a população atingida, maior a nota); 2) grau de carência no item do investimento (quanto maior a carência, maior a nota; 3) grau de prioridade ao item escolhido (quanto mais necessária e prioritária a escolha, maior a nota).

Também são atribuídos os pesos 1 (um) a 3 (três) que serão proporcionais à importância que foi atribuída pelo Conselho do Orçamento ao critério em questão.

A nota que cada região recebe é multiplicada pelo peso, obtendo-se a pontuação que determinará o percentual de recursos que a região receberá em cada item de investimento.

As necessidades dos Municípios são muitas e a arrecadação longe está de corresponder a elas. Conta-se a isso as receitas vinculadas (saúde e educação) sobrando pouco, o que limita a capacidade de investimentos.

A eleição das prioridades através do orçamento participativo é uma oportunidade única para que o orçamento seja distribuído visando reduzir desigualdades. Aplicam-se critérios de justiça distributiva, pois o todo é considerado em relação à parte e vice-versa.

O orçamento participativo possibilita a discussão e o conhecimento dos problemas locais e as deficiências da cidade. Seus integrantes po-

---

42 FEDOZZI, Luciano, “Orçamento Participativo: reflexões sobre a experiência de Porto Alegre”, Porto Alegre, 2001, Tomo Editorial, 3ª ed., p. 113.

dem trazer uma contribuição muito significativa para a melhoria das condições de vida da população, especialmente da mais carente. Isto porque além das propostas virem de prioridades eleitas pelo modelo do orçamento participativo, que já foi discutido e votado, e identificada a prioridade das prioridades, a maior parte de seus integrantes são pessoas com carência de recursos, que fazem da sua participação a possibilidade de efetiva melhoria nas condições de vida da localidade.

Além disso, a principal consequência é a mudança de atitude do cidadão, que passa a encarar a cidade, o seu local, como um espaço público a ser preservado e aperfeiçoado.

Ainda há a outra face fiscalizadora, voltada para o bom andamento e aplicação de verbas públicas. Mesmo que a gestão participativa no Brasil esteja num estágio inicial, representa ela condição essencial para a própria educação dos cidadãos participantes que, conhecedores de seus direitos, passam a ser atores sociais, juntamente com o Poder Público.

Quanto ao perfil dos participantes, segundo dados colhidos junto aos integrantes do Orçamento Participativo de Porto Alegre, em 1995,<sup>43</sup> tem-se que a maioria está na faixa dos 40 anos, cor branca, renda familiar de até cinco salários mínimos e escolaridade até o primeiro grau completo.

O mapeamento dos participantes sociais evidencia que eles pertencem aos setores populares, e seus componentes estão ligados ao setor de serviços. Homens e mulheres participam quase que igualmente – 46,78% (quarenta e seis vírgula setenta e oito por cento) são mulheres e 52,25% (cinquenta e dois vírgula vinte e cinco por cento) são homens; quase metade participa de alguma associação de moradores.

No ano de 1995, entre os participantes das assembleias regionais e temáticas, 56% (cinquenta e seis por cento) das pessoas declararam que haviam sido beneficiadas por obras e serviços do orçamento participativo e a tendência é que esse índice seja maior. Com efeito, quanto maior o tempo em que haja a participação, maior o número de beneficiários,

---

43 Pesquisa realizada por Luciano Fedozzi em parceria com a Prefeitura de Porto Alegre e organizações não governamentais FASE/RS, CIDADE, Rebecca Abers (UCLA), mediante amostragem, em julho/agosto de 1995

pois dentre os que compareceram por seis anos, 72% (setenta e dois por cento) responderam ter recebido benefícios.

A partir do trabalho dos pesquisadores Adrián Lavalle, Peter Houtzager e Graziela Castello dentro da linha de pesquisa sobre Associações Cívicas e Redes nas Políticas Públicas no CEM-Cebrap, temos os seguintes resultados do modelo de Porto Alegre: 1) em 1990, no início do processo, 80% (oitenta por cento) da população tinha acesso à rede de água potável, o que em 2002 aumentou para 98% (noventa e oito por cento); 2) em 1989, o sistema de esgoto beneficiava 46% (quarenta e seis por cento) da população, chegando a 85% (oitenta e cinco por cento) em 1996; 3) o número de matrículas nas escolas públicas foi triplicado de 1989 a 1999 <sup>44</sup>.

Ana Cláudia Teixeira, em estudo sobre a gestão participativa do período de 2005 a 2008 em Municípios e Estados brasileiros<sup>45</sup>, destaca que o orçamento participativo não é um modelo único, sendo que deve ser criado para cada realidade distinta, com suas questões específicas. Enfatiza que o aperfeiçoamento da experiência entre sociedade e Estado demanda tempo, e o esforço deve ser conjunto, pois são duas linguagens distintas que devem convergir. Por isso que muitos defendem que a existência de lei definindo o orçamento não permitiria que cada Município amoldasse o orçamento participativo de acordo com suas necessidades locais.

Ressalta, por fim, que os impactos da participação na esfera governamental são visíveis, crescendo a preocupação com a garantia de continuidade das experiências entre diferentes gestões. O estudo identificou várias experiências que o orçamento persistiu mesmo havendo mudança de governo, o que significa dizer que, nesses casos, a participação orçamentária já se transformou em política de Estado.

A autora aponta como desafios: 1) o orçamento participativo como poder vinculante;

---

44 Venâncio, Rafael Duarte Oliveira, *Como funciona o orçamento participativo*, in: Revista Eletrônica do Centro de Estudos da Metrópole, acesso em 28/6/08 <http://www.centrodame-tropole.org.br>

45 TEIXEIRA, Ana Cláudia, SERAFIM, Lizanda, *Balço e desafios para a continuidade do Orçamento Participativo – gestão 2005-2008*, <http://www.polis.org.br>, acesso em 29/6/08.

2) necessidade de formação e capacitação técnica e política da sociedade civil e do governo; 3) articulação e vinculação com outras formas de participação, tendo em vista a construção de um projeto de controle social;

Com efeito, muito ainda há por construir. Em pesquisa realizada pelo Fórum Nacional de Participação Popular<sup>46</sup>, verificou-se que em um terço de experiências com o orçamento participativo, ocorreram mudanças na forma de administração dos serviços e obras públicas. Essa conclusão aponta para um desafio, pois quanto mais mudanças no modo de administrar, maior será o controle da gestão compartilhada.

Outros aspectos de interesse e aperfeiçoamento: os recursos nem sempre são adequados às diversas demandas sociais, o que ocorre é a disputa por demandas eleitas; há reivindicações relacionadas à infraestrutura e outras para investimentos em políticas públicas mais abrangentes; há casos de ingerência com outros temas de planejamento urbano ou políticas já definidas pelos Conselhos de Saúde, por exemplo.

O orçamento participativo, num segundo momento, necessitará dialogar com outros canais de participação como os conselhos, visando uma amplitude da gestão municipal, de sorte a somar forças e possibilitar a qualidade de vida de diversas frentes (infraestrutura, habitação, saneamento, saúde, cultura, lazer, dentre outros).

## 4. Conclusão

### 4.1 Orçamento participativo e suas relações com os poderes constituídos

Evidenciamos práticas que relatam dificuldades nos Fóruns Populares, mas, por outro lado, o Executivo tem sido impelido a iniciar experiências de orçamento participativo em função do Estatuto da Cidade. Necessária não só a iniciativa, mas o empenho para que exista diálogo entre participantes e Legislativo e a prática seja mantida por sucessivas administrações.

46 TEIXEIRA, Ana Cláudia Chaves; Grazia, Grazia; Albuquerque, Maria do Carmo; Pontual, Pedro, “*Orçamento Participativo – Democratização da gestão pública e controle social*”, FASE, Fórum Nacional de Participação Popular, Fundação Rosa Luxemburgo.

O Legislativo, por sua vez, exerce também um papel relevante, pois na discussão sobre o projeto de lei orçamentária cabem as emendas, que são um poderoso instrumento numa sociedade ainda marcada pelo clientelismo e pelo favor. Em muitas situações, ainda persiste a troca de projetos de interesse de determinado eleitorado para que o parlamentar garanta votos para a próxima eleição.

O orçamento participativo é um valioso instrumento para romper com essa prática, pois as discussões vão avaliar as prioridades e elencá-las. Eleitas as prioridades pela votação de delegados e conselheiros, a população não está dependente dos vereadores exclusivamente, e a discussão se amplia. Por outro lado, a apresentação de emendas por parlamentares, desvirtuando as prioridades eleitas no orçamento participativo, coloca-os em situação não muito cômoda perante a população. Esse instrumento poderoso acaba com esse vício da representação.

No dizer de Luciano Fedozzi<sup>47</sup>, a dimensão proposta pelo orçamento participativo enfoca especialmente mudanças de ordem estrutural na forma já arraigada de gestão do orçamento público e também de legitimação do poder em razão da participação popular.

Constitui-se na gestão compartilhada entre Estado e sociedade lançando um novo modelo político-administrativo em total confronto com o caráter patrimonialista que teve predominância na formação da sociedade brasileira e também do Estado.

As experiências mencionadas, especialmente em Municípios de cunho patrimonialista, como é o caso de Lagoa Seca, confirmaram que o espírito associativo, aliado à informação, deu início à transformação do poder local e da própria sociedade.

Estudos de José Rodrigo Rodriguez, sobre o direito contemporâneo<sup>48</sup> a partir da análise de Franz Neumann, indicam que as várias alternativas institucionais captam as demandas sociais e transformam-nas

---

47 FEDOZZI, Luciano, *Orçamento Participativo: reflexões sobre a experiência de Porto Alegre*, Porto Alegre, 2001, Tomo Editorial, 3ª ed., p. 27.

48 *Fuga do Direito – Um Estudo sobre o Direito Contemporâneo a partir de Franz Neumann*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22 e seguintes. Meneghetti Neto, Alfredo, Uma avaliação dos gastos em educação e saúde nos municípios gaúchos, in [www.pucrs.br/eventos/eeg/trabalhos/93.doc](http://www.pucrs.br/eventos/eeg/trabalhos/93.doc), acesso em 9/8/10.

em futuras decisões. Essas instituições organizam o fluxo das demandas (poder social) para a tomada de decisões (poder estatal).

Portanto, na linha de tudo quanto já exposto, a sociedade tem um papel importantíssimo para que se aprimorem as instituições. Para Rodriguez, a sociedade brasileira dispõe de modelos institucionais capazes de controlar o exercício de poder. As anteriores considerações a respeito do controle social através das instituições confirmam essa tese.

A participação popular no formato “orçamento participativo”, como vimos, é uma nova instituição social, capaz de ser um canal autônomo para o controle do poder, participação nas decisões e implementação de direitos sociais.

## **4.2 Impacto nos gastos sociais**

Mesmo com a necessidade de aprimoramento, as pesquisas do Fórum do Orçamento Participativo confirmam que é a partir dele que há aumento nos gastos sociais e implementação de direitos sociais. Exemplo destacado pelo Município de Santo André foi o aumento da priorização da saúde no primeiro ano de gestão participativa; quanto a Porto Alegre, o salto dos investimentos de saneamento básico e o aumento substancial no número de matrículas na rede pública de ensino.

No Rio Grande do Sul, segundo o estudo de Alfredo Meneghetti, economista e professor da PUC-RS, o Governo do Estado do RS, por exemplo, tem encaminhado previsões dos investimentos considerados prioritários em cada uma das 22 regiões do Estado para o Conselho do Orçamento Participativo Estadual (COP).

Sobre a questão do orçamento participativo existem divisões. Alguns argumentam que mesmo com essa forma mais participativa os ganhos são em termos de legitimidade democrática, entretanto, o Executivo perdeu autonomia administrativa.

Como já nos reportamos, as inúmeras e diferentes experiências sobre orçamento participativo comprovam que cada localidade vai adaptando suas necessidades. Há situações em que a comunidade obteve acesso à informação e daí decorreu, inicialmente, apenas a fiscalização sobre os gastos públicos; num segundo momento, os respectivos fóruns passaram

a elaborar propostas, as quais eram aceitas ou não; em outros, construiu-se um canal com o Poder Legislativo, onde propostas foram levadas para incorporação sob a forma de emendas; em outros há um percentual do orçamento, variável, que é destinado à participação popular.

De toda forma, como os Estados e Municípios brasileiros têm necessidades muito diferentes entre si, o ganho está no exercício do controle social sobre o orçamento, na inclusão de pessoas, geralmente de comunidades carentes, na intervenção e decisão sobre questões relevantes no município, na capacitação dos cidadãos e especialmente na efetivação de direitos sociais, em parceria com o Estado.

Não se perca que deve existir um balanceamento entre as várias formas de orçamento participativo e o plano plurianual. Com efeito, trata-se este último do planejamento estratégico para a execução da proposta política vencedora. Esse planejamento traduzido no plano plurianual está calcado em estudos técnicos ajustados às necessidades que serão sanadas em médio e longo prazo, numa perspectiva, inclusive de ampliação dos diversos direitos sociais. O orçamento participativo, na medida em que elege prioridades de caráter imediato, deve ser incorporado a esse planejamento, sem que se perca essa perspectiva de participação direta.

Não obstante, há que se ter também como fato limitador a questão da reduzida capacidade de investimentos dos municípios brasileiros. Aliado a isto, as grandes questões que se apresentam, de extrema complexidade e execução, envolvendo as regiões metropolitanas também são um componente a mais para ser dosada a participação em relação ao planejamento plurianual.

São múltiplas questões que devem ser adequadas num ambiente de fiscalização, progressão de direitos e de escolhas técnicas.

### **Bibliografia:**

BALCÃO, Nilde; TEIXEIRA, Ana Cláudia C. *Controle Social do orçamento público*. São Paulo: Instituto Pólis, 2003, n° 44.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.



BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira. *Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Reflexões sobre o Conceito Jurídico de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Maria do Carmo A.A.; FELGUEIRAS, Débora. *Orçamento Participativo no ABC”, Mauá, Ribeirão Pires, Santo André*. São Paulo:Polis, 2000, n.º 34

\_\_\_\_\_, TEIXEIRA, Ana Cláudia C.; ANTONINI, Luciana; MAGALHÃES, Inês. *Orçamento Participativo nos Municípios Paulistas, gestão 1997-2000*, São Paulo: Polis, 2002, n.º 32.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*“, 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 2004.

FEDOZZI, Luciano Joel. *Do Patrimonialismo à Cidadania, Participação popular na Gestão Municipal: o caso do orçamento participativo de Porto Alegre*. Dissertação Pós-Graduação em Sociologia. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, março 1996.

\_\_\_\_\_. *Orçamento Participativo: reflexões sobre a experiência de Porto Alegre*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2001, 3ª ed.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e Cidadania*, São Paulo: Uniletras, 2004.

LIMA, Francisco Gerson Marques. *Os deveres constitucionais: o cidadão responsável*. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira. *Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 140-184.

LOPES, Ana Maria D’Avila. *A cidadania na Constituição Federal Brasileira de 1988: Redefinindo a Participação Política* in BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira. *Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARCONDES, Danilo, *Iniciação à História da Filosofia – Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2007, 11 ed.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Os desafios contemporâneos da eficácia, efetividade e dos conflitos no campo de direitos fundamentais*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 15, outubro-dezembro 2007, vol. 61, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. *Democracia Semidireta no Brasil Pós-1988: a experiência do orçamento participativo*. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2004.

MORRIS, Clarice. *Os Grandes Filósofos do Direito*, Leituras escolhidas em direito. Tradução Reinaldo Guarany, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. *A judicialização da política no Brasil*. Revista de Direito e Política, vol. XIII, abril a junho 2007, ano IV, IBAP, p. 67-70.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988*. São Paulo, Editora Verbatim, 2009.

PEREZ, Marcos Augusto. *A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. Reflexões sobre o Conceito Jurídico de Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163-176.

PORTELA, Fernando; VESENTINI, José William. *Êxodo rural e urbanização*, São Paulo, Ática, 2005, 17 ed.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RIBEIRO, Ana Clara Torres; Grazia, Grazia de. *Experiências de Orçamento Participativo no Brasil, período de 1997 a 2000*. São Paulo: Vozes, 2003.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do Direito – Um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*, São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTIN, Janaína Rigo e Mattia, Ricardo Quinto. *Gestão Democrática da Cidade: novo paradigma para a Administração Pública*, in: Revista de Direito Constitucional e Internacional, Cadernos de Direito Consti-

tucional e Ciência Política, ano 16, julho – setembro de 2008, Editora Revista dos Tribunais.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice, o social e o político na pós-modernidade*, 11 ed., São Paulo: Cortez, 2006.

SILVA, Felipe Gonçalves. *Emancipação, esfera pública e direito. A teoria crítica de Jürgen Habermans, Mente, Cérebro e Filosofia*, 8ª ed.

SILVA, Jose Afonso. *O sistema representativo, democracia semi-direta e democracia participativa*, Revista do Advogado, Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos, ano XXIII, novembro de 2003.

TEIXEIRA , Ana Cláudia Chaves; GRAZIA, Grazia de; Albuquerque, Maria do Carmo; Pontual, Pedro. “*Orçamento Participativo – Democratização da gestão pública e controle social*, FASE, Fórum Nacional de Participação Popular, Fundação Rosa Luxemburgo.

\_\_\_\_\_. *Os Sentidos da Democracia e da Participação*. São Paulo, Polis, 2005, publicações Polis n.º 47.

### **Referências por meio eletrônico:**

FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral, *Ética na gestão pública e exercício da cidadania: o papel dos tribunais de contas brasileiros como agências de accountability – O caso do Tribunal de Contas de Pernambuco*. In: VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002, em <http://unpan1.un.org/>, acesso em 28/6/08.

MENEGHETTI Neto, Alfredo. *Uma avaliação dos gastos em educação e saúde nos municípios gaúchos*, in [www.pucrs.br/eventos/eeg/trabalhos/93.doc](http://www.pucrs.br/eventos/eeg/trabalhos/93.doc), acesso em 9/8/10.

PONTUAL, Pedro., “*O Processo Educativo no Orçamento Participativo* Comentários à Mesa: Orçamento Participativo e Alianças para o Desenvolvimento. Seminário Regional Fortal – Buenos Aires, 10 a 12 de maio de 2004, acesso em 28/6/08, <http://www.logolinkla.org>

TEIXEIRA, Ana Cláudia; SERAFIM, Lizanda. *Balanço e desafios para a continuidade do Orçamento Participativo – gestão 2005-2008*, <http://www.polis.org.br>, acesso em 29/6/08.

VENÂNCIO, Rafael Duarte Oliveira. *Como funciona o orçamento participativo*. In: Revista Eletrônica do Centro de Estudos da Metrópole, acesso em 28/6/08 <http://www.centrodametropole.org.br>

<http://www.centrodametropole.org.br>, acesso em 25/8/2008.

<http://www.ethos.org.br>, acesso em 2/5/09.

<http://www.forumbfo.org.br>, acesso em 30/4/09.

<http://www.paraiba.pb.gov.br>, notícia de 29/4/09, acesso em 30/8/09.

<http://www.polis.org.br>, acesso em 30/6/08.

<http://www2.portoalegre.rs.gov.br>, acesso em 28/6/08.

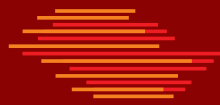
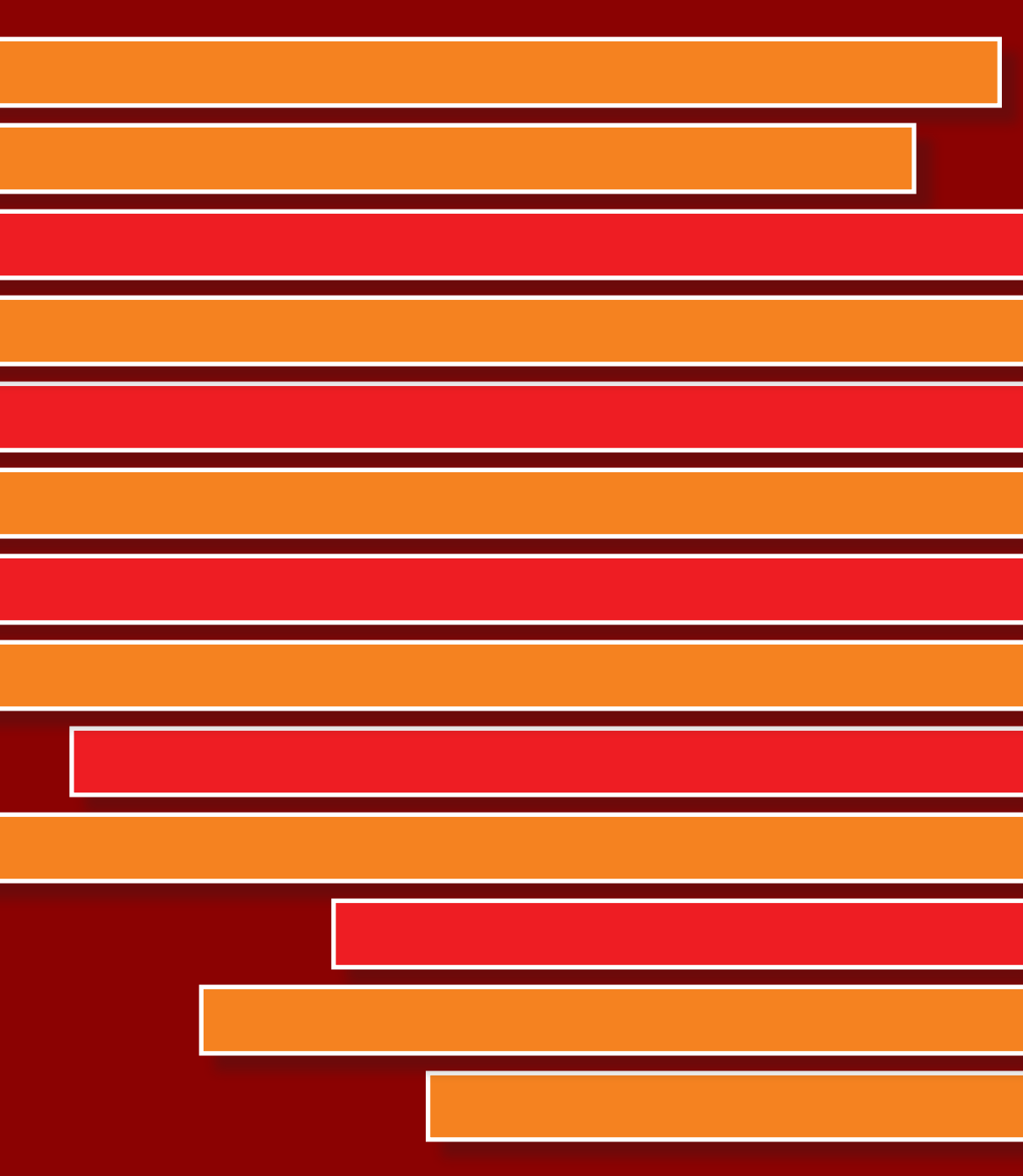
<http://www.tadeuveneri.com.br/projeto>, acesso em 30/6/08.

<http://www.wikipedia.org>, acesso em 26/8/08.

DIAS, Nelson. *Uma outra democracia é possível? As experiências do orçamento participativo, e-cadernos CES*, em [www.eces.revues.org](http://www.eces.revues.org), acesso em 07/07/2014.

editoração, ctp, impressão e acabamento

**Imprensaoficial**  
GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



**CEPGE**

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO