TEMAS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO PÚBLICO

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR KIYOSHI HARADA

PEMBROKE COLLINS
EDITORIAL BOARD

PRESIDENT Felipe Dutra Asensi

MEMBERS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, Brazil)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Brazil)
Adriano Rosa (USU, Brazil)
Alberto Shinji Higa (Procuradoria Geral de Jundiaí, Brazil)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Brazil)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, Brazil)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colombia)
Carlos Mourão (PGM, Brazil)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, Brazil)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Brazil)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Brazil)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Brazil)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Brazil)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, United States)
Elaine Teixeira Rabello (KIT, Netherlands)
Glaucia Ribeiro (UEA, Brazil)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Brazil)
Jonathan Regis (UNIVALI, Brazil)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Spain)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, Brazil)
Luciano Nascimento (UEPB, Brazil)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Brazil)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Brazil)
Marcia Cavalcanti (USU, Brazil)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Brazil)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Brazil)
Rogério Borba (UVA, Brazil)
Rosangela Tremel (JusCibernética, Brazil)
Roseni Pinheiro (UERJ, Brazil)
Sergio de Souza Salles (UCP, Brazil)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brazil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Brazil)

TEMAS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO PÚBLICO

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR KIYOSHI HARADA

ORGANIZAÇÃO:

Alberto Shinji Higa ◆ Arthur B. de Souza Junior ◆ Francisco Pedro Jucá ◆ Eduardo Jardim

PREFÁCIO:

Ives Gandra da Silva Martins

AUTORES:

Adilson Abreu Dallari ◆ Alberto Shinji Higa ◆ Alexandre Betini ◆ Ana Claudia Barbuda
Ana Maria Pedreira ◆ Andréa Corrêa Lima ◆ Arthur Bezerra de Souza Junior ◆ Caroline Palermo
Ciro Di Benatti Galvão ◆ Daniel Terrón Santos ◆ Dinorá Adelaide Musetti Grotti
Eduardo Marcial Ferreira Jardim ◆ Elival da Silva Ramos ◆ Fabio Antunes Possato
Felipe Assensi ◆ Fernando Facury Scaff ◆ Francisco Pedro Jucá ◆ Gilberto Bernardino de Oliveira Filho
Hudson Jorge Cardia ◆ Ives Gandra da Silva Martins ◆ Jessé Torres Pereira Junior ◆ Jorge Miranda
José Casalta Nabais ◆ José Eduardo de Miranda ◆ José Eduardo Soares de Melo
José Roberto Pimenta Oliveira ◆ Karim Regina Nascimento Possato ◆ Kiyoshi Harada ◆ Lauro Ishikawa
Léo da Silva Alves ◆ Marcelo Campos ◆ Marcelo Kiyoshi Harada ◆ Marilene Talarico Martins Rodrigues
Océlio de Jesús Carneiro de Morais ◆ Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Raphael Silva Rodrigues ◆ Roque Antonio Carrazza ◆ Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques
Sérgio Assoni Filho ◆ Simone Zanotello de Oliveira ◆ Taís Nader Marta ◆ Tiago Serrão
Toshio Mukai ◆ Vivian de A. Gregori Torres

PEMBROKE COLLINS
BOOKS & EDUCATION

PEMBROKE COLLINS
DEERFIELD BEACH, FL – UNITED STATES
2022

Copyright © 2022 | Diversos autores

EDITORIAL PRESIDENCY Felipe Asensi
PUBLISHING Felipe Asensi
EDITORIAL COORDINATION Vanessa Abraim
PROOFREADING Pembroke Collins' Team
GRAPHIC PROJECT AND COVER Diniz Gomes
FORMATTING Diniz Gomes

PEMBROKE COLLINS
1191 E Newport Center Dr #103 - Deerfield Beach
FL 33442 - United States
info@pembrokecollins.com
www.pembrokecollins.com

ALL RIGHTS RESERVED
No part of this book can be used or reproduced by any means without this Publisher's written permission.

FINANCING
This book was financed by the International Council for Higher Studies in Law (CAED-Jus), by the International Council for Higher Studies in Education (CAEduca) and by Pembroke Collins.

All books are submitted to the peer view process in double blind format by the Publisher and, in the case Collection, also by the Editors.

T278

Temas contemporâneos de Direito Público: estudos em homenagem ao professor Kiyoshi Harada / Alberto Shinji Higa, Arthur Bezerra de Souza Junior, Francisco Pedro Jucá e Eduardo Jardim (org.). – Rio de Janeiro; Flórida: Pembroke Collins, 2022.

610 p.

ISBN 979-8-88670-025-1

1. Direito constitucional. 2. Direito tributário. 3. Direito administrativo. I. Higa, Alberto Shinji (org.). II. Souza Junior, Arthur Bezerra de Souza (org.). III. Jucá, Francisco Pedro (org.). IV. Jardim, Eduardo (org.). V. Harada, Kiyoshi.

CDD 342

Librarian: Aneli Beloni
CRB7 049/21

Nosso olhar sobre Kiyoshi Harada

Uma pessoa íntegra, dedicada, estudiosa e muito preocupada com os destinos do nosso país. Em todos os governos, deixando de lado sua preferência política, mergulha na defesa da lei e da justiça, normalmente na área tributária, usando seu instrumento mais precioso, a palavra escrita ou falada.

Seu gosto pela matéria tributária começou ainda como estagiário e chegou como nós hoje o conhecemos: um tributarista de escol!

Seus ideais de justiça transparecem em todos os seus artigos, livros, palestras e entrevistas.

Uma pessoa de sensibilidade ímpar, conseguindo enxergar as necessidades não só do próximo, mas do nosso país.

Muito determinado em seus propósitos, persegue-os até conseguir. Daí a produção de tantas obras!

Assim, quer no meio jurídico, na sociedade brasileira, na sociedade japonesa, é inspiração pelo exemplo e dedicação.

Não é diferente para nós! É exemplo de marido, pai e avô, preocupando-se com cada um de nós, esposa, filhos e netos, e inspiração para toda a nossa vida.

Somos agradecidos a Deus por nos ter destinado a ele!

Kiyoshi Harada, nosso amor, nossa admiração, nosso orgulho.

Felicia
Maris e Fernando,
Felipe e Luiz,
Marcelo e Raquel,
Melissa e Maya

Breve prefácio

A homenagem que se presta ao eminente jurista Kiyoshi Harada é justíssima, pois é dedicada a um dos mais brilhantes humanistas do país na atualidade.

A formação do Bacharel em Direito no país, nos séculos XIX e XX, sempre foi caracterizada pela abrangência cultural, sendo de todos os profissionais com títulos universitários aquele que com maior facilidade atingia uma concepção universal do conhecimento, pois seus caminhos eram abertos a todas as Ciências Sociais.

Kiyoshi Harada é, fundamentalmente, um humanista com duas paixões a que se dedicou toda a vida, ou seja, o Direito e a cultura japonesa.

Conheço-o há décadas e tenho mais de uma dezena de livros publicados com ele e, nesses anos, todos sempre eu o vi como um foco gerador de Cultura jurídica e universal.

Como jurista, a série de livros que escreveu, alguns com mais de uma dezena de edições, demonstra sua respeitabilidade e a admiração que os seus colegas lhe têm. É um dos maiores tributaristas brasileiros, navegando, sem dificuldade, por outras áreas do universo jurídico.

Como humanista tem se dedicado a difundir a cultura de seu povo no Brasil, com inúmeras obras elaboradas a respeito da influência da cultura do Japão na gente brasileira. Eu mesmo, admirador que sou da civilização de seus ancestrais, tendo sido um dos primeiros "shodans" no Karate-do, pois aluno do Sensei Akamine, que introduziu o estilo "Goju-ryu" entre nós, na década de 1960, além de admirador da história, da filosofia e das artes nipônicas, tenho participado de algumas de suas publicações sobre o país do Sol Nascente. Talvez, hoje, sou um dos que mais publicaram entre os poetas da Geração de 45 a extraordinária forma de síntese lírica e filosófica, verdadeira fotografia de instantes poéticos, que é o haicai.

O brilho de todos os autores que participam desta obra, todos de renome nacional e internacional, torna mais valiosa esta homenagem ao jurista, sempre abordando temas de relevância no direito público contemporâneo, o que torna o livro de importância inquestionável para historiografia jurídica nacional.

Todos os autores, dos quais me excepciono, tem uma trajetória de tal relevância no direito brasileiro, o que valoriza sobremaneira este livro.

Dessa forma, neste breve prefácio ao fundador do Ibedaft, ao Conselheiro do Conselho Superior de Direito da Fecomércio – SP, ao acadêmico da Academia Paulista de Letras Jurídicas, ao eminente professor de direito do Centro de Extensão Universitária e conferencista em universidades do país e do exterior, ao jurista e humanista, quero deixar os cumprimentos de todos os autores e de toda a comunidade jurídica brasileira aqui representada pelo muito que tem contribuído para a evolução do direito público no país. Parabéns, pois, à editora, visto que propicia aos operadores de direito de todo o Brasil o acesso a estudos de tal relevância e ao homenageado, que é merecedor deste reconhecimento, por sua estupenda obra, no curso de mais de meio século de dedicação ao Direito e à cultura no Brasil.

Ives Gandra Da Silva Martins

Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Professor Titular de Direito Constitucional. Professor Emérito da UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e RS e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO – SP; ex-Presidente da Academia Paulista de Letras-APL e do Instituto dos Advogados de São Paulo-IASP.

SUMÁRIO

COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA..... 13
Kiyoshi Harada

O DECRETO LEGISLATIVO PARA PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DO CONGRESSO NACIONAL..... 38
Ives Gandra da Silva Martins

A ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA, EM PORTUGAL, NO QUADRO DA REVISÃO DE 2019 DO CÓDIGO DE PROCESSO NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS..... 45
Tiago Serrão

A INDISPENSABILIDADE DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA TAMBÉM NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE..... 59
Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho

ATIVISMO JUDICIAL E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA: A CRISE INSTITUCIONAL BRASILEIRA..... 86
Elival da Silva Ramos

A CRISE DA DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS..... 106
Adilson Abreu Dallari

DISTINÇÃO ENTRE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO, DE MONITORAMENTO E DE RASTREAMENTO..... 116
Marcelo Kiyoshi Harada

PSICOPATIA INSTITUCIONAL: QUANDO PERSONALIDADES PERVERSAS INVADEM A GESTÃO PÚBLICA..... 130
Léo da Silva Alves

O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO: FUNÇÃO JUDICANTE OU INSTÂNCIA REVISORA DE ATOS ADMINISTRATIVOS? 143
Raphael Silva Rodrigues

GOVERNABILIDADE E DIMENSÕES CONSTITUCIONAIS 161
Francisco Pedro Jucá
Lauro Ishikawa

ICMS. VENDA DE AUTOMÓVEIS POR LOCADORAS DE VEÍCULOS (STF – TEMA 1.012 DE REPERCUSSÃO GERAL) 185
José Eduardo Soares de Melo

"LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À INFORMAÇÃO" COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS 199
Marilene Talarico Martins Rodrigues

O DIREITO FINANCEIRO COMO UM DIREITO SOCIAL E AS CLÁUSULAS PÉTREAS SOCIAIS 212
Fernando Facury Scaff

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS E MANTIDAS PELO PODER PÚBLICO – QUESTÕES CONEXAS 228
Roque Antonio Carrazza

A REFORMA ADMINISTRATIVA E AS PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS DOS EMPREGADOS PÚBLICOS 253
Arthur Bezerra de Souza Junior
Felipe Assensi

PROBLEMAS E RESPOSTAS AO CUSTEIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL 267
Océlio de Jesús Carneiro de Morais

CONTRATACIÓN PÚBLICA: EL NUDGE COMO HERRAMIENTA 280
Daniel Terrón Santos

CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DA LEI N. 13.848/2019 308
Dinorá Adelaide Musetti Grotti
José Roberto Pimenta Oliveira

GASTOS TRIBUTÁRIOS, INDUÇÃO ECONÔMICA E CONTROLE ORÇAMENTÁRIO EM PROL DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS.....343
Sérgio Assoni Filho

DISPUTE BOARDS COMO MEIO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMPLEXOS....364
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques
Karim Regina Nascimento Possato
Fabio Antunes Possato

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A MATRIZ DE RISCO NOS CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS.....384
Ana Maria Pedreira
Vivian de A. Gregori Torres

A PREVISÃO DA SANÇÃO TRIBUTÁRIA COMO FORMA DE EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA.....400
Marcelo Campos
Caroline Palermo

DIÁLOGO COMPETITIVO – A NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO DA LEI 14.133/2021.....410
Simone Zanotello de Oliveira

A QUALIDADE PRESTACIONAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS EM FOCO: ANÁLISE A PARTIR DA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E DA INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO PÚBLICO.....424
Alexandre Betini
Ciro di Benatti Galvão

PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: ENTRE A INTERFERÊNCIA DA COVID-19 NO FLUXO DA FORMAÇÃO ACADÊMICA E A TRANSMUTAÇÃO DA OFERTA EDUCACIONAL COMO GARANTIA DE DIGNIDADE DOS ESTUDANTES UNIVERSITÁRIOS.....445
José Eduardo de Miranda
Andréa Corrêa Lima

A NATUREZA PARITÁRIA DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL TRIBUTÁRIA.....461
José Casalta Nabais

A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA.....473
Jorge Miranda

KIYOSHI HARADA - LA SCIENZA GIURIDICA TRIBUTARIA.....500
Ana Claudia Barbuda - Giornalista

AS VANTAGENS DO CONSÓRCIO PÚBLICO PARA A EXECUÇÃO DE ATIVIDADES PÚBLICAS DE INTERESSE COMUM PARA OS MUNICÍPIOS, EM ESPECIAL PARA A EXECUÇÃO DO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO.....509
Toshio Mukai

TEMAS TRIBUTÁRIOS CONTROVERSOS: LOCAL DA INCIDÊNCIA DOS IMPOSTOS SOBRE SERVIÇOS – DIREITOS DE O CONSUMIDOR QUESTIONAR TRIBUTO CONTIDO NO PREÇO – COBRANÇA ANUAL DOS IMPOSTOS SOBRE A PROPRIEDADE.....516
Eduardo Marcial Ferreira Jardim

O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO E A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COM INTERVENÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE À LUZ DA ADPF 45 533
Hudson Jorge Cardia
Taís Nader Marta

AS SANÇÕES POSITIVAS EM NORBERTO BOBBIO E A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO.....549
Alberto Shinji Higa

VIGÊNCIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM FACE DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI N° 14.133/2021).....581
Jessé Torres Pereira Junior
Gilberto Bernardino de Oliveira Filho

Competência administrativa e competência legislativa

Kiyoshi Harada[1]

1 INTRODUÇÃO

Competência administrativa ou competência comum, não raras vezes, tem sido confundida com competência legislativa pela jurisprudência de nossos tribunais.

Na verdade, não existe competência legislativa comum pela simples razão de que uma mesma matéria não pode ser disciplinada simultaneamente por três entidades políticas componentes da Federação, sob pena de instaurar o caos na ordem jurídica, pois é provável que cada uma legislaria diferentemente.

O que a Constituição abriga é a competência legislativa concorrente, em que cada esfera política tem a sua atribuição legislativa bem delineada no texto constitucional, de sorte a impedir o confronto de normas, como veremos mais adiante.

Contudo, antes de adentrar no exame do tema proposto, algumas noções introdutórias se impõem para o perfeito entendimento da matéria.

2 CONCEITO DE COMPETÊNCIA

Noção de competência tem fundamento na teoria da tripartição dos Poderes de Montesquieu, que estrutura o Estado moderno. Daí porque a competência tem como fonte formal a Constituição, que estabelece os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si (art. 2º da CF/88).

Conforme assinalamos em nossa obra, essa tripartição de poder por órgãos diferentes e independentes existe para coibir a ação de um

1 É especialista em Direito Tributário e Ciência das Finanças pela USP. Mestre em Direito pela UNIP. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT. Acadêmico da Academia Paulista de Letras Jurídicas, da Academia Brasileira de Direito Tributário e da Academia Paulista de Direito. Membro do Conselho Superior de Direito da Fecomércio e do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos da FIESP. Ex-Procurador chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

deles sem limitação por outros, formando um verdadeiro sistema de freios e contrapesos que se subsume no princípio da independência e harmonia entre os Poderes.[2] Na verdade, são as três funções do Estado, que é uno.

Essas três funções do Estado, entretanto, não formam compartimentos estanques. Cada Poder tem a sua competência formal ou orgânica fixada pela Constituição.

Na função Executiva o Estado, preponderantemente, executa as leis e administra os negócios públicos, isto é, governa. Não interfere na atividade jurisdicional, porém, cabe ao Executivo a nomeação de ministros dos tribunais superiores, sob o controle do Senado Federal.

Na função Legislativa o Estado exerce, preponderantemente, a tarefa de criar normas jurídicas gerais e abstratas para regular a convivência social. Contudo, há um processo para a sua formação no qual o Executivo tem participação efetiva, quer tomando a iniciativa de lei, quer sancionado ou vetando as proposituras legislativas, sendo que os vetos podem ser rejeitados por maioria absoluta dos congressistas.

Na função Jurisdicional o Estado, fundamentalmente, dedica-se à administração da justiça mediante a aplicação das leis às hipóteses de conflitos de interesses com vistas à sua composição. Não participa do processo legislativo, salvo em algumas hipóteses, como as dos arts. 93 e 99 e parágrafos da CF, porém, cabe-lhe a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando neste caso.

Há um ponto comum na atuação do Executivo e do Judiciário. Ambos os Poderes aplicam a lei ao caso concreto. A diferença está no fato de que o Executivo aplica a lei de ofício no desempenho diário de sua função administrativa sem, contudo, o caráter de definitividade (art. 5º, XXXV da CF), enquanto o Judiciário limita-se a aplicar a lei de forma provocada, sendo definitiva a decisão judicial.

Entretanto, como bem ponderado por Massami Uyeda com apoio em Chiovenda, a verdadeira distinção reside no caráter substitutivo de uma atividade pública a uma atividade alheia, existente na função jurisdicional e inexistente na função administrativa. São suas as palavras:

> Na função administrativa exercita-se a atividade imposta, direta e imediatamente, pela lei aos órgãos públicos. O juiz age, atuando a lei, ao passo que o administrador age em conformidade com a lei. O juiz considera a lei em si mesma, o administrador considera-a como a norma de sua própria conduta. A Administração desempenha atividade primária ou originária; a jurisdição uma atividade secundária ou coordenada. A Administração julga sobre a própria

2 Cf. nosso *Da liminar em matéria tributária*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 4-5.

> atividade; a jurisdição julga da atividade alheia e de uma vontade da lei concernente a outrem, substituindo-se na atividade deste.[3]

Pondere-se, por fim, que o Legislativo e o Judiciário praticam atos próprios do Executivo quando abrem certames licitatórios, contratam servidores, organizam a estrutura material de seus órgãos etc. O Executivo, bem como o Legislativo, por sua vez, exerce atividades judicantes quando julgam as infrações disciplinares de seus servidores. O Executivo, ainda, desempenha o contencioso administrativo na esfera da legislação tributária, assim como no Legislativo as Comissões Parlamentares de Inquéritos – CPI – têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (art. 58, § 3º da CF). O Legislativo, ainda, julga o Presidente e o Vice-Presidente pelos crimes de responsabilidade (art. 86 da CF).

Passemos agora ao conceito de competência começando com a lição de Odete Medauar, para quem competência significa a aptidão legal conferida a um órgão ou autoridade para realizar determinadas atividades.[4] Maria Sylvia Zanella Di Pietro define a competência como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo.[5] Na mesma linha escreve Massami Uyeda, para quem a competência é um conjunto de atribuições que, por lei, são asseguradas às entidades ou órgãos estatais e aos agentes públicos para a realização de tarefa administrativa.[6] Finalmente, José Afonso da Silva define a competência como faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões.[7] Enfim, as diversas definições são convergentes.

A violação da regra de competência estabelecida em lei vicia o ato administrativo praticado, tornando-o inexistente, nulo ou anulável, conforme a gravidade dessa violação.

No direito público a competência só pode decorrer de lei, ao passo que no direito privado a capacidade surge como regra, sendo exceção a incapacidade. No regime de direito administrativo o agente público age como escravo fiel da lei: só pode agir quando, onde e como a lei prescrever.

3 COMPETÊNCIA COMUM DO ART. 23 DA CF

Dispõe o art. 23 da Constituição Federal:

---

3 *Da competência em matéria administrativa.* São Paulo: Ícone editora, 1997, p. 60.

4 *Direito administrativo moderno.* 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 58.

5 *Direito administrativo,* 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 196.

6 *Op. cit.*, p. 118.

7 *Direito constitucional positivo.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 477.

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> **I** - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
>
> **II** - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
>
> **III** - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
>
> **IV** - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
>
> **V** - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)
>
> **VI** - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
>
> **VII** - preservar as florestas, a fauna e a flora;
>
> **VIII** - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
>
> **IX** - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
>
> **X** - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;
>
> **XI** - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;
>
> **XII** - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.
>
> **Parágrafo único**. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

Nas matérias elencadas nos incisos I a XII, a Constituição atribuiu às três entidades políticas a atuação conjunta na prestação de serviços.

Trata-se de competência administrativa, sem envolver atividade legislativa. As entidades políticas atuam nessas matérias mediante a aplicação da respectiva lei de regência. Por exemplo, no que diz respeito à proteção de documentos, de obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, dos monumentos, das paisagens notáveis e dos sítios arqueológicos (inciso III), cada esfera política atua de conformidade com a legislação própria, pois não há normas gerais de observância impositiva editada pela União nessa matéria (art. 24, VII da CF). Assim, no âmbito da União vigora o Decreto-lei nº 25, de 30-11-1937 (IPHAN); no âmbito dos Estados, no Estado de São Paulo a matéria é regida pela Lei nº 10.247, de 22-1-1968 (CONDEPHAAT); e finalmente, na esfera municipal, no Município de São Paulo vigora a Lei nº 10.032, de 17-9-1985 (CONPRESP). No que pertine à preservação das florestas, fauna e flora

(inciso VII), União, Estados e Municípios devem observar as disposições do Código Florestal. Todavia, não impede de os Estados e Municípios aplicarem suas normas resultantes do exercício da competência concorrente (art. 24, VI da CF), desde que não conflitantes com os preceitos do Código Florestal.

Por fim, o parágrafo único do art. 23 confere à Lei Complementar a tarefa de fixar normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e Municípios, objetivando o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Esse parágrafo aponta na direção de um federalismo cooperativo.

A Lei Complementar nº 140, de 8-12-2011, fixa as normas de cooperação concernentes às matérias previstas nos incisos III, VI e VII do *caput* (proteção de paisagens naturais notáveis; proteção do meio ambiente; e preservação das florestas, fauna e flora).

4 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

De conformidade com a Constituição de 1988 a competência legislativa pode ser exclusiva (art. 25 § 1º), privativa (art. 22) e concorrente (art. 24).

4.1 COMPETÊNCIA EXCLUSIVA

A competência exclusiva está prevista no art. 25, § 2º da CF e em outros dispositivos esparsos.

De conformidade com o § 2º, do art. 25 cabe aos Estados "explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para sua regulamentação".

Segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva, a competência exclusiva difere da competência privativa na medida em que aquela não comporta delegação, ao passo que esta é passível de delegação.[8]

Dessa forma, os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional arrolados no art. 49 da CF não podem ser delegados. Em contraposição, os atos privativos do Presidente da República enumerados no art. 84 da CF são passíveis de delegação em relação às matérias enumeradas no seu parágrafo único (incisos VI, XII e XXV).

Contudo, como assinala José Afonso da Silva na citada nota de nº 5, a Constituição não é rigorosamente técnica nesse assunto, pois os artigos 51 e 52 da CF, apesar de versarem sobre competência exclusiva da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, respectivamente, se referem à competência privativa. Sabemos todos nós que não é possível a qualquer das Casas Legislativas

8 *Direito constitucional positivo.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 478, nota nº 5.

delegar as atribuições que lhes cabem, por expressa discriminação constitucional de competências.

4.2 COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO

A competência privativa da União está definida no art. 22 da CF:

> **Art. 22.** Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> **I** - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
>
> **II** - desapropriação;
>
> **III** - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;
>
> **IV** - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;
>
> **V** - serviço postal;
>
> **VI** - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;
>
> **VII** - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;
>
> **VIII** - comércio exterior e interestadual;
>
> **IX** - diretrizes da política nacional de transportes;
>
> **X** - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;
>
> **XI** - trânsito e transporte;
>
> **XII** - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;
>
> **XIII** - nacionalidade, cidadania e naturalização;
>
> **XIV** - populações indígenas;
>
> **XV** - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;
>
> **XVI** - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;
>
> **XVII** - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 69, de 2012) (Produção de efeito)
>
> **XVIII** - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;
>
> **XIX** - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;
>
> **XX** - sistemas de consórcios e sorteios;
>
> **XXI** - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação, mobilização, inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)
>
> **XXII** - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;
>
> **XXIII** - seguridade social;
>
> **XXIV** - diretrizes e bases da educação nacional;

> **XXV** - registros públicos;
>
> **XXVI** - atividades nucleares de qualquer natureza;
>
> **XXVII** - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> **XXVIII** - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;
>
> **XXIX** - propaganda comercial.
>
> **Parágrafo único**. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Porque a Federação Brasileira tem natureza centrífuga, resultante de movimento de dentro para fora, há um forte grau de centralização. Daí a discriminação de competência legislativa privativa da União consignada no art. 22, que contém nada menos que vinte e nove incisos. Esse extenso rol comporta flexibilização por força do disposto no parágrafo único, que prevê a hipótese de a lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre as questões específicas das matérias elencadas no *caput*.

4.3 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ESTADOS

De conformidade com o art. 25, "são reservados aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição" (§ 1º). É o que a doutrina chama de competência remanescente ou residual, ou seja, tudo que não estiver na competência privativa da União e dos Municípios.

A Federação Brasileira tem natureza centrífuga, isto é, formou-se por meio de fragmentação do Estado Unitário (Império) num movimento de dentro para fora, resultando em um maior grau de centralização. É o oposto do que ocorreu nos Estados Unidos, onde a Federação foi formada por meio de agregação de Estados Soberanos num movimento de fora para dentro, resultando em uma Federação centrípeta com menor grau de centralização.

Por isso, a competência remanescente dos Estados encontra-se esvaziada. Não bastasse a competência administrativa da União, enumerada nos vinte e cinco incisos do art. 21, a Carta Política ainda cometeu competência legislativa privativa para a União no art. 22, um dos mais longos da Constituição de 1988, sem contar a competência municipal em assuntos de interesse local (art. 30, I da CF).

A competência legislativa dos Estados resume-se no exercício da competência concorrente prevista no art. 24 da CF para elaboração, por exemplo, de normas de natureza orçamentária e tributária. No mais resume-se no exercício da competência administrativa comum às três esferas políticas, salvo a explo-

ração de gás canalizado que se insere no âmbito de sua exclusiva competência (art. 25, § 2º da CF).

Cumpre lembrar que nos termos do parágrafo único do art. 22 a lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no aludido dispositivo. Porém, é matéria dependente da vontade política do legislador infraconstitucional.

Por fim, cabe ao Estado dispor sobre a divisão administrativa e judiciária de seu território; sobre a organização do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Procuradoria Geral do Estado, assim como sobre a fixação de vencimentos de seus servidores e sobre a aposentadoria deles.

4.4 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS MUNICÍPIOS

A Federação Brasileira é caracterizada pela existência de três entidades políticas (pessoas jurídicas de direito público interno) juridicamente parificadas. É equivocada a ideia de alguns administrativistas de renome que se referem ao Município como entidade Menor, e à União como entidade Maior, ficando os Estados como entidades intermediárias. Isso somente é correto do ponto de vista político. Nem do ponto de vista econômico estaria correto, pois o Município de São Paulo ostenta o 5º maior orçamento da República, só perdendo para os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraná.

Refletindo posicionamentos doutrinários do passado, costumava-se denominar as leis municipais de "posturas municipais" como que negando a natureza legal das normas votadas pela Câmara de Vereadores. A utilização dessa terminologia nos dias de hoje representa uma indevida minimização da importância que o Município representa no contexto da Federação Brasileira.

Em termos jurídicos não é possível à União ou aos Estados, sob pena de inconstitucionalidade, invadir a esfera de competência legislativa dos Municípios.

A Cata Política vigente, após reconhecer a autonomia político-administrativa por meio da Lei Orgânica votada por dois terços dos membros da Câmara Municipal (art. 29), passou a dispor sobre a competência legislativa municipal no art. 30 que assim prescreve:

> Art. 30. Compete aos Municípios:
>
> I - legislar sobre assuntos de interesse local;
>
> II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;
>
> III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
>
> IV - criar, organizar e suprimir Distritos, observada a legislação estadual;

> V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
>
> VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;
>
> VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;
>
> VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;
>
> IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Verifica-se que algumas das matérias elencadas, notadamente, as dos incisos VI e VII, ficariam melhor situadas no campo da competência administrativa.

A competência prevista no inciso I, "sobre assuntos de interesse local", constitui uma norma em aberto.

A Constituição de 1967 (art. 16, inciso II) e a Constituição de 1969, EC nº 1/69 (art. 15, inciso II), conferiam a autonomia municipal "pela administração própria", no que concerne ao "peculiar interesse local".

Em torno dessa expressão "peculiar interesse" a doutrina pacificou o entendimento no sentido de predominância do interesse municipal sobre os interesses da União e dos Estados, mas não significando o termo "peculiar" exclusividade. Escrevendo à luz da ordem constitucional antecedente assim expressa José Cretella Júnior:

> *Se Município é a pessoa jurídica de direito público interno encarregado da Administração local,* é claro que a regra do 'peculiar interesse' vai fixar a competência daquele sujeito de direito público. Sabendo-se que "peculiar interesse" é predominância, prevalência, primazia e não exclusividade (porque não há *assunto local* que não seja ao mesmo tempo *assunto geral*), impõe-se a conclusão lógica e jurídica de que a competência do Município, em regular determinado assunto, é fixado pela 'peculiaridade', 'singularidade', 'prevalência' ou 'primazia' da matéria regulada.[9]

Sobreveio a Constituição de 1988 reconhecendo o Município como ente da Federação com autonomia político-administrativa (art. 29) e substituiu a expressão "peculiar interesse" pela expressão "assuntos de interesse local".

Só que a expressão "assuntos de interesse local" continua representando conceito indeterminado. A generalidade dos autores entende que houve apenas alteração de nome, mas no fundo expressa a mesma ideia de peculiar interesse que paira acima dos interesses da União e dos Estados, sem ser privativo, nem

9 *Direito municipal.* São Paulo: Editora Universitária do Direito, 1975, p. 71.

exclusivo. Como dito por Cretella Júnior, não há interesse local que não seja ao mesmo tempo de interesse geral. Na mesma linha de raciocínio aduz Celso Ribeiro Bastos: "Interesse exclusivamente municipal é inconcebível, inclusive por razões de ordem lógica: sendo o Município parte de uma coletividade maior, o benefício trazido a uma parte do todo acresce a este próprio todo."[10]

Entretanto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que o novo texto trouxe restrições à competência municipal. São suas as palavras:

> Forçoso é concluir, pois, que a Constituição restringiu a autonomia municipal e retirou de sua competência as questões que, embora de seu interesse também, são do interesse de outros entes.[11]

Sobre a nova expressão aduz Celso Ribeiro Bastos:

> É uma lástima que se tenha abandonado a noção clássica do peculiar interesse municipal, sobre a qual há uma substanciosa doutrina e uma não menos rica jurisprudência, e se tenha preferido uma expressão que retorna um nível de vaguidade que já no passado teve e que foi motivo de não pouco detrimento dos interesses do Município, isso porque mais uma vez a competência municipal ficará sob o foco de uma disputa com as demais pessoas de direito público, pois o mero interesse local não exclui o interesse estadual e mesmo o nacional.[12]

No nosso entender não houve restrição, mesmo porque seria absolutamente incoerente limitar a competência municipal ao mesmo tempo que lhe confere formalmente autonomia político-administrativa que não existia antes, pelo menos não na mesma extensão daquela conferida pela Carta de 1988, que assegura a elaboração de sua Constituição pela Lei Orgânica votada pela Câmara Municipal, e não mais pelo Estado membro.

O Supremo Tribunal Federal, sem definir o alcance e conteúdo do "assunto de interesse local", que consta do inciso I, do art. 30 da CF, vem decidindo à luz de cada caso concreto submetido à sua apreciação. Cita-se, ilustrativamente, as seguintes matérias pronunciadas pela Corte Suprema: a) a fixação de horários de funcionamento dos estabelecimentos comerciais é do Município; b) porém, a competência para fixar o horário de funcionamento das agências bancárias é da União; contudo, é da atribuição do Município fixar o tempo de espera nas filas das agências bancárias, bem como para instalação de sanitários e bebedouros, e também para dispor sobre segurança nesses recintos, porque não interferem na atividade-fim dos estabelecimentos bancários; c) a fixação da distância mínima entre as pessoas nos postos de abastecimento por

10 *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 513.

11 *Apud* ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competência na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 114.

12 *Op. cit*., p. 513-514.

ocasião da revenda de combustíveis é de competência municipal; d) dispor sobre edificações e construções no território municipal é de competência do Município; e) proibição de estacionar nas calçadas e meios-fios é de competência municipal; f) a lei municipal não pode impor sanções mais gravosas do que a prevista no Código Brasileiro de Trânsito; g) o Município não pode legislar sobre seguros; h) a legislação municipal não pode proibir o embarque a passageiros das linhas intermunicipais fora dos terminais, porque esse serviço é de competência dos Estados; i) a proibição de instalar farmácias a menos de 150 metros de outro estabelecimento da mesma natureza é levar ao extremo a autonomia municipal redundando em reserva de mercado, afrontando os princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas que informam o modelo da ordem econômica consagrado na Constituição (at. 170 e parágrafos); j) vocação sucessória do cargo de prefeito e de vice-prefeito em caso de dupla vacância é matéria que se insere no âmbito da autonomia política local.

Enfim, à vista da expressão vaga e imprecisa utilizada no inciso I, do art. 30 da CF, somente a jurisprudência pode distinguir o que é de competência legislativa do Município e o que é do Estado ou da União. Repita-se, não há interesse local que não esteja inserido dentro do interesse geral.

4.5 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
>
> II - orçamento;
>
> III - juntas comerciais;
>
> IV - custas dos serviços forenses;
>
> V - produção e consumo;
>
> VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
>
> VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
>
> VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
>
> IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;
>
> X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;
>
> XI - procedimentos em matéria processual;
>
> XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;
>
> XIII - assistência jurídica e defensoria pública;

> XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
>
> XV - proteção à infância e à juventude;
>
> XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.
>
> § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
>
> § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
>
> § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
>
> § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Os dispositivos transcritos não exigem maiores comentários.

O § 1º no exercício da competência concorrente a União limita-se a estabelecer normas gerais. O que são normas gerais? A matéria não é pacífica na doutrina.

Ela não se confunde com princípios que se situam entre os valores e as normas, isto é, representam o marco inicial na escala de concreção do direito. Por isso, eles são munidos de alto grau de abstração, a exemplo, aliás, das próprias normas gerais, que representam o segundo estágio da concretização dos valores jurídicos. Apesar da sua força vinculante, o princípio não constitui norma jurídica em sentido formal.

O critério da generalidade, também, não serve para conceituar a norma geral por envolver uma petição de princípio como diz José Afonso da Silva, pois é preciso saber em primeiro lugar se é norma geral para depois concluir pela sua aplicação a todas as esferas.13

Heleno Taveira Torres, discorrendo especificamente sobre a área de direito financeiro, afirma: "As normas gerais de direito financeiro são normas de supraordenação com prevalência sobre as leis dos entes federativos, segundo matérias reservadas expressamente por competências especializadas dispostas na Constituição e geralmente veiculadas por lei complementar."14

Para nós o critério acertado para a identificação de uma norma geral está na sua função uniformizadora. Assim, ao conferir à União o poder de editar normas gerais sobre determinada matéria, a Lei Maior está a outorgar-lhe a faculdade de coordenar aquela matéria, o que veda o poder de a União discipliná-la de forma pormenorizada, exaurindo o assunto.15

Dentre outras, situam-se no âmbito de normas gerais a Lei nº 4.320/64, que versa sobre a elaboração e execução do orçamento, e a Lei nº 5.172/66, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional.

---

13 *Direito urbanístico brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 78.

14 *Direito constitucional financeiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 318.

15 Cf. nosso *Direito financeiro e tributário*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 20.

A competência da União para legislar sobre normas gerais de que trata o § 2º não exclui a competência suplementar dos Estados, porque no dizer de José Afonso da Silva "a característica da legislação principiológica (normas gerais, diretrizes, bases) na repartição de competências federativas consiste em sua correlação com competência suplementar (competência complementar e supletiva) dos Estados".16

O § 3º prescreve que inexistindo normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades.

Foi o que aconteceu em relação ao IPVA, um imposto que surgiu com o advento da Emenda Constitucional nº 27, de 28-11-1985, portanto, antes da entrada em vigor do Código Tributário Nacional. Por essa razão o IPVA não tem o seu fato gerador definido em norma geral da União, como exige o art. 146, III, a da CF.

Se depender da boa vontade do legislador complementar, os Estados ficariam sem uma das fontes de receita pública outorgada pela Constituição. Daí porque os Estados, no uso de sua competência supletiva, instituíram esse imposto definindo o seu fato gerador. Não se discute a constitucionalidade do IPVA.

É verdade que o STF declarou a inconstitucionalidade de várias leis estaduais que instituíram o adicional do imposto de renda de até 5% do que for pago à União por pessoas físicas e jurídicas domiciliadas nos respectivos territórios, incidentes sobre os lucros, ganhos e rendimento de capital, conforme dispunha a ordem constitucional antecedente, por ausência de definição em nível de lei complementar do respectivo fato gerador (RE nº 170.005-0/SP, Lex – Jurisprudência do STF, v. 191/281).

A decisão do STF, além de não ter interpretado sistematicamente os textos constitucionais pertinentes, laborou em equívoco ao dispensar o tratamento de imposto novo quando, na realidade, o texto constitucional referia-se claramente ao adicional do já definido imposto de renda (art. 43 do CTN). Ninguém deu importância a esse adicional por não representar uma arrecadação significativa para os Estados, como o IPVA, este sim, um imposto novo.

Por fim, o § 4º dispõe que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Na legislação concorrente não há possibilidade de ocorrer confrontos de normas emanadas de diferentes esferas políticas. Não há possibilidade de a legislação estadual prevalecer sobre as normas gerais da União.

Por derradeiro, cumpre observar que a omissão do Município no caput do art. 24 da CF não retira o poder de a entidade política local dispor sobre normas gerais em caráter supletivo.

16 *Op. cit*. *Direito constitucional...,* p. 502.

Efetivamente, dispôs o inciso II, do art. 30 da CF que cabe aos Municípios "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber", e é claro que essa suplementação se dá no campo do exercício da competência concorrente.

5 EXAME DA JURISPRUDÊNCIA DO STF VERSANDO SOBRE O TEMA DESTE ARTIGO

No julgamento da ADI nº 2.435, que impugnava a Lei nº 3.452/2001 do Rio de Janeiro que concedia desconto de até 30% para idosos na aquisição de remédios, a Ministra Relatora julgava improcedente a ação, baseada na competência comum das entidades políticas para promover cuidados com a saúde e garantir acesso dos idosos a tais recursos. Esse voto foi acompanhado pelos ministros Edson Fachin e Rosa Weber. Abriu divergência o Min. Gilmar Mendes porque o exercício dessa competência administrativa não pode implicar atividade legislativa, *contrariando normas gerais da União, interferindo na liberdade econômica dos agentes privados e contrariando a política de preços estabelecida pela legislação federal competente.* Seu voto foi acompanhado pelos ministros Alexandre de Morais, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Dias Toffoli.

Para melhor exame, transcrevemos trechos do voto da Ministra Relatora e do voto do Ministro Gilmar Mendes, condutor da decisão majoritária.

"VOTO DA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA)

1. Na presente ação, discute-se a validade constitucional dos arts. 1o a 4o da Lei n. 3.542/2001, do Estado do Rio de Janeiro, pela qual farmácias e drogarias ali localizadas são obrigadas a vender medicamentos com descontos variáveis conforme a faixa etária de consumidores a partir de sessenta anos.

[...]

3. A Autora argumenta que, pela lei impugnada, afrontam-se os "princípios da livre iniciativa, livre concorrência, isonomia e da tributação não confiscatória, insculpidos nos artigos 1o, inciso IV; 3o, inciso IV; 5o caput e incisos XIII e XXII; 150, inciso IV; 170, caput e incisos II e IV e 174 da Constituição da República" (fl. 5).

Alega que a inconstitucionalidade apontada nos dispositivos indicados decorreria da indevida intervenção do Poder Público na iniciativa privada, interferindo o ente estadual no planejamento e na prática de preços praticados pelos comerciantes, vulneráveis em relação aos demais empresários da mesma categoria econômica dos outros Estados-Membros.

[...]

Ressalta que, com a criação da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED e a conversão da Medida Provisória n. 123/2003 na Lei n. 10.742/2003, foi-lhe atribuída competência para

> "estabelecer critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, inclusive das margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo da unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica" (art. 6o, inc. V, fl. 3 do memorial).

[...]

Com o envelhecimento da população – fato constatado mundialmente –, a mudança no perfil demográfico deve ser considerada pelo Poder Público

[...]

6. Não é competência exclusiva da União garantir o acesso dos idosos, especialmente os mais carentes, aos recursos que a medicina e a farmacologia oferecem para pleno exercício do seu direito constitucional à saúde.

7. Nos termos do art. 23 da Constituição da República, a competência para o cuidado da saúde é comum à União, aos Estados e aos Municípios:

> "Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> (...)
>
> II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;".

Ao comentar a abrangência dessa norma, Ives Gandra Martins adverte:

> "É também da competência comum cuidar da assistência pública. A expressão assistência pública, em sua amplitude, deve ser estendida não apenas à assistência social stricto sensu, mas a toda a espécie de assistência que o Estado deve ofertar aos mais carentes, desde a saúde, previdência até a orientação, como, por exemplo, permitir a assistência jurídica gratuita, encaminhar para obtenção de novos empregos etc.
>
> Por assistência pública não se deve apenas entender a assistência social, mas também toda a assistência que o cidadão ou residente merece do Estado, por nele viver" (BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. 3. v. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 421).

Consta do art. 196 da Constituição da República:

> "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

No art. 230 da Constituição da República se preceitua:

> "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".

8. Ao promover, de forma indireta, o acesso dos idosos aos medicamentos, a legislação fluminense colabora com a União com a diminuição do índice de internação na rede pública hospitalar, financiada pelo Estado e pela população.

[...]

9. A alegação de afronta aos princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da liberdade de atuação no domínio econômico, da proteção à vida, à saúde, ao consumidor, sugere, na expressão de Canotilho,

> "colisão autêntica de direitos fundamentais, quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito constitucional por parte de outro titular. (...) [Nessas situações] as regras do direito constitucional de conflitos devem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro. Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro, ou seja, um direito prefere outro, em face das circunstâncias do caso. Note-se que este juízo de ponderação e esta valoração de prevalência tanto podem efetuar-se logo a nível legislativo (...) como no momento da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.270-1.274).

No Título VIII da Constituição da República, dedicado à ordem social, tratou-se do idoso em capítulo específico, a ser analisado à luz das demais normas constitucionais, em especial na qual se dispõe ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "cuidar da saúde e assistência pública" (art. 23, inc. II, da Constituição da República). A conjugação das normas constitucionais demonstra a legitimidade da atuação do Estado do Rio de Janeiro ao assegurar o direito fundamental à saúde, garantindo desconto nos medicamentos vendidos aos idosos.

10. Hely Lopes Meirelles leciona:

> "Os serviços de saúde pública, higiene e assistência social incluem-se na categoria das atividades comuns às três entidades estatais, que, por isso, podem provê-los em caráter comum, concorrente ou supletivo (CF, art. 23, II e IX).
>
> Tais matérias, como facilmente se percebe, interessam tanto à União como aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios em geral. Por

> isso, não se pode determinar, a priori, a competência a que ficam sujeitos. As circunstâncias de cada caso e os objetivos visados pelo serviço é que determinarão a entidade competente. (...)
>
> Em matéria de saúde pública predomina sempre o interesse nacional, porque em nossos dias não há doença ou moléstia que se circunscreve unicamente a determinado Município ou região, em face dos rápidos meios de transporte, que, se conduzem com presteza os homens, agem também como fator contaminante de todo país.
>
> Convergindo os interesses das três esferas estatais, hão de convergir também seus esforços para a preservação da saúde do povo" (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 461-462, grifos nossos).

[...]

13. Em estudo sobre os aspectos determinantes para a vida digna, lembrei que,

> " Com a positivação da dignidade da pessoa humana naquele primeiro dispositivo constitucional, fica estabelecido (...) c) que a pessoa humana é o centro da construção constitucional e o fim da organização estatal, não se tomando ela apenas em sua condição física, mas em sua integridade biopsíquica, espiritual e em qualquer das dimensões nas quais se projete o ser humano; d) que a interpretação das normas constitucionais (e muito reais as de hierarquia inferior) terá de partir daquele princípio matriz, visando a sua aplicação, em todos os casos, ao seu estrito cumprimento; e) que a dignidade humana impõe-se como princípio constitucional contra o qual não há de se insurgir o legislador infraconstitucional, quer para o tolher ou amesquinhar, quer para descumpri-lo (cf. art. 60, § 4o, inciso IV, da Constituição); f) que a dignidade da pessoa humana impõe comportamentos positivos do Estado e da sociedade no sentido de garantir o seu respeito a todos em qualquer aspecto da vida em que ele compareça e no qual a pessoa tem de ser assegurada (cf. art. 144) e, ainda, no sentido de promover as condições socioeconômicas e políticas para o seu aperfeiçoamento (art. 3o)" (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência (Os Novos Domínios Científicos e Seus Reflexos Jurídicos). In Direito à Vida Digna. Belo Horizonte: Forum, 2004. p. 89).

[...]

16. Afaste-se o argumento de representar a norma impugnada intervenção do Estado na economia de livre mercado, em ofensa aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Se é certo que o legislador ordinário tem limites no atuar legislativo em matéria de política econômica, não menos certo é o seu dever de observar os princípios e as diretrizes constitucionais, entre eles o da dignidade da humana e o do direito fundamental à saúde.

17. Em 13.3.2002, o Plenário deste Supremo Tribunal indeferiu a medida cautelar pleiteada nesta ação direta de inconstitucionalidade:

> "EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei no 3.542/01, do Estado do Rio de Janeiro, que obrigou farmácias e drogarias a conceder descontos a idosos na compra de medicamentos. Ausência do periculum in mora, tendo em vista que a irreparabilidade dos danos decorrentes da suspensão ou não dos efeitos da lei se dá, de forma irremediável, em prejuízo dos idosos, da sua saúde e da sua própria vida. Periculum in mora inverso. Relevância, ademais, do disposto no art. 230, caput da CF, que atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Precedentes: ADI n° 2.163/RJ e ADI no 107-8/AM. Ausência de plausibilidade jurídica na alegação de ofensa ao § 7o do art. 150 da Constituição Federal, tendo em vista que esse dispositivo estabelece mecanismo de restituição do tributo eventualmente pago a maior, em decorrência da concessão do desconto ao consumidor final. Precedente: ADI no 1.851 /AL. Matéria relativa à intervenção de Estado-membro no domínio econômico relegada ao exame do mérito da ação. Medida liminar indeferida" (DJ 31.10.2003).

[...]

18. Transcorrida mais de uma década daquele julgamento, verifica-se que, nas discussões travadas neste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de normas que asseguram descontos ou gratuidades a determinadas coletividades, os direitos fundamentais dos idosos e dos estudantes, por exemplo, têm prevalecido.

[...]

Como posto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.950, cuja questão de fundo versa basicamente sobre os mesmos elementos da presente ação, dúvidas não remanescem quanto inadequação das alegações de que os descontos concedidos em favor dos idosos configurariam espécie de confisco ou a instituição de novo tributo.

[...]

A prática estatal relativa ao controle de preços, de forma geral ou setorial, corresponde a mecanismo legítimo de intervenção do Estado na economia, tendo sido utilizado em várias ocasiões pelo Poder Público no combate ao grande problema econômico brasileiro que não poucas vezes assola o Brasil, como se experimentasse mais uma vez no presente a inflação.

[...]

21. Descontos e até mesmo a gratuidade na prestação de serviços foram reconhecidos em favor de idosos em precedentes pelos quais afirmada a necessária colaboração da iniciativa privada na densificação de direitos fundamentais. Assim, por exemplo:

> "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1o DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBA-

> NOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2o do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente" (ADI 3.768/DF, de minha relatoria, Plenário, DJ 26.10.2007).

Confiram-se também os julgados a seguir: RE n. 751.345/SP, Relator o Ministro Luiz Fux, decisão monocrática, DJ 27.6.2014; RE n. 585.453/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJ 21.9.2012; RE n. 625.526-AgR/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 22.6.2012; AI n. 707.810-AgR/RS, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 6.6.2012; e ARE n 639.088-AgR/RS, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 1o.7.2011.

22. A Constituição da República acolheu nova forma de olhar e cuidar juridicamente do produto, da produção e do homem. Custos de produtos, como medicamentos, diretamente ligados ao direito à saúde, não são considerados isoladamente, mas em contexto complexo e dinâmico.

[...]

23. Não há vícios a macular a constitucionalidade da Lei fluminense n. 3.542/2001, que, interpretada à luz do art. 230 c/c o art. 1o, inc. III, e o art. 3o, inc. I, da Constituição da República, demonstra a busca pelo legislador estadual da máxima efetividade da Constituição da República.

Assegurar desconto nos medicamentos vendidos às pessoas com mais de sessenta anos faz parte do conjunto de ações voltadas à saúde, que podem ser adotadas por qualquer dos entes federados sem embaraços ou afronta a princípios constitucionais.

24. O objeto desta ação direta é idêntico ao do Recurso Extraordinário n. 418.458/RJ, interposto pelo Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Em 10.12.2014, dei provimento ao recurso ao fundamento de, pelo acórdão recorrido, ter-se contrariado a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. O agravo regimental interposto pela Associação do Comércio Farmacêutico do Estado do Rio de Janeiro foi desprovido pela Segunda Turma deste Supremo Tribunal Federal e transitou em julgado em 11.5.2015.

25. Pelo exposto, julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade."

"VOTO DO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, em que se impugna a Lei 3.452, de 16 de março de 2001, do Estado do Rio de Janeiro, que concede descontos de até 30% (trinta por cento) aos idosos para aquisição de medicamentos em farmácias localizadas no estado. A requerente, Confederação Nacional do Comércio, aduz que a norma contraria os princípios da igualdade, da livre iniciativa e da livre concorrência. Aponta violação aos arts. 1º, IV; 3º, IV; 5º, caput, e incisos XIII e XXII; 150, IV; 170, caput, e incisos II e IV; e 174 da Constituição Federal.

[...]

Ao apreciar a liminar, o Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido, por entender ausente o periculum in mora. A Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República manifestam-se pela improcedência do pedido. O processo está incluído para julgamento no Plenário Virtual. A relatora, Ministra Carmen Lúcia, apresenta voto pela improcedência do pedido. Assenta que estão em conflito os interesses dos proprietários de farmácias e drogarias localizadas do Estado do Rio de Janeiro e da parcela da população que se encaixa na faixa etária a que a norma impugnada se destina. Fundamenta seu voto na competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios de promover cuidados com saúde e garantir acesso dos idosos aos recursos da medicina e da farmacologia, para o pleno exercício de seu Direito Constitucional.

[...]

A relatora afasta o argumento de que a norma representaria intervenção do Estado na economia de livre mercado, uma vez que o legislador ordinário deve observância não apenas aos limites que lhe são impostos em matéria de política econômica, mas, sobretudo, aos princípios e diretrizes constitucionais, dentre eles a dignidade humana e o direito à saúde. Nesse contexto, acentua que:

> "A prática estatal relativa ao controle de preços, de forma geral ou setorial, corresponde a mecanismo legítimo de intervenção do Estado na economia, tendo sido utilizado em várias ocasiões pelo Poder Público no combate ao grande problema econômico brasileiro que não poucas vezes assola o Brasil, como se experimentasse mais uma vez no presente a inflação".

[...]

Inicialmente, sublinho, conforme já exposto no voto da relatora, que o art. 23 confere à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência comum para cuidar da saúde e da assistência pública, nos termos do seu inciso II. No entanto, no exercício dessa competência administrativa, caso o Estado decida legislar sobre a matéria, estará exercendo a competência

legislativa que lhe confere o art. 24, XII, o qual dispõe ser da competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre proteção e defesa da saúde.

Como se sabe, no âmbito da legislação concorrente, compete à União legislar sobre normas gerais, e aos Estados suplementar tais normas, quando existentes, ou exercer competência legislativa plena, quando inexistente lei federal sobre a matéria.

Não raras vezes, surgem dúvidas sobre os limites da competência legislativa dos entes federados, tendo em vista os critérios utilizados pelo próprio constituinte na sua definição e a aparente vinculação de uma determinada matéria a mais de um tipo de competência.

Para aferir em que catálogo de competências recai uma questão específica e, portanto, determinar quem possui prerrogativa para legislar sobre o assunto, deve ser feita uma subsunção da lei em relação aos artigos constitucionais que estabelecem os limites legiferantes de cada ente federado – ou seja, artigos 22, 23 e 24 da Constituição Federal. Essa verificação é feita a partir de critérios interpretativos.

Ao constatar-se uma aparente incidência de determinado assunto em mais de um tipo de competência, deve-se realizar interpretação que leve em consideração duas premissas: a intensidade da relação da situação fática normatizada com a estrutura básica descrita no tipo da competência em análise e, além disso, o fim primário a que se destina a norma, que possui direta relação com o princípio da predominância de interesses (DEGENHART, Christoph. Staatsrecht, I , Heidelberg, 22ª edição, 2006, p. 56-60).

Nesse mesmo sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior menciona que o critério mais útil para a definição dos limites da competência dos entes federativos em matéria de competência concorrente é o teleológico, pois a caracterização das normas gerais deve se referir ao interesse prevalecente da organização federativa. Isso porque, segundo seu entendimento, o federalismo cooperativo exige a uniformização de certos interesses como um ponto básico de uma colaboração bem estabelecida, seja "porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas num âmbito autônomo, engendram conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional", constituindo-se, assim, como matéria de norma geral (FERREIRA JÚNIOR, 1995, p. 249).

Note-se, que, em termos de promoção de direitos fundamentais e concretização do princípio da dignidade humana, esta Corte tem reconhecido, inclusive, a possibilidade de os Estados ampliarem a proteção dada pela norma federal, especialmente quando voltadas à concretização do direito à vida, à saúde e à igualdade, conforme pode se verificar dos seguintes precedentes:

[...]

O que não se admite, todavia, é a contradição entre a norma estadual e a norma geral sobre a matéria cuja competência é concorrente, de modo que

eventual extrapolação do exercício legislativo suplementar conferido ao Estado geraria, inevitavelmente, o reconhecimento da inconstitucionalidade formal dessa norma.

Em sede doutrinária assentei que a divisão de tarefas está contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extrai que cabe à União editar normas gerais – normas não exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores. Os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, em relação às normas gerais, competência suplementar (art. 24, § 2º), o que significa preencher claros, suprir lacunas.

Não há falar em preenchimento de lacuna, quando o que os Estados ou o Distrito Federal fazem é transgredir lei federal já existente.

No caso da normatização do preço de medicamentos, verifico que a Medida Provisória 2.063/2000 definiu normas de regulação para o setor de medicamentos, instituiu a Fórmula Paramétrica de Reajuste de Preços de Medicamentos – FRP e criou a Câmara de Medicamentos. A referida MP teve como objetivo a regulação do setor de medicamentos, com a finalidade de promover assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos, a competitividade do setor e a estabilidade de preços (art. 1º).

Em seu art. 4º, a norma federal dispõe que a Fórmula Paramétrica de Reajuste de Preços de Medicamentos – FRP, contida em seu Anexo, define os parâmetros para reajustes de preços dos produtos medicamentosos, bem como estabelece as condições determinantes do regime regulatório de preços de que trata a MP.

Cria então a Câmara de Medicamentos, composta por um Conselho de Ministros formado pelo Chefe da Casa Civil e Ministros de Estado da Justiça, da Fazenda e da Saúde, bem como por um Comitê Técnico, formado pelo Secretário de Gestão de Investimentos em Saúde, do Ministério da Saúde, pelo Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, pelo Secretário de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, e um representante da Casa Civil, designado pelo Chefe da Casa Civil.

Ao referido órgão foi atribuída a competência de fiscalizar o preço dos medicamentos e impedir o aumento abusivo de valores pelo mercado farmacêutico. Por esse motivo, foi incumbido à Câmara de Medicamentos o recebimento de Relatórios de Comercialização, contendo a relação, por apresentação, dos medicamentos vendidos pelas empresas produtoras de medicamentos, a quantidade vendida de cada produto, os seus respectivos preços máximos e médios, deduzidos os tributos (PIS/PASEP, COFINS e ICMS), os valores pagos em salários e encargos, bem como o faturamento bruto e líquido com medicamentos. Ao órgão ainda foi atribuída a competência de regulamentar a redução de preços dos medicamentos que forem objeto de redução de tributos.

[...]

A Medida Provisória 2.063/2000 foi substituída por novas medidas provisórias que trataram da mesma matéria, dentre elas as MPs 2.130-1 /2000, 2.138-2/2000, 2.138-3/2001 e 2.138-4/2001, esta última convertida na Lei 10.213/2001.

[...]

Atualmente, a CMED é um órgão interministerial, composto por representantes dos Ministérios da Saúde, da Casa Civil, da Fazenda, da Justiça, da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. Segundo o sítio eletrônico da Anvisa, a regulação do mercado de medicamentos adota práticas internacionais de referenciamento externo e interno de preços e avaliações de Tecnologias em Saúde (ATS) para promover o equilíbrio do mercado farmacêutico. Assim, o órgão define o preço médio e o máximo exercido por fabricantes, divulga a lista de preços de medicamentos, que contempla o preço de fábrica (PF), bem como o preço máximo de revenda ao consumidor (PMC) e as margens de comercialização desses produtos.

Como se percebe, a comercialização de medicamentos no país é submetida a uma regulação restrita, que não só impõe o preço máximo de fábrica, ou seja, o valor máximo que fabricantes e distribuidores podem vender para as farmácias e drogarias (PF), como também o preço máximo de comercialização de medicamentos aos consumidores (PMC), e a margem Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/20 00:00 9 de lucro permitida para ser acrescida ao preço de revenda pelos estabelecimentos farmacêuticos.

O PMC é calculado com base no PF, na alíquota de ICMS praticada no Estado e pela incidência do pagamento de PIS/CONFINS sobre a cadeia de comercialização do produto. Note-se, por relevante, que o PMC também é um importante critério, pois ele é a base de cálculo da substituição tributária (e não o preço final de revenda).

Nesse sentido, tendo em vista a forte regulação de preços dos medicamentos praticados pela União, bem como a fiscalização desse setor pela CMED, entendo que as Leis 10.213/2001 e 10.742/2003, bem como as medidas provisórias que as antecederam, tiveram por escopo estabelecer lei geral sobre o mercado de fármacos e medicamentos, que não só abarcam o consumo de tais produtos, como também conferem acessibilidade a medicamentos e estimulam a concorrência do referido setor, com vistas à promoção e à proteção à saúde.

Por esses motivos, entendo que a lei impugnada, ao determinar a concessão de desconto de até 30% nas medicações destinadas aos idosos com idade superior a 60 (sessenta) anos, viola a regulação do setor estabelecida pelas Leis 10.213/2001 e 10.742/2003 e pelas medidas provisórias que as antecederam, pois alteram a linha condutora do equilíbrio do mercado farmacêutico traçado pela política pública de preços e acesso a medicações desenhada pela União.

[...]

Nesses termos, embora a finalidade social da norma seja evidente e até mesmo louvável, por buscar conferir acessibilidade a medicações necessitadas pela população idosa daquele Estado, conferindo maior grau de dignidade humana e maior efetivação do direito à vida e à saúde, ela termina por gerar um desequilíbrio mais amplo na política pública formulada pela União para a fixação de preços de medicamentos e Plenário Virtual - minuta de voto - 11/12/20 00:00 10 regulação da margem de lucros do mercado farmacêutico nacional, contrariando, portanto, as normas federais que regem a regulação desse setor.

Nesses termos, entendo que a lei estadual extrapolou a sua competência supletiva e invadiu a competência da União para legislar sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde, direito econômico e proteção do consumidor, estabelecendo política pública voltada à saúde, mas que vai de encontro ao planejamento e à forma de cálculo estabelecida pela União para definição do preço de medicamentos em todo o território nacional e para a formação de um equilíbrio econômico-financeiro no mercado farmacêutico.

Por isso, entendo que a norma impugnada se mostra formalmente inconstitucional, uma vez que invade a competência da União para legislar sobre a matéria.

Diante do exposto, voto pela procedência do pedido e pela declaração da inconstitucionalidade formal da Lei 3.452, de 16 de março de 2001, do Estado do Rio de Janeiro."

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os argumentos invocados pela Ministra Relatora para julgar improcedente a ação são relevantíssimos em termos político-sociais, mas, do ponto de vista jurídico, não pode o Estado, a pretexto de exercer competência administrativa comum (art. 23, II da CF), suplementar a legislação federal no exercício da competência concorrente (art. 24, XII da CF) *de forma a afrontar normas gerais da União* (§§ 3º e 4º da CF).

Estados e Municípios devem prestar serviços de proteção e defesa da saúde mediante a observância da lei de regência da matéria, de sorte a não contrariar o arcabouço constitucional da ordem econômica (art. 170 da CF) fundada na livre iniciativa sob o regime de livre concorrência, que assegura a liberdade da constituição, a liberdade de contratação e a *liberdade de lucro*, nem deve afrontar a política nacional de formação de preços de remédios.

O que o Estado do Rio de Janeiro deveria ter feito, na linha dos relevantes argumentos expendidos no erudito voto da ínclita Ministra Relatora, era subsidiar em até 30% os remédios vendidos a idosos no âmbito de seu território, e não fazer cavalheirismo com chapéu alheio, obrigando as farmácias e drogarias a vender seus produtos a preço de custo, ou até mesmo com prejuízo,

caracterizando uma intervenção do Estado na economia privada, exercendo uma competência que não tem, nos termos e limites do art. 174[17] da CF.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

CRETELA JÚNIOR, José. *Direito municipal.* São Paulo: Editora Universitária do Direito, 1975.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Apud* ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competência na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

HARADA, Kiyoshi. *Da liminar em matéria tributária.* 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário.* 29. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo.* 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

UYEDA, Massami. *Da competência administrativa.* São Paulo: Ícone Editora, 1997.

17 "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de *fiscalização, incentivo e planejamento,* sendo este determinante para o setor público e *indicativo para o setor privado*."

O DECRETO LEGISLATIVO PARA PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DO CONGRESSO NACIONAL

Ives Gandra da Silva Martins[1]

A homenagem que se presta a Kiyoshi Harada pela sua excelente contribuição ao direito brasileiro, principalmente no direito tributário, é de se louvar. Dela participo, com alegria e honra, pois companheiro de muitas lutas para a conformação do bom direito no país.

É sobre um dos temas mais polêmicos do Direito Constitucional que dedicarei meu breve estudo, de resto tema que, repetidas vezes, debatemos com nossos confrades e confreiras do Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP, do qual ele e eu fazemos parte.

Tem-se discutido, ultimamente, com mais intensidade, quais seriam os limites da atuação da Suprema Corte, no Estado Democrático de Direito brasileiro, ou seja, se seria um superpoder com o direito de impor suas decisões, mesmo além dos limites definidos pela Lei Maior, ou se seria um poder, como os demais, submetidos às atribuições outorgadas pela Carta da República.

Corrente doutrinária do Direito Constitucional que ganhou força nas Universidades, Instituições de classe e Poder Judiciário, tem hospedado vertente de pensamento, ou seja, de que o século XIX, com a introdução do parlamentarismo inglês de 1689 em muitos países europeus e no Segundo Império brasileiro, foi o século do Poder Legislativo, que o século XX foi o século do Poder Executivo e o XXI será o do Poder Judiciário, à luz do denominado princípio consequencialista.

Por consequencialismo entende-se a adaptação das decisões às suas consequências na realidade para as quais são destinadas com flexibilização do entendimento teleológico das normas, na busca de uma justiça transcendente.

---

1 Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Professor Titular de Direito Constitucional. Professor Emérito da UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e RS e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO – SP; ex-Presidente da Academia Paulista de Letras-APL e do Instituto dos Advogados de São Paulo-IASP.

O neoconstitucionalismo trilha linha semelhante ao admitir uma relativização do texto a ser examinado pelo Judiciário com considerável margem para a busca da justiça dentro deste quadro alargado da hermenêutica.

Tanto o consequencialismo quanto o neoconstitucionalismo geram uma politização do Judiciário que, não poucas vezes, invade competências próprias de outros poderes, com a judicialização da política, levando as correntes minoritárias a buscar no Judiciário forma de suprir a sua incapacidade de fazer prevalecer suas opiniões ou ideologias. Quanto mais o Judiciário age, politicamente, tanto mais os políticos buscam o Judiciário para utilizá-lo como instrumento contra suas derrotas no Legislativo ou Executivo.

Pessoalmente, entendo que a Constituição de 1988 não albergou nenhuma destas formas de ação do Poder Judiciário, como de resto em artigos e livros tenho procurado demonstrar, embora reconhecendo que com limitado êxito.

Um exame mais detido do texto constitucional demonstra que a Lei Superior brasileira tem claros e escuros, princípios constitucionais relevantes, normas e regras sem densidade constitucional, excessiva generalização, adiposidade desnecessária e um longo elenco de disposições que se pretendia fossem de aplicação imediata, embora de difícil implantação.

Dois pontos, todavia, tornaram-se importantes, no novo texto da Carta da República: o equilíbrio entre os Poderes, desejado pelo constituinte, e a inserção de um elenco apreciável de garantias e direitos individuais. Esses pontos passaram a balizar o comportamento dos Poderes, a partir de 1988.

Ocorreu, todavia, que desde 2003 – quando, num único mês, três ministros que marcaram história na Suprema Corte aposentaram-se (Moreira Alves, Sydney Sanches e Ilmar Galvão) – a Suprema Corte perdeu aquela característica de um colegiado, com a função maior de ser guardião da Constituição e a função decorrencial de dar estabilidade às instituições.

Nada obstante a qualidade indiscutível de todos os seus integrantes, o protagonismo individual que assumiram passou a permear muitas decisões, promovendo o avanço da insegurança jurídica, sempre que a competência de atribuições de outros Poderes foi invadida. Com isso, a comunidade jurídica encontra-se permanentemente em suspenso, temerosa de que, em algum momento, tal invasão venha a deflagrar um conflito que resulte no acionamento dos freios e contrapesos expostos no texto supremo.

Acresce-se que o Ministério Público – que não é Poder –, nada obstante o nível e qualidade de seus membros, tem, muitas vezes, envergado vestes próprias de um Poder, gerando, também, instabilidade, visto que o "Parquet" é apenas uma função essencial à administração da Justiça, como o é a advocacia.

À evidência, manter quadros institucionais em que os representantes dos 3 Poderes, em vez de agirem com harmonia e independência entre si, invadem competências uns dos outros, deixa desprotegidos os direitos individuais, que deveriam ser assegurados na tríplice função montesquiana de respeito entre

os 3 Poderes. Ficam tais direitos e garantias, repetidas vezes, tisnados, principalmente o direito de defesa, cada vez mais atingido, na sofrida República brasileira, que deveria nele ter o alicerce maior da democracia.

Não sem razão, o artigo 1º da CF declara que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e o 2º que os Poderes são harmônicos e independentes. São os dois primeiros artigos que fundamentam os 8 Títulos, as disposições gerais e transitórias e as mais de 100 emendas constitucionais do processo revisional e ordinário.

Uma democracia só é plena, se cada Poder, no âmbito de suas atribuições, cumprir sua missão, com pleno respeito às competências alheias, colaborando com a sociedade na construção de uma nação poderosa e estável institucionalmente.

Em face desta inteligência que mantenho, desde os albores da Lei Suprema, é que desejo examinar ponto que me parece relevante, mas ainda insuficientemente meditado no Brasil, qual seja, o decreto legislativo.

Na hermenêutica de Direito Constitucional, a interpretação, como já ensinava Carlos Maximiliano, tem princípios e regras que, em muitos pontos, são distintos daqueles aplicados ao direito positivo ordinário ou complementar.

Assim é que a Lei Suprema não contém palavras inúteis e os direitos e garantias fundamentais devem ter aplicação imediata (§ 1°, art. 5°).

Entre as denominadas causas imodificáveis da Constituição está a separação de poderes (§4º, inciso III do artigo 60).

Não sem razão, o legislador maior, no Título IV da Constituição, discriminou, exaustivamente, as atribuições dos Três Poderes, dedicando ao Legislativo os artigos 44 a 69 e incluindo o Tribunal de Contas em uma semidependência da Casa das Leis (artigos 70 a 75), pois sendo-lhe destinado papel, também, fiscalizatório contábil, financeiro e orçamentário. Ao Poder Executivo ofertou os artigos 76 a 91 e ao Poder Judiciário os artigos 92 a 126. Acrescentou duas funções essenciais à administração da Justiça, constituídas pelo "Parquet" e a Advocacia (arts. 127 a 135).

Há uma razão para esta ordem. É que os poderes, escolhidos pelo povo de quem emana todo o poder (artigo 1°), são o Legislativo e o Executivo. O Legislativo, em primeiro lugar, pois nele todo o povo é representado (situação e oposição). Em segundo lugar, o Executivo, onde apenas a situação tem assento. O último poder é o Judiciário, que não representa o povo, mas apenas a lei, sendo um poder "escravo" do Direito produzido pelos outros dois poderes, podendo, apenas, como legislador "negativo" que é, não dar curso às leis inconstitucionais.

O nosso constituinte para garantir a democracia brasileira – denomina o Estado brasileiro de "Democrático de direito" no artigo primeiro – impôs no artigo segundo que os poderes sejam harmônicos e independentes, outorgando, além das exaustivas atribuições enunciadas, instrumentos de defesa de suas

competências, como os artigos 49 incisos V e XI para o Poder Legislativo e o artigo 103, § 2º, para as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão para o Poder Judiciário.

Tais disposições seriam suficientes para evitar desvios e desfigurações do Texto Supremo, sem necessidade de acionar-se o Título V, que, na feliz expressão do saudoso mestre Aricê Amaral dos Santos, seria o "regime constitucional das crises", muito embora intitulado "De Defesa do Estado e das Instituições Democráticas".

Em grande parte este Título foi criado para nunca ser usado, pois, numa democracia, o diálogo permanente ocorre entre as denominadas "teorias não abrangentes", a que se referia John Rawls, pois ninguém possui a verdade absoluta.

É que, de rigor, o Estado de Defesa, o Estado de Sítio e a terceira parte do artigo 142 da C.F. só poderiam ser invocados em casos de crise aguda e insuperável pelos outros mecanismos da Carta Maior. Assim é que o "caput" dos artigos 136 e 137 e o art. 142 têm a seguinte dicção:

> Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.
>
> .....
>
> Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:
>
> I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;
>
> II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.
>
> .....
>
> Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Percebe-se que, quanto às Forças Armadas, três são as atribuições das Forças Armadas, alicerçadas na hierarquia e disciplina, a saber:

1) Defesa da pátria;
2) Garantia dos poderes constitucionais;
3) Garantia da lei e da ordem, por iniciativa de qualquer dos três Poderes.

A palavra "Pátria" aparece pela primeira e única vez neste artigo da Lex Magna.

Sobre a defesa da Pátria até mesmo os alunos do pré-primário sabem que o país será defendido contra eventuais invasões de outras nações pelas Forças Armadas. Não oferece qualquer dúvida.

Sobre a garantia dos poderes contra manifestações de qualquer natureza, compreende-se, lembrando-se que, nos estados de defesa e de sítio as polícias militares, civil e guarda municipal são coordenadas pelas Forças Armadas.

A terceira função, todavia, é que tem merecido, nos últimos tempos, discussão entre operadores de direito e políticos se corresponderia ou não a uma atribuição outorgada às Forças Armadas para repor pontualmente lei e a ordem, a pedido de qualquer Poder.

Minha interpretação, há 31 anos, manifestada para alunos da Universidade, em livros, conferências, artigos jornalísticos, rádio e televisão é que NO CAPÍTULO PARA A DEFESA DA DEMOCRACIA, DO ESTADO E DE SUAS INSTITUIÇÕES, se um Poder sentir-se atropelado por outro, poderá solicitar às Forças Armadas que ajam como Poder Moderador para repor, NAQUELE PONTO, A LEI E A ORDEM, se esta, realmente, tiver sido ferida pelo Poder em conflito com o postulante.

A maioria dos juristas defendem a tese que a terceira atribuição e a segunda se confundem, pois para garantir as instituições, necessariamente, estarão as Forças Armadas garantindo a lei e a ordem, já que o único Poder Moderador seria o Judiciário.

Parece-me incorreta tal exegese, muito embora eu sempre respeite as opiniões contrárias em matéria de Direito. Tinha até mesmo o hábito de provocar meus alunos de pós-graduação da Universidade Mackenzie a divergirem de meus escritos, dando boas notas àqueles que bem fundamentassem suas posições. É que não haveria sentido de o constituinte usar um "pleonasmo enfático" no artigo 142 da Carta Magna, visto que a Lei Suprema não pode conter palavras inúteis.

A própria menção à solicitação de Poder para garantir a lei e a ordem sinaliza uma garantia distinta daquela que estaria já na função de assegurar os poderes constitucionais, como atribuição das Forças Armadas.

O dispositivo jamais albergaria qualquer possibilidade de intervenção política, golpe de Estado, assunção do Poder pelas Forças Armadas. Como o Título V, no seu cabeçalho, determina, a função das Forças Armadas é de defesa do Estado E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS. Não poderiam nunca, fora a intervenção moderadora pontual, exercer qualquer outra função técnica ou política. Tal intervenção apenas diria qual a interpretação correta da lei aplicada no conflito entre Poderes, EM HAVENDO INVASÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA OU DE ATRIBUIÇÕES.

No que sempre escrevi, nestes 31 anos, ao lidar diariamente com a Constituição Brasileira – é minha titulação na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie –, é que também se o conflito se colocasse entre o Poder Executivo

Federal e qualquer dos dois outros Poderes, não ao Presidente, parte do conflito, mas aos Comandantes das Forças Armadas caberia o exercício do Poder Moderador.

Não é este, todavia, o foco do trabalho, mas sim o decreto legislativo.

Ora, a Casa produtora das leis e aquela que julga a sua validade teriam, nos dois artigos retro citados, o instrumental necessário para que os poderes fossem harmônicos e independentes.

Assim é que se o Poder Judiciário pretender transformar-se em Poder Legislativo fazendo leis caberia ao Congresso preservar sua competência perante ele (49, inciso XI) e se o Parlamento deixasse de fazer uma lei que a Constituição impusesse como obrigatória, por estar vinculada a direitos e garantias fundamentais, poderia exigir que elaborasse a lei por força de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

Estão os dois dispositivos assim redigidos:

> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
>
> .....
>
> XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;
>
> (...)
>
> Art. 103. .....
>
> § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Durante os trabalhos constituintes sugeri a Bernardo Cabral, relator, ao Ministro Sidney Sanches, que representava, muitas vezes, o STF na conformação do texto definitivo e ao desembargador Odyr Porto, então presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, que estabelecessem um prazo para as omissões constitucionais do Legislativo, a que Sydney com apoio de Bernardo e Odyr, observou que se o STF impusesse um prazo que não fosse cumprido, não teria a Corte Suprema condições de mandar prender, por desacato à ordem judicial, 503 deputados e 81 senadores. O argumento inviabilizou minha sugestão ao relator da Constituinte.

Ora, se cabe ao Parlamento zelar pela preservação de sua competência legislativa, mas se não houvesse como fazê-lo sempre que o Judiciário invadisse sua seara de atribuições, o dispositivo mencionado seria inútil.

Como o inciso XI é claro quanto a uma prerrogativa do Legislativo, e não do Judiciário, o único instrumento, que lhe é disponível, sem necessidade de acionar o "regime constitucional das crises", é o decreto legislativo, enunciado no artigo 59, assim redigido:

> Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:
>
> .....
>
> VI - decretos legislativos;

Ocorre que, embora, no processo legislativo, o constituinte oferte tratamento constitucional às emendas (artigo 60), às leis complementares (69), leis ordinárias (61, 63, 64, 65, 66, 67), leis delegadas (68), medidas provisórias (62), não ofereceu um tratamento constitucional para os decretos legislativos.

Assim sendo, se, de um lado, não pode haver disposição inútil, sem sentido, para mera reflexão acadêmica na Carta da República, e, se de outro, não pode o Poder Judiciário invadir a competência legislativa do Congresso Nacional, tendo este a obrigação de zelar por sua competência constitucional, à evidência, parece-me que o decreto legislativo seria o único instrumento legal capaz de evitar que tais invasões fossem perpetradas pelo Poder Judiciário.

Esta é a interpretação que me parece mais adequada para que a democracia seja preservada na plenitude da independência e harmonia dos Poderes, sem necessidade de invocação do caso extremo do "regime constitucional das crises".

A arbitragem administrativa, em Portugal, no quadro da revisão de 2019 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos

Tiago Serrão[1]

I. INTRODUÇÃO[2]

1. A arbitragem administrativa tem conhecido, em Portugal, mudanças assinaláveis, por força da intervenção do legislador. Merece particular menção, a este propósito, a revisão de 2015 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos ("CPTA"), a revisão de 2017 do Código dos Contratos Públicos e, por fim, a revisão de 2019 do CPTA.

Quanto à revisão de 2015 do CPTA, é de destacar o seguinte: *(i)* previsão da arbitrabilidade de *"questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo determinação legal em contrário"* [cf. o artigo 180.º, n.º 1, alínea *c)*]; *(ii)* admissibilidade, em termos gerais, da arbitragem de atos pré-contratuais (cf. o artigo 180.º, n.º 3); *(iii)* estabelecimento, sem mais, de um dever de publicação, de modo desmaterializado, das decisões proferidas por tribunais arbitrais administrativos (cf. o artigo 185.º-A, n.º 1).

Relativamente à revisão de 2017 do CCP, importa notar a consagração de uma disposição legal inovadora, no quadro dessa codificação: o artigo 476.º. Concretizando, o CCP passou a dispor de um preceito especificamente dedicado à resolução alternativa "*de litígios emergentes de procedimentos ou contratos*" (cf. o artigo 476.º, n.º 1), aos quais se afigure aplicável tal codificação. A aposta do legislador, no que se refere à arbitragem, foi nitidamente na institu-

---

1 Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador Associado do Centro de Investigação de Direito Público. Árbitro. Advogado.

2 Agradeço, honrado, o convite que me foi dirigido pelo Professor Doutor Eduardo Jardim, pelo Professor Mestre Alberto Higa e pelo Professor Doutor Arthur Bezerra Jr., para participar na presente publicação, de justíssima homenagem ao Professor Doutor Kiyoshi Harada.

O texto em apreço conheceu anterior publicação na seguinte obra coletiva: *Arbitragem: 5 anos da Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015* (coordenação: Olavo A. V. Alves Ferreira e Paulo Henrique dos Santos Lucon), *e-book*, Migalhas, 2020, páginas 149 a 166.

Seguem-se de perto, embora com referências bibliográficas adicionais, as reflexões efetuadas na seguinte publicação: Tiago Serrão, A arbitragem no CPTA. *In*: AA.VV. *Comentários à legislação processual administrativa* (coordenação: Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão). 4. ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2020, páginas 1247 a 1289.

cionalização (cf. o artigo 476.º, n.º 2) e num modelo de arbitragem *atipicamente necessária* (cf. o artigo 476.º, n.º 3), pois a entidade adjudicante, querendo, imp**õe** esse modo de resolução de litígios, não decorrendo essa imposição diretamente da lei.

A revisão de 2019 do CPTA, que examinaremos no presente estudo, deve ser compreendida em termos complementares às revisões do CPTA (de 2015) e do CCP (de 2017), acabadas de referir. Para além da enunciação das principais mudanças ocorridas, também se pretende deixar clara essa circunstância: a revisão de 2019 do CPTA não surge em termos isolados, integrando um processo legislativo de modificação substancial do regime da arbitragem administrativa, em Portugal. Se esse processo precisa ou não de passos ainda mais significativos, é questão para a qual reservaremos uma referência derradeira.

> II. A arbitragem administrativa, na revisão de 2019 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos
>
> II.1. A arbitragem administrativa em matéria de atos pré-contratuais
>
> **2.** O artigo 180.º, n.º 3, do CPTA, conheceu, com a revisão de 2019, modificações muito assinaláveis.

Verifica-se, antes de tudo, uma diferença estrutural, face à versão anterior desse preceito: enquanto previamente se regulava a arbitragem de atos pré-contratuais em geral, atualmente constata-se uma regulação normativa incidente, apenas, sobre a arbitragem de atos pré-contratuais atinentes à formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º do CPTA. A letra da lei é inequívoca a este respeito.[3]

No mais, ainda que com o âmbito aplicativo acabado de referir, o legislador optou por remeter o essencial da regulação dessa matéria para o CCP. Conforme se escreveu noutra sede (e noutro momento), "o CPTA aproxima-se ou, mais do que isso, assimila, por via remissiva, o regime (de arbitragem necessária e institucionalizada) do CCP, embora unicamente – reitera-se – no que se refere à «impugnação de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º»".[4]

---

3 No artigo 180.º, n.º 3, do CPTA, na versão resultante da revisão de 2015, aludia-se à "*impugnação de atos administrativos relativos à formação de contratos*". Por seu turno, na versão derivada da revisão de 2019, a letra da disposição em apreço é a seguinte: "Quando esteja em causa a impugnação de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º."

No quadro do artigo 100.º do CPTA relevam os contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de aquisição ou locação de bens móveis e de aquisição de serviços.

4 Cf. Tiago Serrão, A arbitragem administrativa de atos pré-contratuais: análise temática no contexto do documento «Propostas Legislativas para a Reforma da Jurisdição Administrativa e Fiscal. *Revista de Direito Administrativo*, AAFDL Editora, n.º 3, p. 60, 2018.

Da mencionada remissão, promovida expressamente pelo CPTA para o CCP, salvaguarda-se, todavia, o seguinte:

> *(i)* O regime processual arbitral deve ser estabelecido em linha com o regime de urgência previsto no CPTA, para o contencioso pré-contratual (cf. o artigo 180.º, n.º 3, alínea *a)*, do CPTA, na revisão de 2019);
>
> *(ii)* Tratando-se de litígio de valor igual ou inferior a € 500.000,00, a decisão arbitral é passível de "*recurso urgente para o tribunal administrativo competente, com efeito meramente devolutivo*", desde que tal possibilidade tenha contado com previsão nas peças do procedimento ou se tiver sido apresentada declaração, nesse sentido, "*por algum dos concorrentes ou candidatos nas respetivas propostas ou candidaturas*" (cf. o artigo 180.º, n.º 3, alínea *b)*, do CPTA, na revisão de 2019).
>
> **3.** A propósito das novidades ora em análise, regista-se a previsão de um regime unitário, em matéria de arbitragem de atos pré-contratuais atinentes à formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º do CPTA. Trata-se, em absoluto rigor, de um regime tendencialmente único, dadas as salvaguardas a que se se fez referência.

Quanto à necessidade de ser estabelecida uma equiparação – que é diferente de uma simples reprodução[5] – entre o regime processual arbitral e o regime processual judicial de urgência, não se está diante de uma inovação. O artigo 180.º, n.º 3 do CPTA, na versão resultante da revisão de 2015, já previa tal paralelismo, até por imposição do Direito da União Europeia. No fundo, independentemente de a impugnação de atos pré-contratuais (relativos aos tipos contratuais a que se refere o artigo 100.º, n.º 1 do CPTA) ocorrer em tribunais estaduais ou arbitrais, deve ser assegurado um regime processual de urgência e (de cariz) garantístico (substancial ou materialmente) equivalente.[6-7]

---

5 Cf., nesse sentido, a propósito da anterior redação do artigo 180.º, n.º 3, do CPTA, Marco Caldeira e Tiago Serrão, As arbitragens pré-contratuais no Direito Administrativo português: entre a novidade e o risco de inefectividade. *In*: AA.VV. *Arbitragem e Direito Público* (coordenação: Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho e Ricardo Pedro). Lisboa: AAFDL, 2015, páginas 103 e 104; Ricardo Guimarães, A arbitragem e a revisão do Código dos Contratos Públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Lisboa: AAFDL Editora, n.º 1, p. 88 e 89, 2018; e Marco Caldeira, A arbitragem no Código dos Contratos Públicos revisto. *In*: AA.VV. *A Arbitragem Administrativa em Debate:* Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos (coordenação: Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro). Lisboa: AAFDL Editora, 2018, página 305.

6 Nesse preciso sentido, por referência aos trabalhos preparatórios da revisão de 2019, cf. Tiago Serrão, A arbitragem administrativa de atos pré-contratuais: análise temática no contexto do documento «Propostas Legislativas para a Reforma da Jurisdição Administrativa e Fiscal, cit., página 61.

7 Sustentando que a remissão efetuada para os artigos 100.º a 103.º-B do CPTA "*deve ser entendida como um* standard *mínimo de urgência*", cf. Ricardo Pedro e António Mendes de Oliveira, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos – Anotação à Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro*, Coimbra: Almedina, 2019, página 280.

Relativamente ao disposto no artigo 180.º, n.º 3, alínea *b)*, do CPTA, é notório que o legislador se afastou, em alguns aspectos, da solução constante do documento «Propostas Legislativas para a Reforma da Jurisdição Administrativa e Fiscal», que precedeu a revisão de 2019.

No referido documento, que foi oportunamente tornado público, era a seguinte a sugestão de redação legislativa:

> Quando o preço base do contrato for inferior ao valor estipulado no n.º 5 do artigo 476.º do Código dos Contratos Públicos, qualquer dos concorrentes pode juntar à respetiva proposta uma declaração que manifeste a sua vontade de usar da faculdade de recorrer da decisão arbitral nos termos previstos na referida disposição do Código dos Contratos Públicos, estendendo-se aos demais concorrentes a possibilidade de recurso urgente, e à entidade adjudicante unicamente a título subordinado.

Resulta do exposto que o direito ao recurso existiria quando o preço base fosse inferior a € 500 000. Diferentemente, nos termos da disposição que adquiriu força de lei, o recurso existe em litígios de valor igual ou inferior a € 500 000. Assistiu-se, assim, a uma dupla correção, que se reputa de positiva:[8] *(i)* deixou de relevar a referência ao preço base, verificando-se um alinhamento com o artigo 476.º, n.º 5 do CCP, que alude, precisamente, ao valor dos litígios; *(ii)* passaram a estar salvaguardados os casos em que o valor é igual a € 500 000.

No mais, nos termos do referido documento, o direito ao recurso estaria assegurado sempre que, com a proposta, o concorrente apresentasse uma declaração de não renúncia do direito ao recurso. A letra da disposição sugerida aludia a uma declaração (de manifestação) de vontade de mobilização do recurso, mas, verdadeiramente, dada a circunstância dessa declaração ser apresentada num momento tão inicial, em que nem sequer existe litígio, o que estava em causa era, como se adiantou, uma declaração de não renúncia do direito ao recurso.

Determinava-se ainda que a apresentação de tal declaração, por parte de um concorrente, aproveitava aos demais concorrentes. A conduta de um favorecia os demais, mas, quanto à entidade adjudicante, esta só dispunha da possibilidade de recorrer a título subordinado. Tratava-se de uma solução que visava, em alguma medida, "responsabilizar a entidade adjudicante: se esta opta por esse meio de resolução alternativa de litígios, assim o impondo aos interessados, candidatos e concorrentes, tem de se conformar com a decisão final, podendo somente recorrer subordinadamente (…). Não havendo recur-

8 Sustentando tais alterações, por referência aos trabalhos preparatórios da revisão de 2019, cf. Tiago Serrão, A arbitragem administrativa de atos pré-contratuais: análise temática no contexto do documento «Propostas Legislativas para a Reforma da Jurisdição Administrativa e Fiscal, cit., página 63.

so de qualquer concorrente, a entidade adjudicante não poderá recorrer autonomamente".[9-10]

Por seu turno, nos termos do artigo 180.º, n.º 3, alínea *b)*, do CPTA, na versão resultante da revisão de 2019, existem duas vias, para que da decisão arbitral caiba recurso. A primeira, que não constava do documento «Propostas Legislativas para a Reforma da Jurisdição Administrativa e Fiscal», é a previsão dessa possibilidade, pela entidade adjudicante, nas peças do procedimento. A segunda, consiste na apresentação de declaração de salvaguarda "*por algum dos concorrentes ou candidatos nas respetivas propostas ou candidaturas*". Por comparação com o teor do referido documento preparatório da revisão de 2019, *(i)* acrescentou-se a possibilidade dessa declaração ser apresentada por candidatos (e não apenas por concorrentes) e *(ii)* deixou de se aludir – pelo menos literalmente – à extensão da possibilidade de recorrer aos demais concorrentes e à circunstância de, nesse cenário – de apresentação por qualquer dos concorrentes de declaração –, a entidade adjudicante poder recorrer, mas apenas a título subordinado.

É inteiramente legítimo que, perante a redação que ganhou força de lei, se questione se a apresentação, com a respetiva proposta ou candidatura, de declaração (de não renúncia), por um concorrente ou candidato, aproveita aos demais concorrentes e candidatos e, ainda, se tal declaração aproveita à própria entidade adjudicante. A resposta é positiva, apesar de não se aludir (expressamente) à extensão dessa possibilidade de recurso. No fundo, a melhor leitura do artigo 180.º, n.º 3, alínea *b)*, do CPTA, que se encontra devidamente amparada no elemento literal do preceito, é a seguinte: para que haja direito ao recurso da decisão arbitral é preciso que as peças do procedimento expressem essa opção ou que tenha sido apresentada declaração, nesse sentido, por algum dos concorrentes ou candidatos.[11]

Em síntese:

> *(i)* A previsão da possibilidade de recurso, nas peças do procedimento, beneficia (todos) os concorrentes ou candidatos, mas também a própria entidade adjudicante. Todos poderão recorrer de eventual decisão arbitral que se lhes afigure desfavorável;

9 Cf. Tiago Serrão, A arbitragem administrativa de atos pré-contratuais: análise temática no contexto do documento «Propostas Legislativas para a Reforma da Jurisdição Administrativa e Fiscal, cit., página 62.

10 Para uma explicação da solução constante do documento «Propostas Legislativas para a Reforma da Jurisdição Administrativa e Fiscal», cf. António Mendes de Oliveira, Reforma JAF: algumas notas em matéria de contratação pública. *Revista de Direito Administrativo*, Lisboa: AAFDL Editora, n.º 3, página 33.

11 Nas palavras de António Mendes de Oliveira, expressas a propósito dos trabalhos preparatórios da revisão de 2019, "*[a] extensão de recurso aos demais concorrentes é por demais óbvia – se nenhum dos concorrentes pode determinar a arbitragem no procedimento, é da mais elementar justiça e equidade que possam beneficiar desta possibilidade caso algum dos outros tenha potestativamente aberto essa via – relembre-se que estamos perante o direito de acesso aos tribunais consagrado no n.º 1 do artigo 20.º, e à tutela jurisdicional efetiva, previsto no n.º 4 do artigo 268.º, ambos da Constituição".* Cf. Reforma JAF: algumas notas em matéria de contratação pública, cit., página 33.

> *(ii)* A apresentação de declaração, "*por algum dos concorrentes ou candidatos nas respetivas propostas ou candidaturas*", habilita o concorrente ou candidato declarante, os demais concorrentes ou candidatos e a entidade adjudicante a recorrer. A apresentação de declaração é, assim, vantajosa para todos.
>
> **4. É ainda de referir que, quer a redação sugerida no documento «Propostas Legislativas para a Reforma da Jurisdição Administrativa e Fiscal», quer a que integra o artigo 180.º, n.º 3, alínea** *b)*, do CPTA, na versão resultante da revisão de 2019, são claras no sentido de se tratar de um recurso urgente, ou seja, ao qual é aplicável o preceituado no artigo 147.º do CPTA.

No mais, a disposição em vigor determina – em termos que se reputam adequados – que o recurso de decisão arbitral proferida em arbitragem pré-contratual (reportada a um dos tipos contratuais do artigo 100.º do CPTA) tem efeito meramente devolutivo (e não suspensivo, conforme é a regra, no CPTA). O alinhamento com o disposto no artigo 476.º, n.º 5, *in fine*, do CCP, constitui uma evidência.

> **5.** Ainda quanto ao artigo 180.º, n.º 3, alínea *b)*, do CPTA, muito embora se reconheça que a abertura ao recurso é suscetível de comprometer uma das principais vantagens da arbitragem (a celeridade),[12] a verdade é que a solução em consideração tem o mérito de diminuir, em grande medida, a sensibilidade constitucional que a normatividade do artigo 476.º, n.º 5 do CCP, apresentava até então.

Com efeito, dado que o CCP acolheu um modelo de arbitragem *atipicamente necessária* – dado tratar-se de uma necessidade que não resulta diretamente da lei, mas da vontade da entidade adjudicante, legalmente suportada –, a existência de recurso (de mérito) para os tribunais estaduais afigura-se imprescindível, sob pena de violação do direito de acesso aos tribunais e do princípio da tutela jurisdicional efetiva (cf., respetivamente, os artigos 20.º, n.º 1 268.º, n.º 4, da Constituição).[13-14] Se esse direito ao recurso se encontra assegu-

12 Criticando a inovadora solução, que veio a ganhar força de lei por via do artigo 180.º, n.º 3, alínea *b)*, do CPTA, por permitir "*a generalização do recurso das decisões arbitrais em matéria contratual, em contraste com o regime regra de inadmissibilidade de recurso na arbitragem voluntária*", cf. João Raposo, (Algumas) breves notas acerca da Proposta de Lei n.º 168/XIII/4.ª (Gov). *In*: AA.VV. *Atas da Conferência sobre Iniciativas Legislativas de Reforma do Processo Administrativo e Tributário, e-book*, Lisboa: ICJP, 2019, página 89. Em sentido muito crítico, cf. Pedro Melo, Arbitragem de Direito Público: a irracionalidade do recurso obrigatório para os tribunais estaduais na arbitragem voluntária. *Revista Arbitragem Administrativa*, n.º 4, páginas 37 e 38, dezembro de 2019. Referindo que, no plano prático, a solução "*poderá implicar que nunca venha a haver arbitragem pré-contratual administrativa sem salvaguarda da possibilidade de recurso das decisões arbitrais para o Tribunal Central Administrativo*", cf. Mário Aroso de Almeida, *Manual de Processo Administrativo.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2020, página 541.

13 Cf., em particular, Tiago Serrão, A arbitragem no Código dos Contratos Públicos revisto. *In*: AA.VV. *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos* (coordenação: Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira). 3. ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2019, página 1373.

14 Sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional que "*considerou que a intervenção de órgãos judiciais*

rado nos litígios pré-contratuais (e contratuais) de valor superior a € 500 000, a solução normativa em apreço vem agora responder ao referido problema de índole constitucional, abarcando os litígios (pré-contratuais) de valor igual ou inferior a tal montante, razão pela qual se afirmou que o atual artigo 180.º, n.º 3, alínea *b)*, do CPTA veio diminuir a sensibilidade constitucional que a normatividade do artigo 476.º, n.º 5 do CCP encerrava, até então.[15]

Faz-se notar, todavia, que enquanto o artigo 476.º, n.º 5 do CCP se aplica, como se viu, à resolução de quaisquer "*litígios emergentes de procedimentos ou contratos*" relevantes à luz do CCP, o artigo 180.º, n.º 3, alínea *b)*, do CPTA, conhece um campo aplicativo bem mais restrito: processos de "*impugnação de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no artigo 100.º*". Quer isto dizer que continua a haver decisões arbitrais, pelas quais são dirimidas questões respeitantes a contratos (não elencados no artigo 100.º do CPTA) e questões respeitantes a atos pré-contratuais (igualmente fora dos tipos contratuais do artigo 100.º do CPTA), proferidas em litígios de valor igual ou inferior a € 500 000, para as quais ainda não se encontra legalmente assegurado o direito ao recurso jurisdicional, para os tribunais estaduais.

Acresce que, mesmo no (estrito) quadro aplicativo do artigo 180.º, n.º 3, alínea *b)*, do CPTA, não se pode falar da consagração, sem mais, do direito ao recurso, em litígios de valor igual ou inferior a € 500 000. É que esse direito depende sempre de uma ação, não decorrendo imediatamente da lei. Concretizando, o direito ao recurso carece inevitavelmente de uma ação da entidade adjudicante (previsão dessa possibilidade nas peças do procedimento) ou de um ou de vários concorrentes (apresentação de declaração de salvaguarda). Já no artigo 476.º, n.º 5 do CCP, o direito ao recurso afigura-se *ope legis*. Tal diferença poderá relevar no contexto de uma eventual fiscalização da constitucionalidade da normatividade que, em domínio de arbitragem *atipicamente necessária*, apenas garante o direito ao recurso, sem necessidade de qualquer conduta das partes, nos litígios de valor superior a € 500 000.

---

do Estado em segunda instância se torna particularmente exigível quando o acesso ao tribunal arbitral não seja livre e voluntário (e não haja, portanto, uma renúncia à jurisdição estadual fundada na autonomia da vontade)", cf. Carlos Alberto Fernandes Cadilha, "Implementação de uma segunda instância arbitral?. *In*: AA.VV. *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos* (coordenação: Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro). Lisboa: AAFDL Editora, 2018, páginas 85 e 88; Idem, Reserva de jurisdição estadual e limites à arbitragem administrativa. *Nos 20 Anos dos CJA*, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, Braga, 2017, páginas 61 e 62.

15 Nesse preciso sentido, por relação aos trabalhos preparatório, cf. Tiago Serrão, A arbitragem administrativa de atos pré-contratuais: análise temática no contexto do documento «Propostas Legislativas para a Reforma da Jurisdição Administrativa e Fiscal, cit., página 64. Na doutrina posterior à revisão de 2019 do CPTA, cf., no mesmo sentido, Pedro Fernández Sánchez, *Direito da Contratação Pública*, volume II, Lisboa: AAFDL Editora, 2020, página 892.

II.2. Recurso de decisões arbitrais administrativas em geral

6. De modo algo surpreendente, dado que os trabalhos preparatórios nada previam a esse propósito, a Lei n.º 118/2019 alterou assinalavelmente o artigo 185.º-A do CPTA. A nova epígrafe do preceito em alusão – fruto, renova-se, da ação parlamentar – deixa claro qual passa a ser o respetivo âmbito aplicativo: "*Impugnação e recurso das decisões arbitrais*" – ao invés de mera "*Impugnação das decisões arbitrais*".

As modificações introduzidas, na revisão de 2019, prendem-se, pois, exclusivamente, com a matéria do(s) recurso(s) das decisões arbitrais administrativas – de quaisquer decisões deste tipo, sejam sentenças ou acórdãos, e ainda independentemente de terem sido proferidas por tribunais arbitrais *ad hoc* ou por tribunais arbitrais constituídos no seio de centros de arbitragem institucionalizada.

São de três tipos os recursos que passaram a ter expressão legal, na disposição em referência: *(i)* o recurso de constitucionalidade; *(ii)* o recurso para uniformização de jurisprudência; e, por fim, *(iii)* o recurso de revista.

7. Relativamente ao recurso de constitucionalidade, nos termos do artigo 185.º-A, n.º 2 do CPTA, cabe recurso para o Tribunal Constitucional da decisão arbitral que, pronunciando-se sobre o mérito da pretensão, ponha termo ao processo, "na parte em que recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada".

Trata-se, como se antecipou, de uma mera clarificação: o legislador terá pretendido cessar qualquer dúvida, porventura subsistente, quanto à existência ou não, em sede de arbitragem (administrativa), de recurso de constitucionalidade. A vigência, entre nós, de um recurso de fiscalização concreta tem, todavia, amparo direto na Constituição (cf. o artigo 280.º) e na Lei do Tribunal Constitucional (cf. o artigo 70.º).

Quanto ao recurso para uniformização de jurisprudência, consagra-se o mesmo sempre que a decisão arbitral de fundo "esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo" [cf. o artigo 185.º-A, n.º 3, alínea *a)* do CPTA]. Dado que, nos termos constitucionalmente previstos, os tribunais arbitrais configuram verdadeiros tribunais, as decisões que proferem (ou seja, as decisões arbitrais) devem ser perspetivadas no quadro global das decisões jurisdicionais, no qual se incluem as decisões proferidas pelos tribunais estaduais. Podendo o funcionamento do sistema de realização da justiça, globalmente entendido, gerar (assinaláveis) diferenciações decisórias, o recurso para uniformização de jurisprudência, ainda que sujeito ao preenchimento de determinados pressupostos, visa mitigar tal risco.

É a esta luz que deve ser considerada a inovadora solução normativa, em sede de arbitragem administrativa, resultante do artigo 185.º-A, n.º 3, alínea *a)* do CPTA, sendo, em qualquer caso, evidente a influência do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária ("RJAMT") (cf. o artigo 25.º, n.º 2), também neste ponto.[16]

Por último, igualmente por reporte a decisões arbitrais que, pronunciando-se sobre o mérito da causa, ponham termo ao processo, passa a caber recurso de revista, remetendo o legislador, de modo expresso, para o artigo 150.º do CPTA [cf. o artigo 185.º-A, n.º 3, alínea *b)* do CPTA]. Essencial, para que tal recurso ordinário seja admitido, é que "esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito (…)".

Sem pretensões de exaustividade, cabe referir que o resultado normativo alcançado terá decorrido de uma ponderação do legislador entre uma solução de recorribilidade, para os tribunais estaduais, muito dilatada e uma solução de pura (ou muito mitigada) irrecorribilidade. Entre as duas, convicto das respetivas vantagens ao nível da qualidade decisória final, o legislador preferiu a primeira.[17]

Todavia, a opção tomada afigura-se altamente criticável. É assim porque a admissibilidade de interposição de recurso de revista, nos termos em que tal solução foi consagrada, vai seguramente banalizar o recurso aos tribunais estaduais, sendo ainda fonte – também aqui muito provável – de delongas na resolução dos litígios sujeitos, por convénio das partes, à arbitragem administrativa. A adoção da solução em alusão contribui mesmo para uma descaracterização da arbitragem administrativa (voluntária), precisamente pelas razões que acabaram de ser, expressa ou implicitamente, referidas: olvidou o legislador que, nessa sede, deve valer um princípio de responsabilização das partes (que escolheram não dirimir o litígio nos

16 Importa, no entanto, notar que, enquanto no RJAMT (na versão resultante da sua derradeira alteração), a contradição que pode servir de fundamento ao recurso para uniformização de jurisprudência pode dizer respeito a outra decisão arbitral, nos termos da disposição legal em apreço (do CPTA) as contradições relevantes são apenas as que se verifiquem entre a decisão arbitral e decisão colegial proferida por Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo. A falta de total sintonia com a solução do RJAMT é criticável, dado que não se vislumbram razões para, em sede de arbitragem administrativa, se afastar, enquanto fundamento do recurso, essa contradição entre decisões arbitrais. O fito central do recurso para uniformização de jurisprudência – que, como se referiu, consiste em mitigar o risco de existência de diferenciações decisórias – exigia, em sede de arbitragem administrativa, solução inteiramente idêntica à que vale, desde momento recente, no RJAMT.

17 O que equivale a dizer que o legislador se afastou do princípio da irrecorribilidade. Referindo que este princípio é "*uma solução que se revela totalmente afeiçoada ao espírito e à lógica de um ordenamento jurídico que autoriza a Administração a celebrar convenções de arbitragem e a constituir tribunais arbitrais para o julgamento de litígios em que está envolvida*", cf. Pedro Costa Gonçalves, Administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais. *In*: AA.VV. *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo.* Coimbra: Almedina, 2013, página 794.

tribunais estaduais) e que uma das principais vantagens da arbitragem (a celeridade) não pode ser comprometida.[18]

Em síntese, a consagração de uma solução normativa de admissibilidade de interposição, em termos amplos, de recurso de revista, corresponde, a meu ver, a uma excessiva estadualização da arbitragem administrativa (voluntária), reveladora de uma elevada desconfiança legislativa, neste meio de resolução alternativa de litígios. Diferentemente, em matéria de recurso de decisões arbitrais administrativas, teria sido preferível o acolhimento de uma solução a meio termo que, procurando fazer intervir, em alguma medida, os tribunais estaduais administrativos superiores, evitasse o risco (senão mesmo a certeza) de se tornar regra a interposição de recurso de revista, com todos os inconvenientes daí resultantes.[19]

II.3. A publicidade das decisões arbitrais administrativas

8. Em matéria de publicidade das decisões arbitrais, a revisão de 2019 avançou face ao quadro anterior. Neste domínio, continua a relevar o artigo 185.º-B do CPTA, correspondendo o atual n.º 1 ao anterior corpo do artigo. A novidade reside no n.º 2 do mesmo preceito: "As decisões arbitrais apenas podem ser executadas depois de depositadas, pelo tribunal arbitral, devidamente expurgadas de quaisquer elementos suscetíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito, junto do Ministério da Justiça para publicação informática, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça."[20]

9. A solução inovadora pretende dar resposta ao cenário de incumprimento (absoluto) do dever de publicação, surgido com a revisão do CPTA, de 2015. Efetivamente, desde a entrada em vigor das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, não se conhece uma única decisão arbitral administrativa que tenha conhecido publicação.[21] Pode, pois, afirmar-se que o artigo 185.º-B do CPTA encerrou normatividade inoperante.

18 O mesmo se podendo dizer no que se refere à própria especialidade decisória.

19 Reconhecendo que a solução "*tem o alcance de permitir submeter a integralidade da jurisprudência arbitral de Direito Administrativo ao crivo do Supremo Tribunal Administrativo*", mas referindo que a mesma se "*afigura defensável, na medida em que, sem comprometer de modo relevante a pretendida celeridade na resolução definitiva dos litígios submetidos a arbitragem, reforça as garantias de conformidade da arbitragem de Direito Administrativo aos parâmetros de exigência pelos quais se deve reger*", cf. Mário Aroso de Almeida, *Manual de Processo…*, cit., página 547.

20 Sustentando, em período anterior ao atual artigo 185.º-B do CPTA, uma solução deste tipo, cf. Tiago Serrão e Marco Caldeira, A publicidade das decisões arbitrais administrativas: algumas reflexões. *In*: AA.VV. *Estudos Jurídicos em Comemoração do Centenário da AAFDL*, (coordenação: Tiago Serrão). Lisboa: AAFDL Editora, 2018, página 176.

21 Salvaguarda-se a publicidade que já ocorria anteriormente, mormente a publicidade de decisões arbitrais administrativas promovida no âmbito do CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa.

Pretendeu o legislador pôr fim a essa realidade, fazendo depender a execução da decisão arbitral administrativa do depósito da mesma, pelo tribunal arbitral, junto do Ministério da Justiça, para efeito de publicação informática (que deve ser efetivamente promovida). No fundo, sem depósito e consequente publicação, a decisão arbitral administrativa não pode conhecer execução. Trata-se, assim, de uma solução em dois momentos: *(i)* primeiro há que proceder ao depósito, cabendo ao tribunal arbitral administrativo essa tarefa; *(ii)* subsequentemente, há que publicar informaticamente a decisão, incumbindo ao Ministério da Justiça tal operação. Somente a decisão arbitral administrativa depositada e efetivamente publicada constitui título passível de execução.

Deste modo, não se acompanha uma leitura que a letra do artigo 185.º-B do CPTA possivelmente admite: a execução da decisão arbitral administrativa depende apenas do respetivo depósito.[22] Uma interpretação deste tipo goraria por completo o fito da alteração legislativa, reclamado pela doutrina e pela comunidade jurídica em geral: assegurar a efetiva publicação das decisões arbitrais. Eis a razão principal pela qual se interpreta, nos referidos termos, o preceito inovatoriamente introduzido, no CPTA, com a revisão de 2019.

A propósito dessa disposição legal, importa ainda referir o seguinte:

> *(i)* O legislador determinou que o depósito deve ocorrer em versão expurgada "*de quaisquer elementos suscetíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito*";
>
> *(ii)* Ficou claro que o dever de depósito cabe ao próprio tribunal arbitral; já o dever de publicação – embora dependente do primeiro (não se pode publicar, sem que o depósito tenha ocorrido) – recai sobre o Ministério da Justiça;
>
> *(iii)* Reafirma-se, quanto ao modo de publicação, a solução que dimana do n.º 1 do mesmo preceito: a publicação é desmaterializada;
>
> *(iv)* A remissão para "*portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça*" vale somente quanto aos termos da publicação informática, não se vislumbrando inconvenientes – bem pelo contrário – que tal suceda no sítio www.dgsi.pt ou em plataforma equivalente.

10. É de saudar o avanço que a solução em apreço representa, não se olvidando, todavia, uma possível crítica: a parte processual que necessite de executar a decisão arbitral encontra-se dependente de operações materiais a promover

22 Parece ser esta a posição de Ricardo Pedro, expressa por referência à solução contida na respetiva proposta de lei: cf. Arbitragem de Direito Público: um instituto em (permanente) evolução: breve apontamento. *In*: *Estudos Sobre Arbitragem (Em Especial, de Direito Público).* Lisboa: AAFDL, 2019, páginas 33 e 34. Já por relação à solução legal, cf. Ricardo Pedro e António Mendes de Oliveira, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos – Anotação à Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro*, cit., página 301.

pelo tribunal arbitral administrativo e pelo Ministério da Justiça, ficando numa posição de acentuada dificuldade.[23]

Quanto a este aspeto, é de reafirmar, antes de mais, que o artigo 185.º-B, n.º 2, do CPTA, pretende responder ao preocupante estado de incumprimento (absoluto) do dever – legalmente existente desde 2015 – de publicação das decisões arbitrais administrativas. Naturalmente que os fins não justifiquem os meios, mas a importância do objetivo a atingir não pode deixar de ser devidamente tida em conta, tanto mais que a credibilização da arbitragem administrativa depende de uma maior transparência decisória.

Acresce que a eventual falta de depósito e de publicação das decisões arbitrais administrativas será potencialmente geradora de responsabilidade dos membros do tribunal arbitral (no caso da falta de depósito) e do Estado (no caso da falta de publicação). Ou seja, a parte que incorrer em danos derivados da falta de cumprimento dos deveres consagrados na disposição legal em exame encontra-se tutelada. Trata-se de uma tutela de segundo grau, mas não se pode afirmar que a parte que carece da execução da decisão arbitral administrativa se encontre juridicamente desprotegida.

II.4. OUTRAS NOVIDADES

11. As modificações em matéria administrativa, introduzidas por via da revisão de 2019 ao CPTA, não se ficam pelo que ficou dito. Há ainda a sinalizar o seguinte:

(i) Estabelecimento do dever de o tribunal arbitral notificar "o representante do Ministério Público no tribunal administrativo de círculo da sede da entidade pública, para efeitos do recurso previsto no n.º 3 do artigo 72.º da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro", nas situações de recusa de aplicação de uma norma, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, constante de convenção internacional, ato legislativo ou decreto regulamentar (cf. o artigo 181.º, n.º 3, do CPTA);

(ii) Regulação, por remissão (ainda que com as necessárias adaptações) para o RJAMT, da matéria dos deveres e dos impedimentos dos árbitros (cf. o artigo 181.º, n.º 4, do CPTA).

12. Quanto à novidade do artigo 181.º, n.º 3, do CPTA, trata-se de um afinamento legislativo, com o intuito de esclarecer dúvidas, de cunho essencialmente prático, há vários anos identificadas, no que se refere ao recurso para o Tribu-

23 Aludindo a "*uma inevitável e injustificada demora nessa execução*", cf. João Raposo, (Algumas) breves notas acerca da Proposta de Lei n.º 168/XIII/4.ª (Gov), cit., página 96. Igualmente em sentido crítico, cf., na mesma publicação, José Luís Esquível, A arbitragem administrativa no quadro da revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: algumas notas, cit., páginas 106 e 107.

> nal Constitucional.[24] Em concreto quanto à solução seguida, revela-se, todavia, incompreensível a desconsideração do critério do lugar da arbitragem, tendo o legislador, diferentemente, optado pelo da sede da entidade demandada, para efeito de identificação do tribunal administrativo e, de modo conexo, do representante do Ministério Público a notificar.[25-26]

Relativamente ao inovador artigo 181.º, n.º 4, do CPTA, o legislador pretende regular, em alguma medida, o estatuto dos árbitros,[27] dada a clara insuficiência, nesse domínio, de uma mera remissão para a LAV (cf. o artigo 181.º, n.º 1 do CPTA). Ao ter optado por uma remissão para o RJAMT, ainda que com as necessárias adaptações,[28] a questão principal que se deve colocar é se, desse modo, se consagrou um regime plenamente adequado, em matéria de deveres e impedimentos dos árbitros, ou se as particularidades da arbitragem administrativa justificam um regime distinto.[29]

---

24 Sobre essas dúvidas, cf. Rui Lanceiro, Necessidade da arbitragem e arbitragem necessária – uma análise à luz da jurisprudência constitucional. *In*: AA.VV. *A Arbitragem Administrativa em Debate:* Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos (coordenação: Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro). Lisboa: AAFDL Editora, 2018, páginas 77 e 78. Na mesma obra, aludindo a uma "*indefinição quanto ao modo de interposição do recurso"* e a uma "*indeterminação do magistrado que o deverá fazer, sobretudo em sede de arbitragem voluntária*", cf. Paulo Dias Neves, Decisão arbitral, legalidade objetiva e interesse público, páginas 125 e 126.

25 Quanto à solução concretamente adotada, acompanha-se, assim, a crítica de João Raposo, cf. "(Algumas) breves notas acerca da Proposta de Lei n.º 168/XIII/4.ª (Gov), cit., página 96. Para uma crítica mais geral, cf. José Luís Esquível, A arbitragem administrativa no quadro da revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: algumas notas, cit., página 104. Para uma crítica quanto à intervenção minimal do Ministério Público na arbitragem administrativa, cf. Ricardo Pedro, Arbitragem de Direito Público: um instituto em (permanente) evolução: breve apontamento, cit., páginas 32 e 33.

26 O documento «Propostas Legislativas para a Reforma da Jurisdição Administrativa e Fiscal» pretendia assegurar, ao Ministério Público, um papel mais fortalecido, na arbitragem administrativa, que passava, designadamente, pela aplicação, com as necessárias adaptações, do disposto no artigo 85.º do CPTA. Em sentido concordante com tais sugestões, que, em geral, acabaram por não conhecer acolhimento por parte do legislador, cf. Carla Amado Gomes, A propósito de uma reforma inesperada: breves comentários a algumas propostas de alteração da legislação processual administrativa e fiscal. *Julgar*, Coimbra: Almedina, n.º 36, páginas 40 e 41; Idem, Sobre as propostas de reforma da legislação processual administrativa e fiscal: notas tópicas. *Revista de Direito Administrativo,* Lisboa: AAFDL Editora, n.º 3, página 36.

27 Enquadrando esta novidade, a par da regulação (fortalecida) da intervenção do Ministério Público (que, conforme se assinalou, acabou por não vingar), na "*introdução de garantias acrescidas de legalidade e transparência na arbitragem administrativa*", cf. Carlos Carvalho, Breves considerandos em torno da reforma da jurisdição administrativa em debate. *Revista de Direito Administrativo*, Lisboa: AAFDL Editora, n.º 3, páginas 41 e 42.

28 Sustentando o estabelecimento de "*critérios para a compreensão das «necessárias adaptações»*", cf. Ricardo Pedro, Arbitragem de Direito Público: um instituto em (permanente) evolução: breve apontamento, cit., página 33.

29 Propugnando a aprovação de um regime próprio, em diploma autónomo, no que se refere aos requisitos de designação, impedimentos e deveres dos árbitros", cf. João Raposo, (Algumas) breves notas acerca da Proposta de Lei n.º 168/XIII/4.ª (Gov), cit., páginas 93 e 96.

III. CONCLUSÃO

13. A revisão de 2019 do CPTA foi fértil em alterações, em matéria de arbitragem administrativa.

Cumpre assinalar *(i)* a previsão de um renovado regime de arbitragem de atos pré-contratuais relativos a algum dos contratos previstos no artigo 100.º do CPTA, *(ii)* a consagração de um regime (muito) favorável – e, nessa medida, muito criticável – ao recurso para os tribunais estaduais de decisões arbitrais administrativas e, por fim, *(iii)* de um regime inovador, em matéria de publicidade, também das decisões arbitrais administrativas. Tal como se referiu em sede inicial, e ora se renova, as mudanças mais recentemente ocorridas no plano legal devem ser perspetivadas, em assinalável medida, numa linha de complementaridade com as modificações introduzidas pelas revisões do CPTA de 2015 e do CCP de 2017.

Todavia, o quadro alcançado continua a ser insatisfatório. Conforme já se escreveu, e aqui se renova:

> [a]o invés de um tratamento legislativo fragmentado, como aquele que tem sucedido entre nós, é preferível que se aposte num diploma legal, especificamente dedicado à arbitragem administrativa voluntária. Efetivamente, mais do que passos isolados, em direções nem sempre coincidentes, dispersos por diplomas legais, o que se afigura necessário, no domínio da arbitragem administrativa voluntária, é uma reflexão de fundo, e projeção de futuro, marcadamente unificada. É o que se propugna, de modo a evitar que o quadro legislativo em matéria de arbitragem administrativa se torne progressivamente mais complexo e de difícil compatibilização quanto às suas peças normativas fundamentais.[30]

Assim o exige igualmente a própria necessidade de contínua credibilização da arbitragem administrativa, que deve orientar a ação do legislador.[31]

---

30 Cf. Tiago Serrão, A arbitragem no Código dos Contratos Públicos revisto, cit., página 1377.

31 Procurando contribuir para o referido desiderato de unificação legislativa e de criação de um regime de arbitragem administrativa (voluntária) materialmente coerente, cf. Ana Celeste Carvalho, António Pedro Pinto Monteiro, David Pratas Brito, José Duarte Coimbra, Marco Caldeira, Ricardo Pedro e Tiago Serrão, *Arbitragem Administrativa: Uma Proposta*, (coordenação: Tiago Serrão), Coimbra: Almedina, 2019.

Para uma visão panorâmica do resultado alcançado por este Grupo de Trabalho, cf. Tiago Serrão, Da necessidade de uma Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária: linhas gerais de um projeto de articulado legislativo. *Revista Arbitragem Administrativa*, n.º 4, páginas 39 a 43, dezembro de 2019.

Sustentando a necessidade de serem dados "*novos passos: os passos necessários para se chegar à consagração de um regime próprio, que, tal como sucede com a arbitragem de Direito Tributário, proceda a um enquadramento devidamente estruturado, em todos os seus aspetos, da arbitragem de Direito Administrativo, dotado de efetivas condições de aplicação efetiva*", cf. Mário Aroso de Almeida, *Manual de Processo…*, cit., página 547.

A INDISPENSABILIDADE DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA TAMBÉM NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho[1]

1. INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste artigo é homenagear um dos mais percucientes juristas do Direito Brasileiro, o eminente professor doutor Kiyoshi Harada, um grande amigo de longa data. Busca-se, através dele, chamar a atenção para a indispensabilidade de aplicação dos princípios do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa no âmbito do processo administrativo fiscal (PAF) não só de constituição ou lançamento do crédito tributário, mas, também, de imputação de responsabilidade aos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, nos termos do artigo 135 do Código Tributário Nacional (CTN).

2. A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS

Dispõe o inciso III do artigo 135 do CTN a respeito da responsabilidade de administradores de empresas:

> Art. 135. São **pessoalmente responsáveis** pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de **atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos**:
>
> [...]
>
> III - **os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.**

Quanto a esta **responsabilidade subjetiva** do inciso III do artigo 135 do CTN, não basta para configurá-la a condição de sócio em uma sociedade de

1 Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho é mestre em Direito, professor de Direito Financeiro e de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, ex-procurador da Fazenda Nacional de categoria especial (aposentado), Sócio sênior de serviço do escritório MJ Alves e Burle Advogados e Consultores, advogado e parecerista, responde também como diretor científico e fundador da revista *Fórum de Direito Tributário*.

capital, aliás jamais a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) declarou a responsabilidade do sócio pelo simples fato de ser sócio de sociedade de capital, já que esta responsabilidade indireta e subsidiária é dos dirigentes, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado que, ainda assim, **tenham praticados atos ilícitos previstos no *caput* do mesmo artigo e não dos sócios sem poder de gestão**.

Contudo, responde, também, o sócio ou empregado em sua sociedade de capital, ainda que sem respaldo no contrato social ou nos estatutos da empresa, quando, na prática, comprovadamente, atuem como gerentes ou administradores dessa pessoa jurídica de direito privado, ou seja, pratiquem atos com excesso de poderes e infração do contrato social ou estatutos

Diante da Súmula nº 430 do STJ, o simples inadimplemento de tributos *ex vi* do risco da atividade econômica não gera por si só a responsabilidade dos representantes de empresas, vale explicar, o não pagamento de tributos por força, por exemplo, da situação de insolvência econômica da sociedade, que forçou o seu dirigente a priorizar o pagamento de salários de seus empregados, não acarreta a responsabilidade desse administrador.

Para que se configure essa responsabilidade indireta pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias ou para que configure algum tipo penal, como está explícito na regra do artigo 135 do CTN, é indispensável que suceda algum dos requisitos previstos nessa norma, ou seja, que ocorra a prática de atos dolosos, pelos representantes ou por quem esteja na gestão da empresa, com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos e que tenham implicado o adimplemento indesculpável de obrigações tributárias ou tornado a sociedade sem condições econômicas de solver o débito tributário[2].

Ressalte-se que não se pode admitir que o não pagamento do tributo sempre configure infração de lei capaz de ensejar a responsabilidade de terceiros, porque *isto levaria a suprimir-se a regra, fazendo prevalecer, em todos os casos, a exceção*; só respondem os diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado por atos dolosos irregularmente praticados por eles antes ou no momento do nascimento da obrigação tributária ou posteriormente da ocorrência do fato gerador.[3] [4]

2 Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 166.

3 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso*..., obra citada, p. 165.

4 Nesse diapasão: STJ-T2. AgRg no AI 1.093.097/MS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 23/6/2009; STJ-T2. AgRg no REsp 952.762/SP, rel. Min. Humberto Martins, *DJ* 5/10/2007, p. 225; STJ-T1. REsp 804.441/MG, rela. Mina. Denise Arruda, *DJ* 24/9/2007, p. 254; STJ-T1. REsp 887.411/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 23/4/2007, p. 239; STJ-T2, REsp 513.912/MG, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* 1º/8/2005, p. 380.

Aliás, este é o entendimento decorrente da evolução da jurisprudência do STJ, que assentou que a **responsabilidade** dos dirigentes de pessoas jurídicas de direito privado decorrente de ato ilícito deles é subjetiva.[5]

De modo que **ofende** até mesmo o **direito fundamental de propriedade privada** (CF, art. 5º, *caput*, incisos XXII e LIV; art. 170, inciso II) **a inclusão, no polo passivo tributário, de diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídica, na condição de responsável tributário, sem a prévia comprovação, no âmbito do processo administrativo**, **que estes agiram dolosamente com o propósito de causar prejuízo ao Fisco ou de vencer a concorrência com a política do não pagamento contumaz de tributo**.

Já quanto à natureza da responsabilidade dos representantes, mandatários, prepostos empregados e administradores, ciente que cabe ao STJ dizer a última palavra em matéria de interpretação de lei infraconstitucional, cumpre observar a evolução jurisprudencial do STJ, que passou a entender que a **responsabilidade de terceiros** tanto no casos do artigo 134 quanto nas hipóteses do artigo 135 do CTN é **subsidiária própria, só respondendo estes quando for impossível a cobrança do crédito ao contribuinte, devedor principal.**[6]

Dessarte, a orientação jurisprudencial da Corte Superior evoluiu no sentido de que o artigo 135 do CTN estabelece a responsabilidade pessoal ou integral de terceiros, respondendo este com a totalidade de seus bens, quando demonstrada a impossibilidade da exigência do cumprimento cabal da obrigação tributária em face do contribuinte - devedor principal.

Assim, para que o **responsável tributário possa ser chamado para solver o débito decorrente de ato seu praticado com excesso de poderes, infração de lei, de contrato social ou estatutos da pessoa jurídica de direito privado, deve ser demostrado que a sociedade, em razão de dificuldade econômica decorrente desse ato, não pôde ou não tem condições econômicas para cumprir o débito fiscal**.[7] [8].

---

5 Nesse sentido: STJ-T1. REsp 86.439/ES, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 1º/7/1996, p. 24.004; STJ-T2. REsp 100.739/SP, rel. Min. Ari Pargendler, *RSTJ,* vol. 117, p. 287; STJ-T2. REsp 573.849/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 20/10/2006, p. 329; STJ-S1. EREsp 100.739/SP, rel. Min. José Delgado, *Revista dos Tribunais* (*RT*), vol. 778, p. 211; STJ-S1. EAg 494.887/RS, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 5/5/2008; STJ-T1. EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 1.096.314/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJ* 1º/12/2016.

6 STJ-S1. REsp 1.101.728/SP - Recurso Repetitivo, temas 96, 97, rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 23/3/2009; STJ-T2. REsp 1.604.320/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 10/11/2017; STJ-T2, AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1.485.532/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 27/3/2018. STJ-T2, AgRg no REsp 1.452.666/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 26/9/2018.

7 Cf., nesse sentido, MARTINS, Adriano Vidigal. A contagem do prazo prescricional do crédito tributário em relação aos sócios administradores. *RDDT,* São Paulo: Dialética, v. 216, 2013, p. 11.

8 MACHADO, Hugo de Brito. Redirecionamento de execução fiscal e prescrição. *RDDT,* São Paulo: Dialética, n. 181, 2010, p. 77: "Em se tratando de cobrança de crédito em relação ao qual exista responsabilidade subsidiária do sócio, o redirecionamento contra este somente é possível a partir de quando for certificada nos autos a inexistência de bens da pessoa jurídica que possam ser penhorados para a satisfação do crédito."

Aliás, a norma do artigo 1.024 do Código Civil dispõe que "os bens particulares dos sócios não poderão ser executados por dívidas da sociedade, senão de depois de executados os bens sociais."

Para que o **nome do responsável tributário possa constar na respectiva CDA**, ou para que possa suceder a **representação fiscal para fins penais**, deve ele **ter sido notificado para se defender** contra a acusação de prática de infração de lei, como, por exemplo, a dissolução irregular da sociedade ou o cometimento de apropriação indébita tributária, ou de contrato social ou estatuto da empresa **na seara do processo administrativo fiscal de lançamento ou de imputação de responsabilidade** e que daí emane **ato decisória administrativo devidamente fundamentado, fazendo coisa julgada administrativa**.

Tendo, assim, a Administração tributária atuado com respeito à legalidade, conforme exposto retro, pode, perfeitamente, após a inscrição do crédito em Dívida Ativa do ente tributante, o nome do responsável tributário constar na correspondente CDA, podendo o Fisco ajuizar contra ela a execução fiscal, na hipótese de constatação da insolvência do contribuinte para pagar o débito.

Tendo tudo isso sido observado, ou seja, tendo sido concedido ao responsável o direito ao contraditório e à ampla defesa no PAF e surgido decisão administrativa fundamentada e perempta, mas, por escolha da Fazenda Pública, não tenha o nome do responsável tributário, constado na CDA, aí sim, pode a procuradoria da Fazenda pública juntar a nova CDA, para que o débito fiscal ser cobrado do responsável tributário.

Nesse caso, diante dessa legítima presunção de liquidez e certeza do título executivo extrajudicial (CDA), caberá ao responsável tributário, por meio do seu advogado, e tendo garantido à instância no processo judicial de execução fiscal, apresentar embargos à execução, uma vez que deverá produzir provas de não ter cometido ato algum com infração de lei ou do contrato social.

Em relação à liquidação irregular da empresa, encerrando esta a sua atividade e fechando as portas sem o pagamento de todos os tributos devidos e sem dar baixa na Junta Comercial com comunicação aos órgãos das Administrações tributárias, aplica-se a já citada Súmula nº 435 do STJ, com a presunção da responsabilidade dos sócios gerentes, diretores e administradores pelas dívidas tributárias daquela, havendo o indício *juris tantum* de que tais pessoas se apropriaram dos bens pertencentes à sociedade, sucedendo uma espécie de quebra da distinção patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus gestores.[9] [10]

9 Cf. BECHO, Renato Lopes. A responsabilidade tributária de terceiros na jurisprudência como indicativo para a necessidade de revisão da Súmula 435 do STJ. *RDDT,* São Paulo: Dialética, nº 213, p. 127 a 139, 2013.

10 STJ-T2, AgRg no AI 1.281.042/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, *Revista Dialética de Direito Tribu-*

3. OS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA SÃO OBRIGATORIAMENTE APLICÁVEIS NO ÂMBITO DO PAF TANTO DE CONSTITUIÇÃO OU LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, QUANTO, ESPECIALMENTE, DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE À TERCEIROS NOS TERMOS DO ART. 135 DO CTN.

Os pressupostos da responsabilidade do artigo 135 do CTN são as práticas de atos dolosos, por parte dos gestores de empresas, com excesso de poderes ou com ilicitude, configuradora até mesmo de crimes contra a ordem tributária ou de sonegação, devendo essa responsabilidade ser previamente apurada no **correspondente processo administrativo de constituição do crédito tributário** ou **num processo à parte de imputação da responsabilidade a terceiros**, onde o Fisco possa através de **ato administrativo fundamentado incluir**, havendo provas nesse sentido, **o nome desses indivíduos como sujeitos passivo na Certidão de Dívida Ativa** (CDA), criando assim um título executivo extrajudicial contra eles, tendo em vista que, havendo a previsão legal de processo administrativo fiscal, local adequado para a identificação dos sujeitos passivos da relação jurídico-tributária, **não se pode pretender suprimir as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes também no processo administrativo fiscal, ainda que de imputação da responsabilidade de terceiros e mesmo que em processo apartado do de constituição do crédito tributário** (art. 5º, LIV e LIV).

Enfatize-se que, para a imputação de responsabilidade a terceiros, elencados no mencionado artigo 135, é preciso que seja demonstrada prática por estes de alguma infração de lei ou ao contrato social, ou seja, **é necessária a comprovação de um resultado que não seja o mero inadimplemento do crédito tributário.**

Ainda que o crédito tributário já esteja definitivamente constituído, hipótese, por exemplo, dos **tributos sujeitos a lançamento por homologação**, quando a entrega da declaração do débito fiscal já traz o aludido efeito, assim mesmo o **Fisco não está dispensado, para inserir o nome do terceiro, na CDA, de instaurar, ainda que após o recebimento das declarações dos contribuintes –** Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), e Guia de Informação e Apuração do ICMS (GIA) **– outro processo administrativo fiscal**, não, necessariamente, para lançar ou constituir de ofício a parte do crédito não declarada, mas, pelo menos, para a **apuração dessa responsabilidade dos representantes de contribuintes, mandatários, prepostos,**

---

tário, São Paulo: Dialética, nº 186, p. 164, março de 2011; STJ-T1, AgRg no AI nº AgRg no AI 1.247.879/PR, rel. Min. Benedito Gonçalves, *RSSTJ,* vol. 41, p. 403. STJ- AgInt no AREsp 1.513.226/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 19/12/2019.

empregados ou administradores, como dito acima, **com a observância do devido processo legal e seus corolários: contraditório e ampla defesa, com meios e recursos inerentes a ela.**[11]

Embora a imputação da responsabilidade de terceiros elencados no artigo 135 do CTN decorra da prática de infração de lei ou do contrato social, não há como afastar a **natureza de obrigação tributária em sentido estrito de que decorre essa imputação**, mesmo porque, segundo o artigo 3º do CTN, **a prática de ilegalidade é indiferente do ponto de vista da ocorrência do fato gerador e da sujeição passiva tributária**, **não desobrigando o responsável tributário a pagar prestação pecuniária compulsória da espécie tributária**, consoante, ainda, a jurisprudência do STF no sentido de que tributo *non olet*, casos em que mesmo tendo sido os rendimentos obtidos de práticas de ilícitos, permitiu-se a incidência do imposto sobre a renda incidente sobre as pessoas físicas cometedoras de delitos.[12]

É verdade que o artigo 3º do mesmo Código, ao definir tributo, dispõe que este não constitui sanção de ato ilícito, mas **a imputação de responsabilidade tributária a terceiros**, nos termos do artigo 135 do CTN, não representa a aplicação a estes de sanção negativa alguma – esta, aliás, pode até ocorrer, podendo até suceder a exclusão da responsabilidade em sentido lato do contribuinte, mas com base no artigo 137 da *Lex Tributarius* –, mas sim **significa a colocação do terceiro como sujeito passivo de obrigação tributária**.

Assim, obviamente, **não é o fato de o indivíduo ter agido com excesso de poderes ou cometido uma ilegalidade, uma infração que ele não possa ser tido como sujeito passivo da obrigação tributária principal**, na condição de responsável tributário.

E quando da constituição do crédito tributário ou quando da realização do lançamento tributário ou da imputação da responsabilidade de terceiro, em tudo isso é necessária a identificação dos sujeitos passivos da relação jurídico-tributária, sendo também indispensável, existindo previsão legal de processo administrativo fiscal, que sejam assegurados ao contribuinte e ao responsável tributário o devido processo legal e o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

No momento da constituição do crédito tributário ou no momento do lançamento tributário, ou ainda que em outro momento e por outro processo administrativo, o **terceiro é indicado como responsável tributário diante da acusação de ter agido com excesso de poderes**, **ou com infração de lei ou do contrato social**, o fato incontestável é que **ele se torna pessoalmente**, ou seja, integralmente **responsável pelo crédito tributário**, já que, tornando a corresponder decisão perempta na esfera administrativa, o **terceiro se torna sujeito**

11 Comunga com este entendimento: MARQUES, Leonardo Nunes. A responsabilidade tributária do sócio e a inscrição em dívida: requisitos e procedimento. *RDDT,* São Paulo: Dialética, nº 179, p. 109 a 110, 2010.

12 STF-T1. HC 77.530/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 18/9/1998, p. 7.

passivo da condição de responsável subsidiário, devendo constar o sem nome na Certidão de Dívida Ativa – CDA –, não havendo como acatar o equivocado raciocínio de que bastaria, para a responsabilização de terceiro, declaração feita por autoridade administrativa fiscal ou pelo procurador da Fazenda Pública**, com a simples colocação na CDA do nome do terceiro, sem que tenha sido oferecido a ele o devido processo legal nem dado a ele a oportunidade do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes**.

Ora, não é razoável que a consequência gravíssima que passa a arcar o terceiro com a sua imputação como responsável tributário, com risco ao seu direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, *caput*, inciso XXII), seja feita por mera declaração da autoridade fazendária, sem que seja dado a ele a oportunidade do processo administrativo fiscal nem a ocasião para o contraditório e a sua ampla defesa na esfera administrativa, como exige a Constituição Federal (CF, art. 5º, LIV e LV).

De fato, essa imputação de responsabilidade a terceiros gera todas as consequências relativas à obrigação tributária principal e ao consequente crédito tributário, passando, por exemplo, o gestor de empresa, tido como realizador de atos com excesso de poderes, infração de lei ou do contrato social, a estar sujeito a todos os instrumentos de proteção de créditos, inscrição no CADIN, protesto em cartório ou medida cautelar fiscal, à declaração de indisponibilidade de bens, passando a estar sujeito, ainda, à negativa de Certidão Negativa de Débito – CND.

É de se inferir, então, que sequer a autoridade judicial poderia, tanto em processo de conhecimento quanto em de execução fiscal, admitir essa mera declaração, ainda que colocado o nome de terceiro indevidamente na CDA – uma vez que não espelharia o que, na realidade, havia sido discutido e provado no âmbito do processo administrativo fiscal –, com a exclusão do direito ao contraditório e à ampla defesa no âmbito administrativo, pois, se assim agisse, estaria o magistrado suprimindo que a colocação do nome de terceiro como responsável esteja decidido com todas as garantias fundamentais no âmbito do PAF, quando a Constituição da República impõe que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* substantivo e adjetivo, bem como assegura que "aos litigantes e aos acusados em geral, não só em processo judicial, mas também em processo administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (CF, art. 5º, LIV e LV).

É notório que a jurisprudência do STJ admite a substituição da Certidão de Dívida Ativa – CDA, para introduzir o terceiro e responsável tributário – representante ou administrador – no processo judicial, quando o nome deste já tiver constado da correspondente inscrição do crédito em dívida ativa da Fazenda pública, o que dá a respectiva CDA a presunção *juris tantum* de liquidez e certeza, e existindo a constatação de que o contribuinte não tem condições para pagar a dívida fiscal, cabendo, nesse caso, o terceiro demonstrar nos em-

bargos da execução que não praticou nenhum ato descrito no artigo 135 do CTN.

Tolerava, também, a jurisprudência do STJ até mesmo a substituição da CDA para incluir o nome do responsável tributário, ainda que o nome do responsável tributário não constasse nela, mas, nesse caso, cabia ao Fisco provar a presença de um dos requisitos do artigo 135 do CTN.[13]

Essa substituição da Certidão de Dívida Ativa, para incluir o nome do responsável tributário, embora o nome deste não contasse da CDA anterior, só pode ser juridicamente admitida na hipótese de o Fisco, no processo de constituição do crédito tributário ou de lançamento ou no processo, que pode ser até apartado, de imputação de responsabilidade, ter, em outra oportunidade, passado a assegurar ao terceiro acusado o devido processo legal com o reconhecimento do direto deste ao contraditório e à ampla defesa também no processo administrativo fiscal com a emissão de nova CDA.

Ora, a Certidão de Dívida Ativa – título executivo extrajudicial –, exarada após a inscrição do crédito em Dívida Ativa, só tem a merecida presunção de liquidez e certeza quando espelha a realidade da constituição do crédito ou do lançamento ou da imputação de responsabilidade a terceiro, não sendo juridicamente viável que alguém possa ser declarado unilateralmente responsável tributário pela autoridade fiscal ou fazendária, no momento da inscrição do crédito em Dívida Ativa ou da expedição da Certidão de Dívida Ativa, sem que esse sujeito passivo indireto tenha tido direito ao devido processo legal administrativo e ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo fiscal.

Portanto, é, juridicamente, inaceitável a inclusão do nome do responsável tributário em sentido estrito nem a substituição de CDA em qualquer processo judicial, **sem que, previamente, a este tenha sido, na esfera do processo administrativo fiscal**, reconhecidos todos esses direitos acima mencionados, enfatizando-se que a **Lei Maior garante que ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal** (CF, art. 5º, LIV) e que **aos acusados ou litigantes, em processos judicial ou também administrativo, o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes** (CF, art. 5º, LV).

Traga-se à colação, para fortalecer ainda mais a tese apresentada, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça por meio de sua 1ª Seção, ao ensejo do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.115.649/SP, cuja Ementa do respectivo Acórdão é abaixo transcrita:

> **Ementa**: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA CDA PARA MODIFICAÇÃO DO POLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 392/STJ.

13 STJ-S1. EREsp 702.232/RS, rel. Min. Castro Meira, *DJ* 26/9/2005, p. 169; STJ - AgRg no REsp 1.295.391/PA, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 26/9/2013.

1. Embargos de divergência pelos quais se busca dirimir dissenso pretoriano acerca da possibilidade de alteração do sujeito passivo da execução fiscal, mediante emenda da CDA, para cobrar daquele a quem a lei imputa a condição de corresponsável da exação.

2. Caso em que a Fazenda municipal constituiu o crédito tributário de ISS apenas contra a empresa construtora (PLANEL) e tão somente contra ela ingressou com a execução fiscal. Somente depois de frustradas as tentativas de citação dessa empresa, no curso da execução, permitiu-se, com base em legislação municipal que prevê hipótese de corresponsabilidade, a inclusão da empresa tomadora do serviço (SCANIA) no polo passivo da execução mediante simples emenda da Certidão de Dívida Ativa.

3. Independentemente de a lei contemplar mais de um responsável pelo adimplemento de uma mesma obrigação tributária, **cabe ao fisco, no ato de lançamento, identificar contra qual(is) sujeito(s) passivo(s) ele promoverá a cobrança do tributo**, nos termos do art. 121 combinado com o art. 142, ambos do CTN, **garantindo-se, assim, ao(s) devedor(es) imputado(s) o direito à apresentação de defesa administrativa contra a constituição do crédito**. Por essa razão, **não é permitido substituir a CDA para alterar o polo passivo da execução contra quem não foi dada oportunidade de impugnar o lançamento, sob pena de violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, também assegurados constitucionalmente perante a instância administrativa**.

4. A esse respeito: "'**Quando haja equívocos no próprio lançamento ou na inscrição em dívida, fazendo-se necessária alteração de fundamento legal ou do sujeito passivo, nova apuração do tributo com aferição de base de cálculo por outros critérios, imputação de pagamento anterior à inscrição etc., será indispensável que o próprio lançamento seja revisado**, se ainda viável em face do prazo decadencial, oportunizando-se ao contribuinte o direito à impugnação, e que seja revisada a inscrição, de modo que não se viabilizará a correção do vício apenas na certidão de dívida. **A certidão é um espelho da inscrição que, por sua vez, reproduz os termos do lançamento. Não é possível corrigir, na certidão, vícios do lançamento e/ou da inscrição**. Nestes casos, será inviável simplesmente substituir-se a CDA.' (Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka, in "Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência", Livraria do Advogado, 5ª ed., Porto Alegre, 2009, pág. 205)" (Recurso Especial Representativo de Controvérsia1.045.472/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, *DJe* 18/12/2009).

5. **Incide**, na espécie, **a Súmula 392/STJ**: "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, **vedada a modificação do sujeito passivo da execução.**"

6. Embargos de divergência providos.[14]

Por sua vez, a jurisprudência da Corte Constitucional brasileira evoluiu no sentido de considerar inconstitucional ato normativo que tenda suprimir

14 STJ-1ª Seção. EREsp 1.115.649/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* 8/11/2010.

ou embaraçar o direito de todo e qualquer sujeito passivo tributário ao processo administrativo de determinação, imputação e exigência de crédito tributário federal, diante do próprio princípio da legalidade (CF, art. 5º, II e art. 150, I) e do inafastável direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), do princípio constitucional do devido processo legal em sentido material e adjetivo (art. 5º, LIV, da Constituição), compreendido como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como diante do direito ao contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV).

Medida provisória tentou alterar a redação do § 2º do artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972, tendo passado a estabelecer que, em qualquer caso, o recurso voluntário do sujeito passivo tributário somente teria seguimento se o recorrente o instruísse com prova de depósito de valor correspondente a, no mínimo, trinta por cento de exigência fiscal definida na decisão administrativa.

Tal disposição legal, que criava embaraço ao devido processo legal substantivo, aos direitos de petição ao Poder Público e do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, suprimindo direitos constitucionais fundamentais, que imperativamente devem ser observados também no âmbito da Administração pública, foi repelida, exemplarmente, pela jurisprudência do Excelso Pretório, conforme comprovam as seguintes Ementas de Acórdãos:

> STF-1ª TURMA. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO CAUTELAR Nº 1.887/SP
>
> **Ementa:** EFEITO SUSPENSIVO A **RECURSO** EXTRAORDINÁRIO. ADMISSIBILIDADE DE **RECURSO ADMINISTRATIVO**. EXIGÊNCIA DO **DEPÓSITO** PRÉVIO DE 30% DO VALOR DO DÉBITO. LIMINAR DEFERIDA. REFERENDO. 1. A **exigência de depósito prévio de 30% do valor do débito, como condição de admissibilidade de recurso administrativo, caracteriza desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa e obsta o exercício do direito de petição**. Precedentes. 2. Liminar referendada.[15] (O destaque em negrito não consta no original.)
>
> **STF-1ª TURMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 107.698/RJ**
>
> **Ementa**: **Recurso** extraordinário. Débito fiscal. Ação declaratória de ilegalidade do crédito fiscal, sem **depósito** do valor exigido, existindo **recurso administrativo**, com efeito suspensivo, em tramitação. Lei n. 6.830/1980, art. 38 e parágrafo único. Ação declaratória que não corresponde a qualquer das medidas judiciais previstas no art. 38, da Lei n. 6.830/1980. Se é exato que não cabe assegurar a autora, nessas condições, o não ajuizamento da execução fiscal, antes da decisão judicial respectiva, não é, também, de atribuir a consequência do parágrafo único do mesmo art. 38. **Não podia**, no caso concreto, **o aforamento da ação declaratória, sem depósito prévio**, **ter a consequência de impedir a tramitação do recurso administrativo, antes interposto**, de efeito suspensivo, com a imediata inscrição da dívida e sua execução judicial, **sem, ao menos, o prévio julgamento, na instância superior administrativa,**

15 STF-T1. AC 1.887 MC/SP, relatora Ministra Cármen Lúcia, *DJe*-142, publicação: 1º/8/2008.

> **do recurso interposto**. Não nega vigência ao art. 38 e seu parágrafo único, da Lei n. 6.830, de 1980, inaplicável ao caso,[16] [...]. (O destaque em negrito não consta no original.)
>
> **STF-PLENO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 388.359/PE**
>
> **Ementa**: **RECURSO ADMINISTRATIVO** – **DEPÓSITO** - § 2º DO ARTIGO 33 DO DECRETO Nº 70.235/72 - INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do **depósito** como pressuposto de admissibilidade de **recurso administrativo**.[17] (O destaque em negrito não consta no original.)
>
> **STF-PLENO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 389.383/**
>
> **Ementa: RECURSO ADMINISTRATIVO** – **DEPÓSITO** - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do **depósito** como pressuposto de admissibilidade de **recurso administrativo**.[18]

Portanto, se a **jurisprudência, que se assentou no STF**, é no sentido de **ser inconstitucional dispositivo que dificulte a interposição, por parte dos sujeitos passivos tributários – contribuintes e responsáveis tributários – de recurso administrativo contra a decisão de primeira instância administrativa já tomada pela Administração tributária**, **quanto mais são contrárias à Constituição Federal as pretensões de o responsável tributário ser executado com troca de CDA, mesmo não lhe tendo sido dada a instância do processo administrativo fiscal de imputação dessa sujeição passiva indireta**, bem como a **representação fiscal para fins penais em desfavor do responsável tributário que não lhe fora dada a oportunidade de uma decisão fundamentada no âmbito do PAF, com o exercício por parte dele do seu direito de petição e do seu direito ao contraditório e à ampla defesa**.

Colime-se que **não basta que o responsável tributário**, de que trata o artigo 135 do CTN, **tenha, no âmbito judicial, oportunidade do contraditório, de defesa e de recursos, pois a Constituição da República garante o completo exercício desses direitos tanto no processo judicial, quanto no processo administrativo**, de modo que não se harmoniza com a Lei Maior **a supressão**, por parte de lei ou ato decisório, **da oportunidade de o representante ou administrador de demonstrar, na esfera administrativa, que não cometeu nenhum dos atos referidos no artigo 135 do CTN ou que o contribuinte tem condições econômicas de solver o débito e que, portanto, não se encontra insolvente.**

Repise-se: **o que a Lei das Leis exige, expressamente, é que sejam assegurados o direito de petição no âmbito administrativo e o prévio contradi-**

16 STF-T1. RE 107.698/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* 1º/11/1991, p. 15.570.

17 STF-Pleno. RE 388.359/PE, rel. Min. Marco Aurélio, *RDDT* nº 144, 2007, p. 154-169.

18 STF-Pleno. RE 389.383/SP, rel. Min. Marco Aurélio, *RDDT* nº 144, 2007, p. 235-236.

tório e o prévio direito de defesa na esfera do processo administrativo (CF, art. 5º, LIV, LV e XXXIV, "a").[19]

Para reforçar a verdade da tese aqui proclamada, traga-se à colação outra decisão tomada pelo Pleno do STF, embora relativa ao processo administrativo disciplinar, mas que *mutatis mutandi* se aplica inteiramente aos casos em exame da esfera tributária, *in verbis*:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.120/AM
>
> **Ementa**: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE [...] - ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS QUE PREVÊEM PUNIÇÃO DISCIPLINAR ANTECIPADA DE SERVIDOR POLICIAL CIVIL – **CRITÉRIO DA VERDADE SABIDA** - ILEGITIMIDADE - **NECESSIDADE DE RESPEITO À GARANTIA DO "DUE PROCESS OF LAW" NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS** DE CARÁTER DISCIPLINAR - **DIREITO DE DEFESA** - **RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI AMAZONENSE** Nº 2.271/94 (ART. 43, §§ 2º a 6º) – **AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE**.
>
> - **Nenhuma penalidade poderá ser imposta, mesmo no campo do direito administrativo, sem que se ofereça ao imputado a possibilidade de se defender previamente**. **A preterição do direito de defesa torna írrito e nulo o ato punitivo**. "**Nemo inauditus damnari debet**". **O direito constitucional à ampla (e prévia) defesa, sob o domínio da Constituição de 1988 (art. 5º, LV), tem como precípuo destinatário o acusado, qualquer acusado, ainda que em sede meramente administrativa. O Supremo Tribunal Federal, ao proclamar a imprescindibilidade da observância desse postulado, essencial e inerente ao "due process of law", tem advertido que o exercício do direito de defesa há de ser assegurado, previamente, em todos aqueles procedimentos** – notadamente os de caráter administrativo-disciplinar – em que seja possível a imposição de medida de índole punitiva.
>
> Mesmo a imposição de sanções disciplinares pelo denominado critério da verdade sabida, **ainda** que concernentes a ilícitos funcionais desvestidos de maior gravidade, **não dispensa a prévia audiência** do servidor público interessado, **sob pena** de vulneração da cláusula constitucional **garantidora** do direito de defesa.
>
> **A ordem normativa** consubstanciada na Constituição brasileira é **hostil** a punições administrativas, imponíveis em caráter sumário ou não, **que não tenham sido precedidas** da possibilidade de o servidor público exercer, em plenitude, o **direito de defesa**.
>
> **A exigência de observância do devido processo legal destina-se a garantir a pessoa contra** a ação arbitrária do Estado, **colocando-a sob a imediata proteção da Constituição e das leis da República**. **Doutrina. Precedentes**.
>
> **Revela-se incompatível com o sistema de garantias processuais instituído pela Constituição da República (CF, art. 5º, LV) o diploma normativo que, mediante inversão da fórmula ritual e com apoio no critério da verdade**

19 CF. art. 5º. [...] XXXIV – *são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;*

> **sabida, culmina por autorizar, fora do contexto das medidas meramente cautelares, a própria punição antecipada do servidor público, ainda que a este venha a ser assegurado, em momento ulterior, o exercício do direito de defesa**. **Doutrina**. **Precedentes.**[20]

Insta trazer à colação *decisum* do STF, em que ficou enfatizado que os princípios do contraditório e da ampla devem ser plenamente aplicados no campo do processo administrativo fiscal de constituição ou lançamento do crédito tributário, bem como de imputação de responsabilidade a terceiros a desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, quer seja contribuinte, quer sejam responsável tributário, substituto, devedores solidários ou subsidiários, *verbo ad verbum*:

> STF-2ª TURMA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 608.426/PR
>
> AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE CORRETA CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA POR ERRO DA AUTORIDADE FISCAL. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO.
>
> **Os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, irrelevante sua nomenclatura legal (contribuintes, responsáveis, substitutos, devedores solidários etc.)**.
>
> Porém, **no caso em exame**, houve oportunidade de impugnação integral da constituição do crédito tributário, não obstante os lapsos de linguagem da autoridade fiscal. Assim, **embora o acórdão recorrido tenha errado ao afirmar ser o responsável tributário estranho ao processo administrativo (motivação e fundamentação são requisitos de validade de qualquer ato administrativo plenamente vinculado), bem como ao concluir ser possível redirecionar ao responsável tributário a ação de execução fiscal, independentemente de ele ter figurado no processo administrativo ou da inserção de seu nome na certidão de dívida ativa** (Fls. 853), **o lapso resume-se à declaração lateral** (*obter dictum*) completamente irrelevante ao desate do litígio. Agravo regimental ao qual se nega provimento.[21] (A maioria dos destaques em negrito e sublinhados não consta no original.)

Dessarte, **caso não tenha sido oferecido ao terceiro o prévio processo administrativo de imputação fiscal**, onde este poderia apresentar o **contraditório e a ampla defesa** no sentido de que não cometera nenhum ato de que fora acusado, de que trato o artigo 135 do CTN, ou que o contribuinte teria condições financeiras de arcar com o débito tributário exigido, gerando o consequente **ato de decisão administrativa perempta devidamente fundamen-**

20 STF-PLENO. ADI 2.120/AM. Rel. Min. Celso de Mello, *DJe*-213, publicação: 30/10/2004.

21 STF-T1. Ag. Reg. no RE 608.426/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, *RT* nº 917, 2012, p. 629.

tado, **não pode o nome desse terceiro constar na Certidão de Dívida Ativa, nem pode o Fisco pretender colocar ou substituir, em processo judicial, o nome desse terceiro como sujeito passivo na condição de responsável tributário nem pode promover em desfavor deste a representação fiscal para fins penais**, pois interpretação em sentido contrário ao que aqui está sendo demonstrado implicaria em rasgar a Carta Magna em total desrespeito ao expressamente exigido pelo artigo 5º, "caput", incisos XXII, XXXIV, alínea *a*, LIV e LV.

De fato, a **Constituição da República não se contenta que sejam observados o devido processo legal material e adjetivo nos processos judiciais**, posto que **impõe que esses princípios sejam obedecidos também no seio dos processos administrativos de qualquer espécie**.

Assim, **não pode a Fazenda Pública pretender trocar, em processo judicial, a CDA que não continha o nome do responsável tributário, por uma nova CDA, que não reflita aquilo que realmente fora discutido e decidido com fundamentação no correspondente processo administrativo de lançamento ou de imputação de responsabilidade**.

Ressalte-se **o nome do terceiro não pode ser, simplesmente, colocado ou adicionado depois unilateralmente pelo Fisco, diante de uma posterior e aleatória declaração da autoridade fiscal,** no lançamento ou auto de infração, **ou do procurador da Fazenda Pública**, por ocasião da inscrição do crédito em Dívida Ativa da Fazenda Pública, *sem que* essa identificação do sujeito passivo **tenha decorrido de ato administrativo fundamentado, tendo como supedâneo** a **acusação** e, quando for apresentada, após a respectiva notificação, a prévia defesa do terceiro no indispensável processo administrativo.

No caso de ocorrência dessa injuridicidade por parte das autoridades fazendárias, requerendo o procurador da Fazenda Pública, nos autos do processo de execução fiscal - PEF, a simples substituição de Certidões de Dívida Ativa, sem que a nova CDA represente um fidedigno espelho do que ocorrera no processo administrativo fiscal de lançamento ou, se apartado, no processo administrativo fiscal de imputação de responsabilidade, esta nova CDA não tem a presunção de liquidez e certeza, podendo o paráclito do terceiro e apontado responsável tributário providenciar, no PEF, a **arguição de pré-executividade**, diante da evidente invalidade da nova CDA, já que não seria o caso na espécie de dilação probatória alguma.

Na hipótese de não ter existido prévio ato do Fisco fundamentado, no âmbito do processo administrativo fiscal, indicando terceiro como um dos sujeitos passivos na condição de responsável tributário, deverá, obrigatoriamente, o Fisco promover um novo lançamento, dando, desta vez, oportunidade de contraditório e de ampla defesa ao acusado, para, só depois, ajuizar, com a inclusão na nova Certidão de Dívida Ativa, nova execução fiscal, na qual

deverá demonstrar a incapacidade econômica do contribuinte para solver o débito fiscal.

O entendimento, acima explicado, é reforçado pelo teor da Súmula nº 392 do STJ: "**A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução**."

Assim, não basta o lançamento ou auto de infração acusar, por exemplo, que o sócio gerente ou administrador decidiu criar uma filial em outro Estado, como o único escopo de sonegar o ICMS devido ao Estado onde tem sede a pessoa jurídica do contribuinte no caso de ICMS-importação, sem que, no correspondente processo fiscal ou em outro de imputação dessa responsabilidade, tenha sido o terceiro notificado a apresentar a sua defesa em relação à acusação que lhe fora dirigida.

A esse respeito, traga-se à colação o magistério de Betina Grumpenmacher:

> O recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça tem como principal fundamento a presunção de liquidez e certeza de que se reveste a CDA. Ocorre, no entanto, que, no que tange à inclusão de nomes de sócios e administradores na CDA **não se pode falar de liquidez e certeza**, sobretudo, quando **não foram cientificados para a produção de defesa no processo administrativo**, como ocorre usualmente. Se a CDA foi lavrada sem a contundente demonstração da responsabilidade do sócio e do administrador, não se reveste de liquidez e certeza.
>
> O artigo 3º da Lei nº 6.830/1980[22] e bem assim o artigo 201, *caput* do Código Tributário Nacional[23], estabelecem que a dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez. A hermenêutica de tal dispositivo nos conduz, naturalmente, à investigação quanto à extensão da expressão "regularmente inscrita". Surge então a indagação: O que é dívida regularmente inscrita? Quando se pode afirmar que a dívida ativa foi regularmente inscrita? A resposta a tais questões deflui da interpretação sistemática dos dispositivos que disciplinam a constituição do crédito tributário estabelecidos nos artigos 142 e 145 do Código Tributário Nacional.
>
> **A dívida ativa regularmente inscrita é aquela a que se chegou após regular processo administrativo fiscal** e "**regular processo administrativo fiscal**" é aquele que observou o devido processo legal administrativo e o direito ao contraditório.
>
> **Não se pode admitir a presunção de liquidez e certeza da CDA se, no âmbito do processo administrativo, não se atribuiu ao contribuinte ou responsável, oportunidade ampla de defesa** e, consequentemente, de produção de provas no sentido de elidir sua responsabilidade.

22 Lei 6.830/1980. "Art. 3º. A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez."

23 CTN. "Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular."

> A teor do disposto no artigo 204 do Código Tributário Nacional[24] e parágrafo único do artigo 3º da Lei 6.830/1980[25], a presunção de liquidez e certeza de que se reveste a CDA não é absoluta, mas relativa, podendo ser elidida por prova inequívoca do sujeito passivo. **Tal prova, no entanto, em homenagem à segurança jurídica, própria dos Estados de Direito, há de ser feita antes da extração da CDA, ou seja, no curso do processo administrativo que a antecede e em decorrência do qual é emitida, e não após referido processo**. Neste sentido, **não podemos admitir que, pelo só fato de o nome de sócios e administradores constar da referida certidão, davam os mesmos responder pessoalmente por débitos da pessoa jurídica ou então produzir prova negativa no sentido de que não agiram dolosamente com o propósito de lesar os cofres públicos**.
>
> [...]
>
> A inclusão dos nomes de sócios e administradores na CDA ocorre por expressa imposição do artigo 202, I, do Código Tributário Nacional[26], o que não significa que sua responsabilidade foi devidamente comprovada pelo sujeito ativo da obrigação tributária antes da respectiva certidão. Especialmente, quando os referidos **sujeitos não foram cientificados para produção de defesa, no âmbito do processo administrativo, não se pode admitir que a CDA revista-se de presunção de certeza e liquidez e nessa medida não se pode exonerar a autoridade fazendária de comprovar previamente ao pedido de redirecionamento que referidos indivíduos agiram com infração à lei, contrato social ou estatutos.**[27] (Os destaquem em negrito e sublinhado não constam no original.)

249. Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado, também, chegam às seguintes deduções com supedâneo nos artigos 134 e 135 do CTN:

> [...] Há um motivo para que a CDA goze de presunção de liquidez e certeza: o fato de ela ser antecedida por um ato administrativo devidamente motivado, em face do qual ao cidadão interessado se assegura a oportunidade de instaurar processo administrativo de controle interno de sua legalidade, em respeito ao devido processo legal, o qual, para que a CDA seja confeccionada, precisa culminar com a confirmação do ato impugnado. É isso o que justifica a inserção, na CDA, do nome do contribuinte, mencionado, *v.g.*, em um auto de infração. Não há motivo para que se proceda de forma diferente no caso de eventuais responsáveis tributários.

---

24 CTN. "Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite."

25 Lei 6.830/1980. "Art. 3º [...] Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiros, a quem aproveite."

26 CTN. "Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente: I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos corresponsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;"

27 GRUPENMACHER, Betina Treiger. Responsabilidade tributária do sócio e do administrador – nova sistemática. *In*: *Grandes questões atuais do direito tributário*, 14º volume (coordenador: Valdir de Oliveira Rocha). São Paulo: Dialética, 2010, p. 40 a 42.

> [...]
>
> a) Para que um sócio ou administrador seja inserido no corpo de uma certidão de dívida ativa (CDA), é preciso que tenha havido a prévia apuração de sua responsabilidade tributária, no âmbito de um processo administrativo;
>
> [...]
>
> c) caso tenha seu nome inserido em uma CDA sem qualquer apuração prévia [...] o sócio ou administrador não precisarão provar a inocorrência de fatos que justifiquem sua responsabilidade. Poderão provar apenas e simplesmente que essa apuração não ocorreu, não havendo título executivo validamente constituído contra eles [podendo, se for o caso, fazer uso da exceção de pré-executividade, diante da desnecessidade de dilação probatória].[28]

Por sua vez, Clélio Chiesa corrobora, ainda mais, com o seguinte magistério:

> I) A imputação de responsabilidade com supedâneo no artigo 135 do CTN depende da expedição de ato administrativo específico com o propósito de constituí-la.
>
> II) É irregular a inscrição em dívida ativa da empresa em nome do administrador com base exclusivamente em documento que indica o administrador como responsável sem a exposição circunstanciada da conduta que deu ensejo à aplicação do art. 135 do CTN.
>
> III) De igual forma, é irregular a inclusão do nome do administrador como devedor se a ele não foi assegurado o direito de se defender no âmbito administrativo sobre a imputação de má gestão que teria levado à aplicação do art. 135 do CTN.
>
> IV) **A inscrição irregular em Dívida Ativa, nos termos do art. 204 do CTN, não confere certeza e liquidez ao crédito inscrito**.
>
> V) A **exceção de pré-executividade** é, a nosso ver, instrumento adequado para o administrador de empresa executado por débito a ele atribuído com fundamento no art. 135 do CTN se insurgir contra a cobrança, desde que sua arguição fique adstrita à **alegação de falta de ato constitutivo da sua responsabilidade** ou **ausência de notificação para a apresentação de defesa no âmbito administrativo**. Neste caso, pelo fato de a matéria não demandar dilação probatória, tal orientação não conflita com a firmada pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça de que se o nome consta da CDA não pode se valer da exceção de pré-executividade para eximir-se da responsabilidade imputada.[29] [30]

28 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Responsabilidade de sócios e administradores e devido processo legal. *In*: *Grandes questões atuais do direito tributário*, 15º volume (coordenador: Valdir de Oliveira Rocha). São Paulo: Dialética, 2011, p. 141, 142 e 148.

29 CHIESA, Clélio. Responsabilidade tributária do sócio e administrador – caracterização e procedimento para a sua constituição – nome constante da CDA – Cabimento ou não de exceção de pré-executividade – uma reflexão sobre entendimento do STJ. *In*: *Grandes questões atuais do direito tributário*, 15º volume (coordenador: Valdir de Oliveira Rocha). São Paulo: Dialética, 2011, p. 62 e 63.

30 Outras ponderações sobre o direito de defesa nos processos administrativos encontram-se em MARTINS, Ives Gandra da Silva. Breves reflexões sobre o direito de defesa nos processos administrativos. *RDDT,* São Paulo: Dialética, nº 211, p. 88 a 90, 2013.

Acerca da indispensabilidade de a responsabilidade tributária ser, previamente, apurada e certificada em processo administrativo, em vez de em processo jurisdicional, devendo ser assegurado ao suposto responsável a ampla defesa, transcrevam-se as seguintes reflexões de Paulo Roberto Lyrio Pimenta, que, inclusive, critica e recomenda revisão de equivocada, e acredito já superada, jurisprudência do STJ no sentido de que o início da discussão sobre a responsabilidade tributária poderia ocorrer no processo de execução, modificando-se apenas o ônus da prova, caso o nome do devedor esteja ou não inscrito na CDA, *ipsis litteris*:

> A exigência de apuração do pressuposto de fato da responsabilidade no processo administrativo tributário também se faz presente no ordenamento brasileiro, por força da aplicação de algumas regras e princípios. [...]
>
> Em primeiro lugar, a inserção do princípio da ampla defesa no âmbito do processo administrativo, trazida pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 5º, LV), atinge em cheio a situação jurídica titularizada pelo responsável tributário. Isso porque a imputação da responsabilidade tributária consiste em um ato restritivo do direito do administrado, que não pode ser praticado sem que antes lhe seja facultada a oportunidade de se manifestar sobre a pretensão da Administração Pública.
>
> O princípio da ampla defesa assegura aos administrados: (a) direito de ser intimado sobre pretensões que lhe são desfavoráveis; (b) direto de se manifestar sobre tais pretensões; e (c) direito de produzir provas. Ora, a qualificação de determinado sujeito de direito como responsável tributário lhe acarretará sérias consequências jurídicas, à medida que o seu patrimônio ficará sujeito à execução fiscal, podendo ser objeto de constrição judicial. Por esse motivo, considerando o efeito jurídico do ato de imputação de responsabilidade tributária, este não pode ser praticado pelo Fisco, em hipótese alguma, sem que antes o suposto responsável possa sobre ele se manifestar. E tal manifestação deverá ocorrer, inicialmente, no processo administrativo, posto que resulta na formação do título executivo extrajudicial, que importa na certificação de um direito contra o administrado.
>
> O princípio da ampla defesa não admite a prática de atos restritivos de direito sem a oitiva do interessado. Assim, por força da aplicação desse princípio constitucional, deve ser assegurado ao administrado a faculdade de se manifestar sobre a atribuição de responsabilidade no processo administrativo fiscal. [...]
>
> Em nível infraconstitucional, o art. 142 do CTN, ao estabelecer que o lançamento é um procedimento destinado a "identificar o sujeito passivo", alcança tanto a sujeição passiva tributária direta quanto a indireta.
>
> De igual modo, os arts. 201 e 202, I, do CTN também impõem a certificação da responsabilidade tributária no âmbito do processo administrativo fiscal[31] [32]

31 PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Da necessidade de apuração da responsabilidade tributária no âmbito do processo administrativo fiscal. *RDDT,* São Paulo: Dialética, nº 211, p. 151, 152 e 154, 2013.

32 Cf. TAVARES, Alexandre Macedo. A inexistência de correlação lógica entre a inclusão do nome do sócio na CDA (= causa) e a inversão do ônus da prova da ausência dos requisitos do art. 135 do CTN (= efeito).

Traga-se, também, a lume, com alguns poucos acréscimos, as pertinentes considerações de Fábio Pallaretti Calcini, *verbis*:

> [...] não basta a simples notificação do responsável tributário do lançamento realizado em face do contribuinte. É preciso que se permita a apresentação de defesa, produção de provas e recursos, inclusive, não se furtando ao dever de apreciar as suas alegações. Do contrário, a simples realização do lançamento tributário não tem o condão de concretizar o efetivo respeito ao devido processo legal preconizado no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.
>
> Portanto, como se verificou, inclusive em precedente do Superior Tribunal de Justiça, para se impor responsabilidade tributária é preciso: (i) - respeitar o devido processo legal administrativo; (ii) - realizar o lançamento tributário [ou, se em outro momento, a constituição da imputação da responsabilidade tributária em relação a terceiros] nos moldes do art. 142 do Código Tributário Nacional; (iii) - realizar a regular notificação ao sujeito passivo [indireto - o responsável tributário -], tornando possível a apresentação de defesa, produção de provas e interposição de recursos; (iv) que suas manifestações sejam devidamente apreciadas.
>
> Possível concluir, destarte, que a inclusão da responsabilidade tributária é de evidente inconstitucionalidade e ilegalidade, quando não se observa o devido processo legal administrativo, mediante o necessário e imprescindível lançamento tributário (art. 142 do CTN) para a constituição do crédito tributário [ou, se em outro momento, para a imputação de responsabilidade tributária a terceiros], juntamente com a abertura de oportunidade para o contraditório e a ampla defesa, mediante a apresentação de impugnação administrativa , produção de provas, interposição de recursos, além da devida apreciação dos órgãos administrativos de julgamento de todas as razões arguidas.
>
> [...] na hipótese de responsabilidade tributária, é necessário que exista explícita, clara e congruente motivação, justificando, por elementos fáticos e jurídicos, o preenchimento dos requisitos legais que possibilitem a imposição de responsabilidade.[33]

De modo que é incontestável que, existindo legalmente o processo administrativo fiscal, o mandatário, prepostos, empregados ou administradores de empresa têm direito a ser notificados para prévia apresentação de defesa na esfera administrativa sobre a imputação que lhes foram dirigidas e têm, outrossim, direito do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes no âmbito administrativo, bem como têm direito que a decisão administrativa decorrente seja motivada, isto tudo como ordena o artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.[34]

RDDT, São Paulo: Dialética, nº 152, p. 7 a 20, 2008.

33 CALCINI, Fábio Pallaretti. Responsabilidade tributária. O dever de observância ao devido processo legal e motivação. *RDDT,* São Paulo: Dialética, nº 164, p. 39 e 42, 2009.

34 Lei 9.784, de 29/1/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração Pública Federal. "Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da **legalidade**, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, **ampla defesa**, **contraditório**, segurança

Ainda a respeito da inscrição em dívida ativa e a inserção de membros da sociedade como responsáveis tributários indiretos e sobre a necessidade de se conferir a essas pessoas o direito de defesa no âmbito administrativo sobre a imputação de sua responsabilidade, transcrevam-se trechos da manifestação de Leonardo Marques, *in verbis*:

> Note-se, a propósito, que há clara vinculação da certidão de dívida ativa à inscrição em dívida ativa, da inscrição de dívida ativa ao resultado do processo administrativo fiscal e do processo administrativo ao lançamento tributário. Significa dizer que todos esses atos administrativos compõem uma sequência procedimental concatenada e ordenada, em que o ato subsequente deve se ater ao conteúdo do antecedente, sob pena de desvirtuamento do procedimento de exigência do crédito tributário.
>
> [...]
>
> O conteúdo da certidão de dívida ativa, com efeito, deve refletir a investigação promovida no âmbito do processo administrativo fiscal. Aplicando-se essa noção ao contexto que se pretende analisar, tem-se que a introdução da pessoa física em tal documento como responsável pela quitação do débito apenas é permitida na hipótese em que essa responsabilização é debatida previamente na via administrativa.
>
> Em outros termos, tão somente na hipótese em que o lançamento original, ou um lançamento complementar (em alguns casos denominado termo de sujeição passiva solidária, termo de responsabilidade tributária, termo de corresponsabilidade etc.) imputa a corresponsabilidade ao membro da sociedade, a autoridade administrativa lhe confere o direito de se defender desta imposição e ao final do processo administrativo a sua inclusão no polo passivo da relação jurídica tributária resta reconhecida, pode-se cogitar na inscrição da pessoa física em dívida ativa.
>
> Promover a inserção do sócio na certidão de dívida ativa sem prévio ato de imputação da responsabilidade e debate desta matéria na via administrativa representa não franquear ao contribuinte o direito de apresentar administrativamente suas razoes de inconformismo com restrição de direito que lhe é imposta, o que viola flagrantemente o princípio da ampla defesa e do devido processo legal.
>
> Assim como ocorre com a responsabilidade da pessoa jurídica pela extinção do crédito tributário, também a pretensão de submissão do membro da sociedade ao cumprimento da obrigação tributária, comporta o necessário e obrigatório debate administrativo.
>
> Nenhuma restrição a direito individual, como, no caso, o direito fundamental à propriedade, pode ser implementada sem se conceder ao administrado a oportunidade de se opor a tal medida no âmbito da própria Administração Pública, o que se faz pela utilização dos meios e recursos previstos legalmente.
>
> [...]

jurídica, interesse público e eficiência."

A atribuição de responsabilidade tributária ao membro da sociedade não se presume. Por essa razão, o apontamento da obrigação de quitar a obrigação deve ser claro e inequívoco.

É necessário, então, que a corresponsabilidade esteja expressa e inquestionavelmente indicada na certidão de dívida ativa.

[...]

Por se tratar de restrição de direito do administrado, a atribuição de responsabilidade ao sócio da pessoa jurídica deve estar inequivocamente caracterizada. Nesse tema, inexiste margem para deduções em prol da responsabilização.

[...]

A leitura da certidão de dívida ativa, portanto, deve permitir a inquestionável conclusão de que o membro da sociedade está inserido no polo passivo da relação jurídica tributária, sob pena de não se poder extrair do documento a corresponsabilidade da pessoa física.[35]

Traga-se à colação o arremate de Hugo Machado:

A Constituição Federal ao cuidar de direitos e garantias individuais assegura que ninguém será privado da liberdade ou seus bens sem o devido processo legal, e que aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Assim, qualquer pessoa que se veja na iminência de sofrer prejuízo em sua liberdade, ou em seu patrimônio, tem indiscutível direito de defender-se. [...]

Na relação tributária não pode ser diferente. Como a Administração Pública tem o poder-dever de constituir o seu título, com base no qual promove em seguida a execução fiscal, deve apurar todos os elementos essenciais da relação jurídica para esse fim.

Assim, o direito de defesa há de ser assegurado a qualquer pessoa, seja na condição de contribuinte, seja na condição de responsável tributário, sempre que se encontre diante da possibilidade de sofrer a exigência do crédito tributário.

Por isto mesmo, aliás, o Poder Judiciário não admitiu a exigência de execução fiscal, ou do redirecionamento desta, contra pessoa cujo nome não conste da certidão de inscrição do respectivo crédito em dívida ativa.

[...]

Em face das razões expostas, podemos afirmar as seguintes conclusões:

1ª) **Tanto o contribuinte como o responsável tributário** são sujeitos passivos da obrigação tributária e nessa condição têm **direito de defesa assegurado pela Constituição Federal**.

2ª) **Exatamente porque tem direito de defesa, o responsável tributário deve ser intimado da lavratura do auto de infração, como condição indispensável a que o seu nome conste da certidão de dívida ativa correspondente**.

35 MARQUES, Leonardo Nunes. Artigo e local já citados, p. 104, 105, 106, 110 e 111.

> 3ª) É inteiramente equivocado, data venia, o entendimento segundo o qual a intimação do responsável da lavratura do auto de infração contra o contribuinte tem apenas a finalidade de permitir que o seu nome conste da respectiva certidão de dívida ativa.
>
> 4ª) A não intimação do responsável tributário, quando da lavratura do auto de infração, implica impossibilidade de execução, contra ele. do crédito tributário afinal constituído, seja diretamente ou por redirecionamento da execução fiscal.
>
> 5ª) Tendo o responsável tributário impugnado o auto de infração, a não apreciação de suas razões de defesa também acarreta impossibilidade de execução, contra ele, do crédito tributário afinal constituído, seja diretamente ou por redirecionamento da execução fiscal.
>
> 6ª) Se a Fazenda Pública não toma conhecimento da condição de alguém como responsável tributário, e por isso não lhe assegura o direito de defesa, evidentemente não pode cobrar dessa pessoa o crédito afinal apurado, promovendo ou redirecionando contra ele a execução fiscal[36]. (Os destaques em negrito e sublinhado não constam no original.)

A ausência de ato administrativo constitutivo da responsabilidade de terceiro (CTN, art. 135), no âmbito do PAF, implica em perda da presunção de certeza e liquidez e na própria nulidade da Certidão de Dívida Ativa – CDA, especialmente, com supedâneo na Súmula nº 392 do STJ, que veda a substituição de CDA com a modificação do sujeito passivo da execução, no artigo 142 do CTN, que determina que, no lançamento, sejam identificados os sujeitos passivos, nos artigos 201 e 204 do mesmo Código, que exigem a regularidade da inscrição do crédito em dívida ativa, do artigo 202 da mesma lei, que dispõe que o termo de inscrição em dívida ativa indicará, obrigatoriamente, o nome do devedor e, sendo o caso, o dos corresponsáveis, e diante da regra no sentido de que qualquer omissão dos requisitos previstos no artigo 202, ou erro a eles relativo, são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente (CTN, art. 203).

Ademais, o Decreto com força de lei nº 70.235, de 6 de março de 1972, que disciplina o processo administrativo fiscal, reza, no inciso II do artigo 59, que são nulos os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Somente pode ser entendido como regular a inscrição do crédito em dívida ativa se essa inscrição tenha sido precedida de processo que observe o *due processo of law* e assegure ao contribuinte ou ao responsável tributário o contraditório, a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, sendo que, indubitavelmente, não pode a Administração tributária, rasgando os supracitados direitos fundamentais dos sujeitos passivos tributários, colocando-os, em con-

36 MACHADO, Hugo de Brito. O responsável tributário e o direito de defesa no procedimento administrativo. *RDDT,* São Paulo: Dialética, nº 160, p. 48 e 50, 2009.

sequência, em riscos os seus direitos fundamentais de propriedade e da própria liberdade física, suprimir deles o regular processo administrativo fiscal.

4. CONCLUSÃO

Todo o exposto autoriza as seguintes conclusões:

A Constituição Federal de 1988, além de garantir o direito de propriedade (art. 5º, XXII; art. 170, II, e parágrafo único), o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II; art. 150, I), o direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV, *a*), assegura que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º LIV) e afirma que aos litigantes, não só em processo judicial, mas também no processo administrativo, são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º LV).

Existindo, pois, lei, de determinado ente da Federação, estabelecendo o processo administrativo fiscal, não pode jamais ser suprimido o direito a esse prévio processo com o reconhecimento nele do direito constitucional a ampla defesa na esfera administrativa, sob pena de supressão inconstitucional da instância administrativa assegurada pela Lei Maior.

Para que o terceiro, especialmente o administrador de empresa, possa ser tido como responsável tributário, além da demonstração pelo Fisco da impossibilidade de o tributo ser quitado pela pessoa jurídica (já que a responsabilidade do artigo 135 do CTN é subsidiária própria) e do cometimento doloso, por parte da pessoa que assumiu a gestão da empresa, de atos com excesso de poderes, infração de lei ou do contrato social ou estatuto (requisitos de responsabilidade indireta subjetiva do art. 135 do CTN), esses mandatários, prepostos, empregados e gerentes devem ser, previamente, notificados pessoalmente a apresentar a sua ampla defesa, no prévio processo administrativo de lançamento ou de imputação de responsabilidade, devendo emergir em consequência decisão administrativa fundamentada sobre a exatidão ou não da imputação feita a terceiros, só assim poderá o nome do responsável tributário ser inscrito em dívida ativa e constar na respectiva certidão de dívida ativa (CDA).

Assim, enfatize-se, para que o nome do responsável tributário possa constar na respectiva CDA, ou para que possa suceder a representação fiscal para fins penais, deve ele ter sido notificado para se defender contra a acusação de prática de infração de lei, como, por exemplo, a dissolução irregular da sociedade ou o cometimento de apropriação indébita tributária, ou de contrato social ou estatuto da empresa na seara do processo administrativo fiscal de lançamento ou de imputação de responsabilidade e que daí emane ato decisório administrativo devidamente motivado, fazendo coisa julgada administrativa.

Não é o fato de o indivíduo ter agido com excesso de poderes ou cometido uma ilegalidade, uma infração que ele não possa ser tido como sujeito passivo

indireto da obrigação tributária principal, na condição de responsável tributário.

De fato, quando da constituição do crédito tributário ou quando da realização do lançamento tributário ou da imputação da responsabilidade de terceiro, em tudo isso é necessária a identificação dos sujeitos passivos da relação jurídico-tributária, sendo também indispensável, existindo previsão legal de processo administrativo fiscal, que sejam assegurados ao contribuinte e ao apontado responsável tributário o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

No momento da constituição do crédito tributário ou no momento do lançamento tributário, ou ainda que em outro momento e por outro processo administrativo, o terceiro é indicado como responsável tributário diante da acusação de ter agido com excesso de poderes, ou com infração de lei ou do contrato social, o fato incontestável é que ele se torna pessoalmente, ou seja, integralmente responsável pelo crédito tributário, já que, tornando a corresponde decisão perempta na esfera administrativa, o terceiro se torna sujeito passivo na condição de responsável subsidiário, devendo constar o sem nome na Certidão de Dívida Ativa – CDA –, não havendo como acatar o equivocado raciocínio de que bastaria, para a responsabilização de terceiro, declaração feita por autoridade administrativa fiscal ou pelo procurador da Fazenda, com a simples colocação na CDA do nome do terceiro, sem que tenha sido oferecido a ele o devido processo legal nem dado a ele a oportunidade do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

Não é razoável que a consequência gravíssima que passa a arcar o terceiro com a sua imputação como responsável tributário, com risco ao seu direito fundamental de propriedade, seja feita por mera declaração da autoridade fazendária, sem que seja dado a ele a oportunidade do processo administrativo fiscal nem a ocasião para o contraditório e a sua ampla defesa na esfera administrativa, como exige a Constituição Federal

De modo que sequer a autoridade judicial poderia, tanto em processo de conhecimento quanto de execução fiscal, admitir essa mera declaração, ainda que colocado o nome de terceiro indevidamente na CDA – uma vez que não espelharia o que, na realidade, havia sido discutido e provado no âmbito do processo administrativo fiscal –-, com a exclusão do direito ao contraditório e à ampla defesa no âmbito administrativo, pois, se assim agisse, estaria o magistrado suprimindo que a colocação do nome de terceiro como responsável esteja decidido com todas as garantias fundamentais no âmbito do PAF, quando a Constituição da República impõe que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* substantivo e adjetivo, bem como assegura que *aos litigantes e aos acusados em geral, não só em processo judicial, mas também em processo administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

Ainda que o crédito tributário já esteja definitivamente constituído, hipótese, por exemplo, dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando a entrega da declaração do débito fiscal já traz o aludido efeito, assim mesmo o Fisco não está dispensado, para inserir o nome do representante, mandatário, preposto, empregador e administrador na CDA, de instaurar, ainda que após o recebimento das declarações dos contribuintes – Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), e Guia de Informação e Apuração do ICMS (GIA) – outro processo administrativo fiscal, não, necessariamente, para lançar ou constituir de ofício a parte do crédito não declarado, mas, pelo menos, para a apuração dessa responsabilidade do administrador, como dito acima, com a observância do devido processo legal e seus corolários: contraditório e ampla defesa, com meios e recursos inerentes a ela.

A Certidão de Dívida Ativa – título executivo extrajudicial –, exarada após a inscrição do crédito em Dívida Ativa, só tem a merecida presunção de liquidez e certeza, quando espelha a realidade da constituição do crédito ou do lançamento ou da imputação de responsabilidade a terceiro, não sendo juridicamente viável que alguém possa ser declarado unilateralmente responsável tributário pela autoridade fiscal ou fazendária, no momento da inscrição do crédito em Dívida Ativa ou da expedição da Certidão de Dívida Ativa, sem que esse sujeito passivo indireto tenha tido direito ao devido processo legal administrativo e ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo fiscal.

Portanto, é, juridicamente, inaceitável a inclusão do nome do responsável tributário em sentido estrito nem a substituição de CDA em qualquer processo judicial, sem que, previamente, a este tenha sido, na esfera do processo administrativo fiscal, reconhecido todos esses os direitos, enfatizando-se que a Lei Maior garante que ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal e que aos acusados ou litigantes, em processos judicial ou também administrativo, o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.

Inclusive, existe sólida jurisprudência do STF (STF-T1. AC 1.887 MC/SP; STF-T1. RE 107.698/RJ; STF-Pleno. RE 388.359/PE; STF-Pleno. RE 389.383/SP), considerando inconstitucional ato normativo que tenda a suprimir ou embaraçar o direito de recurso no âmbito do processo administrativo fiscal

Há, outrossim, jurisprudência consolidada do STF no sentido de a indispensabilidade do processo administrativo disciplinar com o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa (STF-Pleno. ADI 2.120/AM), o mesmo sucedendo, especificamente, em relação ao processo administrativo fiscal de lançamento de crédito tributário, bem como de imputação de responsabilidade a desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, quer seja contribuinte, quer seja responsável tributário (STF-T1. Ag. Reg. no RE 608.426/PR).

Dessarte, caso não tenha sido oferecido ao terceiro o prévio processo administrativo de imputação fiscal, onde este poderia apresentar o contraditório e a ampla defesa no sentido de que não cometera nenhum ato de que fora acusado, de que trato o artigo 135 do CTN, ou que o contribuinte teria condições

financeiras de arcar com o débito tributário exigido, gerando o consequente ato de decisão administrativa perempta devidamente fundamentado, não pode o nome desse terceiro constar na Certidão de Dívida Ativa, nem pode o Fisco pretender colocar ou substituir, em processo judicial, o nome desse terceiro como sujeito passivo na condição de responsável tributário nem pode promover em desfavor deste a representação fiscal para fins penais, pois interpretação em sentido contrário ao que aqui está sendo demonstrado implicaria em rasgar a Carta Magna em total desrespeito ao expressamente exigido pelo artigo 5º, "caput", incisos XXII, XXXIV, alínea "a", LIV e LV.

Por fim, a Constituição da República não se contenta que sejam observados o devido processo legal material e adjetivo nos processos judiciais, posto que impõe que esses princípios sejam obedecidos também no seio dos processos administrativos de qualquer espécie.

Assim, não pode a Fazenda Pública pretender trocar, em processo judicial, a CDA que não continha o nome do responsável tributário, por uma nova CDA, que não reflita aquilo que realmente fora discutido e decidido com fundamentação no correspondente processo administrativo de lançamento ou de imputação de responsabilidade.

De modo que é incontestável que, existindo legalmente o processo administrativo fiscal, o representante, mandatário, preposto, empregado e administrador de empresa têm direito a ser notificados para prévia apresentação de defesa na esfera administrativa sobre as imputações que lhes foram dirigidas e têm, outrossim, direito do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes no âmbito administrativo, bem como têm direito que a decisão administrativa decorrente seja motivada, isto tudo como corrobora o artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Encime-se, realçando que a ausência de qualquer um desses requisitos indispensáveis acima mencionados, dentre eles a não indicação do nome do devedor e, sendo caso, o dos corresponsáveis, torna, nos termos dos artigos 203 e 204 do CTN, e do artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, a CDA nula, destituída de sua presunção relativa de certeza e liquidez e sem o seu efeito de prova pré-constituída.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECHO, Renato Lopes. A responsabilidade tributária de terceiros na jurisprudência como indicativo para a necessidade de revisão da Súmula 435 do STJ. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 213, p. 127 a 139, 2013.

CALCINI, Fábio Pallaretti. Responsabilidade tributária. O dever de observância ao devido processo legal e motivação. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 164, p. 32 e 42, 2009.

CHIESA, Clélio. Responsabilidade tributária do sócio e administrador – caracterização e procedimento para a sua constituição – nome constante da CDA – Cabimento ou não de exceção de pré-executividade – uma reflexão sobre entendimento do STJ. *In*: *Grandes questões atuais do direito tributário*, 14º volume (coordenador: Valdir de Oliveira Rocha). São Paulo: Dialética, 2010, p. 45 a 63.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Responsabilidade tributária do sócio e do administrador – nova sistemática. *In*: *Grandes questões atuais do direito tributário*, 14º volume (coordenador: Valdir de Oliveira). São Paulo: Dialética, 2010, p. 29 a 44.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso* de direito tributário. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. Redirecionamento de execução fiscal e prescrição. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 181, p. 71 a 77, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. O responsável tributário e o direito de defesa no procedimento administrativo. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 160, p. 43 e 50, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Responsabilidade de sócios e administradores e devido processo legal. *In Grandes questões atuais do direito tributário*, 15º volume (coordenador: Valdir de Oliveira). São Paulo: Dialética, 2011, p. 134 a 149.

MARQUES, Leonardo Nunes. A responsabilidade tributária do sócio e a inscrição em dívida: requisitos e procedimento. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 179, p. 102 a 118, 2010.

MARTINS, Adriano Vidigal. A contagem do prazo prescricional do crédito tributário em relação aos sócios administradores. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, volume 216, p. 7 a 21, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Breves reflexões sobre o direito de defesa nos processos administrativos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 211, p. 88 a 90, 2013.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Da necessidade de apuração da responsabilidade tributária no âmbito do processo administrativo fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 211, p. 147 a 154, 2013.

TAVARES, Alexandre Macedo. A inexistência de correlação lógica entre a inclusão do nome do sócio na CDA (= causa) e a inversão do ônus da prova da ausência dos requisitos do art. 135 do CTN (= efeito). *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 152, p. 7 a 20, 2008.

Ativismo Judicial e Representação Política: a crise institucional brasileira

Elival da Silva Ramos[1]

I) INTRODUÇÃO

A pandemia provocada pelo novo coronavírus, denominado *SARS-CoV-2*, afetou a todos os países do globo, em maior ou menor dimensão.

No Brasil, em 20 de março deste ano, o Congresso Nacional editou o Decreto-Legislativo nº 6, reconhecendo, para os fins do artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LCF nº 101/2000), a ocorrência de estado de calamidade pública, tendo sido esse ato normativo precedido da promulgação da Lei Federal nº 13.979, do dia 6 de fevereiro, que estabeleceu medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do alastramento da doença viral (Covid-19).

A crise sanitária que se seguiu é de todos conhecida e está sendo por todos vivenciada, dispensando, pois, qualquer outra consideração.

Como era previsível, as medidas de isolamento social e quarentena adotadas com fundamento no artigo 2º da Lei nº 13.979/20 acarretaram severa redução da atividade econômica, em todos os setores, quer em virtude do fechamento de estabelecimentos, quer pela forte redução do consumo. Assim sendo, a crise econômica, de mãos dadas com a crise social (desemprego, suspensões de contratos de trabalho, reduções de jornada, fechamento de postos de trabalho, etc.), instalou-se também em *terra brasilis*.

Contudo, a desconexão entre as diversas esferas governamentais, especialmente em face da recusa desastrosa do governo federal em assumir a liderança e coordenação que lhe competiam no *front* sanitário, escancararam outra grave crise que vem assolando o País bem antes da pandemia: *a crise institucional*.

1 Professor Titular da Faculdade de Direito da USP; Mestre, Doutor e Livre-Docente (Direito Constitucional) pela Faculdade de Direito da USP; Procurador do Estado de SP aposentado; ex-Procurador Geral do Estado de SP; Superintendente Jurídico da Reitoria da USP; Procurador Chefe da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP; Advogado-parecerista especializado; Vice-Presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas; Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas; Membro do Conselho Jurídico da Federação das Indústrias do Estado de SP – FIESP.

Há boas razões para que os juristas e estudiosos do Direito deem primazia à faceta institucional da crise brasileira: afinal, as questões de saúde competem, sobretudo, aos médicos, sanitaristas, epidemiologistas, microbiologistas, geneticistas etc., ao passo que as questões econômicas e laborais competem aos planejadores, economistas, sociólogos do trabalho etc., ainda que possam também contar com o apoio dos cultores do Direito Econômico e do Trabalho, no tocante ao delineamento normativo de algumas medidas.

Onde a primazia cabe dos estadistas, inspirados pelo trabalho de juristas e cientistas políticos, é precisamente nos domínios da engenharia institucional, indispensável para a superação da disfunção crônica de nossas instituições de poder.

Ademais, a crise sanitária será em boa parte equacionada com a vacinação em massa, aguardada para o primeiro semestre do próximo ano. A crise socioeconômica já começa a arrefecer, com a flexibilização das medidas de isolamento social e de restrição a atividades, na medida em que regride a curva de contaminação pelo novo coronavírus.

Entretanto, a crise institucional brasileira é antiga, complexa e não dá sinais de atenuação; ao contrário, só tem feito crescer com o passar dos anos, mesmo com a entrada em vigor de uma nova Constituição, elaborada em ambiente de livre intercâmbio de ideias e contando com todas as preces e simpatias do povo brasileiro.

Aos juristas, os problemas jurídico-normativos!

Debrucemo-nos, pois, ainda que perfunctoriamente, sobre alguns indicativos de reformas necessárias ao objetivo de consolidar a democracia no Brasil, tornando-a *estável* (em termos de exercício do poder), *eficiente* (em termos de efetivação de políticas públicas) e *legítima* (em termos de confiança e estima populares).

II) O DIREITO ALTERNATIVO EM NOVA EMBALAGEM: ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA

O acanhado desenvolvimento da Hermenêutica, no alvorecer do positivismo jurídico (final do século XVIII e primeira metade do século XIX), alimentou diversas proposições teoréticas que buscavam destacar a dimensão factual do direito e sua condição de instrumento de regulação de situações concretas, emergentes em determinado momento histórico e em determinada sociedade, devendo, à luz do ideário democrático, expressar a pauta axiológica dessa sociedade, para o que muito contribui o labor do exegeta de textos normativos.

No entanto, não se pode vislumbrar em movimentos como a escola da *libre recherche*, de François Gény, nenhum ataque radical ao positivismo, enquanto teoria científica do direito responsável pela estabilização e sucesso das instituições democráticas, promovendo a objetividade tecnicamente controla-

da na interpretação dos comandos normativos do legislador e, consequentemente, a segurança jurídica.[2]

Para Gény, devem-se levar em conta os fatores econômicos, históricos, culturais, demográficos, étnicos associados à produção e aplicação do direito, porém, como salienta com propriedade Miguel Reale, esse trabalho de pesquisa de cunho sociológico-jurídico "só inova na medida em que integra ou completa o sistema existente, mas sem lhe alterar o sentido fundamental". Portanto, esse debruçar sobre a dimensão social do direito tem limites, porquanto o jurista deve "ter sempre presente que as leis existentes são balizas ao seu trabalho".[3]

Se dentre os autores do final do século XIX e início do século XX, adeptos da visão sociológica do direito, pode-se encontrar um movimento de ruptura profunda e, por consequência, irreconciliável com o positivismo jurídico, por certo estão eles representados na figura de Hermann Kantorowicz, um dos principais articulares teóricos do movimento *direito livre*. Assinala Miguel Reale que, para o autor polonês, "haja ou não lei que reja o caso, cabe ao juiz julgar segundo os ditames da ciência e de sua consciência", devendo, afinal, prevalecer o "*direito justo*, quer na falta de previsão legal (*praeter legem*) quer contra a própria lei (*contra legem*)".[4]

Merecem transcrição, dada a sua atualidade, notadamente na prática judicial brasileira, a descrição do "Mestre dos Mestres" sobre o real significado do *Direito Livre*:

> Segundo os adeptos do Direito Livre, o juiz é como que legislador num pequenino domínio, o *domínio do caso concreto*. Assim como o legislador traça a norma genérica, que deverá abranger todos os casos futuros, concernentes à matéria, caberia ao juiz legislar, não apenas por equidade, mas, toda vez que lhe parecer, por motivos de ordem científica, inexistente a lei apropriada ao caso específico: estamos, pois, no pleno domínio do arbítrio do intérprete.[5]

A perspicácia intelectual do jusfilósofo das Arcadas permitiu-lhe antever que a tendência *moralista*[6] não se esgotaria nas propostas de Kantorowicz e seus seguidores:

---

2 Tércio Sampaio Ferraz, em sua magistral obra, *Introdução ao estudo do Direito* (São Paulo, Atlas, 1988, p. 80), demonstra que a concepção do direito como um "sistema normativo" "não foi apenas uma tendência teórica, mas também esteve ligada, inegavelmente, às necessidades de segurança da classe burguesa". Assim sendo, "a exigência de uma sistematização do direito acabou, então, por impor-se aos juristas, obrigando-os à valorização dos preceitos legais, no julgamento dos fatos vitais, decisivos". Esse legalismo conceitualmente fechado irá caracterizar as primeiras Escolas positivistas, como a da Exegese, na França, e a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha.

3 *Lições preliminares de Direito.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 282.

4 Cf. Miguel Reale, *Lições*, cit., p. 284.

5 *Lições preliminares*, cit., p. 285.

6 Adoto a expressão "moralismo jurídico" cunhada pelo próprio Miguel Reale para caracterizar os juristas

> O Direito Livre, que ainda se debate e se discute, foi, como disse o jurista italiano Max Ascoli, 'uma ventania romântica que assolou os domínios da Jurisprudência'. O que se queria era antepor o valor do caso concreto à previsão racional da generalidade dos casos. Não se poderá dizer que o assunto já esteja superado: uns sustentam ainda hoje que a lei é lei e deve ser interpretada na sua força lógica, ao passo que outros pretendem transformar a lei em meras balizas na marcha da liberdade do intérprete.[7]

De fato, a confluência de diversos fatores, de natureza variada, levou à eclosão no Brasil dos anos 1980 de um movimento ou tendência teorética que apresentava nítidas conexões com o *direito livre*, na medida em que conjugava a preocupação com a base factual sobre a qual incide o sistema normativo e a busca de estratégias para implantar o "socialmente mais justo", valendo-se do instrumental fornecido pelo próprio ordenamento jurídico.[8]

Refiro-me ao *direito alternativo*, que exerceu alguma influência relevante na produção acadêmica e jurisprudencial dos Estados da Região Sul nas décadas de 1980 e 1990, alimentado pela insatisfação, primeiro, com o regime autoritário pós-64, e, depois, com a desigualdade socioeconômica, que continua reinante entre nós mesmo após 30 anos de vigência da Constituição de 1988, tudo isso com boas "pitadas" de subserviência intelectual, associadas ao deslumbramento com propostas "vanguardistas" de parcela minoritária da magistratura italiana e espanhola, que pretendiam maximizar a redemocratização recente desses países por meio do "uso alternativo do direito".

Pode-se captar o "espírito" do movimento *direito alternativo* em expressivo excerto de artigo publicado no início dos anos 1990, da autoria de Clèmerson Merlin Clève:

> Essa teoria não propõe nova ontologia jurídica. Não propõe uma teoria do ser jurídico alternativa ao direito tal como aparece nesta ou naquela espaço-temporalidade (...). Propõe, isso sim, alargar os espaços libertários do direito praticado nesta ou naquela sociedade. Por isso a teoria do uso alternativo do direito não descarta o aparato normativo oficial. Antes procura alargar seus

---

ou tendências teoréticas que propugnam o primado do "justo" ou do "ético" sobre a estrutura normativo-formal, não para adequá-la a esses valores por meio dos procedimentos objetivos e democráticos traçados pela Constituição e sim para *nulificá-la*, de modo a conferir ao juiz-aplicador total liberdade de ação (subjetivismo), em função de autêntica "cruzada teleológica", que pretende conduzir a sociedade ao "paraíso terrestre", sob o comando (autoritário) da "vanguarda moral" representada por essa magistratura iluminista. Veja-se o seguinte excerto extraído da obra magna de Reale, *Filosofia do Direito* (7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2, p. 423): "A esses juristas, que não compreendem *juridicidade* indiferente à licitude ou à ilicitude moral da conduta prescrita ou proibida, vinculando o Direito à Moral de maneira absoluta, damos o nome de *moralistas*, na falta de melhor qualificação."

7 Cf. *Lições preliminares*, cit., p. 285.

8 Não é difícil perceber alguma correlação com a estratégia do marxismo-leninismo, largamente difundido na América Latina das décadas de 1970 e 1980, de valerem-se os seus adeptos das franquias democráticas para, mais adiante, golpearem a própria democracia, implantando sistema político de viés totalitário.

> postulados democráticos. Trata-se, então, no dizer de Saavedra López, de utilizar o direito e os instrumentos jurídicos postos à disposição do cidadão, mas os orientando para que assumam uma direção emancipadora.[9]

Ou seja, havia o descompromisso em relação à estruturação de uma teoria do Direito que pudesse ser qualificada de "alternativa" ao positivismo jurídico tão criticado. Afinal, o que se pretendia era apenas a destruição, persistente e contínua, das amarras normativas, para que as decisões de poder, fossem elas legislativas, administrativas ou, sobretudo, judiciárias, refletissem os "interesses e a prática daqueles *sujeitos jurídicos* que se encontram submetidos por relações sociais de dominação".[10] Notava-se, claramente, a combinação de preocupações sociais legítimas com decisionismo judicial, inspirado por uma "moral libertadora", mesmo que à custa do referencial teórico-científico do Direito, transformado em mera técnica de regulação social.

Superado o "modismo intelectual" do "uso alternativo do direito", em face do avanço da democracia constitucional brasileira, nova "ventania romântica" passou a assolar a produção acadêmica e a prática judiciária nacionais: o *neoconstitucionalismo*.

Em monografia dedicada ao estudo do deletério fenômeno do ativismo judicial, assinalei a candente fragilidade teórica do neoconstitucionalismo, expressa em confissão curiosa de um de seus mais destacados corifeus:

> Talvez essa seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.[11]

Essa nova tendência, também fortemente estimulada pela importação acrítica e, por vezes, descuidada de doutrina estrangeira, consubstancia nada mais do que "um difuso moralismo jurídico", constituindo, como tal, "fator de impulsão ao ativismo judiciário":

> Se o positivismo clássico nos remete ao passivismo, o pragmatismo e o moralismo jurídico, necessariamente, desembocam em ativismo judiciário. (...) A razão disso reside no fundamentalismo axiológico que está na base do moralis-

9 Cf. o artigo O jurídico como espaço de luta: sobre o uso alternativo do direito, *in O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito contemporâneo.* 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 202.

10 Palavras de Modesto Saavedra López, incorporadas ao referido artigo de Clèmerson M. Clève, *op. cit*., p. 202.

11 Luís Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo: Centro de Estudos da PGE, *63/64*:2, jan./dez. 2006.

> mo jurídico, presidindo a ideia de que há uma ordem objetiva de valores fundamentais que deve servir de modelo ao direito positivo, atuando o juiz como um autêntico sacerdote a serviço dessas diretrizes ontológicas. Para tanto, deve se valer das ambiguidades, contradições e insuficiências de que os textos normativos são permeados e, principalmente, do controle de constitucionalidade, que lhe permite recusar validade a atos legislativos a partir de parâmetros normativos altamente flexíveis e que se prestam a manipulações argumentativas de toda a espécie.[12]

Como destaquei, então, "a principiologização do direito, característica do moralismo, desponta como a face mais visível desse pretenso *pós-positivismo* tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico aos subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolatores".[13]

III) A CRISE DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL

A implantação dos primeiros governos democráticos, entre o final do século XVII e início do século XIX, não se fez de forma tranquila, seguindo um roteiro previamente fixado.

O contato da proposta democrática, construída a partir da oposição ideológica ao conservadorismo autoritário do *Ancien Régime*, com as dificuldades concretas advindas da implantação efetiva de um novo sistema político, de feições liberais, logo se fez presente.

Os devaneios rousseaunianos em torno da democracia direta[14] logo foram abandonados, emergindo a engrenagem nuclear de todo e qualquer sistema que tenha conseguido aproximar o ideário democrático da prática institucional: *a representação política*.

Considerados os cerca de 300 (trezentos) anos de experiência democrática, a representação política sofreu profundas alterações, evoluindo do padrão

12 De minha obra *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 137.

13 Cf. *Ativismo judicial*, cit., p. 300-1.

14 É conhecida a recusa de Jean-Jacques Rousseau em atribuir caráter democrático aos governos representativos. Em *O contrato social*, o Cidadão de Genebra lança a sua famosa ironia em relação à "democracia representativa inglesa": "A soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alienada; ela consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade geral de modo algum se representa; ou é mesma ou é outra; não há nisso meio termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser seus representantes; são quando muito seus comissários e nada podem concluir definitivamente. São nulas todas as leis que o povo não tenha ratificado; deixam de ser leis. O povo inglês pensa ser livre, mas está completamente iludido; apenas o é durante a eleição dos membros do Parlamento; tão logo estejam estes eleitos, é de novo escravo, não é nada. Pelo uso que faz da liberdade, nos curtos momentos em que lhe é dado desfrutá-la, bem merece perdê-la." *O contrato social e outros escritos*, entro. e trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1971, p. 96.

clássico do "mandato investidura" para o atual modelo do mandato partidário,[15] havendo quem afirme estarmos no limiar de um novo modelo, intitulado, à falta de melhor denominação, de "democracia de audiência".[16]

Bernard Manin identifica 4 (quatro) elementos característicos dos governos representativos: investidura dos representantes por meio de eleições em intervalos regulares; relativa autonomia dos representantes em relação ao eleitorado; liberdade de opinião e de manifestação por parte dos cidadãos; debate público como fator condicionante das decisões de governo.[17]

Retoma o referido autor a ideia de que a representação política combina elementos verdadeiramente democráticos com notas aristocráticas, que confluem para um sistema de rotatividade imprevisível entre elites dirigentes, livremente escolhidas pelo eleitorado, que também as influencia no processo racional de tomada de decisões (livre convencimento).[18]

Em suma, a democracia representativa se distancia consideravelmente da ideia de "governo do povo", se com isso se pretende descrever um regime em que as decisões de governo são tomadas pela maioria, para se converter em um sistema de poder em que há circulação entre as elites dirigentes, na linha das teorias sociológico-políticas de Vilfredo Pareto (*Trattato di sociologia*, 1916) e Gaetano Mosca (*Elementi di scienza politica*, 1ª parte 1896 e 2ª parte 1923).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, inspirado no pensamento de Pareto e Mosca, sustenta que o que caracteriza a democracia é a existência de elites democráticas, movidas pela busca do bem coletivo, selecionadas a partir da base social e dotadas de permeabilidade (velocidade de circulação):

> Outro ponto crucial para a caracterização da elite é a circulação que há de existir entre ela e a massa, segundo a lição de Pareto. Ora, de duas uma: ou prevalece a tendência à estabilidade, esclerosando-se o poder nas mãos de uma minoria fechada, *oligárquica*; ou, ao invés, prevalece a tendência à circulação pelo mérito (mérito, é certo, aferido consoante a escala prevalecente de valores, *tendência democrática*).[19]

Para Bernard Manin não existiria, propriamente, uma crise do governo representativo e sim a aproximação do esgotamento da representação partidária,

15 No tocante às relações entre democracia e representação, bem como à evolução do mandato representativo na democracia, veja-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional.* 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 77-83.

16 Essa é o entendimento de Bernard Manin, exposto em sua conhecida obra *Los principios do gobierno representativo*, Madri: Alianza Editorial, 2006.

17 Manin apresenta os princípios dos regimes representativos logo na Introdução de sua citada obra.

18 Na conclusão da obra *Los princípios do gobierno representativo*, Manin assevera que "a eleição inevitavelmente seleciona elites, porém fica nas mãos dos cidadãos comuns definir o que constitui uma elite e quem pertence a ela".

19 Veja-se o artigo A democracia e suas instituições, inserto na obra de coletânea *Sete vezes democracia.* São Paulo: Convívio, 1977, p. 21.

que estaria, paulatina e velozmente, sendo superada pela "democracia de audiência", conforme interpretação de Edimer Leonardo Latorre Iglesias, na resenha que fez da obra *Los principios do gobierno representativo*:

> Finalmente Manin termina sua obra com uma explicação da crise da representatividade nos sistemas políticos modernos, demostrando que evoluiu de um sistema parlamentar, passando pela democracia de partidos e finalizando com o conceito (...) de democracia de audiência, em que demonstra como a política da representatividade acaba em poder da mídia, a qual, mediante estratégias de *marketing* de opinião, conseguem entrar no mercado de oferta eleitoral, buscando a resposta das audiências.[20]

Não compartilho dessa visão de que o modelo da representação partidária está se esgotando, mesmo porque também não percebo como poderá ser substituído por algo como um sistema plebiscitário e eletrônico de exercício do poder, fortemente influenciado pelo amontoado de opiniões sectárias e desinformadas que circulam nas mídias sociais da atualidade.

De todo modo, é inegável que a representação política está em crise, ao menos no Brasil.

O nosso modelo de representação política, por meio de partidos, consolidou-se após o advento da Constituição de 1988, que conferiu a essas entidades o monopólio das candidaturas (art. 14, § 3º, V), estabelecendo-lhe um estatuto básico em nível constitucional, sem precedentes nas Cartas anteriores.

Ora, o caráter fragmentário da representação partidária no âmbito das Casas Legislativas brasileiras tem se acentuado eleição após eleição,[21] o que está na raiz do problema da relação cada vez mais distante entre representantes e representados.

Essa atomização do sistema partidário provoca a erosão de alguns dos alicerces do modelo de representação partidária, que são o elemento ideológico-programático e a fidelidade partidária.

A ideia-força do modelo do mandato partidário é a de que a eleição deve se dar no âmbito de um embate ideológico, escolhendo o eleitor a melhor alternativa de programa partidário,[22] que, em um segundo momento, irá se converter no programa de governo, consideradas as circunstâncias concretas e específicas da pessoa política nacional, regional ou local cujo governo é as-

20 Reseña: Los principios del gobierno representativo. *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*, Bogotá: Centro de Pesquisas da Faculdade de Direito da Universidade Nova Granada, v. XIV, *28*:292, jul./dez. 2011.

21 De acordo com informações extraídas dos Portais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, na Câmara existem, atualmente, 30 partidos representados, sendo 21 os partidos representados no Senado. Apenas como referência, em 1994 eram 21 na Câmara e 10 no Senado.

22 O programa partidário integra o conjunto de documentos necessários para a criação de partido político e subsequente registro de seus estatutos perante o Tribunal Superior Eleitoral (veja-se o art. 8º, II, da Lei Federal nº 9.096/95, conhecida como Lei Orgânica dos Partidos Políticos).

sumido pela agremiação partidária. Porém, com tantos partidos representados nas instâncias governamentais, as diferenças programáticas se esmaecem, mesmo porque dificilmente haverá um partido com maioria no Parlamento, o que levará forçosamente à constituição de blocos parlamentares, invariavelmente, congregando partidos com ou sem afinidades ideológicas, se é que não se revela inócua a busca por traços ideológicos no quadro partidário brasileiro da atualidade.

De outra parte, a proliferação de partidos na esfera parlamentar e o enfraquecimento de suas linhas programáticas constitui fator impulsionador da infidelidade partidária, que deixou de constituir causa de perda de mandato,[23] para se converter em mera ilicitude com efeitos restritos ao âmbito interno das organizações partidárias.[24]

Porém, o efeito mais deletério da fragmentação das bancadas partidárias nos diversos níveis do Poder Legislativo brasileiro é, indubitavelmente, a perda de eficiência deliberativa do Congresso Nacional e demais Casas parlamentares.

A falta de bancadas quantitativamente expressivas, de suporte à ação governamental, tem levado à timidez ou omissão propositiva da parte das Chefias dos Poderes Executivos dos 3 (três) níveis federativos, à acentuada demora na apreciação das propostas apresentadas, às soluções compromissórias que desfiguram algumas delas, bem como ao triste cenário de fisiologia e corrupção parlamentar, de que é testemunha o procedimento judiciário-penal do "mensalão".[25]

Registre-se que o paroxismo atingido pelo processo de desagregação do sistema partidário no Brasil tem provocado algumas reações em sentido contrário, como a que resultou na promulgação da Emenda Constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017. Todavia, a cláusula de desempenho (acesso desigual aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão), na forma branda e progressiva disciplinada pela Emenda Constitucional nº 97/17, se efetivamente vier a ser aplicada em sua integralidade a partir de *2030*,[26] deverá sim provocar alguma redução no número de partidos representados no Congresso, porém não em patamar satisfatório, indispensável à recuperação do nível adequado de eficácia deliberativa pelo Parlamento.

---

23 É certo que o STF, em construção jurisprudencial sem o menor respaldo constitucional, reinstituiu a figura da perda de mandato por desfiliação partidária (julgamento dos Mandados de Segurança 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, ocorrido em 4-10-2007), a qual, entretanto, não corresponde, conceitualmente, a uma hipótese de infidelidade partidária.

24 Cf. o art. 17, § 1º, *in fine*, da CF.

25 Trata-se da conhecida Ação Penal nº 470 (STF), que envolveu o pagamento de "mensalidades" a líderes partidários com atuação no Congresso Nacional, em troca de apoio em votações importantes para o governo do Presidente Lula.

26 A dúvida tem sua razão de ser em face da tradição de adiamento de toda e qualquer tentativa voltada à redução do número de "partidos nanicos", tão úteis ao quadro de barganhas fisiológicas que tem caracterizado as relações Governo/Parlamento no período pós 1988.

Mas a crise da representação política no Brasil não envolve apenas o problema da atomização do sistema partidário, com reflexos no funcionamento dos Poderes Legislativo e Executivo. Há, também, as inúmeras disfunções relacionadas à inadequação do sistema presidencialista de governo à realidade política de nosso País, malgrado o fenômeno ainda não conte com larga percepção popular, não sendo, outrossim, consensual o reconhecimento de sua existência nos círculos dirigentes e acadêmicos.[27]

O regime de governo presidencialista está associado entre nós àquilo que se poderia denominar de "mística do trono", em que o Presidente é visto como a solução para todos os nossos múltiplos e complexos problemas, sendo a sua eleição percebida como um evento cívico de natureza ímpar, o que contribui para reforçar a visão personalista e populista do poder, ainda predominante na sociedade brasileira,[28],bem como para apequenar as eleições parlamentares e o papel dos partidos políticos.

Em Estados em vias de desenvolvimento, sujeitos naturalmente às tensões econômico-sociais decorrentes desse processo, é fundamental a presença de mecanismos institucionais de solução de crises, instrumental esse bastante prejudicado no arranjo presidencialista, dada a reunião em único órgão das atribuições de Chefia de Estado e Chefia de Governo.

Com a incorporação do presidencialismo majestático ao constitucionalismo brasileiro, Estado e Governo passaram a se confundir, contribuindo para sucessivas quebras da legalidade constitucional, em que a dinâmica das divergências governamentais (naturais) não encontrou o freio que somente a função estabilizadora e unificante da Chefia de Estado propicia.

Em outros termos, não há no sistema de governo presidencialista um mecanismo eficiente de solução de crises institucionais, tal qual sucede no parlamentarismo, por meio da figura do Chefe de Estado, exclusivamente dedicado ao seu mister e legitimado seja pela tradição monárquica (parlamentarismo monárquico), seja pela escolha popular direta ou de um colégio eleitoral indireto (parlamentarismo republicano).

O mais curioso é que a Presidência da República, mesmo após a Constituição de 1988, continua sendo a chave do sistema político-representativo brasileiro, dela se esperando soluções imediatas e efetivas para a contundente desigualdade social e regional brasileira, refletida em índices inaceitáveis

27 O presidencialismo republicano, a despeito de sua significativa contribuição ao insucesso institucional do País, recebeu autêntico selo de legitimidade popular, ao ser vitorioso no plebiscito realizado em 21-4-1993, em cumprimento ao disposto no art. 2º, *caput*, do ADCT, em momento pouco propício a discussões envolvendo reformas dessa magnitude (estávamos a menos de 5 anos do término do processo constituinte).

28 No tocante ao caráter nacional brasileiro, condensando observações de muitos sociólogos, historiadores e intelectuais brasileiros, remeto o leitor às considerações de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua monografia *A reconstrução da democracia: ensaio sobre a institucionalização da democracia no mundo contemporâneo e em especial no Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1979, p. 62-4.

de qualidade de vida para um país de expressiva presença entre as Nações de maior produção econômica do mundo[29].

No entanto, a despeito de alguns instrumentos de poder de aparente eficácia, como é o caso da amplitude da competência para editar medidas provisórias com força de lei[30] ou da singular atribuição de editar normas regulamentares materialmente legislativas,[31] o Presidente da República no Brasil não conta com o elemento mais importante para o sucesso de toda e qualquer empreitada governamental, que é o sólido apoio partidário e, consequentemente, parlamentar, o qual não pode ser substituído por arroubos populistas, enaltecidos por "turbas midiáticas". O seu envolvimento com a, por assim dizer, "política miúda" ou do dia a dia, enfraquece a respeitabilidade institucional da Presidência, intimamente relacionada à função de Chefia de Estado, a qual, como é sabido, exige serenidade e imparcialidade, que se esvaem nos entrechoques das questões de governo.

IV) A "SUPREMOCRACIA" E A POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Em instigante artigo intitulado "Supremocracia", Oscar Vilhena Vieira conferiu à expressão um uso que se tornaria recorrente na doutrina e prática constitucionais brasileiras.

É o próprio autor quem declara haver cunhado o termo para indicar a "singularidade do arranjo institucional brasileiro", a ele atribuindo um duplo sentido:

> Em um primeiro sentido, o termo *supremocracia* refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. Criado há mais de um século (1891), o Supremo Tribunal Federal sempre teve uma enorme dificuldade em impor suas decisões, tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores. A falta de uma doutrina como a do *stare decisis* do *common law*, que vinculasse os demais membros do Poder Judiciário às decisões do Supremo, gerou uma persistente fragilidade de nossa Corte Suprema. Apenas em 2005, com a adoção da súmula vinculante, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, voltado a sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões. Assim, *supremocracia* diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil. Neste sentido, finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se supremo. (...)

29 Em termos nominais, o Brasil é, atualmente, a 9ª economia do mundo, segundo os *rankings* do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial.

30 Cf. o art. 62, *caput* e § 1º da CF.

31 Trata-se dos regulamentos de organização, previstos no art. 84, inciso VI, alínea *a*, da CF.

> Em um segundo sentido, o termo *supremocracia* refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. A ideia de colocar uma corte no centro de nosso sistema político não é nova. (...) Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face à enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é a de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidos pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. Neste sentido, a Suprema Corte indiana talvez seja a única que partilhe o *status supremocrático* do Tribunal brasileiro, muito embora tenha deixado para trás uma posição ativista.
>
> No exercício destas funções que lhe vem sendo atribuídas pelos distintos textos constitucionais ao longo da história republicana, ousaria dizer (...) que, nos últimos anos, o Supremo não apenas vem exercendo a função de órgão de 'proteção de regras' constitucionais, face aos potenciais ataques do sistema político, como também vem exercendo, ainda que subsidiariamente, a função de 'criador de regras'; logo, o Supremo estaria acumulando exercício de autoridade, inerente a qualquer intérprete constitucional, com exercício de poder. Esta última atribuição, dentro de um sistema democrático, deveria ficar reservada a órgãos representativos, pois quem exerce poder em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática.[32]

De fato, o protagonismo ímpar assumido pelo STF desde meados da década de 2000 compreende aspectos de normalidade e de anormalidade institucional, que convém distinguir.

A capacidade adquirida pelo Supremo, especialmente a partir da Reforma do Poder Judiciário de 2004[33] de uniformizar a jurisprudência constitucional e, com isso, impor suas decisões às demais instâncias judiciárias é, em si mesmo, um fato auspicioso, ainda que se possa criticar os "efeitos colaterais" de alguns dos instrumentos utilizados para a consecução desse objetivo.[34]

No mesmo sentido, com a Constituição de 1988, houve o robustecimento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, notadamente por meio dos instrumentos de controle abstrato ou principal,[35] bem como a in-

32 Do artigo Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo: FGV, *4(2)*:444-6, jul./dez. 2008.

33 Reforma essa efetivada pela EC nº 45, de 30-12-2004.

34 É esse o meu pensamento acerca do instituto da súmula vinculante: cf. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 372-84.

35 A referência aqui feita direciona-se às ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade,

trodução de novos remédios constitucionais,[36] o que intensificou o controle jurídico sobre a atuação dos demais Poderes. Não é a crescente judicialização,[37] provocada, em boa medida, por esse novel instrumental de controle jurídico, e o robustecimento do Poder Judiciário a ela associado que distorcem o cenário institucional brasileiro, transformando-nos em inquietante "supremocracia".

Afinal, nos Estados de perfil intervencionista, com atuação significativa no domínio econômico e social, constata-se, invariavelmente, a presença de Poderes fortes, o que vale para os Poderes representativos, sobretudo, mas, também, para o Poder Judiciário, o qual, de outro modo, não poderia cumprir a sua missão institucional precípua, que é a de assegurar a observância dos postulados do Estado de Direito.

Na verdade, a subversão institucional associada ao recente protagonismo do STF diz respeito ao *ativismo judicial*, que, em nosso País, apresenta características próprias no tocante aos fatores de impulsão, os quais se assentam, basicamente, em dois pilares: o enfraquecimento da representação política e a disseminação do neoconstitucionalismo nos meios acadêmico e judicial. O primeiro fator propicia a criação do espaço político, avidamente ocupado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro; o segundo, fornece a amparo ideológico à empreitada ativista, sempre sob o argumento falacioso de que a concretização dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, é incompatível com um Judiciário complacente com as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo.

A própria Constituição balizou, claramente, os limites a serem observados pelos magistrados no enfrentamento das omissões inconstitucionais, sendo que, ressalvadas as estreitas hipóteses de cabimento do mandado de injun-

---

bem como à ADPF, enquanto meio subsidiário de exercício do controle abstrato. Conforme advertência que fiz na citada obra *Controle de constitucionalidade*, p. 78, "o controle principal, isto é, desenvolvido por meio de processos constitucionais de controle, intitulados de ações diretas, adquire, em geral, feições abstratas. No entanto, excepcionalmente, podem-se encontrar ações diretas de inconstitucionalidade cuja configuração leve em conta a situação pessoal, de direito material, afetada pelo ato legislativo impugnado".

36 No dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos humanos fundamentais* (12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168), "a expressão *remédios constitucionais* designa os direitos-garantia que servem de instrumento para a efetivação da tutela, ou proteção, dos direitos fundamentais". A CF de 88, dentre outras inovações, introduziu o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data*, tendo alargado o espectro de abrangência da ação popular e da ação civil pública.

37 Por "judicialização" deve se entender o aumento exponencial do número de processos e de matérias submetidas ao Poder Judiciário, o que decorre de inúmeros fatores, tais como os mencionados no texto principal, acrescidos do fortalecimento de outras instituições de controle jurídico (MP, Defensoria Pública etc.), do caráter excessivamente analítico da Constituição de 88, do aumento de expectativas isonômicas e redistributivas gerado pela nova Constituição, das dificuldades fiscais e de gestão da Administração Pública, dentre outros.

ção,[38] tais omissões resolvem-se por meio de autêntico apelo aos Poderes representativos para que atuem.[39]

Anote-se que o ativismo judicial, no sentido por mim empregado em monografia dedicada ao tema,[40] acaba corrompendo a própria natureza do Poder Judiciário, que passa a conviver com a politização deletéria a que faz alusão Ferreira Filho, porquanto "seu poder de interferência na órbita político-administrativa o tornou corresponsável dos insucessos ou frustrações que para a opinião pública decorrem da má atuação do Poder". Assim, ao adentrar, de forma tão injurídica e imprudente, nas discussões de mérito das políticas e decisões públicas, o STF, quando chancela os atos impugnados, é "visto como um colaborador do Governo", ao passo que, "quando decide contra as medidas deste, é por ele apontado como responsável – a serviço da oposição – por decisões contrárias ao interesse popular", sendo que "em ambos os casos assume uma feição de órgão político, no pior sentido do termo".[41] Não é por outra razão que certos debates em sessões da Suprema Corte brasileira degeneram para agressões pessoais e indiscrições próprias das altercações político-legislativas ou político-partidárias.

VI) O FUTURO DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS NO BRASIL: APONTAMENTOS

A Constituição de 5 de outubro de 1988, indubitavelmente, descortina um sistema político democrático, fundado na moldura institucional fornecida pelo Estado de Direito, na energia transformadora da participação política plural, tendo como objetivo propiciar aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a plena fruição dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Se após 3 (três) décadas de vigência da "Constituição-cidadã" registra-se significativo descompasso entre as prescrições constitucionais e a realidade factual, certamente o ponto a demandar correção não se encontra no subsistema de direitos e garantias fundamentais. Afinal, o Constituinte de 88 se esmerou nos fins a serem buscados pelas instituições de governo e pela sociedade em geral, todos inspirados pelo vetor axiológico central da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF).

38 Sobre o assunto, remeto o leitor às considerações que fiz na obra *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 311-23.

39 Refiro-me à disposição do § 2º, do art. 103, da CF.

40 Na obra *Ativismo judicial*, cit., p. 119, assinalei que, "ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo", esclarecendo que "não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional) (...) e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* das funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes".

41 *In Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 215.

A questão fulcral é que, no constitucionalismo democrático-social, a que se vincula a Constituição brasileira em vigor, não bastam as liberdades públicas e seus instrumentos de proteção: é preciso promover a igualdade material entre as pessoas, em termos de condições mínimas de existência digna, para o que são indispensáveis políticas públicas que assegurem, paulatinamente, a melhoria de vida da população em geral, notadamente das pessoas que integram os substratos de menor renda.

Para tanto, há que se contar com governos eficientes, capazes de planejar a ação estatal, estruturando um conjunto completo e articulado de políticas públicas, e de enfrentar as pressões inerentes, quer no sentido de emprestar maior velocidade aos programas redistributivos, quer no sentido de amenizar as medidas orçamentário-fiscais que permitem a efetiva concretização daquelas políticas.[42] Esses governos, por seu turno, necessitam de aprovar as leis necessárias à colocação em prática das medidas por eles gestadas, o que demanda uma base parlamentar estável, comprometida com os mesmos objetivos.

Não se pode pensar nesse incremento à governabilidade sem enfrentar, de forma adequada, a questão da fragmentação do sistema partidário brasileiro, no que concerne, principalmente, à representação parlamentar desses partidos.

Após muito refletir sobre o tema, não vejo como se poderá obter um número de partidos representados no Congresso Nacional, compatível com o princípio do pluralismo político (art. 1º, inciso V, da CF) e com a eficiência governativa, sem a alteração do sistema eleitoral para a Câmara dos Deputados, *que deve se fiar pelo critério majoritário*.

É certo que o sistema alemão, que consagra o critério proporcional, porém com a utilização do voto distrital, conferindo certa personalização ao sistema, seria de mais simples aprovação legislativa, porquanto não haveria a necessidade de modificar o disposto no § 1º, do artigo 45, da Constituição.

Não me parece, contudo, que se deva optar por essa diretriz estratégica, que apresenta, ao menos, 3 (três) inconvenientes relevantes: A) a complexidade do modelo, a demandar ajustes frequentes no número de integrantes da Câmara dos Deputados[43], sem falar na dificuldade de compreensão por parte dos atores políticos; B) o efeito menos acentuado em relação à redução do número de partidos representados, comparativamente às variantes do sistema majoritário; C) o dispêndio de muita energia política para obter, afinal, solução possivelmente insatisfatória, mesmo considerada a possibilidade de se acoplar à modelagem a introdução de cláusula de barreira.[44]

---

42 Cuida-se aqui tanto de medidas de realocação de despesas, quanto de medidas de redução de despesas ou de incremento da receita pública, de modo a projetar orçamentos-programa equilibrados.

43 Como se sabe, o número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo DF, é estabelecido por meio de lei complementar, nos termos do § 1º, do art. 45, da CF.

44 Nesse caso, com a exigência de reforma constitucional.

Entendo, pessoalmente, que o sistema majoritário, de *voto distrital em dois turnos*, seria o que melhor se adaptaria à realidade brasileira, produzindo os efeitos pretendidos no tocante à expressiva redução do número de partidos representados na Câmara dos Deputados, sem comprometer o pluralismo político-ideológico.

Essa é, a meu ver, a mais importante reforma institucional de que o Brasil necessita, pela gama de efeitos positivos que desencadearia.

O fortalecimento dos partidos, seguramente, conduziria ao adensamento das discussões sobre o financiamento dessas agremiações e, também, de sua democratização interna.

De outra parte, com o sistema partidário consistente e estável, estaria pavimentado o caminho para o abandono de nosso presidencialismo republicano, a ser substituído por regime parlamentarista dual, isto é, de dupla confiança, com um Presidente da República eleito diretamente e, portanto, com atribuições importantes no plano da Chefia de Estado[45], corresponsável pela investidura do Governo, ao lado do Congresso Nacional (necessidade de maioria parlamentar).

Se os órgãos que enfeixam a representação política (Chefe de Estado, Governo e Parlamento) voltarem a ocupar o espaço que lhes é próprio, cuidando adequadamente da pauta governativa do País, há que se projetar o refluxo do ativismo judicial, fenômeno examinado no tópico anterior (IV) deste artigo.

De todo modo, não há que descurar da importância de reformar o próprio motor propulsor do ativismo judicial no Brasil, ou seja, o Supremo Tribunal Federal.

Conforme a tese principal por mim sustentada no livro *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, a tendência, amplamente reconhecida, de que o sistema de controle brasileiro caminha no sentido da europeização, revela, em seu âmago, o intento de contornar as múltiplas disfunções do modelo difuso, de matriz estadunidense, adotado nos albores da República, em face das características do Estado intervencionista projetado pelo Texto Magno.[46]

---

45 Além do comando supremo das Forças Armadas, caberia ao Chefe de Estado a defesa das instituições democráticas e a coordenação e harmonização dos Poderes, equacionando os inevitáveis conflitos entre eles, para o que teria que contar com instrumentos fortes de ação, como, por exemplo, a possibilidade de antecipação das eleições gerais.

46 Como assinalei na citada obra, p. 385, "essa tendência insopitável se prende à circunstância de que somente o exercício da fiscalização nos moldes do sistema europeu se ajusta às necessidades que a democracia social impõe ao tratamento da complexa relação de compatibilidade entre a atividade legislativa e os seus parâmetros constitucionais". E complementei: "Se a inequívoca opção pela socialdemocracia, assumida pelo Constituinte de 1988, deve ser preservada na evolução de nosso constitucionalismo (...), não se trata apenas de uma tendência do controle de constitucionalidade brasileiro, mas da evidência de que suas inúmeras e graves disfunções estão a demandar o passo seguinte: o abandono da matriz estadunidense e o completo alinhamento à fiscalização de padrão europeu."

Por conseguinte, há que se converter o STF em Corte Constitucional *stricto sensu*, incumbida, com exclusividade, da fiscalização de constitucionalidade tendo como parâmetro a Constituição Federal, o que redundaria em inúmeros benefícios à veneranda instituição judiciária e ao nosso sistema de controle, dentre os quais permito-me mencionar: A) redução do congestionamento processual do âmbito do Pretório Excelso, em face da expressiva diminuição de suas atribuições;[47] B) maior apuro técnico das decisões, quer em virtude do tempo acrescido utilizado em sua elaboração, quer em virtude da especialização permitida aos integrantes da Corte; C) estímulo à contenção do ativismo judicial, o que decorreria tanto da especialização funcional, quanto da concentração de atribuições, tornando mais claro e preciso o seu papel de guardião da Constituição, desvinculado da solução concreta de litígios (de modo geral).

Deixo de apresentar aqui, dados os limites e objetivos deste trabalho, as medidas complementares que tal transfiguração institucional do STF demandaria, no tocante à quantidade de juízes (Ministros), ao procedimento de indicação e aprovação dos magistrados, ao estabelecimento de mandatos não coincidentes e ao rito de sabatina perante o Senado Federal[48].

VI) CONCLUSÃO

Uma nova Constituição é sempre um marco na história político-institucional de um país.

A Constituição de 5 de outubro de 1988 assinalou o retorno do Brasil à normalidade democrática e permitiu, ao longo do procedimento de sua elaboração, uma ampla discussão dos problemas nacionais.

As lideranças desse processo de reimplantação da democracia, contudo, se esqueceram de que também o Legislador Constituinte trabalha sob moldura institucional, a partir de algumas condições e pressupostos que apresentam significativa influência nos resultados obtidos, vale dizer, na qualidade e adequação da nova Constituição.

A simples atribuição de poderes constituintes aos Deputados e Senadores eleitos no pleito de 15 de novembro de 1986, conforme disposição da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, à Constituição de 67/69,[49]

47 A par das atribuições inerentes ao controle de constitucionalidade, caberia ao STF, a título originário, julgar as mais elevadas autoridades da República quando acusadas da prática de infrações penais, os remédios constitucionais interpostos em face de atos dessas autoridades, os mandados de injunção em que a carência de norma regulamentadora envolver competência legislativa federal e pouco mais do que isso, eliminando-se as atribuições referentes à chamada "tutela da liberdade" ou de cunho recursal, associadas à condição, que hoje detém, de órgão de cúpula do aparato judiciário.

48 Remeto os interessados no tema à leitura de proposta completa, esboçada no livro *Controle de constitucionalidade no Brasil*, cit., p. 466-72.

49 O art. 1º, *caput*, da EC nº 26/85, que veiculou a opção política da Constituinte Congressual, assim es-

sepultando a via, muito mais promissora, da Constituinte exclusiva, trouxe inúmeras consequências negativas no tocante à elaboração da nova Carta, que passo a elencar, sem a preocupação em ser exaustivo: A) manteve-se em relação à representação proporcional dos Estados (e DF) na Câmara dos Deputados as mesmas distorções originárias do famigerado "pacote de abril de 1977",[50] do Presidente Ernesto Geisel; B) deixou-se de revigorar o sistema partidário, artificialmente montado pelos líderes da Revolução[51] de 64 e que mal começara o errático processo de reordenação verificado desde os anos 1980; C) não foram os partidos estimulados a discutir e elaborar projetos de Constituição, que pudessem servir de orientação às respectivas bancadas na Assembleia Constituinte; D) os Deputados e Senadores Constituintes continuaram a atuar como parlamentares comuns, o que contribuiu para que se comportassem na elaboração da nova Carta como autênticos legisladores ordinários, nela inserindo matérias de natureza tipicamente infraconstitucional.

O resultado de tudo isso foi uma Constituição por demais analítica e detalhista, com viés acentuadamente teleológico (daí o extenso elenco de direitos e garantias fundamentais) e, sobretudo, pouco atenta aos meios para se alcançar esses fins generosos.

Após mais de 32 (trinta e dois) anos de vigência, o legado da dita "Constituição-cidadã" não foi nada desprezível, pois serviu de lastro normativo ao período de maior estabilidade democrática no Brasil, desde a sua independência[52], a despeito de sérias crises políticas, equacionadas com apoio na normatividade constitucional.

Entretanto, a inadequação das instituições modeladas pelo Constituinte de 88 às necessidades do País acabaram cobrando o seu preço, como se nota, de forma aguda, no atual momento da vida nacional, em que uma Presidência de perfil autoritário e populista, com apoio frágil e fisiológico de um grupo de parlamentares, cuja maior ambição (além das inconfessáveis...) é a de impedir

tabeleceu: "Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameral mente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional."

50 A expressão "pacote de abril" compreende as duas emendas constitucionais dos dias 13 e 14 de abril de 1977, editadas com fundamento no § 1º, do art. 2º, do Ato Institucional nº 5/68, durante recesso do Congresso Nacional, determinado pelo Ato Complementar nº 102/77, a Emenda nº 7 e a nº 8, sendo que esta segunda emenda estabeleceu número mínimo de Deputados Federais por Estado (6), limitando a 55 o número máximo, o que feriu de morte o critério de proporcionalidade em relação ao número de eleitores, já bastante relativizado no texto da EC nº 1/69 à CF de 67.

51 Em sentido jurídico, "revolução" é toda quebra da institucionalidade ou da normalidade constitucional, havendo revoluções legítimas e ilegítimas; democráticas e não democráticas; populares e aristocráticas; violentas e pacíficas; bem-sucedidas e malsucedidas etc.

52 Se considerarmos as características elementares dos sistemas políticos que podem ser considerados democráticos e pluralistas (Estado de Direito; participação política ampla, com rotatividade no poder; e garantia e promoção de direitos fundamentais), só tivermos dois períodos de vivência democrática, a partir da proclamação da independência: entre 1946 e 1964 e de 1988 em diante.

a deflagração de processos de *impeachment* do Chefe do Executivo, revelam toda a deterioração da representação política entre nós, estampada no caótico sistema partidário, em que 3 (três) dezenas de partidos dividem os mandatos na Câmara e no Senado, sem a menor condição de apresentarem bons resultados, em termos de eficiência e legitimidade deliberativa.

De outra parte, ocupando o largo espaço deixado pelos partidos e seus representantes, vale dizer, pelos Poderes Executivo e Legislativo, vemos um Supremo Tribunal, tão ambicioso quanto desastrado no campo da política judiciária; tão sensível ao "clamor popular" quanto desatento aos ditames da Constituição e da metodologia técnico-científica de exegese de textos normativos; tão pródigo em páginas de perfil libertário em suas decisões (como no caso das biografias não autorizadas), quanto em páginas de desvario liberticida (por exemplo, na declaração de inconstitucionalidade da cláusula de desempenho, tal qual prevista na Lei Orgânica dos Partidos).

É a hora de refletirmos sobre as bases institucionais da crise brasileira, para o que o presente artigo pretendeu apenas lançar modesta contribuição, conclamando os juristas e estudiosos de nossas instituições a se dedicarem intensamente ao tema, sem o que não conseguiremos avançar no sentido de uma *sociedade livre, justa e solidária*, autêntica síntese dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, na dicção do inciso I, do artigo 3º, da Lei Maior.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. São Paulo: Centro de Estudos da PGE, *63/64*:1-49, jan./dez. 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os direitos:* elementos para uma crítica do Direito contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito:* técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sete vezes democracia*. São Paulo: Convívio, 1977.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A reconstrução da democracia:* ensaio sobre a institucionalização da democracia no mundo contemporâneo e em especial no Brasil. São Paulo: Saraiva, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MANIN, Bernard. *Los principios do gobierno representativo*. Madri: Alianza Editorial, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade:* perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial:* parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo: FGV, *4(2)*:441-63, jul./dez. 2008.

A CRISE DA DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS

Adilson Abreu Dallari[1]

1 – A DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE AS UNIDADES FEDERATIVAS E OS PODERES

Nos termos do Art. 1º da Constituição Federal, "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito", ou seja, o Estado brasileiro não é unitário, mas tem uma estrutura federativa, na qual os integrantes da federação têm suas competências fixadas pela própria Constituição.

A União tem poderes enumerados; somente aqueles que constam expressamente da Constituição. Os Estados têm poderes residuais; aqueles que não são nem da União, nem dos Municípios. Por sua vez, os Municípios receberam da CF competência para legislar sobre assuntos de interesse local; compete ao Município dispor sobre assuntos de seu peculiar interesse, entendidos como assuntos que afetam especialmente as atividades locais, de acordo com as especificidades geográficas, econômicas e sociais de cada Município.

Ao dispor sobre as competências da União, a CF no Art. 21 enumera uma série de ações primordialmente administrativas, no Art. 22 cuida da competência legislativa privativa, no Art. 23 apresenta os assuntos que são de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no Art. 24 trata da competência legislativa concorrente, dizendo, em seu §1º, que "No âmbito da competência concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais". O entendimento doutrinário pacífico é no

1 Professor Titular de Direito Administrativo pela PUC/SP. Consultor Jurídico. Membro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos – CONJUR, da FIESP/IRS, início em 2005. Membro do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO – Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo, a partir de 2011. Membro do Núcleo de Altos Temas do Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo – SECOVI, a partir de 2008 e Membro do Conselho Superior de Orientação do IBEDAFT. Presidente da Comissão Permanente de Estudos de Urbanismo e Mobilidade do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, a partir de agosto de 2013. Ex-Secretário de Finanças da Prefeitura de São Bernardo do Campo – SP. Ex-Secretário Municipal da Administração da Prefeitura de São Paulo na gestão do Prefeito Mário Covas. Autor de diversas obras e livros jurídicos, entre os principais: *Aspectos Jurídicos da Licitação,* 7. ed. Editora Saraiva, e *Processo Administrativo*, 3. ed. com autoria do Prof. Sérgio Ferraz, Malheiros Editores.

sentido de que devem ser entendidas como normas gerais apenas aquelas que comportam entendimento e atuação uniformes em todo o território nacional.

Em seu Art. 2º a CF dispõe sobre a chamada separação de poderes, afirmando que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes independentes e harmônicos entre si. Isso significa que, da mesma forma que não existe hierarquia entre os membros da federação, também não há hierarquia entre os poderes de cada ente federativo, cabendo a cada um exercer as funções que lhes são prescritas no texto constitucional.

Mas é fundamental salientar que a CF outorga uma série de direitos e garantias diretamente aos cidadãos, que sempre devem ser respeitados pelos entes federativos e pelos ramos do poder público, conforme dispõe o Art. 5º: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes." Não é o caso de se examinar todos os setenta e oito incisos desse artigo, até porque o §2º afirma que esse rol não é exaustivo, dado que não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime, dos princípios constitucionais e de tratados internacionais.

Entretanto, para os fins deste estudo, alguns desses direitos e garantias expressamente consignados no texto constitucional merecem especial destaque, motivo pelo qual passam a ser sinteticamente comentados alguns incisos. "II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", mas, na prática, uma infinidade de normas infralegais de toda ordem criam obrigações e também afirmam direitos. "LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", mas, na realidade, o que se tem observado são lesões, principalmente à liberdade, sem observância do rito processual. "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", porém, o mais elementar instrumento de defesa, saber do que alguém está sendo acusado, tem sido negado e, em alguns casos, nem existe acusação. "LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", entretanto, no momento, provas obtidas ilicitamente (como gravações clandestinas) têm sido aproveitadas. Por último, "LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", nessa matéria, ou seja, quanto à presunção de inocência, a jurisprudência oscilou, conforme a posição política dos réus; num momento admitiu-se a prisão após decisão de segunda instância (na qual fica estabelecida a materialidade do fato e a autoria do delito, afastando a presunção de inocência), mas, atualmente, tal presunção passou a ser considerada até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que, na prática, significa que tal sentença, para quem tem posses, nunca será cumprida, dada a infinidade de recursos que levam à prescrição do crime.

Em síntese, são frequentes, atualmente, as invasões de competências entre entes federativos e poderes do estado, assim como o desrespeito a diretos e garantias do cidadão, daí porque se pode falar em crise da distribuição constitucional de competências.

2 – ESTRUTURA E COMPETÊNCIAS DO PODER LEGISLATIVO FEDERAL

A CF, no Art. 44, dispõe sobre o Poder Legislativo no âmbito federal: "O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal", afirmando logo em seguida, no Art. 48, genericamente, que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União. Já o Art. 49 apresenta um rol de assuntos que são de competência exclusiva do Congresso Nacional, merecendo destaque dois de seus incisos: "V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa", e "X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta".

Esses incisos foram destacados porque, não obstante a competência seja, expressamente, exclusiva (excludente de qualquer outra autoridade) o que se tem visto na prática é a sustação e o controle de mérito de atos normativos e atos administrativos por parte de Poder Judiciário. Algo semelhante acontece com as competências privativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, estabelecidas, respectivamente, pelos artigos 51 e 52 da CF.

Entretanto, os dispositivos mais relevantes, para os fins deste estudo, são os que constam do Art. 53 e seu § 2º, que se transcrevem:

> Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos". "§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Cabe lembrar que na redação original da CF a votação era secreta, passando a ser por voto aberto por força da Emenda Constitucional nº 35, de 2001.

Não obstante o vigor e a amplitude da imunidade parlamentar "*por qualquer de suas opiniões*", essa proteção foi violentada pelo STF, no rumoroso caso do Deputado Daniel Silveira, preso altas horas da noite, em sua casa, com base num mandado de prisão em flagrante (*sic*) expedido pelo ministro Alexandre de Moraes, sem a especificação de um determinado tipo criminal inafiançável, mas apenas com referências genéricas à vetusta Lei de Segurança Nacional (Lei

nº 7.170, de 14/12/83, que define os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social) promulgada pelo então Presidente João Figueiredo.

O fato é que o Deputado, num vídeo divulgado pela internet, teceu uma série de comentários desairosos ao STF, dirigindo impropérios a determinados ministros, numa linguagem lastimável, evidenciando gravíssima falta de educação. Isso, entretanto, não é crime (muitíssimo menos inafiançável) e obviamente não pode servir para prisão em flagrante. Por tal comportamento, o Deputado poderia ser punido por seus pares, com base no Art. 55, II, da CF, que, observado o devido processo legal e assegurada a ampla defesa, comina a pena de perda do mandato ao Deputado ou Senador "cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar".

Este, certamente, será sempre lembrado como um caso clássico de violação da distribuição constitucional de competências.

3 - ATRIBUIÇÕES DO PODER EXECUTIVO

O Art. 84 da CF elenca um extenso rol de competências do Presidente da República. Não é o caso de se examinar aqui qualquer competência específica, bastando lembrar que, conforme foi dito acima, seus atos, tanto normativos quanto administrativos, podem ser sustados ou controlados pelo Congresso Nacional, com base na competência privativa prevista no Art. 49 da CF.

Para os fins deste estudo, é oportuno lembrar que, no exercício de suas funções o Presidente da República pode, eventualmente, cometer algum crime de responsabilidade, conforme o disposto no Art. 85 da CF. Mas o dispositivo que merece maior atenção é o Art. 86, que dispõe: "Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade". Fica bem claro que cabe à Câmara dos Deputados admitir, ou não, a acusação, cabendo ao Senado Federal o julgamento.

Nos termos do disposto no parágrafo único do Art. 52 da CF, caso o Senado decida pela condenação, as penalidades já estão expressamente previstas: "Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis."

Não obstante seja meridianamente claro que são duas penalidades: perda do mandato e inabilitação para o exercício de função pública por oito anos, na prática isso não aconteceu no julgamento e condenação da ex-presidente Dilma Rousseff, no qual o ministro Ricardo Lewandowski, facciosamente, mediante um subterfúgio, premiou sua antiga correligionária com a dispensa da

segunda cominação. Esse indevido favor foi questionado perante o STF, mas o processo dormita tranquilamente na gaveta da ministra Rosa Weber, que foi levada ao STF exatamente pela condenada.

4 – A COMPETÊNCIA BÁSICA E FUNDAMENTAL DO PODER JUDICIÁRIO

A competência básica e fundamental de todos os órgãos do Poder Judiciário é a de julgar; de decidir controvérsias que lhes sejam apresentadas pelos interessados, ou de simplesmente dizer o direito, sempre que for provocado ou chamado a decidir. No dizer do ministro Marco Aurélio, "O Judiciário é um órgão inerte, há de ser provocado para poder atuar." Nenhum julgador tem poder de iniciativa; não pode decidir sem que haja uma solicitação e, obviamente, não pode instaurar uma controvérsia ou investigação. Atualmente, na prática a teoria é outra.

Sirva como exemplo da invasão de competências a instauração do Inquérito nº 4.701, presidido pelo ministro Alexandre de Moraes, designado arbitrariamente (por decisão pessoal; sem sorteio, como determinam as normas vigentes) pelo ministro Dias Toffoli, Presidente do STF, com base no Art. 43 do Regimento Interno, que dispõe: "Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro ministro."

No documento de instauração desse absurdo inquérito, que teria como objetivo apurar ameaças a ministros ou ao próprio Tribunal, não foi indicada qualquer específica infração penal, sendo certo de que não se trata de algo ocorrido no âmbito físico do Tribunal. Trata-se de apurar a autoria de críticas, deboches e supostas ameaças aos ministros, num conjunto designado popularmente como "fake news", que não corresponde a qualquer tipo penal. Não há algo determinado a ser apurado. Na verdade, o procedimento tem por objeto vasculhar a vida de um considerável contingente de pessoas, para ver se existe algum comportamento sancionável.

Convém ressaltar que não existe ameaça alguma concreta, viável, exequível ou meramente acreditável, com relação às pessoas dos ministros (fortemente protegidos e blindados 24 horas por dia), às instalações do Tribunal ou à existência da instituição. A alegação de tais riscos e perigos é totalmente despropositada, atingindo as raias do ridículo.

Na verdade, o STF está usurpando funções do Ministério Público, que, nos termos do Art. 129 da CF, tem como funções institucionais (entre outras): "III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos"; "VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de

inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais". A gravidade dessa usurpação de funções é muito maior do que parece, pois, como disse o ministro Marco Aurélio: "Se o órgão que acusa é o mesmo que julga, não há garantia de imparcialidade."

Nas competências do STF, enumeradas no Art. 102 da CF não há qualquer menção ao exercício de atividades investigativas. Entretanto, o §1º desse artigo contém uma disposição solta no ar, sem qualquer conexão com o rol expresso de atribuições, que tem servido como um aríete para invasões de toda ordem: "A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei."

A lei aí mencionada é a Lei nº 9.882, de 03/12/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, tendo por objetivo "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público", tendo cabimento, também "quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição". Essa formulação é bastante vaga, permitindo a propositura de ação sempre que se entender afetado, de alguma forma, o formidável rol de direitos e princípios prodigalizados pela CF.

Dois artigos dessa lei, se fossem aplicados, poderiam diminuir o número exagerado de tais arguições: o Art. 4º, dizendo que "A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta", e o Art. 5º, que condiciona o deferimento de liminar à decisão da maioria dos membros da corte, autorizando a conceção pelo relator, apenas em casos de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou em período de recesso, mas sempre *ad referendum* do Tribunal Pleno. Na prática, todavia, essas limitações não são observadas.

O pior ponto da Lei nº 9.882, de 03/12/99 está em seu Art. 2º, que autoriza a propositura da arguição por todos os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, entre os quais estão os partidos políticos com representação no Congresso Nacional (Art. 103, VIII, da CF). Como não há ônus algum para a propositura da arguição, nem sucumbência, o que se tem observado é um festival de arguições e, pior que isso, de concessão de liminares.

5 - INVASÃO DE COMPETÊNCIAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Até o advento da Lei nº 9.882, de 03/12/99, a atuação mais incisiva do STF sobre o Executivo e o Legislativo poderia se dar por meio do mandado de injunção, previsto no Art. 5º, LXXI da CF, nestes termos: "conceder-se-á manda-

do de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania." O mandado de injunção nunca foi um meio de invasão de competências.

Porém, agora, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF, desconsiderando-se totalmente o adjetivo "fundamental" passou o STF a dar seguimento a todo e qualquer suposto descumprimento de qualquer preceito ou princípio, invadindo funções tanto do Executivo, quanto do Legislativo. Alguns exemplos podem evidenciar esse estado de coisas.

O primeiro exemplo toca as raias do ridículo. Segundo o noticiário Jota Info, de 08/01/21, o partido Solidariedade ingressou com a ADPF 780, requerendo que o empresário Jorge Salgado seja impedido de tomar posse como presidente do Vasco da Gama e que em seu lugar assuma o advogado Luiz Roberto Leven Siano. O pedido foi feito visando anular decisão proferida pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que declarou válida a eleição feita on-line. Sustenta o Solidariedade que o estatuto do clube não prevê tal modalidade e, portanto, decisões judiciais que autorizam a realização de eleições on-line violam os princípios fundamentais da autonomia privada, da razoabilidade, da anterioridade eleitoral e da segurança jurídica. O relator é o ministro Dias Toffoli.

Atendendo a pedido do PSB, na ADPF 772, o ministro Edson Fachin suspendeu Resolução do Comitê Executivo de Gestão, da Câmara de Comércio Exterior-GECEX, que zerou a alíquota de importação de armas de defesa, de pequeno calibre. O ministro justifica que a medida foi adotada para proteger a indústria nacional de armamentos contra a concorrência de fabricantes estrangeiros, e que o estímulo à compra de armas coloca em risco a segurança das pessoas. Impossível não ver aí uma violação do disposto no Art. 49, V, da CF no sentido de que é de competência exclusiva do Congresso Nacional sustar atos normativos que exorbitem do poder regulamentar.

Na ADPF 754 a Rede Sustentabilidade solicitou ao STF que determine a organização, com critérios objetivos, da ordem de prioridade para a vacinação contra a Covid-19, apresentando em 48 horas um plano de aquisição de todas e quaisquer vacinas disponíveis, bem como a publicação dos nomes dos vacinados, para possibilitar a responsabilização dos "fura filas". Solicitou também a determinação para a assinatura de um protocolo de intenções de adquirir 46 milhões de doses da Coronavac, e que a ANVISA analise, em 20 dias, os registros porventura solicitados. Solicita, ao final, que, caso essas determinações não sejam atendidas, que seja feita a designação de uma equipe multidisciplinar de confiança do juízo para adotar todas as medidas necessárias à aquisição e distribuição das vacinas contra a Covid-19. Entendeu o ministro Lewandowski que: "O perigo decorrente da alegada omissão sobre a discriminação categorizada dos primeiros brasileiros a serem vacinados – uma

vez que a quantidade de vacinas disponíveis até o momento em solo nacional é muito inferior ao número das pessoas incluídas como prioritárias -, é evidente, e compromete o dever constitucional de proteção à vida e à saúde." Assim, determinou que o Governo Federal divulgue, em cinco dias, a ordem de preferência entre os grupos prioritários, especificando, com clareza, dentro dos respectivos grupos, a ordem de precedência dos subgrupos nas distintas fases de imunização contra a Covid-19. Impossível não enxergar aqui uma invasão de competências do Poder Executivo Federal.

Registre-se, entretanto, uma exceção, que deveria ser a regra geral. Na ADPF 786, a Rede Sustentabilidade postulou, nada mais nada menos, que o STF declarasse a inconstitucionalidade de todo o sistema tributário brasileiro. Pedia, também, uma determinação ao Senado para que essa casa legislativa fizesse uma reavaliação de todos os gastos da União, dos Estados e dos Municípios, em seis meses, com a apresentação de um relatório indicando o que deve ser mantido e o que deve ser extinto. O relator, Alexandre de Moraes, rejeitou o pedido assinalando que o seu deferimento faria com que o STF exercesse a função de legislar, promovendo uma ampla reforma tributária. Entendeu que a ADPF era absolutamente incabível, ressaltando que há outros meios para fazer cessar situações de lesividade e que o partido, se entender necessário, poderá questionar leis e atos normativos tributários específicos que entender inconstitucionais. Um exemplo que, infelizmente, não é seguido.

A Rede Sustentabilidade é recordista em pedidos ao STF. Sempre que perde alguma votação em plenário, na Câmara ou no Senado, transforma sua propositura em postulação perante o STF. Tendo fracassado numa tentativa de constranger o Presidente da República e o Ministro do Meio Ambiente, a Rede, na ADI 54, apontou suposta omissão de ambas as autoridades em coibir o desmatamento da Amazônia e pediu a concessão de medida cautelar para impor-lhes a promoção de medidas concretas para impedir o avanço do problema. A ministra Carmen Lúcia solicitou que, com urgência e prioridade, no prazo de cinco dias, o Presidente Bolsonaro e o Ministro Ricardo Salles prestassem informações a respeito dos dados relativos ao desmatamento da Amazônia e das medidas adotadas para combatê-lo. Certamente não consta da CF a atribuição do STF para servir como moleque de recados.

Por último, registre-se a ADI 6.625, na qual essa mesma Rede Sustentabilidade pleiteou ao STF (pasmem) a prorrogação da vigência do Decreto Legislativo nº 6 de 2020, que reconhecia, para efeito de sustar a aplicabilidade do Art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 04/05/00 – Lei de Responsabilidade Fiscal, a existência de uma situação de pandemia, consignando, expressamente, que tal decisão teria efeitos até 31 de dezembro de 2010. O ministro Lewandowski prorrogou a vigência do ato normativo editado pelo Congresso Nacional, argumentando que "não se pode excluir a conjectura segundo a qual a verdadeira intenção dos legisladores tenha sido a de manter a s medidas

profiláticas e terapêuticas extraordinárias, preconizadas naquele diploma normativo, pelo tempo necessário à superação da fase mais crítica da pandemia, mesmo porque à época de sua edição não lhes era dado antever a surpreendente persistência e letalidade da doença". Desde muito tempo não se aceita mais a interpretação da lei com base na intenção do legislador; com muito maior razão não se pode aceitar o exercício de dotes mediúnicos para perscrutar a vontade do legislador e, assim, alterar o texto normativo. A invasão de competências, nesse caso, é clamorosa.

6 – CONCLUSÕES

A extensa análise das competências dos entes federativos e dos poderes, feita no início desta exposição, mostra que a Constituição Federal proporciona indicativos suficientes para definir quem é competente para a prática de qual ato. Como essa indicação não é absolutamente taxativa em todos os casos, sempre haverá alguma margem de dúvida. Mas é também verdade que, ao longo do tempo, os questionamentos foram sendo resolvidos voluntariamente ou por meio de decisões judiciais.

O fenômeno das frequentes invasões de competências é bastante recente, não podendo ser imputado a defeitos da CF, mas levando à conclusão da existência de um forte componente político. É relevante o fato de que as eleições presidenciais de 2019 levaram a uma substancial alteração no cenário político: grupos bastante homogêneos ou com grande identidade (basicamente de esquerda, com diversos matizes), que estavam no poder há muitos anos, foram substituídos por uma corrente mais identificada com o que se convencionou identificar como sendo de direita. O problema das invasões é sensivelmente mais acentuado nas atuações do STF, sendo relevante notar que dos 11 ministros que o integram, 10 foram nomeados pela esquerda.

São raros os casos de invasão de competências por parte do Executivo e do Legislativo com relação ao Judiciário, pois ambos os poderes são desprovidos de competência para dizer o direito. No caso de invasões cometidas pelo Executivo em matérias do Legislativo, os remédios disponíveis são suficientes e eficientes, seja a sustação do ato, com base no acima referido Art. 49, V, da CF, seja por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

No tocante a invasões entre as entidades federativas, o que era pacífico ao longo do tempo, de maneira a permitir, sempre, uma atuação harmônica entre as unidades federativas, sofreu abalos com o advento da pandemia do Coronavirus-19. A Lei nº 13.979, de 6/2/20, que dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública, decorrente do coronavírus, em seu artigo 3º estabelece uma série de providências que poderão ser adotadas para o enfrentamento da situação emergencial, consignando que todas as medidas nele prescritas poderão ser adotadas pelas autoridades públicas *"no âmbito de*

suas competências". Essa indefinição levou a uma lamentável série de demonstrações de poder, que tende a se desvanecer e ser substituída por maior colaboração, em benefício de toda a coletividade.

Conforme foi demonstrado, a crise mais acentuada na distribuição de competências está centrada no STF, principalmente (mas não só) pelo tolerado abuso da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Conforme notícia veiculada pelo jornal *O Estado de São Paulo*, de 19/01/21, o Poder Executivo Federal foi "derrotado" em 33 ações interpostas por partidos políticos, a maioria delas (18) propostas pela Rede Sustentabilidade, e quase todas (30) movidas por partidos de esquerda.

A quase totalidade das ações são totalmente despropositadas, mas são valorizadas pelo STF. Sirva de exemplo a controvérsia sobre a interpretação do Art. 57 e seu §4º, proibindo expressa e textualmente a recondução dos presidentes das Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, para o mesmo cargo, na eleição imediatamente subsequente. Não obstante a meridiana clareza do texto, o STF decidiu pela observância dessa norma pela significativa maioria de 6 votos a favor dela, contra 5 votos em sentido contrário.

A solução para essa gravíssima crise na distribuição constitucional de competências é muito simples: basta cumprir o que determina a Constituição Federal. Basta que o STF retome sua função precípua de ser guarda da Constituição Federal, que efetivamente desempenhou ao longo de tantos anos, com o tirocínio, a competência técnica, a sabedoria e a dignidade dos Ministros que sempre honraram a toga.

Distinção entre serviços de comunicação, de monitoramento e de rastreamento

Marcelo Kiyoshi Harada[1]

1 INTRODUÇÃO

Reinam posicionamentos díspares na doutrina e na jurisprudência acerca da tributação da comunicação pelos Estados e da tributação pelos municípios das atividades que envolvem a prestação de serviços com emprego de comunicação, bem como reina muita confusão entre os serviços de monitoramente e o de rastreamento.

Convém, pois, distinguir o objeto da comunicação tributada pelo ICMS, mediante a identificação de seu fato gerador, bem como o objeto de tributação do serviço pelos municípios, igualmente, pelo exame do seu fato gerador.

2 TRIBUTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO PELO ICMS

Dispõe o art. 155, II da CF:

> **Art. 155.** Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
>
> [...]
>
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

A Lei Complementar referida no art. 146, III, *a,* da vigente Constituição de 1988, dispunha que os serviços incluídos na lista de serviços ficam sujeitos apenas ao ISSQN, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias, ao passo que o fornecimento de mercadorias que envolvam prestação de serviços não especificados na lista fica sujeitos apenas ao ICMS (art. 8º, §§ 1º

1 Sócio da Harada Advogados Associados. Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Pós-graduado em Direito Constitucional pelo CJDJ de São Paulo e em Inglês Jurídico Instrumental pela PUC de São Paulo. Membro efetivo do Conselho Fiscal do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT. Coautor do livro *Código Tributário Nacional Comentado*. 5. ed., escrito em parceria com o dr. Kiyoshi Harada.

e 2º do Decreto-lei nº 406/68 editada na vigência da Constituição de 1967 e recepcionada como lei complementar).

A atual lei de regência nacional do ISSQN, Lei Complementar nº 116/2003, não reproduziu essas normas do Decreto-lei nº 406/68, porém, a Constituição Federal de 1988 dispôs em seu art. 155, § 2º, IX, *b:*

> IX - incidirá também:
>
> [...]
>
> *b)* sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

A clareza desse texto constitucional, autoaplicável, estava a dispensar qualquer regulamentação do tipo feita pelo já citado art. 8º do Decreto-lei nº 406/68, editado sob a vigência da Constituição antecedente.

Basta tão somente o confronto das redações dos arts. 155, II e do 156, III da Constituição para a correta interpretação do disposto na letra *b,* do inciso IX, do § 2º, do art. 155, ou seja, que nessa hipótese, o ICMS incide sobre o preço da mercadoria e o do serviço nele embutido.

Assim, atualmente, não se justifica o conflito de competência impositiva entre os Estados e os Municípios.

Contudo, na prática, as discussões perduram até hoje, por conta da má interpretação do fato gerador do ICMS e do ISSQN, geralmente confundindo o objeto de um e de outro imposto com os respectivos fatos geradores, como veremos nos tópicos subsequentes.

3 TRIBUTAÇÃO DO SERVIÇO DE MONITORAMENTO TRIBUTADO PELO ICMS E PELO ISSQN

O serviço de monitoramente é frequentemente confundido com o serviço de comunicação, ensejando a dupla incidência, a do ICMS e a do ISSQN. Nada melhor do que definir o conteúdo do serviço de comunicação para afastar essa confusão.

3.1 CONCEITO DE COMUNICAÇÃO

O inciso III, do art. 2º da Lei Complementar nº 87, de 13-9-1996, que rege o ICMS em âmbito nacional, incluiu a comunicação entre os fatos geradores desse imposto estadual, nos seguintes termos:

> Art. 2° O imposto incide sobre:
>
> [...]
>
> III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

O art. 60 da Lei nº 9.472/97, por sua vez, define a comunicação nos seguintes termos:

> Art. 60. Serviço de telecomunicação é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.
>
> §1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Desse conceito resulta que a comunicação implica a existência de um ponto de transmissão ou emissão e um ponto de recepção dessa transmissão ou emissão.

3.2 FATO GERADOR DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO

Para que haja incidência do ICMS sobre o serviço de comunicação não basta a recepção da transmissão ou da emissão como visto no item anterior. É preciso para a exigência desse imposto que ocorra o fato gerador previsto no art. 87, III da Lei Complementar nº 87/96 retrotranscrito, isto é, que haja efetiva prestação do serviço de comunicação mediante remuneração, por se tratar de um imposto de natureza mercantil.

Daí porque o ICMS não incide na comunicação feita sem o caráter mercantil, como acontece nas comunicações telefônicas entre as pessoas para conversações ou aquelas comunicações feitas por meio de ramais telefônicos no âmbito interno de uma empresa.

Indispensável a efetiva prestação remunerada do serviço de comunicação, para a incidência do ICMS.

Pressupõe a existência de um contrato de prestação de serviço em benefício do contratante ou de terceira pessoa. O sujeito ativo do imposto é a prestadora, ou seja, a empresa concessionária que opera o serviço de comunicação.

Nesse diapasão, apenas a comunicação prestada por terceiro estará sujeita à incidência do ICMS, ou seja, a que transmita a mensagem do emissor até o destinatário.

Esse terceiro, chamado provedor, deverá ser o responsável em prover os meios necessários para a transmissão da mensagem, mediante um contrato oneroso de prestação de serviços de comunicação.

Resumindo, o ICMS não incide sobre a comunicação em si, mas sim sobre a prestação onerosa de um serviço de comunicação.

3.3 DISTINÇÃO ENTRE ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO

Indispensável, outrossim, distinguir a comunicação enquanto atividade-fim, que é o objeto da tributação pelo ICMS, com a comunicação enquanto

atividade-meio, irrelevante juridicamente para deflagrar a ocorrência do fato gerador desse imposto estadual.

O exemplo mais expressivo dessa confusão de atividade-fim com a atividade-meio é a tributação pelo ICMS dos provedores da internet, até que o STJ pacificou a discussão a respeito, pela sua Primeira Seção, adotando a tese da não incidência do ICMS (Resp nº 46650/PR, Rel. Min. José Delgado, Redator para Acórdão, Min. Franciulli Netto, *DJ* 20-3-2006).

Nesse Acórdão foi transcrita a doutrina de Kiyoshi Harada segundo o qual

> o provedor de acesso à internet libera espaço virtual para comunicação entre duas pessoas, porém, quem presta o serviço de comunicação é a concessionária de serviços de telecomunicações, já tributada pelo ICMS. O provedor é tomador de serviços prestados pelas concessionárias. Limita-se a executar serviço de valor adicionado, isto é, serviços de monitoramento do acesso do usuário à rede, colocando à sua disposição equipamentos e softwares com vistas à eficiente navegação'. O serviço prestado pelos provedores de acesso à Internet cuida, portanto, de mero serviço de valor adicionado, uma vez que o prestador se utiliza da rede de telecomunicações que lhe dá suporte para viabilizar o acesso do usuário final à Internet, por meio de uma linha telefônica.

O provedor de acesso à internet, a exemplo de outros serviços de comunicação, caracteriza-se como um mero serviço de valor adicionado de que se utiliza do serviço de comunicação, mas que com ele não se confunde, conforme previsão no artigo 61 da Lei nº 9.472/97, que assim prescreve:

> Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.
>
> §1º. Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.
>
> § 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para a prestação de serviços de valor adicionado cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e a prestadoras de serviço de telecomunicações.

3 TRIBUTAÇÃO DO SERVIÇO DE MONITORAMENTO PELO ISSN

O serviço de monitoramento está incluído no subitem 11.02 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003: "11.02 – Vigilância, segurança ou monitoramento de bens e pessoas."

O serviço de vigilância pressupõe observação atenta e contínua dos fatos, como que estando em estado de sentinela, ao passo que monitoramente pres-

supõe ato de monitorizar, isto é, acompanhar e avaliar os dados fornecidos por meio de uma aparelhagem técnica.

Esse subitem 11.02, que engloba os serviços de vigilância e monitoramento, implica interação de atividades concernentes à observação atenta dos fatos que ocorrem nas proximidades dos ambientes sob vigilância ou proteção, e a avaliação e interpretação desses acontecimentos observados (ruídos, imagens, movimentação de pessoas, de veículos etc.) para aumentar o grau de segurança das pessoas ou dos bens protegidos.

A mesma observação feita em relação ao ICMS convém ser repetida nesse tópico, que trata de serviços tributáveis pelo ISSQN.

Autores de nomeada têm confundido o objeto do ISSQN que, sem dúvida alguma, é o serviço especificado na lista nacional de serviços com o fato gerador desse imposto.

Primeiramente, convém deixar claro que a despeito da denominação "serviços de qualquer natureza" somente são tributáveis os serviços definidos em lei complementar (art. 156, III da CF). Como assinala Kiyoshi Harada, a expressão "serviços de qualquer natureza" não pode ser confundida com a expressão "qualquer serviço", sendo relevante apenas aquele definido em lei complementar.[2]

Há décadas o STF pacificou a sua jurisprudência em torno da taxatividade da lista, comportando maior amplitude naqueles itens de serviços que a lei complementar faz referência a similares, semelhantes e congêneres. A atual Lei Complementar de nº 116/2003 só se refere à palavra "congêneres" que é sinônima das outras duas palavras que não mais figuram na lei complementar vigente.

Nesse particular, vale a pena lembrar que o recente julgado do STF poderá gerar dúvidas e equívocos se interpretado literalmente o disposto em sua ementa, que alude à interpretação extensiva, conforme transcrição abaixo:

> Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 296 da repercussão geral, não conheceu do recurso extraordinário interposto contra o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e, sucessivamente, conheceu parcialmente daquele oferecido contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, mas negou-lhe provimento, fixando a seguinte tese: "É taxativa a lista de serviços sujeitos ao ISSQN a que se refere o art. 156, III, da Constituição Federal, admitindo-se, contudo, a incidência do tributo sobre as atividades inerentes aos serviços elencados em lei em razão da interpretação extensiva", vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que acompanhavam a Relatora, mas divergiam quanto à fixação da tese, e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso (RE nº 784.439-DF/RG, Rel. Min. Rosa Weber. Ata do julgamento publicado no *DJe* de 13-7-2020).

2 *ISS doutrina e prática.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 57.

Remexendo na antiga jurisprudência da Corte, já pacificada de longa data, a nova decisão do STF, tomada por maioria de votos, poderá conduzir às conclusões equivocadas.

Realmente, interpretação extensiva, como diz a ementa desse julgado, acaba descaracterizando a natureza taxativa da lista de serviços, possibilitando a tributação pelo ISSQN de serviços não contemplados na lista nacional de serviços. Assim, há o perigo de ressuscitar a velha tese da exemplificatividade da lista, retirando a previsibilidade que afeta o princípio da segurança jurídica, um dos mais importantes no Estado Democrático de Direito.

A costumeira crítica à tese da taxatividade da lista pelos defensores da tese oposta no sentido de que o legislador nacional não pode prever situações peculiares de mais de 5.500 municípios, cada qual com os serviços diferentes, ficou afastada pela inserção da palavra "congêneres" em vários dos subitens de da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003. Antes dela, o Decreto-lei nº 406/68, lei materialmente complementar, utilizava as expressões "congêneres, "similares" e "semelhantes", exatamente para possibilitar ao legislador local a explicitação de serviços congêneres, similares e semelhantes que pretende tributar.

Portanto, a expressão "em razão da interpretação extensiva" que consta da ementa do Acórdão sob exame deve ser interpretada no sentido de que naqueles itens que o legislador nacional usou a palavra "congêneres" como, por exemplo, nos subitens 1.03, 3.03, 4.02 etc., cabem ao legislador local explicitar em sua lista de serviços quais são os serviços congêneres que pretende tributar, porque a lei complementar não é autoaplicável, devendo cada município instituir o imposto sobre serviços de qualquer natureza mediante observância dos princípios constitucionais tributários e das normas gerais editadas pela Lei Complementar nº 116/2003.

Repita-se, somente são tributáveis pelo ISSQN os serviços incluídos na lista de serviços. E a lei complementar poderá incluir na lista de serviços de qualquer tipo que caiba na conceituação do que seja serviço, ou seja, um bem imaterial, fruto de esforço humano aplicado à produção. Os dicionaristas definem o serviço com sendo "o produto da atividade humana destinado à satisfação de uma necessidade (transporte, espetáculo, consulta médica), mas que não se apresenta sob forma de bem material (Cf. *Grande Enciclopédia Delta Larousse*. Rio de Janeiro: Editora Delta S.A, 1970, vocábulo *serviço*).

E mais, não basta a existência do serviço especificado na lista. Alguns autores, com suposto amparo na doutrina de Bernardo Ribeiro de Moraes, indiscutivelmente, conhecedor profundo desse imposto, afirmam que o ISSQN incide sobre "o serviço de qualquer natureza" e não sobre a sua prestação".

Realmente, o mestre Bernardo Ribeiro de Moraes examinando o *objeto* do ISSQN afirma:

> De acordo com seu objeto, o ISSQN se apresenta como um imposto que grava os 'serviços de qualquer natureza', conforme discriminação constitucional de rendas tributárias (Emenda Constitucional n. 1, de 1969, art. 24, n. II).
>
> Devemos observar que o ISSQN não recai sobre a prestação de serviços, mas, sim, sobre serviços de qualquer natureza. A norma constitucional outorgou aos municípios competência para onerar o serviço.[3]

Porém, mais adiante, referindo-se ao *fato gerador* do ISSQN, assevera:

> Já dissemos que o ISSQN o que se grava 'é a efetiva prestação de serviços', a venda efetiva de um bem imaterial.
>
> Embora as legislações dos municípios, via de regra, não tenham se utilizado da expressão "efetiva prestação de serviço", mas apenas "prestação de serviço", para o conceito de incidência do ISSQN, o elemento efetiva prestação não pode ser dispensado. Quem ler "prestação de serviço" na legislação municipal deve entender atividade efetiva de prestação de serviço.[4]

Não se confundem o objeto do ISSQN com o fato gerador desse imposto que é a efetiva prestação de serviço remunerado. É o que está expresso no art. 1º da Lei Complementar nº 116/2003:

> Art. 1o O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Determinados doutrinadores criticam a parte final do dispositivo transcrito que se refere à irrelevância da atividade preponderante, associando-se à idéia de habitualidade. O próprio renomado Bernardo Ribeiro de Moraes assim se manifesta a respeito:

> Em verdade, a *habitualidade* qualifica as atividades oneradas pelo ISS. O elemento *habitualidade* é essencial para a concretização do fato imponível do ISS. Tal elemento deve ser levado em conta no exame da incidência do tributo. Esta exige prestação de serviço habitual, reiterada, com ideia de atividade permanente, sistemática, de reprodução continuada. A reiteração das operações constitui parte integrante do ciclo orgânico da atividade. Sem a menor dúvida, é importante que o serviço prestado seja em caráter habitual ou permanente.[5]

Com a devida vênia do grande mestre, basta a efetiva prestação do serviço especificado na lei complementar mediante percepção do preço respectivo, e

3 *Doutrina e prática do imposto sobre serviços.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 81.

4 *Op. cit.*, p. 114-5.

5 *Op. cit.*, p. 119.

prestado de forma autônoma, isto é, sem vínculo empregatício ou estatutário, para caracterizar a ocorrência do fato gerador do ISSQN. A habitualidade não é requisito configurador do fato gerador desse imposto, a menos que o próprio legislador local tenha feita essa restrição.

O certo é que a Constituição, conforme se depreende do texto do art. 156, III e § 3º só estabeleceu cinco restrições: a) exclusão dos serviços abrangidos na competência dos Estados; b) definição de serviços tributáveis por lei complementar; c) fixação de alíquotas máximas por lei complementar (fixação de alíquotas mínimas, também, a partir da EC nº 37/2002); d) excluir de sua incidência a exportação de serviços para o exterior (acrescido pela EC nº 3/1993); e e) regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados (acrescido pela EC nº 37/2002).

Por tais razões, a atual Lei Complementar deixou de reproduzir a expressão serviços prestados "por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo" que constava do *caput* do art. 8º do Decreto-lei nº 406/68, o qual conduzia à ideia de habitualidade de que falava o Bernardo Ribeiro de Moraes. O legislador complementar só deve obediência aos textos constitucionais pertinentes. Se o serviço especificado na lista for prestado, mediante paga e de forma autônoma, o fato gerador do ISSQN ocorreu infalivelmente, independentemente de saber quanto à habitualidade da prestação do serviço que não integra a definição de fato gerador desse imposto.

Mas, na prática, o fato gerador do ISSQN é muito mal compreendido. Às vezes, o fisco municipal cobra o imposto com base em simples previsão contratual, isto é, expectativa de prestação de serviço. Outras vezes, o fisco exige o imposto com base no adiantamento do preço do serviço a ser prestado.

Ora, se a previsão contratual não se concretizou com a efetiva prestação do serviço previsto, ou se o contratado, apesar de ter recebido adiantadamente o preço, deixou de prestá-lo, o fato gerador do ISSQN não ocorreu concretamente, sendo inexigível o imposto nessas situações.

4. RASTREAMENTO COMO SERVIÇO ATÍPICO

O rastreamento vem sendo objeto de disputa entre os fiscos estadual e municipal. A nenhum dos dois cabe tributar esse serviço atípico

4.1 CONCEITO DE RASTREAMENTO

Convém, desde logo, conceituar o que seja rastreamento, frequentemente confundido com monitoramento. Enquanto o monitoramento caracteriza-se por ser um processo de acompanhamento passo a passo de determinada pessoa, bem ou mercadoria envolvendo atividade de vigilância, o rastreamento consiste na busca de sinais para encontrar determinado bem ou pessoa. O ras-

treamento veicular, por exemplo, tem a função primordial de informar a localização exata de um carro, caminhão, moto ou qualquer outro tipo de veículo.

Para encontrar objetos roubados ou furtados, por exemplo, utilizam-se da radiofrequência. Quando rastreado um determinado míssil que está sendo lançado, seguido de acompanhamento da trajetória desse míssil em tempo real *on line* estará havendo serviço de monitoramento. Monitoramento exige prévio rastreamento, mas este pode existir sem que exista o monitoramento.

Com o avanço da tecnologia empresas dos segmentos da aviação, da locação de automóveis, do ramo de cargas, bem como do setor de *e-commerce*, que teve um crescimento espantoso nos últimos anos, estão optando por rastrear suas frotas e suas mercadorias, de forma a buscar um melhor resultado econômico, baseado na análise das rotas e segurança dos bens móveis, no caso de aeronaves, embarcações e veículos, e o tempo de entrega das mercadorias, além de disponibilizar aos clientes, no caso das empresas de *e-commerce*, o acompanhamento em tempo real da entrega da mercadoria adquirida.

Neste quadrante, o crescimento das empresas de rastreamento também aumentou para acompanhar essa demanda. Contudo, pode-se dizer que com os avanços tecnológicos as inovações tributárias passaram a superar esse dinamismo, gerando a cobrança de impostos que, muitas vezes, deixam de observar os critérios primordiais previstos na Constituição Federal e na própria legislação competente.

É o caso da tributação do serviço de rastreamento, situação guerreada pelos fiscos estadual e municipal. O fisco estadual a exigir o ICMS pelo serviço de comunicação, e o fisco municipal a exigir o ISSQN pelo serviço de monitoramento.

Diante do exposto nos itens antecedentes é forçoso concluir que a atividade de rastreamento não se enquadra no conceito de serviço de comunicação e, portanto, não se sujeita à incidência do ICMS.

Isso porque aquele que realiza a atividade de rastreamento não está possibilitando a transmissão de mensagens entre as partes, mas apenas se valendo de um sistema de comunicação via satélite, já existente, para prestar o serviço pelo qual foi contratado.

Com efeito, para a realização do serviço de rastreamento o prestador deve se valer de um serviço de comunicação via satélite, já oferecido por um terceiro, para realizar o rastreamento de um veículo, uma aeronave, uma embarcação ou uma mercadoria.

Logo, quem realiza o serviço de comunicação é aquele que dispõe do sistema que emite e capta os sinais de localização para informar o prestador do serviço onde se encontra o objeto do rastreamento.

Confunde-se, dessa forma, com o serviço de valor adicionado de que já falamos.

Na verdade, os prestadores de serviço de rastreamento nada mais são do que usuários de um sistema de comunicação via satélite, que dele se valem para oferecer o serviço de rastreamento, ou seja, utilizam esse serviço para a realização de outra atividade.

4.2 INTRIBUTABILIDADE DO SERVIÇO DE RASTREAMENTO PELO ISSN

No tocante à exigência do ISSQN melhor sorte, também, não assiste ao fisco municipal, que busca equiparar o serviço de rastreamento ao serviço de monitoramento previsto no item 11.02 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03.

Não há que se falar em equiparação ao serviço de monitoramento. O rastreamento é algo totalmente distinto do monitoramento.

O conceito de rastreamento não pressupõe um serviço de vigilância, de observação, mas simplesmente um serviço baseado no propósito de registrar e analisar os acontecimentos ao longo dos deslocamentos realizados por algum veículo ou mercadoria, para dar a exata localização do lugar em que se encontram.

Já o monitoramento pressupõe um serviço de vigilância/segurança para um veículo, mercadoria ou pessoas. Exemplo típico de serviço de monitoramento são as empresas de segurança domiciliar, que não estão rastreando absolutamente nada, apenas monitorando as câmeras de segurança instaladas na residência, observando as movimentações de pessoas e de veículos nas proximidades do local da proteção ou vigilância.

Por fim, cumpre-nos esclarecer que as empresas que prestam serviços apenas de rastreamento não estão sujeitas ao recolhimento do ICMS, por inexistir prestação de serviço de comunicação e tampouco ao recolhimento ISSQN, por se tratar de um serviço ainda não previsto no rol taxativo da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03.

Contudo, os fiscos municipais vêm confundindo esse serviço de rastreamento com o serviço de monitoramento, com respaldo em alguns julgados de tribunais locais, conforme se verificam das ementas abaixo transcritas:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. ESTADO DE MINAS GERAIS. ICMS. ATIVIDADES DE COMUNICAÇÃO. EMPRESA QUE ATUA NO RAMO DE MONITORAMENTO E RASTREAMENTO DE VEÍCULOS VIA SATÉLITE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CONSTANTE DA LISTA DE SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS PELO ISSQN (ITEM 11.02). HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO TRIBUTO DE COMPETÊNCIA MUNICIPAL. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. - O monitoramento e rastreamento de veículos

consistem na prestação de um serviço constante na LC 116/03, e sobre o qual deve incidir o ISS. - A utilização de sistemas de comunicação para concretização do serviço de monitoramento e rastreamento de veículos não pode ser confundida com a prestação do serviço de comunicação em si. Para as empresas que exercem essa atividade, a comunicação é apenas insumo necessário à sua realização, nunca o produto final a ser oferecido aos clientes. - Descabe a exigência do ICMS sobre os serviços de monitoramento e rastreamento de bens, reconhecida a competência tributária municipal, o que exclui a do Estado para cobrar imposto sobre idêntica materialidade. - Honorários sucumbenciais são devidos pela parte vencida, atendendo-se ao princípio da causalidade. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.17.007169-0/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): ESTADO DE MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): SITRACK SERVICOS TECNOLOGICOS LTDA - INTERESSADO: MUNICIPIO DE BELO HORIZONTE A C Ó R D Ã O Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO RELATOR. DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO –RELATOR. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais Processo: 1.0000.17.007169-0/001 Relator: Des.(a) Elias Camilo Relator do Acórdão: Des.(a) Elias Camilo; Data do Julgamento: 17/08/0017 Data da Publicação: 25/09/2017).

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. Autuação. Monitoramento e rastreamento de veículos via satélite. Instalação de equipamentos. Comodato. Serviço de comunicação prestado por terceiros. Serviço intermediário. Hipótese de incidência de ICMS-comunicação. Hipótese de incidência de ISS. Art. 2º da LCF nº 87/96. Art. 155, II da CF. art. 1º da LEI nº 6.374/89. Art. 60 da LF nº 9.472/97. Item 58 da lista de serviços anexa à LC nº 56/87. Item 11.02 da lista de serviços anexa à LC nº 116/03.

1. Rastreamento de veículos. Natureza. A empresa embargante presta serviços de vigilância e rastreamento de veículos automotores, valendo-se para tanto de serviço de comunicação prestado por terceiros, que recolhem o ICMS sobre o serviço prestado. O serviço de vigilância e monitoramento atrai a incidência do ISS, nos termos do item 11.02 da lista de serviços anexa à LC nº 116/03, e não de ICMS. Ausente o serviço próprio de telecomunicação, não há razão para a cobrança do ICMS já pago pelas empresas que lhe prestam tal serviço.

2. Equipamentos. Comodato. Não incide o ICMS na saída de mercadoria a título de comodato, nos termos da Súmula STF nº 573.

3. Irregularidade. Documentação fiscal. A ausência de registro estadual da filial da empresa embargante, situada em Poá, sob o CNPJ nº 03.219.419/0002-35, não constitui irregularidade fiscal, na medida em que as notas fiscais por ela emitidas dizem respeito à prestação de serviço de vigilância tributado pelo ISS, imposto municipal que dispensa a inscrição estadual. 4. Informações e documentos. Excesso de prazo. Considerada a complexidade das providências solicitadas pelo fisco e o exíguo prazo conferido para cumprimento do quanto determinado (3 dias), razoável se mostra a justificativa apresentada tempestivamente pela autuada. Procedência. Recurso da Fazenda desprovido" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 10ª Câmara de Direito Público. Ap. Civ. Nº 0260520-89.2007.8.26.0100/SP, Rel. Des. Torres de Carvalho; j. 6-2-2017).

Ambos os Acórdãos afastam, corretamente, a incidência do ICMS por não se caracterizar a prestação do serviço de comunicação que aparece tão somente como atividade-meio para viabilizar o serviço de monitoramento e de rastreamento.

Contudo, resta bem visível a confusão do serviço de monitoramento com o de rastreamento enquadrando ambos os serviços no item 11.02 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

Na verdade, como visto nos tópicos deste estudo há uma diferença de gênero para a espécie. Enquanto o monitoramento implica prévio rastreamento, este pode subsistir sem o monitoramento. Não é de se aplicar o provérbio quem pode o mais, pode o menos. Em direito tributário, caracterizado pelo princípio da tipicidade cerrada, não é assim.

Citemos um exemplo para melhor entendimento. Para simplesmente localizar uma aeronave em voo, faz-se o rastreamento. Localizada a aeronave no espaço aéreo exaure-se o serviço de rastreamento que se tem por inteiramente prestado. Agora, se quiser acompanhar a trajetória da aeronave, orientando o piloto a evitar áreas de maior turbulência, bem como informando a hora de chegada no destino, é preciso que se faça o monitoramento da aeronave. Da mesma forma, na hipótese de pouso forçado, por meio de monitoramento, o piloto é informado quanto ao local de menor impacto. Nada disso acontece com o serviço de rastreamento. É comum a utilização do serviço de rastreamento para a localização de veículos roubados, bastando para tanto, simples instalação de um rastreador no veículo a ser operado pelo prestador de serviço de rastreamento. Esse prestador não acompanha a trajetória do veículo para orientar a melhor opção em termos de trânsito, nem para evitar locais perigosos.

No exemplo dado, quando depois localizada a aeronave prossegue-se com o monitoramento da aeronave em voo, o rastreamento aparece apenas como atividade-meio. Mas, se acionado o prestador para simplesmente localizar um veículo roubado, o rastreamento configura uma atividade-fim, passível de tributação pelo ISSQN a partir de sua inclusão na lista nacional de serviços.

Sem sombra de dúvida, ambos os Acórdãos ao incluírem o serviço de rastreamento no item 11.02 fizeram uso de analogia equiparando-o ao serviço de monitoramento que consta do referido subitem de serviço. E a analogia é incabível no âmbito do direito material como veremos.

Dispõe o art. 108 do CTN:

> **Art. 108.** Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada:
>
> I – a analogia;
>
> II – os princípios gerais de direito tributário;
>
> III – os princípios gerais de direito público;

> IV – a equidade.
>
> § 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

A analogia referida no item I, do art. 108 do CTN não pode resultar na exigência de tributo não previsto em lei como, aliás, consta de seu § 1º.

A respeito da matéria, com apoio nas lições de Ruy Barbosa Nogueira, assim nos manifestamos no CTN Comentado em coautoria com Kiyoshi Harada:[6]

> Embora a analogia figure em primeiro lugar, não quer dizer que ela tenha maior relevância ou aplicação no campo tributário. Por força do princípio da legalidade tributária, ela só tem aplicação na área do direito processual; não poderá ter aplicação no âmbito do direito material, ou seja, em relação aos elementos constitutivos da obrigação tributária como, aliás, está dito no § 1º supratranscrito. Fala-se muito em interpretação analógica, porém, como assinala Ruy Barbosa Nogueira, analogia não é interpretação, mas integração. Explica o renomado autor que analogia não se confunde com a interpretação extensiva em que a situação de fato é clara, mas a de direito é obscura ou incompleta, hipótese em que cabe ao aplicador, por meio da metodologia de interpretação, fazer que o texto alcance a situação de fato. Na aplicação analógica, prossegue o mestre, "a situação de direito é clara, mas a de fato obscura, ou melhor, o texto descreve com clareza uma determinada situação de fato e o intérprete pretende aplicar essa descrição a outra situação de fato, por ser concretamente análoga à descrita no texto. Portanto, a aplicação por analogia implica a apreciação do estado de fato legal e a comparação ou analogia deste com outro estado de fato concreto.

Positivamente, os serviços especificados na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003 integram o elemento material do fato gerador do ISSQN, por expressa determinação contida na regra matriz de incidência tributária (art. 156, III, *in fine* da CF).

Outrossim, descabe a aplicação extensiva de que cuida o Acórdão do STF retroanalisado, porque o subitem 11.02 da lista de serviços sob exame não contém a expressão congênere, como constam nos demais subitens como, por exemplo, nos subitens 12.05, 12.06, 12.07, 112.13, 12.15, 12.16, 13.02, 13.03, 14.07, 15.01, 15.04, 15.14, 17.02, 17.10, 17.13, 17.24 etc.

Os exemplos acima estão a revelar que nem todos os subitens do *mesmo item de serviços* contêm a autorização de a lei municipal explicitar outros serviços que seriam congêneres. É o caso do subitem 11.02 sob exame em que não consta essa faculdade de acrescer outros serviços congêneres.

6 Kiyoshi Harada e Marcelo Kiyoshi Harada. *CTN comentado.* 4. ed. São Paulo: Rideel, 2019, p. 148-149.

A interpretação lógico-sistemática desse subitem de serviço conduz, necessariamente, à atipicidade do serviço de rastreamento para efeito de tributação pelo ISSQN.

Por fim, prova maior de que esse serviço não é tributável pelo ISSQN está na existência de um projeto legislativo em tramitação no Congresso Nacional para incluir o serviço de rastreamento no rol de serviços tributáveis. Refiro-me ao PL nº 191/2015 já aprovado na Câmara dos Deputados, oriundo do Senado Federal, de autoria do senador Romero Jucá, que inclui o serviço de rastreamento na lista de serviços tributados pelo ISSQN, o que vem a corroborar a nossa tese, uma vez que para possibilitar a tributação do serviço de rastreamento, este precisa estar previsto em lei como imperativo constitucional.

5 CONCLUSÃO

O monitoramente não se sujeita ao ICMS, mas apenas ao ISSQN porque a comunicação, no caso, aparece apenas como uma atividade-meio para viabilizar a prestação do serviço de monitoramento.

O rastreamento não configura fato gerador do ICMS pela mesma razão de não configurar uma atividade-fim na comunicação que se faz necessária na prestação do serviço de rastreamento.

O rastreamento pode ser tributável pelo ISSQN, na medida em que for editada lei complementar inserindo-o no rol de "serviços definidos em lei complementar" a que alude o art. 156, III da CF. O projeto de lei retrorreferido converteu-se na Lei Complementar nº 183, de 23-9-2021, que alterou a Lei Complementar nº 116, de 31-7-2003, para incluir expressamente na lista de serviços tributáveis o serviço de rastreamento de veículos de carga.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GRANDE Enciclopédia Delta-Larousse. Rio de Janeiro: Ed. Delta S.A, 1970.

HARADA, Kiyoshi, *ISS doutrina e prática.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HARADA, Kiyoshi; HARADA, Marcelo Kiyoshi. *CTN Comentado.* 4. ed. São Paulo, 2019.

HARADA, Marcelo Kiyoshi. *Tributação do serviço de rastreamento.* Ibedaft.com.br, acesso em: 20-7-2020.

MORAES, Bernardo Ribeiro. *Doutrina e prática do imposto sobre serviços.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975.

NOGUEIRA, Rui Barbosa. *Curso de direito tributário.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

PSICOPATIA INSTITUCIONAL: QUANDO PERSONALIDADES PERVERSAS INVADEM A GESTÃO PÚBLICA

Léo da Silva Alves[1]

1. INTRODUÇÃO

A história mostra que muitos dos que estiveram no auge do poder, que comandaram exércitos, que dirigiram nações com pulso firme, que se prolongaram em governos por décadas, são indivíduos que fogem do padrão; não porque eles possuíssem sabedoria singular ou invejável capacidade de gerência, mas porque são hábeis manipuladores de plateias ou bárbaros com frieza o suficiente para aniquilarem qualquer oposição.

Essa percepção exige conhecimento dos traços que caracterizam a perversidade do psicopata que anda com deslumbre nos tapetes oficiais. Até mesmo pessoas com considerável instrução formal são capazes de atribuir a essas criaturas características como talento e liderança, sendo que à luz da realidade elas dissimulam a deslealdade, o descompromisso e a falta de empatia com artimanhas que desviam a atenção. São ilusionistas no palco político. Charme e carisma entram na conta a favor dessa escória e, dessa forma, a maior parcela dos nove bilhões de habitantes do planeta é vítima dos seus crimes. O esclarecimento dessas peculiares se torna de relevância pública, pelo impacto nas democracias e na dignidade humana; o conhecimento especializado é de relevo, porque esses tipos agem diferentemente daquilo que se observa em relação aos psicopatas que se encontram presos àqueles que compõem o caderno de costumes das delegacias de polícia.

MISERABILIDADE E CORRUPÇÃO

A fome no mundo não é por falta de comida, mas por ausência de amor; a pobreza imposta à maioria da população global decorre da ação maléfica ou da omissão criminosa desses perfis que se enquadram na psicopatia institucional. A Transparência Internacional frequentemente aponta para os

1 O autor é professor de Direito Administrativo e Direito Penal Especial perante Escolas de Governo, Escolas de Magistratura, Escolas de Contas e Defensorias Públicas em 21 Estados. Possui 55 livros e uma pauta de conferências na América do Sul, Europa e África.

níveis elevados de corrupção nos países da África Subsaariana, onde salta aos olhos o conluio entre psicopatas institucionais e psicopatas corporativos, ou seja, uma associação entre agentes de governos e empresários. Com os mesmos traços de ambição, unem o poder dentro do Estado aos interesses privados e, como uma confraria de desumanos, eliminam as possibilidades de vida decente aos seus povos e, juntos, constituem fortunas sem nenhum rastro de piedade.

Veja-se que o continente africano é abundante em riquezas naturais; e, sendo um grande produtor e exportador de produção agrícola, não consegue alimentar minimamente a sua população. Lá perece o maior número de subnutridos; a fome é a constância no dia a dia de seres humanos na Etiópia, Somália, Malavi, Libéria e Sudão, por exemplo. Países lusófonos não ficam atrás. Cabo Verde, Angola, Moçambique, Timor-Leste, São Tomé e Príncipe e Guiné Bissau têm elevados indicadores de fome, sendo os menores de 18 anos os mais atingidos. Milhões são desprovidos de quantidade básica de calorias diárias e outros milhões sucumbem pela insuficiência de nutrientes como proteína, potássio, cálcio e vitaminas.

A catástrofe humanitária é crescente, na proporção do aumento populacional; a África, que ocupa mais de 20% das terras do planeta, tem as mais elevadas taxas de crescimento de população no mundo. Em 1950, eram 221 milhões de pessoas; já bate a casa de um bilhão e 300 milhões nesta terceira década do século 21.

A debilidade socioeconômica pode ser debitada a líderes impiedosos tanto pelo desvio de recursos públicos quanto pela indiferença com causas degeneradoras, que não são enfrentadas com políticas governamentais ou são, por outro turno, até provocadas pelos próprios mandatários. Neste cenário estão as guerras civis, os intermináveis conflitos étnicos estimulados ou, no mínimo, desconsiderados por quem teria o dever de harmonizar as suas gentes e viabilizar a prosperidade e a paz. Também entram na conta a desertificação e a diminuição de pastagens, por ocupação irregular de terras sem qualquer cautela oficial com a sustentabilidade.

James Morris, enquanto diretor-executivo do Programa Mundial de Alimentação da ONU apontou a instabilidade política no continente como causa da pobreza,[2] e se pode dizer que a própria miséria é fator determinante para que não se estabilizem regimes democráticos.

2. PSICOPATAS E A DERROCADA DAS DEMOCRACIAS

A abordagem nuclear deste texto é ligar as pontas entre a psicopatia e a corrupção com a dimensão que ela tem, de crime contra a humanidade; e, por

2 https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/as-principais-causas-fome-na-africa.htm .

conseguinte, apontar o abalo que psicopatas e corruptos causam na democracia como um princípio universal de direito.

Corrupção e democracia não convivem. É impossível existir um Estado democrático com as instituições corroídas por organizações criminosas.

Para a cidadania esta é a maior das causas, porque a corrupção é a matriz de todos os males; é a geradora de guerras, de genocídios; é o que desune as nações, porque os corruptos precisam criar rivalidades e plantar inimigos imaginários para desviar atenções; é a raiz da fome, da pobreza extrema e da falta de perspectiva para pelo menos três bilhões de pessoas.

Por trás de questões territoriais, de questões religiosas, de questões étnicas, de questões supostamente ideológicas estão infalivelmente o assalto ao patrimônio dos povos e a falência múltiplica dos órgãos nacionais.

A fórmula é conhecida. Os corruptos de alto escalão, para operarem os seus crimes derrubam os dois pilares da democracia: subvertem ou manipulam a vontade do povo e sequestram as instituições do Estado. E quem é o principal ator no teatro da corrupção? É o psicopata, desnutrido de sentimentos acerca das consequências do desvio de verbas da saúde, das escolas, dos serviços públicos em geral e da alimentação dos miseráveis.

O psicopata corrupto, que se locupleta com verbas do Tesouro, é aquele que também suprime os pilares da democracia, pois ele não pode deixar que a determinação do seu país esteja ao crivo da vontade popular. Precisa exercer sobre os eleitores, ou sobre uma população oprimida, todos os métodos de manipulação para lhes retirar a possibilidade de escolhas.

DEMOCRACIA COMO DIREITO UNIVERSAL

A Carta Democrática da Organização dos Estados Americanos considera a democracia representativa uma condição indispensável para a estabilidade de um país e para a paz mundial. A Convenção Interamericana Contra a Corrupção, por seu turno, é contundente. Relaciona medidas de grande impacto. Mas há um detalhe: para um Estado dominado por corruptos, a Convenção vale nada. A contundência não vai além de uma carta de intenções, como uma promessa de casamento que o noivo não cumpre.

O resultado é que entre os Estados signatários estão as maiores farsas democráticas das Américas. Tanto são espaços da alta corrupção quanto a democracia é apenas um verniz sobre a madeira já tomada por cupins.

Em janeiro de 2018 o Observatório de Direitos Humanos, organização não governamental que desde o ano de 2014 tem filial na América do Sul, na cidade de São Paulo, declarou que os latino-americanos precisam se livrar de líderes destrutivos e populistas autoritários. Na virada para o século 21 a Organização das Nações Unidas editou Resolução estabelecendo as condições para uma democracia verdadeira; para tanto, a condicionou à prática de eleições honestas.

O documento aduz que uma eleição sob a pauta da honestidade é aquela que reflete a "expressão da vontade do povo"; o sequestro desse caráter volitivo, com a dominação pela força ou pela mentira, é do *portfólio* de serviços dos psicopatas.

Não é exagero dizer que nos Estados Unidos da América a democracia é a expressão da propaganda, do *marketing* despudorado, que dá brilho à mentira e fabrica imagens de super-heróis.

Em Honduras, no Equador, na Venezuela e no Quênia, por exemplo, a eleição há anos é a vontade dos contadores dos votos. Na Guiné, em Camarões, Togo e Nigéria a democracia é a vontade de quem já está no poder. Essas nações africanas são vítimas de um modelo exportado para a América do Sul e para algumas ditaduras disfarçadas da Europa Oriental: a reforma da Constituição sem consulta popular ou sob trapaça para permitir a reeleição.

Na Indonésia, terceira maior democracia do mundo a se considerar o número de eleitores, em todas as eleições aparecem fantasmas. Em uma delas, estima-se que foram fabricados 30 milhões de votos. No Paquistão, a Comissão Eleitoral tem repetido que não consegue realizar eleições livres e justas; e às vezes o resultado é reflexo de quem mata mais.

Há países nos quais a eleição é decidida pelo comércio internacional de armas de guerra; há países onde o pleito é consequência de leis eleitorais compradas do Parlamento pelos cartéis da indústria farmacêutica internacional. São leis que impedem a alternância de poder, a não ser a transferência para os filhos e netos – e assim são criadas novas formas de dinastias.

Quem está por trás desse jogo de inconfessáveis predileções pelo mando? Quem é capaz de enganar com naturalidade milhares de pessoas esperançosas durante um comício, com promessas que sabe que nunca as irá cumprir? Qual é o perfil psicológico ou mental de quem não tem pudor em atentar contra a vida ou a honra de adversários? A depender de estatística, a conta recai para o lado dos psicopatas, ambiciosos pelo poder a qualquer custo.

3. O PSICOPATA NO LABIRINTO POLÍTICO

A política é a arte de bem servir o povo. Sem política, há conflitos; é dos conflitos que sobressai a guerra. A palavra é de origem grega (*politiké*), que indicava todos os procedimentos de governar as *Pólis*, que eram as cidades-estado na organização social da Antiguidade. Em 1265, o termo avançara para toda a Europa como expressão de "ciência dos Estados"; em francês passou a se denominar *politique*. Por conseguinte, deve-se conceber o político como sendo alguém vocacionado para o serviço público, para o ofício de governo com ciência, com habilidades específicas, com compromisso com a coletividade.

As distorções, entretanto, também são antigas; no curso dos séculos chegou à atualidade como algo pejorativo, desqualificado; uma prática de aproveitamento do poder pelo manejo da vontade de terceiros. Houaiss, no seu clássico dicionário, interpreta o senso comum como sendo a "arte de guiar" a influência da opinião pública "pela aliciação de eleitores".

Atrás se encontram conceitos que afastam a *politiké* dos gregos dos melhores propósitos e, como descreve Hobbesm, "consiste nos meios adequados à obtenção de qualquer vantagem"; Russel a trata como "a arte de conquistar, manter e exercer o poder", posição notabilizada por Nicolau Maquiavel na conhecida obra *O Príncipe*.[3]

Ainda no plano do pensamento, notabilizou-se Friedrich Engels, teórico e revolucionário nascido na Alemanha que, na década de 1840, se juntou a Karl Heinrich Marx, filósofo, historiador, sociólogo, jornalista e revolucionário prussiano estabelecido em Londres. Ambos, em síntese, sustentavam que o Estado deveria ser dirigido pela classe dominante, ou, no melhor formato, haveria uma sociedade sem classes: o comunismo.

A associação da política à qualificação e às virtudes públicas, vinda de Aristóteles, com o tempo, então, se desdobrou em um exercício de busca do poder, pelo qual, a título de governar o povo, dele pessoas moralmente desqualificadas podem se valer para obtenção de vantagens. É uma constatação no capitalismo e no comunismo; neste, tem-se como uma experiência que fracassou, menos pelo ideal e mais pela personalidade daqueles que, declarando o Estado como de todos, dele se tornaram proprietários individuais; cometeram crimes humanitários, suprimiram liberdades e viveram na luxúria, em contraponto à miserabilidade dos seus povos.

Qualquer que seja o broche, a cor, a bandeira, o rótulo, a doutrina, o protagonista da cena sempre será do componente humano. É o homem, com as suas virtudes ou excentricidades, com as boas intenções ou com a debilidade de caráter, com a lucidez ou com a personalidade disforme, quem fará a diferença no resultado. Lastimavelmente, são os piores indicadores os que prevalecem nesse meio.

Com a vestimenta de conservador ou liberal, democrata-cristão ou stalinista, o indivíduo, se quiser corromper o sistema o fará de qualquer forma; se o objetivo é o exercício do poder para lograr vantagem, assim o fará independentemente do crachá com o qual se apresenta.

O crime não tem ideologia; é uma ideologia em si. E o poder atrai esses piolhos que põem os seus ovos na cabeça das pessoas, constituindo legiões de obcecados capazes de marcharem para o abismo orando como se ascendessem ao paraíso.

3 Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco. *Dicionário de Política*.

A política se tornou um espaço abjeto, porque nojentos são aqueles que a tomam como profissão, que a adotam como carreira, que a usam para o desfrute próprio e dos seus compadrios. Tem-se por sabido que político é o elemento capaz de angariar votos a qualquer preço; no caminho, como inexpressivos, ficam mulheres e homens de qualificação moral, pessoas com sensibilidade para sentir as alegrias e as dores da sua gente. Estes, movidos por bons propósitos, são desclassificados pelos meios de comunicação, que não abrem portas para o arejamento; são desvalorizados pela maioria dos cidadãos, que se impressionam pela visibilidade dos punguistas e trambiqueiros. Enfim, o troféu parece reservado aos psicopatas, uma vez que eles aglutinam as habilidades adequadas para aliciar eleitores.

4. O MUNDO PARTICULAR DOS PSICOPATAS

O texto está focado na psicopatia na política e no poder, o que não significa que todo poder seja corrompido e que a política seja necessariamente um espaço do qual as pessoas honestas devem se afastar. Cidadãos íntegros estão em todos os lugares, assim como os psicopatas que se posicionam nos mais seletos ambientes. A diferença está no fato de que, pela sua natureza daninha, estes operam unicamente para tirar proveito. Exatamente por isso é importante conhecer esse perfil, para que ele não domine os governos, as instituições públicas e as grandes corporações.

A se recolher de Aristóteles, como visto, sabe-se que política é a arte de bem servir o povo. E essa é uma tarefa que os doentes morais, os narcisistas destrutivos e os psicopatas institucionais não conseguem cumprir. Por que? Porque a natureza não os conduz nesse raciocínio. Eles fazem parte do pequeno, mas ruidoso universo da população com desvios de personalidade.

QUEM É O PSICOPATA

Ao se estudar esse fenômeno, ambientado nos círculos palacianos e em outros nichos importantes da sociedade, facilmente pode-se entender quem é o psicopata.

Habitualmente os leigos associam o psicopata ao autor de crimes brutais, em especial aos chamados *serial killers*. No entanto, numericamente estes representam uma ínfima parcela. Não se conhece mais do que 50 ou 60 assassinos em série nos últimos 20 anos em todo o Brasil.

Em "Psicopatia, a máscara da sanidade", publicação digital da PEBMEDE, entidade fundada por médicos da Universidade Federal Fluminense, lê-se:[4]

4 https://pebmed.com.br/psicopatia-na-politica/.

> A ideia que os leigos possuem do que seria a psicopatia frequentemente não corresponde à realidade. A imagem de "assassino maluco e assustador" é bem distante dos reais aspectos de indivíduos psicopatas. Além de insensíveis e não terem o que geralmente se define como "falta de consciência", também possuem dificuldades de formar laços de intimidade com outras pessoas, o que pode incluir sua própria família ou filhos. No entanto, ainda podem parecer amigáveis, simpáticos ou charmosos. Normalmente, o que uma pessoa leiga vê quando encontra um psicopata, especialmente no início da relação, é uma pessoa "normal", agradável e amigável.

Há três níveis de psicopatia. O nível mais conhecido, menos pela quantidade e mais pelo impacto, é o que se considera **elevado**. Trata-se, por exemplo, do *serial killer*, o criminoso sádico. É aquele que mata em sequência e se realiza com o sofrimento alheio. Nesse grupo encontram-se figuras que ganharam notoriedade, como o Maníaco do Parque em São Paulo, passando por Lady Hussein al-Tikriti, filho de Saddan Hussein. Esse moço, morto aos 39 anos de idade, entre tantas brutalidades, em um banquete oferecido à primeira dama do Egito pessoalmente matou o provador de comidas por pura diversão. Assim é o psicopata no nível proeminente. A satisfação dele é o sofrimento do outro. Regimes autoritários, aliás, ajudam a despertar esses instintos e assim aconteceu com oficiais do nazismo e, revisando a história, também nos porões da ditadura que se instalou no Brasil, tendo o seu auge nos anos 1970, com oficiais do Exército se prestando ao papel de algozes elevando ao extremo o sofrimento de pessoas indefesas, sem respeito às grávidas, sem piedade de crianças que colocavam a assistir as torturas dos próprios pais. Membros da polícia política do Estado de São Paulo se colocaram a auxiliar nesses atos que, nos confins das mentes doentias, classificavam como de interesse da pátria ou de bravura pessoal. Muitos foram condecorados como heróis.

Na outra extremidade, situa-se o psicopata **leve**. Geralmente é um indivíduo simpático, mas se manifesta como o clássico 171,[5] o vigarista que vive de pequenos golpes. O golpe do vigário, o golpe do bilhete premiado, o golpe do filho inválido, do enterro da mãe, da doença incurável e, dessa forma, sem ser violento, amealha pequenos valores de pessoas de boa-fé e de **índole** generosa. Esse perfil se estende até o empregado que mente costumeiramente, inventa enfermidade da esposa, o acidente com a sogra ou a morte de um vizinho para sair mais cedo do serviço. E assim ele leva a vida, achando-se a pessoa mais esperta do mundo.

Entretanto, aqueles que interessam nesse espaço de reflexão são os psicopatas em nível **moderado**. Trata-se dos indivíduos que vivem do deslumbra-

5 Artigo do Código Penal que tipifica o crime de estelionato.

mento, da busca incessante de dinheiro e poder. Em altos escalões da República, **às** vezes em Ministérios, em cargos de diretoria em empresas públicas e importantes sociedades de economia mista eles se acomodam com a naturalidade do pássaro que ao entardecer alcança o seu ninho.

A criatura com essa silhueta não tem interesse em prejudicar a outrem; não é esse o foco. O propósito que alimenta as suas ações é o de se dar bem; todavia se para alcançar essa meta for necessário pisotear na honra alheia ou arrasar a carreira e a vida de alguém o psicopata o faz, sem constrangimento ou remorso.

> Os psicopatas estão posicionados nas grandes organizações públicas e privadas nas quais buscam o topo e tramam o tempo todo. São invariavelmente inteligentes e charmosos; sobretudo, hábeis manipuladores, exímios na mentira.

Nos estudos acadêmicos de psiquiatria e medicina legal, o psicopata moderado – que é o que se instala na política e almeja o poder – apresenta pelo menos meia dúzia das seguintes características:

- Aparência sedutora e boa articulação, mas lhe falta confiabilidade. O que ele diz, não escreve, se escreve não assina; se assina, jura que a assinatura é falsa.
- Desprezo para com a verdade. O psicopata mente de forma contumaz. E é curioso: logo esquece a mentira. Ele é bom de mentira, mas ruim de memória; isso se explica pelo fato de a memória depender das emoções. Quando ouvidos, por exemplo, por autoridades policiais eles costumam contar diferentes versões em curto espaço de tempo.
- Falta de abatimento ou culpa. Para o psicopata, a culpa é sempre dos outros. **À sua ótica, ele é um perseguido**. Por isso não é raro vermos um político, acuado com acusações objetivas e provas contundentes, insistir que tudo não passa de perseguição política. Mesmo diante de uma montanha de evidências contra si, alega que os documentos são forjados por inimigos ou que os culpados são outras pessoas, mesmo que fossem até aquela data da sua mais próxima amizade.
- O psicopata nunca se arrepende. Quando o faz, não é pelo dano que causou senão pelas consequências que está a experimentar. Alguém, outrora de alto posto nos ofícios de Estado, que eventualmente vá cumprir pena por conta de vigorosos esquemas de corrupção, pode se mostrar arrependido nas conversas com carcereiros, autoridades ou imprensa. Essa contrição não é pelo dinheiro que tirou da educação e

da saúde de milhões de pessoas, mas por estar confinado com outros presos em uma cela pequena e não poder desfrutar do palacete ou da luxúria que adquiriu com o produto dos crimes. Vale para qualquer escalão. Um funcionário de uma prefeitura no interior de São Paulo era o tipo que criava embaraços toda a semana, prejudicando colegas e terceiros; tirava vantagens ilícitas no cargo enganando contribuintes. Certo dia foi posto frente às autoridades para responder pelos seus atos e, questionado se estava arrependido, disse que sim. E justificou: "Perdi o emprego". Ou seja, não lhe passa pela noção o mal causado aos demais.

- O psicopata tem uma autoavaliação superestimada. Ele é o bom, é o melhor, quiçá o único, deveras insubstituível. Alguns na política se apresentam como enviados de Deus, como forma de afirmação da superioridade.
- Não aprende com os erros e não melhora com a experiência. Não é como o vinho que fica melhor com o tempo. Por isso os psicopatas têm condutas repetidas. Praticam uma fraude aqui e são apanhados; daqui a um mês ou nos próximos três anos estarão a reproduzir a delinquência. No episódio do chamado Mensalão[6] teve gente investigada, indiciada, denunciada, processada, condenada e presa. E essas pessoas continuaram incidindo em ações delituosas que vieram à tona no escândalo seguindo, conhecido por Petrolão.[7] É possível isso? Para o psicopata é natural!
- Possui um egocentrismo patológico (o umbigo dele é o centro do mundo); e apresenta incapacidade de amar até mesmo os filhos. "Porque você ama essa mulher?" – se formulada essa pergunta para um psicopata ele dirá: "Ela é bonita" (isso permite impressionar os outros); "Ela é poderosa" (representa facilidade para os golpes); "Ela tem um cargo" (o que pode lhe abrir portas). O apego é por algo que reflita em vantagem. Essa criatura possui uma pobreza geral nas reações afetivas. Tecnicamente isso se define como "entorpecimento emocional". É possível que o leitor tenha conhecimento de caso de político que quando chegou ao topo de um cargo público largou a esposa e namorou ou casou com uma estrela de televisão, socialite ou uma jovem deslumbrante qualquer. É verdade que na esteira do amor são possíveis novas composições afetivas e não se pode depre-

6 Famoso caso judicial de 2005 que envolveu, a princípio, 40 políticos e empresários em um escândalo que desnudou o tráfico de influência e a compra de votos no Parlamento a título de governabilidade.

7 Outro escândalo que mostrou as relações espúrias entre políticos e empresários, tendo o auge entre os anos 2016 a 2018.

ciar nem a juventude nem a maturidade; entretanto, em se tratando do caráter disforme do psicopata, essas relações têm o sentido de chocar as pessoas usando a imagem de outrem para exibir um encanto que supõe possuir.

- Comportamento extravagante e inconveniente, principalmente sob a ação de bebidas. Diz as coisas mais inapropriadas que se pode imaginar sob o efeito do álcool.
- Ausência de remorso e carência daquilo que se convencionou denominar de "freios inibitórios". Ao psicopata não há limite.

Psiquiatras brasileiros, em entrevistas ou peças acadêmicas, por vezes estudam genericamente características de ocupantes do Congresso Nacional e não encontram dificuldades para identificar delineamentos de feitios nessa linha hórrida. É certo que há psicopatas no Parlamento do Brasil.

Hugo Marietan, médico psiquiatra argentino e professor na Universidade de Buenos Aires, em entrevista ao jornal *La Nación*, fez a relação entre a psicopatologia e os políticos do seu país. Os apontamentos do especialista podem ser ambientados no cenário político mundo afora.

O argentino ainda observou como forte característica a manipulação que o indivíduo faz com habilidade. Em torno do dirigente psicopata se movem pessoas que querem satisfazê-lo. São seres subjugados; e diz o psiquiatra que inclusive pessoas de bom nível intelectual ficam adormecidas, como por encanto. De fato, essa criatura tem a singular capacidade, na política, de anestesiar a inteligência de sujeitos que, em outras circunstâncias, jamais avalizariam aqueles comportamentos e conceitos. Cultos, bem posicionados na sociedade, lideranças probas têm preferencialmente as suas mentes manipuladas, porque, com isso, com essa adesão, o psicopata conquista uma áurea de credibilidade.

O líder psicopata não percebe os cidadãos como pessoas com direitos, mas os considera como coisas, porque sempre trabalha para ele mesmo, ainda que em seu discurso diga tudo ao contrário. Ele fala em sacrifício pessoal, relata perseguições que diz sofrer por *defender o povo*, leva multidões às lágrimas quando descreve sofrimentos que diz experimentar por tomar posições que desagradam os inimigos – o político psicopata planta inimigos sem identificá-los.

O enredo se repete. O psicopata vê os cidadãos como simples instrumentos. Todos à volta existem para satisfazê-lo, e alguns o fazem como se estivessem sob o efeito de hipnose. É isso o que ocorre quando donas de casa, desempregados e estudantes, por exemplo, como se possuídos por uma força que não controlam, saem dos seus lares, com forte chuva ou sol abrasador, em-

punhando bandeiras e bradando palavras de ordem para defenderem aqueles que no fundo são os causadores das suas próprias desesperanças.

Quando o psicopata trata bem, não é um exercício de carinho: é parte do seu jogo de comprar vontades, de neutralizar consciências, o que ele faz com virtuosismo.

Perceba-se, ainda, o seguinte: um dirigente qualquer sabe que tem que exercer a sua função ou cargo durante um tempo, porque a vida é um círculo, a roda gira e a fila anda. Uma pessoa normal cumpre a missão, vai embora. O psicopata, não! Uma vez que está acima, ninguém pode tirá-lo e ele quer cada vez mais.

O executivo, o administrador corporativo, o empresário, o profissional um dia para. Olha as flores do seu jardim, viaja com a sua companheira de tantos anos, dedica-se aos netos, põe-se a ler, para manter a inteligência viva. O psicopata não sossega. Arrasta o poder até o túmulo. Nem a doença o afasta, porque do leito de hospital ele manipula seguidores ou lidera comparsas. E sem qualquer pudor, usa a própria doença para de alguma forma comover os seus crentes e tentar alguma vantagem mesmo dali, nos estertores da morte.

Isto não quer dizer, logicamente, que todos os políticos ou todos os líderes sejam psicopatas, mas sim que o poder é um ambiente onde eles se movem como peixes na água. Como o psicopata busca deslumbramento e poder, ele vê na política uma forma natural de tirar proveito da fragilidade e das necessidades das pessoas. E ali coloca em ação as suas principais habilidades: a mentira e a capacidade de manipular.

Como o poder é o seu estímulo, o psicopata não está alojado somente na sombra da política. Há psicopatas na diplomacia, na carreira policial, na magistratura. São espaços onde também podem mostrar ascendência e aproveitar serventias, desde o beber whisky de graça à custa daqueles a quem engambelam, até lograr preferência na fila de *check-in* de aeroportos. E na própria advocacia estão presentes essas personalidades psicóticas. Há advogados, por exemplo, que usam as prerrogativas a serviço do crime organizado. Aqui não está presente o profissional da defesa, mas um malévolo que se vale de concessões legais para amealhar fortuna a partir do conluio com bandidos da pior estirpe. Ou alguém acredita que as ordens do crime, de dentro dos presídios, chegam aos comparsas por telepatia? No exercício da medicina e em ações supostamente beneméritas, de assistência espiritual, há psicopatas que se valem do privilégio que exercem sobre a confiança das vítimas e o usam com diversas finalidades, desde o abuso sexual até a extorsão de dinheiro. São muitas as maneiras desses perversos buscarem satisfações; o poder para eles tem várias vestimentas.

As organizações de facínoras e narcotraficantes tanto custeiam a faculdade de direito para indivíduos desse perfil, quanto financiam campanhas de outros alienados morais para manterem um braço de proteção infiltrado no Judiciário, em governos e casas parlamentares. Essas pessoas, nos seus ofícios, praticam fraudes, repassam informações privilegiadas, acobertam delitos, pressionam autoridades, ajudam a burlar controles e, associados a essas máfias, corroem as instituições e contribuem para o infortúnio de um país inteiro.

A PSICOPATIA ENTRE OS SEXOS

Tem-se a psicopatia como mais frequente no sexo masculino, quando começa a se mostrar a partir dos 15 anos de idade, ganhando projeção aos 18 anos e permanecendo por toda a vida. Entre as mulheres o fenômeno tem significativa expressão, embora traga características próprias porque, pela sua natureza, elas tendem a ser mais discretas. O fato, aliás, leva a uma antiga pergunta: quem mente mais, homens ou mulheres? Estatisticamente aparecem os homens como principais atores da mentira, mas a ressalva advém da constatação de que mulheres possuem maior habilidade de dissimulação. Logo, não sendo este um estudo científico, pode-se dizer que homens e mulheres, com as adaptações para cada circunstância, ocupam um percentual similar no universo dos psicopatas.

ORIGEM DA PSICOPATIA

Até aqui se tratou, simplificadamente, sobre *quem* é o psicopata. Arrisque-se, agora, o percurso sobre a compreensão do *que* é a psicopatia. Será uma abordagem inconclusa, porque assim como inquieta os leigos é uma resposta que também perturba os especialistas. Alguns acreditam que o mal surge na infância, mas a tendência que prevalece é que a psicopatia está no DNA. A pessoa nasce com ela.

Para a neurociência, trata-se de um transtorno que tem a sua origem no cérebro, a partir de um dano no córtex pré-frontal. Há também sinalizadores de influência da amígdala. Não se confunda com as amígdalas palatinas, que são tecidos que protegem a faringe – onde ocorre a famosa amigdalite. A amígdala à qual os cientistas se referem se localiza no cérebro; é composta de uma massa cinzenta com cerca de dois centímetros de diâmetro e ali está o centro regulador do comportamento agressivo e das respostas emocionais e impulsivas; e o córtex pré-frontal é a parte do cérebro responsável pelos sentimentos. Essas duas estruturas que ajustam o comportamento social e a emoção parece não se comunicarem como deveriam, eis a explicação mais aceita com base em imagens de ressonância magnética.

CONCLUSÃO

Sendo algo fisiológico, não adianta punir ou ameaçar um psicopata. Ele nasce e morre acometido da mesma fragilidade moral. Por isso, especialmente em relação à política, a imprensa e os eleitores devem ter a sensibilidade para não serem vítimas ou instrumentos dessas personalidades doentias.

É relevante a sensibilidade para separar as pessoas dignas – e há; para identificar os patriotas – e há; para encontrar os cidadãos vocacionados para servir – e há. A nação que faz escolhas no exercício da cidadania deve, portanto, qual o faz a natureza, selecionar os melhores e afastar aqueles indivíduos que constituem esse universo insano e que tantas desgraças causam ao povo e aos seus países.

O contencioso administrativo tributário brasileiro: função judicante ou instância revisora de atos administrativos?

Raphael Silva Rodrigues[1]

> O processo administrativo democrático não é senão o encontro da segurança jurídica justa. Ele é uma das formas de concretização do princípio da legitimidade do poder, na medida em que se esclarecem e se afirmam os motivos das decisões administrativas. Tais decisões são questionadas e deslindadas no processo administrativo e, nessa sede, o poder, no exercício do qual elas foram adotadas, recebe a sua condição legítima própria. Quanto mais democrático for o processo administrativo, mais demonstrativo ele é da essência e da prática do exercício do poder em determinado Estado (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 34, n. 136, 1997, p. 7).

MERECIDA HOMENAGEM

Recebi, com muita honra, o convite dos Professores Drs. Francisco Pedro Jucá, Alberto Higa e Arthur Bezerra Jr., para participar de obra coletiva que irá render merecida homenagem ao estimado Professor Dr. Kiyoshi Harada, intitulada *Temas controvertidos do Direito Público contemporâneo*. Agradeço desde já aos organizadores pelo honroso convite.

A relevante contribuição prestada pelo Professor Dr. Kiyoshi Harada ao Direito Público brasileiro decorre de sua intensa e notória atividade acadêmica e profissional.

O Professor Dr. Kiyoshi Harada é um dos nomes mais conceituados em Direito Tributário e Direito Financeiro na América Latina, tendo sido autor de inúmeras obras jurídicas, além de exercer a docência em diversas instituições de ensino superior. Foi Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo, além de ter exercido outras inúmeras e relevantes atividades acadêmicas e profissionais na condição de operador do Direito.

1 Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Universitário em diversos cursos de Graduação e Pós-graduação Lato Sensu. Professor convidado do Curso de Doctorado em Ciencias Jurídicas y Sociales da UMSA, Buenos Aires, Argentina. Membro de diversos Conselhos Editoriais e Consultivos (livros e periódicos) e parecerista. Membro integrante de Bancas Examinadoras de Concursos Públicos. Autor e Coautor de livros, capítulos e artigos de revistas científicas. Advogado, consultor jurídico e parecerista.

Que Deus dê longa vida ao Professor Dr. Kiyoshi Harada. Somente um estudioso tão profundo em sua cultura, tão vivido em sua experiência, pode trazer uma palavra de alento a essa juventude que tanto precisa de esperança (e aos mais experientes – que, porventura, já a perderam).

1. INTRODUÇÃO

De início, destaca-se que os Tribunais Administrativos Fiscais, em sentido geral, são órgãos inseridos na estrutura administrativa, com o desiderato de solucionar os conflitos não jurisdicionais, a que podemos denominar como conflitos equivalentes aos tutelados pelo Poder Judiciário.

Segundo Fredie Didier Jr.,[2] os Tribunais Administrativos "são chamados de equivalentes exatamente porque, não sendo jurisdição, funcionam como técnica de tutela dos direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas" (DIDIER JR., 2017).

Em verdade, os Tribunais Administrativos Fiscais são essenciais ao controle de atos da administração tributária, ou seja, inserindo-se no poder de autotutela,[3] sendo que as decisões adotadas no âmbito administrativo vinculam a Administração Pública Fazendária.

Por outro lado, aos contribuintes é facultado recorrer ainda ao Judiciário para rever as decisões proferidas no âmbito dos processos administrativos fiscais. Ou seja, as decisões tomadas no âmbito da jurisdição administrativa podem ser revistas pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, reforça-se que as decisões proferidas pelos Tribunais Administrativos, em tese, não fazem coisa julgada, exceto à decisão desfavorável à Administração,[4] sendo passíveis de controle pelo Judiciário, tendo em vista o princípio estampado em nossa Carta Magna, da inafastabilidade do Poder Ju-

2 http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-27/

3 *Súmula 473 do STF.*

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

4 Decreto nº 70.235 de 1972:

Art. 45. No caso de decisão definitiva favorável ao sujeito passivo, cumpre à autoridade preparadora exonerá-lo, de ofício, dos gravames decorrentes do litígio.

Projeto de Lei da Câmara – nº. 1.701 de 2007:

Art. 1º O art. 45 do Decreto n° 70.235, de 6 de março de 1972, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

"Art. 45 .....

Parágrafo único. Das decisões dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, favoráveis ao contribuinte, de que não caiba recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, bem como das decisões favoráveis ao contribuinte dessa Câmara Superior, não cabe qualquer tipo de recurso, administrativo ou judicial, por parte da Fazenda Nacional (https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=488531&filename=Tramitacao-PL+1701/2007).

diciário.[5] Isso porque, ao contrário do que acontece em outros países, o Brasil possui uma jurisdição administrativa submetida à revisão do Poder Judiciário.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já evidenciou que aos contribuintes é facultado o exercício jurisdicional, tendo como consequência lógica a renúncia da via administrativa.[6]

Dessa forma, não sendo necessário o esgotamento da via administrativa para acionar o Poder Judiciário e ante a concretização (ou não) da coisa julgada material, a tendência é desconsiderarmos os Tribunais Administrativos como verdadeiros Tribunais. Ocorre que, com o passar dos tempos, percebemos que a jurisdição administrativa em matéria fiscal assume papel relevante, tanto política quanto economicamente.

Feito este breve introito, abordaremos neste artigo as funções dos Tribunais Administrativos para que possamos concluir, ao final, sobre a sua função judicante ou como uma instância revisora de atos administrativos, o que não desmerece a função, não se olvidando da competência e da qualidade técnica destes órgãos administrativos fiscais.

2. DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO ADMINISTRATIVO: A UNIDADE FUNDAMENTAL DO DIREITO

Na brilhante tese de doutoramento de Misabel Abreu Machado Derzi, na Universidade Federal de Minas Gerais, publicada pela Editora Revista dos Tribunais,[7] é marcante o prefácio de Geraldo Ataliba, integrante da Banca examinadora. Apontando as dificuldades enfrentadas pelo pesquisador científico, num país "cuja política é marcada por alarmante imediatismo e por um falso pragmatismo", denuncia que "até mesmo a Universidade – que devia ser o ambiente propício ao desabrochar, desenvolvimento e cultivo do espírito científico – foi transformada, pelo imediatismo, oportunismo e superficialidade, de mãos dadas com a incompetência, em centro irresponsável de complacência e mediocridade".

Assevera que "nosso ambiente universitário se tornou também negativo, após as profundas marcas que o autoritarismo, que o violentou, lhe deixou, de tal sorte a podermos afirmar que as raras pessoas que conseguem nela realizar atividade especulativa, o fazem heroicamente, quase que 'contra tudo e contra todos'. Em seguida, denuncia o grave erro que contaminou o próprio nascimento do Direito Tributário no Brasil:

---

5 Art. 5º [omissis]:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

6 Cf. RE 469.600 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 8-2-2011, 1ª T, DJE de 3-3-2011.

7 DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

> O próprio surgimento do direito tributário, no Brasil, dá-se em condições as mais precárias, típicas, aliás, de um subdesenvolvimento muito evidente, seja das atividades econômicas, seja das culturais. Mal começa alguma meditação nesta seara, na década de 40, e já desponta a malfadada tese da autonomia do direito tributário, fruto de uma equivocada importação doutrinária européia. Em conseqüência, fixam-se – sem nenhuma discussão ou aprofundamento crítico – premissas de um raciocínio, que nem sequer captou o espírito, a direção e as razões do debate em torno da autonomia do direito tributário, travadas, décadas antes, na Europa. Até hoje, pagamos pesadíssimo tributo à inconseqüente afirmação da autonomia do direito tributário, nos termos em que foi posta, no Brasil.
>
> Ao contrário de se perceber que toda discussão desenvolvida na Europa, a esse respeito, tinha em vista assegurar, nesse campo, a autonomia do jurídico, relativamente ao pré-jurídico e, portanto, a autonomia da ciência do direito, diante da ciência das finanças, da economia, da contabilidade, da administração etc., entendeu-se – de modo primário e comprometedor da cultura jurídica brasileira, em geral – que o direito tributário era um ramo autônomo do direito, ensejando entender-se que os estudiosos estariam dispensados de conhecer o direito constitucional, administrativo, processual, privado; os demais ramos do direito, enfim.

E afirma, de forma contundente: "Não se percebeu que aquela unidade fundamental do direito, em que tanto insistiram os grandes juristas – inclusive o nosso Ruy Cirne Lima – é a posição básica para o início de qualquer elaboração científica, rentável, sólida, consistente, responsável e conseqüente" (grifou-se).

Prosseguindo, aponta o tributo como um dos mais antigos institutos do Direito Constitucional e o lançamento como "*ato administrativo*". E faz severa advertência:

> É preciso que os constitucionalistas, como os juristas em geral, saibam que nenhuma peculiaridade maior apresenta o direito tributário que o afaste do universo geral do direito, e, ainda, é preciso que saibam que a unidade fundamental do direito não perdoa nem justifica a desconsideração com que tem sido visto o direito tributário pelos juristas em geral (por culpa dos tributaristas, que aos olhos de terceiros passam por conhecedores do direito, quando não são mais que contabilistas dos regulamentos).

Assevera, em suas agudas críticas, que "os nossos estudiosos do direito só excepcionalmente interessam-se pelo estudo da teoria geral do direito; na generalidade dos casos, limitam-se à mera exegese da letra da lei. Isso é, ao mesmo tempo, causa e conseqüência do nosso subdesenvolvimento cultural". Coloca, em expressivos termos, que o exemplo oriundo da Europa é precisamente o inverso do que cultuamos:

> Na Alemanha, onde todos os fatores tradicionalmente militaram em sentido diferente, mesmo porque a sua cultura é rica e sólida, todo doutrinador de

> direito tributário, antes credenciou-se como doutor em direito constitucional ou administrativo, partindo daí para o estudo do direito tributário. Não se registra um só nome de ressonância nesta área, na Alemanha, de 1920 para cá, que, antes não tenha sido especialista em direito público.
>
> Na Itália, os maiores administrativistas sempre dedicaram uma parte de sua atenção a esse ramo do direito administrativo, que é o direito tributário, trazendo-lhe o aporte das riquezas da elaboração teórica desenvolvida nessa área do direito público.

Seguindo os passos de Geraldo Ataliba, sempre entendemos o Direito Tributário como *capítulo* do Direito Administrativo, do qual não pode ou não deve jamais ser dissociado. A visão contrária (autonomista) apenas explica por que motivo tem sido tão pouco compreendida e estudada, entre os operadores do Direito Tributário, a chamada *presunção de legitimidade do ato administrativo*.

Essa deficiente compreensão decorre, inclusive, da diminuta importância que se tem dado ao estudo da *Teoria dos Motivos Determinantes*. Alguns *tributaristas* (para usar a linguagem de Geraldo Ataliba) certamente dirão: ora, mas esse é um instituto de Direito Administrativo! Não resta a menor dúvida de que é. Mas não é menos verdadeiro afirmar que Direito Tributário é Direito Administrativo. Outrossim, lançamento é ato administrativo. E não nos esqueçamos da lição de Alfredo Augusto Becker: "*também* o Direito Administrativo goza de uma 'autonomia' apenas didática".[8]

Por fim, referindo-se diretamente à própria pessoa de Misabel Derzi, diz Geraldo Ataliba: "Não é presa pelo mesquinho, tacanho preconceito, da autonomia do direito tributário, obsessão que comprometeu até mesmo o trabalho de grandes inteligências brasileiras. Misabel conhece o direito em geral e já percorreu diversas de suas sendas, de tal forma a saber, criteriosamente, qual a exata dimensão do significado da unidade geral do sistema" (grifou-se).

Essa orientação já havia sido sustentada por Geraldo Ataliba em seu clássico *Hipótese de Incidência Tributária*:

> O estudo do direito tributário material responde às questões: quem deve pagar; a quem pagar; quando se está na contingência de pagar. Já as questões: como se deve pagar; que ocorre se não se pagar; quais as conseqüências da fuga ao dever de pagar; que procedimentos se podem adotar para impugnar exigência de pagamento irregular etc., não são de direito tributário material, mas de direito administrativo tributário.
>
> A norma jurídica tributária encerra, pois, em síntese e principalmente, o mandamento "pague dinheiro ao Estado".
>
> (...)
>
> E assim, só as normas que impõem este comportamento constituem o direito tributário material.

8 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 29.

> Às que criam obrigações e deveres de outro tipo, contemplando comportamentos com outros objetos, convencionou-se discernir, por razões didáticas, das propriamente tributárias. Integram de modo geral o direito administrativo (requisições).
>
> (...)
>
> Cientificamente, não há distinção possível entre a matéria tributária e a administrativa, porque ontologicamente os respectivos sistemas de normas obedecem ao mesmo regime, se informam pelos mesmos princípios gerais e adotam as mesmas categorias e institutos gerais. São relações entre parte e todo (grifou-se) (ATALIBA, 1984, p. 38-39).

A mesma linha de advertência já fora afirmada também por Alfredo Augusto Becker, quando denunciou a existência daquilo que denominou *manicômio jurídico tributário*. Suas palavras são reveladoras de fina ironia, mas também de veemente indignação:

> Pela simples razão de não poder existir regra jurídica independente da totalidade do sistema jurídico, a autonomia (no sentido de independência relativa) de qualquer ramo do direito positivo é sempre e unicamente didática para, investigando-se os efeitos jurídicos resultantes da incidência de determinado número de regras jurídicas, descobrir a concatenação lógica que as reúne num grupo orgânico e que une este grupo à totalidade do sistema jurídico (BECKER, 1998, p. 31).

Noutra passagem, Becker é enfático:

> O verdadeiro e genuíno sentido da expressão "autonomia" é o Poder (capacidade de agir) de o Ser Social impor uma disciplina aos indivíduos (que o estão, continuamente, criando) e a si próprio numa autolimitação. Este é o genuíno conteúdo jurídico da expressão "autonomia", conforme demonstra Francesco Calasso, Professor de História do Direito, na Universidade de Roma, em belíssima exposição, concluindo que a expressão "autonomia", concebida no seu verdadeiro sentido jurídico é o mais fundamental princípio da fenomenologia do direito porque designa a **capacidade de criar o Direito Positivo.**
>
> Por isto o Direito Tributário pode ou não fazer certas coisas (não porque é um ramo "autônomo" do direito), mas, pura e simplesmente, porque é direito positivo. Para que o Direito Tributário possa criar princípios e conceitos próprios e específicos, não é necessário recorrer a uma "autonomia". Basta continuar a ser o que sempre foi: jurídico, pois a criação e incidência de toda e qualquer regra jurídica necessariamente deformam a realidade (esta realidade pode ser fato econômico ou fato jurídico) e impõem um determinismo artificial à conduta humana. Talvez fosse melhor dizer "o que deveria ter sido", pois uma forte corrente doutrinária moderna – sob a ilusão de defender e contribuir para o progresso do Direito Tributário – insiste, precisamente, em destruir o que nele há de jurídico. Em nome da defesa do Direito Tributário, eles matam o "direito" e ficam apenas com o "tributário" (grifou-se) (BECKER, 1998, p. 30-31).

Não é necessária sensibilidade aguçada para perceber o quanto Becker se envolveu – do ponto de vista emocional – com a pregação de suas ideias. Prefaciando a obra, conta Paulo de Barros Carvalho: "Quando lhe perguntei o que havia sentido ao escrever o capítulo 'Sistema dos Fundamentos Óbvios', respondeu-me que o escrevera com tanta emoção que, algumas vezes, chegara a entortar a pena da caneta" (BECKER, 1998, p. VII). Talvez seja essa forte dose de emoção que o tenha levado, prematuramente, em 1986. Seu extremado esforço, no sentido de abrir os olhos dos estudiosos desse segmento do Direito parece ter-lhe minado as forças. E sua denúncia caiu no vazio por vários anos.

Assim, faz-se necessário, sempre, reavivar seu "declarado propósito de promover a reeducação mental dos juristas, em face do direito tributário, modificação cuja tônica apontava para o retorno aos princípios da Filosofia e da Teoria Geral do Direito, justamente porque o direito tributário, antes de ser tributário, era e é direito" (BECKER, 1998, p. VI).

As posições de Ataliba, Becker e tantos outros juristas de nomeada em nosso país são também visíveis na doutrina estrangeira. José Casalta Nabais, em Coimbra, coloca o Direito Tributário como ramo especial do Direito Administrativo, asseverando:

> porque o direito fiscal é um direito administrativo especial, nele hão de vigorar, a fortiori, os princípios constitucionais do direito administrativo, mormente as garantias dos contribuintes especificamente exigidas pelo princípio da legalidade fiscal. (...)
>
> (...) este ramo do direito é, do ponto de vista substancial, fundamentalmente, direito constitucional e direito administrativo – ou, na terminologia alemã ainda hoje usada para referir estes dois ramos do direito em conjunto, Staatsrecht... (...) há que ter em conta as relações intercorrentes entre o direito fiscal e o direito administrativo geral, impedindo que entre eles se estabeleça um regime de apartheid capaz de conduzir ao "isolamento intelectual" daquele, assim se prejudicando irremediavelmente a visão do direito fiscal como um ramo especial do direito administrativo, no qual, dada a carga agressiva que o Estado assume, há que desenvolver toda uma série de princípios muito para além das exigências do direito administrativo geral (NABAIS, 1998, p. 10).

Verifica-se, portanto, que o Direito Tributário está intimamente ligado a dois grandes temas referentes à organização da vida em sociedade; a liberdade e a propriedade. Se por um lado, uma das funções primordiais do Estado moderno é garantir as liberdades individuais e o direito à propriedade, por outro lado, a consecução desses fins somente se dá através de sua limitação pela tributação, indispensável, portanto, para a manutenção do aparato estatal.

3. DAS FUNÇÕES DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

A importância do tema na órbita administrativa-tributária, como adverte James Marins, também possui, à primeira vista, cunho científico-metodológi-

co, pois o "Direito Processual Tributário é um ramo do Direito Processual, ao lado do Processual Civil, do Processual Penal ou do Processual Administrativo".[9] Só que não se limita a tal fato, pois ao trazer os ensinamentos de Sainz de Bujanda que "a la Administración pública no puede serle extraño el objetivo de justicia",[10] explica que:

> a "processualidade" enquanto voltada para a solução de conflitos entre particulares deduzidos perante a Administração (como ocorre com freqüência no bojo de certames licitatórios) ou conflitos entre o particular e a própria Administração (como sucede no bojo dos processos administrativos tributários), é matéria que está muito mais próxima da disciplina processual que da administrativa e, dessarte, muito mais afeta a um "Direito Processual Administrativo" que a um "Direito Administrativo Processual" (MARINS, 1998, p. 149).

Cumpre salientar que a função administrativa ativa é aquela função em que não permite ao Estado qualquer inovação no ordenamento jurídico, sendo atividade típica desenvolvida pelo ente e por seus delegados, sob o regime de Direito Público.

Neste aspecto, o Estado está vinculado à aplicação concreta da Lei, atuando por razões de interesse ou utilidade pública, *v.g.*, o lançamento tributário realizado pela Administração ou por seus agentes, quando edita unilateralmente um ato administrativo apto a produzir seus efeitos na esfera jurídica de terceiros.[11]

Nesse diapasão, podemos afirmar que estamos diante da função típica do Poder Executivo, no que tange à aplicação do princípio da legalidade, vinculando todos os atos da Administração à Lei, em sentido amplo.

Por outro lado, a função administrativa judicante é definida como função atípica da Administração, visando à solução dos litígios e a correta aplicação das leis tributárias pelas autoridades fiscais.

Nesta linha, diversamente do objetivo da função típica (ativa), que busca o interesse público consubstanciando nos atos administrativos para aplicação da legislação tributária, como a arrecadação, a função atípica (judicante), por sua vez, visa à "preservação da ordem jurídica globalmente considerada, ameaçada ou lesada por um ato da Administração Pública que seja contrário ao direito"[12] (MALERBI, 2002, p. 124).

---

9 MARINS, James. *Princípios Fundamentais do Direito Processual Tributário*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 137.

10 BUJANDA, Fernando Sainz de. *Hacienda y Derecho I.* Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1975.

11 BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Curso de Processo Administrativo Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 54.

12 MALERBI, Diva. Processo Administrativo Tributário. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Processo Administrativo Tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 124.

Dessa forma, entende-se que no exercício da administração judicante, a relevância passa a ser na proteção dos direitos subjetivos dos contribuintes que estão sujeitos às lesões que podem surgir em decorrência dos atos ou da atuação administrativa.[13]

Em outras palavras, cumpre ao órgão julgador no âmbito administrativo apreciar a matéria apresentada pelo contribuinte quanto à aplicação correta da lei nas diversas situações em que lhe forem imputadas condutas sujeitas à responsabilização.

Nesse sentido, a Administração Pública tem sua atuação limitada, por força de lei, de acordo com a disposição contida no artigo 142 do Código Tributário Nacional,[14] *in verbis*:

> Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.
>
> Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Ademais, por expressa previsão legal e considerando a vinculação da atuação da Administração à norma, *a priori*, não se permite aos órgãos judicantes administrativos a possibilidade de revisão, alteração ou cancelamento do procedimento em face de matéria constitucional, até então, não questionada em Juízo.

Sob esta ótica, já advertiu Hugo de Brito Machado Segundo:

> É certo que os doutrinadores que defendem a possibilidade de a Administração declarar a inconstitucionalidade de uma lei têm o propósito de preservar a supremacia da Constituição, e dar máxima efetividade ao devido processo legal administrativo, à ampla defesa e ao contraditório.
>
> Mas, não se pode negar, a tese pode ser empregada também para outras finalidades menos nobres, até porque, em última análise, admitir que a administração deixe de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, independentemente de pronunciamento do Judiciário, implica atribuir ao Executivo a faculdade de julgar as leis às quais está submetido, atribuição que em muito se assemelha ao disposto nas Ordenações Filipinas, segundo as quais "nenhuma lei, pelo rei feita, o obriga, senão enquanto ele, fundado na razão e igualdade, quiser a ela submeter o seu poder real" (SEGUNDO, Livro 2, Título 35, § 21).[15]

13 BOTTALLO, *op. cit*. p. 54.

14 Lei Federal nº 5.172 de 25 de outubro de 1966.

15 MACHADO SEGUNDO. Hugo de Brito. Impossibilidade de Declaração de Inconstitucionalidade de Lei pela Autoridade Administrativa de Julgamento. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 98, 2003.

Resta demonstrado, portanto, que a função judicante atribuída aos Tribunais Administrativos, possui atipicidade, ressaltando que cabe a estes tribunais, em síntese, a revisão dos atos administrativos praticados, com vistas a manter intactos os princípios constitucionais e aqueles norteadores da Administração Pública.

4. PODER JUDICIANTE: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Trata-se de matéria não pacificada na doutrina, observando-se que o tema é mesmo controverso entre juristas e aqueles que defendem a tese da possibilidade de negativa de aplicação de lei por inconstitucionalidade, incluídos assim na parte clássica doutrinária, anterior à Constituição Federal de 1988, podendo citar Miguel Reale, Themístocles Brandão Cavalcanti e Carlos Maximiliano.

Inclusive, Brandão Cavalcanti sustenta que o Poder Executivo apenas poderá negar aplicabilidade de lei quando *a* "inconstitucionalidade esteja acima de qualquer dúvida razoável e havendo razões poderosas para a sua decretação"[16] (CAVALCANTI, 2012, p. 527).

Já Carlos Maximiliano (2015) assevera que *o* "Executivo reprime os excessos do Congresso por meio do veto e do direito de não cumprir as leis manifestamente inconstitucionais"[17] (MAXIMILIANO, 2015, p. 252).

Lado outro, no que tange, especificamente, à matéria tributária, Valdir de Oliveira Rocha entende que a consulta fiscal realizada perante os órgãos da Administração Tributária possui o condão de submeter à análise deste ente, toda a legislação tributária, cabendo a apreciação quanto à constitucionalidade ou ilegalidade de ato normativo.

Ainda nesse sentido, segundo lições de Oliveira Rocha (1996), incumbe ao órgão o atendimento das dúvidas suscitadas pelo contribuinte, cabendo o reconhecimento da matéria referente à inconstitucionalidade e ilegalidade normativa.[18]

Por outro lado, a doutrina majoritária tem aplicado a tese quanto à impossibilidade de enfrentamento da matéria de inconstitucionalidade normativa, destacando-se o entendimento de Zeno Veloso que refuta qualquer negativa de aplicação de lei por inconstitucionalidade no âmbito da Administração Pública, se posicionando da seguinte forma:

16 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Lei. Inconstitucionalidade manifesta recusa ao seu cumprimento pelo Executivo - legitimidade desse procedimento - veto já anteriormente manifestado. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 5, p. 527, maio/2011, DTR\2012\1137.

17 MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005, p. 252.

18 ROCHA, Valdir de Oliveira. *A Consulta fiscal*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 37.

> Permitir que este poder, ex propria auctoritate, cancele a eficácia de norma jurídica, porque reputa contrária à Constituição, é consagrar tese perigosíssima, que pode pôr em risco a democracia, num País em desenvolvimento, como o nosso, com tantas e tão graves limitações e carências, com uma vocação histórica - e até o momento incontrolável - para o autoritarismo, com um executivo verdadeiramente formidável e imperial, significando o princípio da divisão de poderes quase uma letra morta no texto Magno[19] (VELOSO, 2000, p. 322-323).

Corroborando este entendimento, Hugo de Brito Machado Segundo[20] sustenta que a permissão para que o Conselho de Contribuintes não aplique uma norma, tendo em vista considera-la inconstitucional, seria atribuir ao Poder Executivo a faculdade de julgar as leis às quais se encontra submetido, colocando em risco a eficácia do mandamento legal.

E nesse cenário, alguns autores entendem que a matéria é de competência exclusiva do Poder Judiciário, não somente de lei, em sentido estrito, mas incluindo-se os decretos executivos, ainda que contrários à Lei Magna, devendo estes serem aplicados integralmente pelos Conselhos, enquanto não revogados pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, Dejalma de Campos assevera que a "Justiça tributário-administrativa assegura obrigatoriamente a aplicação de textos, ainda quando espúrios"[21] (CAMPOS, *op. cit*., p. 98).

Some-se ainda que existem entendimentos favoráveis ao controle de constitucionalidade pelo órgão Executivo, salientando que no exercício da competência do Conselho, uma vez suscitada matéria de inconstitucionalidade, pode-se conhecer e decidir acerca de tal alegação.

E assim, segundo entendimento de Gastão Luiz Lobo, citado na obra de Dejalma de Campos, a Segunda Instância Administrativa possui a função de analisar e exercer o controle de constitucionalidade e legalidade dos atos administrativos de natureza tributária e, constatada a afronta a dispositivos constitucionais ou legais, o Conselho de Contribuinte não só pode como deve anular este ato ao fundamento de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Ainda segundo Lobo, dessa forma, não estaria o Conselho declarando a inconstitucionalidade da lei, mas exercendo o que o STF entende e já reconheceu à Administração Pública em geral, de anular ou revogar os próprios atos quando eivados de tais defeitos.

Este é o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o enunciado de nº 473, em que a Administração Pública *pode anular seus próprios atos,* "quando eivado de vícios que os tornam ilegais, porque deles

19 VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 322- 323.

20 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei pela autoridade administrativa de julgamento. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 98, 2003, p. 98.

21 CAMPOS, *op. cit*., p. 98.

não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial[22]".

Neste diapasão, vislumbramos que a Suprema Corte baseou seu entendimento na aplicação do princípio da autotutela que, determina à Administração Pública a verificação do ato que ofenda a Constituição Federal ou até mesmo a legislação infraconstitucional, se abstendo de convalida-lo, posto que viciado.

E mais, a remessa da matéria à apreciação do Judiciário no desiderato de invalidá-lo pode ocasionar prejuízos aos administrados, aos cofres públicos e até mesmo ferir o princípio da celeridade.

Dessa forma, considerando o princípio supracitado e o entendimento sumulado pelo STF, a Administração deve invalidar os atos administrativos revestidos de inconstitucionalidade.

E pelos ensinamentos de Roque Antônio Carrazza (1991), pode-se extrair a lição de que "o administrador público e o juiz – por não serem senhores, mas servidores da lei – estão intensamente subordinados à Constituição, inclusive a seus magnos princípios. É a ela, antes da própria lei, que devem mirar, enquanto desempenham suas relevantes funções"[23] (CARAZZA, 1991, p. 150).

Noutro giro, no que concerne ao princípio da separação dos poderes, que no entendimento de alguns juristas, seria matéria reservada exclusivamente ao Poder Judiciário a função de análise da constitucionalidade das normas, salientamos que esta função não possui o "monopólio" deste Poder, mas a incumbência do controle final e derradeiro da constitucionalidade das normas.

Assim, em análise do próprio texto constitucional, não se verifica nenhum óbice ao Poder Executivo, no exercício de suas atribuições administrativas e no caso concreto, negar a aplicação de lei tida por inconstitucional, direcionando para o adequado desempenho de suas funções.

Juarez Freitas, por exemplo, nos ensina que a aplicação do princípio da legalidade é de suma importância, haja vista que traz a noção de guarda da constitucionalidade pela Administração Pública, *ex vi* do artigo 23, inciso I da Constituição Federal de 1988, que remete ao controle de conformidade de seus atos não apenas com as Leis, mas considerando todas as regras e princípios constitucionais.[24]

Por sua vez, Gilmar Ferreira Mendes[25] entende que, após a Constituição Federal de 1988, vislumbra-se a possibilidade de deflagração do controle judi-

22 STF – Súmula nº. 473 – Aprovação em Sessão Plenária de 03/12/1969 – Publicação no DJ de 10/12/1969, p.5929.

23 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 3. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 150.

24 FREITAS, Juarez. A guarda da constituição pela própria administração pública. *Revista de Direito do Estado*, Ano 4, nº 15, p. 131-149, jul./set. 2009. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009, p. 148.

25 MENDES, Gilmar. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 20, p. 11, jul./1997; *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*,

cial pelo Chefe do Executivo, posicionando acerca da ampliação dos agentes legitimados processualmente para acionar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade perante o STF, o que respalda o entendimento de que cabe ao Judiciário a apreciação da matéria.

Em outro ponto de vista, agora pela estrita legalidade, o Conselho de Contribuintes, como de regra, não poderia julgar a inconstitucionalidade da lei.

Todavia, este acentuado entendimento positivista nos moldes e na concepção do *Direito Tributário Moderno* clama para que os Conselhos apliquem as normas e os atos que estão em consonância com a Constituição, valendo-se do parâmetro da segurança jurídica e da justiça fiscal.

Nesse sentido, aponta-se a tendência da Administração Tributária para exercer o controle da juridicidade, tanto da constitucionalidade, como da legalidade das normas tributárias, pautando-se pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Ademais, um exemplo deste controle exercido pela Administração está consubstanciado na orientação da Administração Pública Federal, realizada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) de não se aplicar ato normativo reconhecidamente ilegal ou inconstitucional pela jurisprudência pacífica e majoritária, conforme contido na Lei nº 10.522 de 2002.

No caso em específico, os Procuradores da Fazenda Nacional estão autorizados[26] a não contestar ou recorrer[27] em processos que tratem de *matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda*.[28]

A doutrina que defende a possibilidade de os órgãos de julgamento administrativo conhecerem da matéria de inconstitucionalidade de leis e atos normativos se arrima no dispositivo constitucional do artigo 5º, inciso LV, que trata das garantias da ampla defesa e do contraditório, aplicáveis aos processos administrativos, vislumbrando a criação de uma jurisdição administrativa.[29]

Nesse sentido, a autoridade julgadora, seja no âmbito judicial ou administrativo, não pode se eximir de "apreciar todas as questões levantadas pelos litigantes, inclusive e principalmente as de natureza constitucional. Se não o fizer, estará violando direito individual dos interessados".[30]

---

vol. 5, p. 205, jul./1997, DTR\1997\319.

26 Cf. https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/legislacao-e-normas/documentos-portaria-502/lista-de-dispensa-de-contestar-e-recorrer-art-2o-v-vii-e-a7a7-3o-a-8o-da-portaria-pgfn-no-502-2016

27 Portaria nº 502, de 12 de maio de 2016.

28 Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2010, p. 7.

29 MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro (administrativo e judicial).* 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 355.

30 Acórdão 108-01.182, da 8ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes da União, sessão de 14/06/1994.

Todavia, apesar das orientações doutrinárias com respaldo no texto constitucional a favor da apreciação e o julgamento da matéria relativa à constitucionalidade das normas, inclusive aplicando as regras e princípios que regulam o processo administrativo-tributário, alguns Estados editaram normas que vedam, expressamente, o pronunciamento sobre a matéria constitucional, exemplificando através da Lei do Estado de Minas Gerais.[31]

Outro exemplo de legislação estadual, porém, neste caso, aplicando o controle de constitucionalidade, é a do Estado do Amazonas[32] que prevê, *in verbis*:

> Art. 252. A decisão de primeira instância resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá para a procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, definindo, desde logo, num e noutro caso, os seus efeitos e determinando a intimação das partes, a ser feita nos termos do artigo seguinte.
>
> **§ 1º** A autoridade julgadora fará a apreciação de todas as questões suscitadas, à luz da Constituição, das leis, dos regulamentos e demais normas, segundo o grau hierárquico e formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias extraídas do processo, às alegações constantes dos Autos e à apreciação da prova (grifo nosso).

No âmbito federal, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) editou súmula, após acórdãos paradigmas proferidos, no sentido de considerar que o aquele Conselho "não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".[33]

E nessa toada, em julgamentos[34] no CARF, tem sido reiterada de forma concisa a impossibilidade de se pronunciar sobre matéria de inconstitucionalidade:[35]

> (...). MATÉRIAS DE CUNHO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. Nos termos do enunciado da Súmula CARF nº 2, o Tribunal Administrativo Tributário Federal de 2ª Instância não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Recurso que não se conhece. (...).

31 Lei estadual n.º 6.763, de 26 de dezembro de 1975, art. 182, I.

32 Lei Complementar 19, de 29 de dezembro de 1997 (https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/1997/810/810_texto_integral.pdf).

33 Súmula CARF nº 2 (http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1).

34 CARF. Proc. 10820.000940/2008-64. Relatora Ângela Sartori. Nº. Acórdão 3401-002.968. Sessão 19/03/2015.

35 CARF. Proc. 10660.723497/2010-06. Relator Paulo Mateus Ciccone. Acordão nº. 1402-005.248. Sessão de 09/12/2020.

No âmbito estadual, o Tribunal de Impostos e Taxas da Fazenda do Estado de São Paulo sinalizava, há muito, a possibilidade de enfrentamento da matéria: "*O Egrégio Tribunal de Impostos e Taxas por qualquer de suas Câmaras é competente para deixar de aplicar lei inconstitucional ou decreto ilegal em casos concretos*".[36]

Já no âmbito municipal, em Belo Horizonte, por exemplo, existe previsão expressa na norma que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação da legislação municipal.[37]

Ainda nesse sentido, o Conselho Administrativo de Recursos Tributários (CART), em seus julgados, reflete a disposição normativa, conforme acórdão abaixo colacionado:

> [...] em sede do contencioso administrativo, de injustiça ou inconstitucionalidade a fim de tornar inaplicável a Lei que determina a imposição e fixa os respectivos percentuais, sobretudo por não se incluir na competência do CART-BH a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação da legislação municipal (...).[38]

Portanto, no âmbito administrativo-fiscal, não se olvidando dos argumentos favoráveis por parte da doutrina, os órgãos julgadores tendem a afastar de sua apreciação as teses relativas à inconstitucionalidade ou ilegalidade de atos normativos, embasando nas próprias normas internas ou em seus regimentos, o que atrai, assim, a inexistência (*ou até omissão*) do poder judicante aos tribunais administrativos fiscais

5. CONCLUSÃO

A partir da análise e interpretação de todo o arcabouço doutrinário e normativo, verificamos que existe a possibilidade de apreciação pelos Tribunais

36 Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Proc. 2713/1995. Sessão de Câmaras Reunidas de 30/05/1995. Publicação no Diário Oficial do Estado em 25/07/1995.

37 Decreto nº. 14.456 de 16 de junho de 2011.

Art. 1º - Ao Conselho Administrativo de Recursos Tributários do Município – CART-BH, órgão integrante da estrutura da Secretaria Municipal Adjunta de Arrecadações da Secretaria Municipal de Finanças, compete decidir, em primeira e segunda instância administrativa, os contenciosos decorrentes de relação jurídica estabelecida entre o Município de Belo Horizonte e o sujeito passivo de obrigação tributária, concernentes aos créditos tributários, bem como aos atos administrativos referentes à matéria tributária, conforme dispuser este Regulamento.

§ 1º - Ficam excluídos da competência do CART-BH o julgamento de impugnação de resposta exarada pelo órgão competente em face de consulta sobre a interpretação e aplicação da legislação tributária municipal, assim como a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação da legislação municipal.

38 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários. Proc. 01-045.369/13-39. Relatora Luzia Jaqueline Domingos Costa. Acórdão 9.930/1 – Publicação 28/02/2015.

Administrativos de matéria afeta à inconstitucionalidade de lei ou de ilegalidade de atos normativos, com respaldo em dispositivos constitucionais que, *a priori*, autorizam os órgãos administrativos julgadores, aplicando o princípio da segurança jurídica, da justiça fiscal e da autotutela, enfrentar as questões trazidas pelos contribuintes no que tange ao controle de constitucionalidade e legalidade de atos normativos tributários.

Nesse sentido, diversamente do entendimento favorável da doutrina, os órgãos administrativos, com base em normativas no âmbito de sua territorialidade, afastam a apreciação da matéria, eximindo-se do enfrentamento e submetendo à competência exclusiva do Poder Judiciário. Ou seja, a Administração Tributária exerce seu papel de reprodutora das disposições legais, sustentando não ser competente para a análise das questões constitucionais postas em discussão.

Ademais, veda-se o pronunciamento pelo órgão administrativo pela inconstitucionalidade, considerando sua incompetência no julgamento destas questões, de acordo com entendimento majoritário dos Conselhos Administrativos Fiscais.

Todavia, o reconhecimento da Lei Maior como pilar para todo e qualquer ato normativo implica no controle pela Administração dos seus atos jurídicos, em conformidade com o texto constitucional.

Mesmo diante da sólida fundamentação da doutrina, com respaldo na Constituição Federal de 1988, como exemplo, o Decreto nº 70.235 de 1972 e o Regulamento do CARF vedam aos membros das turmas de julgamento a negativa de aplicação da legislação sob o fundamento da inconstitucionalidade.

Contudo, determina que sejam respeitados os precedentes formados pelo plenário do STF em decisão definitiva, ainda que não se tenha proferido em controle concentrado de constitucionalidade, bem como os precedentes dos Tribunais Superiores, sob o rito de julgamento por recursos repetitivos ou pela reconhecida repercussão geral.

Dessa forma, não se pode olvidar que a Constituição da República é a fonte normativa originária e principal, assim como seus princípios e regras jurídicas insculpidas em seus dispositivos, estando a Administração Pública obrigada a pautar sua atuação da forma como estabelece a Carta Maior, pois, admitir-se o contrário, configura flagrante retrocesso na garantia da defesa e dos direitos dos administrados, leiam-se, contribuintes.

Concluímos, portanto, que os Tribunais Administrativos atuam como instâncias acauteladoras dos atos administrativos, seja para mantê-los ou revisá-los, afastando, assim, o poder judicante próprio dos órgãos do Poder Judiciário, de modo que, organicamente, pertencem à estrutura administrativa (Poder Executivo) e não tribunais propriamente ditos (Poder Judiciário).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, *Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BELO HORIZONTE (MG). *Decreto Municipal nº 14.456, de 16 de junho de 2011*. Disponível em: https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao/decreto/14456/2011. Acesso em: 11 jun. 2021.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Lejus, 1998.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Curso de Processo Administrativo Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 70.235, de 06 de março de 1972*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. *Parecer PGFN/CRJ nº 492, de 30 de março de 2011*. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/atos-da-pgfn-1/pareceres-da-pgfn-aprovados-pelo-ministro-da-fazenda/2011/PARECER%20CRJ%20492-2011.pdf/view. Acesso em: 11 jun. 2021.

BUJANDA, Fernando Sainz de. *Hacienda y Derecho I*. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1975.

CAMPOS, Dejalma de. *Direito Processual Tributário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1998

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Lei. Inconstitucionalidade manifesta recusa ao seu cumprimento pelo Executivo - legitimidade desse procedimento - veto já anteriormente manifestado. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 5, p. 527, maio/2011, DTR\2012\1137.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ESTADO DO AMAZONAS. *Lei Complementar 19, de 29 de dezembro de 1997*. Disponível em: https://online.sefaz.am.gov.br/silt/Normas/Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Estadual/Lei%20Complementar%20Estadual/Ano%201997/Arquivo/LCE%20019%2097.htm. Acesso em: 11 jun. 2021.

FREITAS, Juarez. A guarda da constituição pela própria administração pública. *Revista de Direito do Estado,* ano 4, n. 15, p. 131-149, jul./set. 2009. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei pela autoridade administrativa de julgamento. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 98, 2003, p. 98.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MALERBI, Diva. Processo administrativo tributário. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Processo administrativo tributário.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro* (administrativo e judicial). 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MARINS, James. *Princípios Fundamentais do Direito Processual Tributário*. São Paulo: Dialética, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.

MENDES, Gilmar. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas,* vol. 20, p. 11, jul./1997; *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 5, p. 205, jul./1997, DTR\1997\319.

MINAS GERAIS. *Lei Estadual nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975*. Disponível em: https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=6763&ano=1975. Acesso em: 11 jun. 2021.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

ROCHA, Valdir de Oliveira. *A Consulta fiscal*. São Paulo: Dialética, 1996.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

GOVERNABILIDADE E DIMENSÕES CONSTITUCIONAIS

Francisco Pedro Jucá[1]
Lauro Ishikawa[2]

I - INTRODUÇÃO

Neste brevíssimo estudo vai-se refletir sobre a Governabilidade, entendida como a capacidade real e efetiva de conduzir as atividades de governo e suas dimensões constitucionais. É no dizer, buscar elaborar algumas linhas para a compreensão da governabilidade e seu exercício em conformidade com os postulados, princípios e regras estabelecidas no texto constitucional, portanto, do exercício de governo conforme a Constituição, inferindo-se, daí, as linhas básicas de Bom Governo, que vem a ser direito fundamental indeclinável, inerente à cidadania plena dos indivíduos e da própria sociedade, elemento constitutivo essencial do conceito amplo e substancial de democracia, que é fundamento estruturante do Estado brasileiro, conforme disposição manifesta do pacto político expresso do texto constitucional.

Vemos que as sociedades contemporâneas têm organização cada vez mais complexa, com interações dialógicas e mesmo contradições, concorrência e disputas internas acirradas, mas, ao mesmo tempo, tudo muito mutável – cambiante – em movimentos de idas e vindas, aglutinação e dispersão, que se multiplicam e repetem não poucas vezes.

---

1 Livre Docente da USP. Doutor em Direito do Estado (Constitucional) pela USP. Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP (Direito do Trabalho). Pós-Doutoramento pela Universidade de Salamanca, Espanha, (Direito Público) e pela Universidade Nacional de Córdoba, Argentina (Direito Social). Pertence à Academia Paulista de Letras Jurídicas, Cadeira 07, e à Academia Paraense de Letras Jurídicas, Cadeira 13. Membro da Academia Paulista de Magistrados. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Financeiro. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT. Professor Titular da Faculdade de Direito – FADISP, na Graduação e Pós-graduação Stricto Senso (Mestrado e Doutorado). Professor Orientador do Doutorado na Universidade de Salamanca, em regime de cotutela e dupla titulação FADISP/USAL. Juiz do Trabalho em São Paulo, Capital.

2 Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Pós-Doutor pela Universidade de Salamanca, USAL. Professor e Coordenador Adjunto do Programa Stricto Senso da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Professor Orientador do Doutorado na Universidade de Salamanca, em regime de cotutela e dupla titulação FADISP-USAL. Professor Titular da FADISP. Pesquisador Bolsista da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular, Brasília, DF, e antigo membro do Conselho Superior da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, no Ministério da Educação (2008-2010). Advogado em São Paulo.

Tal quadro com dinâmica própria tem proximidade grande com a instabilidade nas relações individuais e coletivas, que, quando tanto, mantêm equilíbrio sempre tênue e precário. Isto causa perplexidade e insegurança para que se o compreenda, e, mesmo assim, nem sempre com a clareza desejada. Do conjunto resulta que as instituições sociais e suas construções políticas e jurídicas acabam por ser marcadas com os mesmos traços.

Nesse contexto, a base da organização social repousa sobre um conjunto de consensos, sempre pactuado (mesmo implicitamente), sobre idênticos impactos, resultando que tais consensos têm, também, estabilidade temporal relativamente curta, impondo a permanente renegociação e repactuação ao longo de todo o processo convivencial, tudo numa velocidade à qual ainda não se está acostumado.

Aquilo que podemos chamar de tarefa política, que consiste na essência da organização e harmonização dos interesses em disputa e na condução do processo, de sorte a harmonizar e acomodar estas disputas, arbitrando-as e promovendo em algum grau o atendimento destes mesmos interesses e aspirações, ganha em nossos dias inaudita complexidade; é sempre um mar de dificuldades, inclusive reais e concretas, especialmente no que respeita à identificação dos pontos, aspectos e objetos em disputa.

Estabelece-se como pressuposto e ponto de partida que o instrumento que dá forma e regula todo o processo, tanto relativo ao arbitramento das demandas quanto à formulação de proposições responsivas, é a Constituição, eis que nela se contém as regras de estruturação, organização, funcionamento e dinâmica do processo; bem como os princípios básicos fundantes de tudo, além das linhas e objetivos colimados pela organização da sociedade.

Daí a conclusão necessária de que toda a ação de governo deve estar inserida na moldura constitucional, o que ao fim e ao cabo legitima o processo no seu todo, isto significa dizer que há que se exercer o governo em conformidade com a Constituição, seguindo e obedecendo aos princípios nela contidos, conforme as normas que ela estabelece, nos limites que elas impõem em relação à forma e conteúdo, especialmente no que respeita à possibilidade real e concreta de aferição e controle, até mesmo como autodefesa da sociedade e suas instituições, daqueles que, exercendo o poder político, cumprem a tarefa de governo como antes acentuamos.

O centro do problema que se levanta é a necessária compatibilização entre a governabilidade, entendida como a capacidade de efetivamente governar, produzindo efeitos concretos e sensíveis, e a moldura constitucional, entendendo-se, desde logo, que uma viabiliza a outra.

Norteia esta formulação a essencialidade do princípio da democracia como base da organização constitucional brasileira, com o que considerar a governabilidade, desbordando da moldura constitucional, é negar de maneira

absoluta este princípio e, consequentemente, estabelecer ação governamental arbitrária, autoritária – ditatorial – até, contradizendo a essência fundante de toda a organização social, com a negação das instituições e processos preestabelecidos na pactuação política da ordem jurídica estabelecida, significando, até, ruptura (explícita ou sutil) do e com o sistema.

O que denominamos neste estudo de atividade governamental, como sendo conjunto de decisões, interpretações e ações concretas realizadas com exercício de poder político em caráter permanente, deve estar inserido no bloco de constitucionalidade, isto significa que precisa acontecer inteiramente em integral conformidade constitucional, cabendo destacar que as escolhas fundamentais da sociedade, formuladas em sua pactuação política, estão expressas na Constituição, assim, os atos governativos de todo o gênero igualmente hão de obedecer a esta conformidade.

As interpretações das demandas e aspirações da sociedade e de seus segmentos precisam se dar em conformidade com os princípios constitucionais, eis que estes têm o atributo da permanência e de sua durabilidade no tempo, marcados por exprimirem as concepções de direito e de justiça válidos para aquele ciclo da história da sociedade, cujo respeito se impõe.

Jorge Miranda faz observação preciosa ao afirmar:[3]

> O político é o global, o que respeita a todos, o que abrange, coordena e sintetiza a pluralidade de grupos, interesses e situações. E terá assim de ser o Direito Constitucional, enquanto se lhe refere constantemente para fundamentar, refletir e conter nas suas normas.

A atividade governativa, e a consideramos de maneira global, consiste na sua essência em identificar, interpretar e delinear as aspirações e demandas da sociedade e dos grupos que a compõem, arbitrar a competição entre eles, conduzir a construção de consensos políticos estáveis acerca dos pontos convergentes destas demandas, problematizá-las e elaborar respostas adequadas, factíveis e pertinentes, e desenvolver as ações necessárias e suficientes para executar as soluções, atendendo, assim, às demandas.

Na formulação que se propõe, o enfoque há que ser global e sistêmico, isto é, percebendo o fenômeno de governo na sua amplitude e complexidade, levando em conta as suas nuances e desdobramentos.

E o que se estabelece como fio condutor de todo o processo é a obrigatoriedade de que todo ele aconteça e seja desenvolvido em conformidade com a Constituição e orientado para seus objetivos, compatibilizado com seus princípios fundamentais. Este é o que se poderia considerar como governo em conformidade com a Constituição, que obtém a sustentação para a governa-

3 *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 14.

bilidade, que é a possibilidade real de que ele se dê do arcabouço do sistema normativo contido da Lei Fundamental.

II - ESTADO E GOVERNO

Enfrentar o tema, que se pode sintetizar desde logo como governar conforme a Constituição, obedecendo aos princípios nela constantes e em busca dos objetivos que nela estão, recomenda que se faça alguma reflexão acerca do Estado.

O Estado no nosso tempo vem enfrentando diversas dificuldades e desafios, todos complexos, delicados e com perfil cuja definição é especialmente imprecisa, especialmente porque o processo social e os fatos vivem mudanças constantes e aceleradas, não raro disruptivas. Este é um ponto comum e nodal da problemática do Estado nos nossos dias, mesmo que as formas pelas quais se apresenta variam significativamente, conforme a cultura e a etapa civilizatória tocante a cada sociedade.

De certa forma, pode ser considerada a hipótese de que a modelagem do Estado tradicional dá sinais de exaustão, porém, mesmo diante deste quadro, ainda não se tem visão clara de quais os traços importantes de eventual remodelação que se ajuste às necessidades da realidade social.

Para compreender o problema que se coloca, pensamos que o ponto de partida é o exame, e de certa forma com privilégio, dos fins do Estado, cabendo a pergunta para que se destina, para que serve, o que se pode pretender dele. Tais questões estão absolutamente abertas em nossos dias, clamando por respostas o mais objetivas e concretas possíveis.

É claro que a construção das respostas, e mesmo a orientação na busca por elas, sofre a influência da ideologia, que entendemos como sendo uma narrativa explicadora e justificadora da realidade, a qual atribui um sentido compatível com sua visão e compreensão de mundo. Mesmo assim, dentro deste quadro em que a ideologia está presente nutrindo o poder político, que existe e é exercido na sociedade, o problema dos fins e objetivos do Estado permanece central.

Dalmo de Abreu Dallari, resgatando a Doutrina do Estado de Groppali, dá ênfase ao quarto elemento constitutivo do Estado que é a finalidade. Sem que se pretenda sugerir uma teorização do Estado nos estreitos limites de parte de um ensaio, faz-se um debuxo de que os elementos tradicionalmente reconhecidos: povo/sociedade; território e soberania, que sugere a união organizada de indivíduos num determinado espaço sobre o qual exerce organicamente poder, continuam essenciais, mas, sem dúvida, que o quarto elemento, os fins, neste último é que se pode buscar as respostas para as questões antes colocadas.

Dallari aponta que é o exame dos quatro elementos que conduz[4] "ao conceito de Estado que nos parece realista, porque considera todas as peculiaridades verificáveis no plano da realidade social."

Após observar que em todas as sociedades as relações se estabelecem "segundo um objetivo que lhe é próprio", Georges Burdeau aponta que:[5]

> O vínculo político deixa de ter um significado instrumental; torna-se um conceito existencial. É importante compreender, de fato, que é na medida em que a coletividade global se compõe de corpos parciais de essências diferentes que é necessário que se afirme, para além dos objetivos de cada um deles, um valor que lhes seja comum a todos. Esse valor só pode ser a existência da sociedade.

Assim, se se aceita que a sociedade se constitui com o intuito de sobreviver, de manter e preservar a sua existência, também é imperioso aceitar que há finalidade e objetivo, qual seja a manutenção da existência.

A questão que se põe agora é o conteúdo e significado desta existência, que nos leva a indagar acerca das condições dele, noutras palavras, existir como e em que condições, nos sugerindo um conceito aberto do que poderia ser considerado como mínimo vital, condições mínimas de vida, que vai bem além da sobrevivência física, mas alcança, expansivamente, cada vez mais inclusão, condições dignas existenciais, possibilidade real de crescimento material e, sobretudo, humano.

Ora, a sociedade constrói uma organização em busca de um "bem comum", conceito aberto, indefinido e presente em quase todos os textos constitucionais que se conhece. Eis aí a orientação na busca pelos fins e objetivos.

Tendo-se que o Estado é organização em busca permanente pela realização de suas finalidades, nas quais está a síntese do bem comum, o bem geral, o que por si já mostra a pretensão de atender a todos nos seus interesses gerais e comuns e até nos desdobramentos individuais, revela, também, que este organismo tem natureza instrumental, porque vem a ser em síntese instrumento, meio pelo qual se busca alguma coisa.

É importante destacar que diante desta característica que se identifica, o Estado não é um fim em si mesmo, não existe para si. Também, como corolário, comportando ele a organização do poder político com a estratificação entre governantes e governados, tem-se que, da mesma forma, o poder e o exercício dele não existem para si próprios. Igualmente como o Estado, que é instrumento, também tem a vinculação às finalidades e objetivos da sociedade.

Temos a ousadia de sintetizar a esta altura que o Estado é um instrumento construído pela sociedade para servir na consecução dos objetivos desta mesma sociedade.

4 *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 72.

5 *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.3.

No dizer de Pedro Salvetti Netto, fundado em boa doutrina:[6]

> O Estado existe para realizar o bem comum. Esta é a sua razão teleológica, finalística. Daí se conclui não constituir ele um fim em si mesmo, mas instrumento, meio necessário para que os indivíduos evoluam e se aperfeiçoem, criando, no dizer de Cathrein, as condições indispensáveis para que todos os seus membros, nos limites do possível, atinjam livre e espontaneamente, sua felicidade na terra. Os homens têm o direito inalienável de procurar a felicidade; o Estado, o irrenunciável dever de proporcionar-lhes meios para isso. Realizar a justiça, tutelar os direitos fundamentais, proporcionar o desenvolvimento econômico, cuidar da educação – tais se mostram, entre outros, deveres de que o Estado não pode fugir, para realizar o bem comum, "razão de ser da autoridade social", no dizer de Leão XIII.

O poder político é o operador desta máquina, digamos assim, que dirigindo a sociedade (governando), o veremos melhor adiante, a leva aos seus objetivos, à conquista do bem comum.

É de ser observado que toda esta construção é afim com a cultura e cosmovisão dominante na sociedade e, portanto, recolhe, conserva e reproduz os padrões desta mesa cultura, formando, assim, as suas características e peculiaridades.

Assim, ao que podemos denominar como função ou papel governativo consiste em operar o sistema, mantê-lo em funcionamento, direcionando os esforços e recursos na consecução dos objetivos gerais, porém, é de se destacar firmemente que todo este esforço precisa apresentar resultados concretos e, sobretudo, sensíveis, perceptíveis pela sociedade, sendo isto que dá a legitimação ao exercício do poder político, muito especialmente no contexto de um Estado democrático.

Exatamente enfatizando a expressão sistema, partindo da constatação da natureza instrumental que tem o Estado e que consiste em estrutura racionalmente (em tese) organizada para servir à sociedade, é de se considerar que o operar o sistema, que vem a ser o governar, implica no emprego integral da estrutura, que assim deve ser considerada na sua totalidade.

Dito isto, temos claro que governo implica na operação da estrutura em todas as funções e atividades possíveis em favor dos interesses gerais pactuados e consensuais. Portanto, temos que tal abrange a denominada tripartição de poderes, que mais é de funções na realidade e, assim, o governar implica nas tradicionalmente denominadas atividades do Legislativo, Executivo e Judiciário, porquanto o governo, na sua acepção essencial, congloba todas estas funções, pressupondo que todas são necessárias e úteis na consecução dos objetivos do chamado bem comum e geral de todos, materializados nos consensos politicamente estabelecidos.

6 *Curso de Teoria do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 57-59.

Ao cogitar do binômio governo/governabilidade é forçoso cogitar, ainda, que em linhas gerais do exercício regular e eficiente das três funções básicas e essenciais, em todos os seus desdobramentos, vez que é razoável insistir, é o conjunto harmônico e cooperativo em funcionamento que atende ao que a sociedade e a cidadania pretendem.

Obviamente que todo o conjunto está organizado, disciplinado e orientado conforme a moldura constitucional estabelece, eis que ela cumpre o papel de instrumento jurídico do pacto político e organizacional da sociedade (civilizada), significando dizer tudo submetido ao império absoluto da ordem constitucional, seja porque é a matriz organizacional da sociedade, seja porque, e por isto mesmo, é o meio possível de limitação, controle e acompanhamento do exercício do poder político, e, consequentemente, de proteção da sociedade da cidadania em seus direitos fundamentais

A propósito, se se considerar que a Constituição atribui papel central e fundamental aos direitos fundamentais, estes e naturalmente a sua concretização vêm a ser em síntese a própria razão de ser de todo o sistema. Sendo pertinente mais uma vez recorro a Salvetti Netto porque traz luz ao tema que ora se enfrenta, explicando sua leitura sobre o papel do Estado nas suas funções sociais, dissertando:[7]

> Na concretização do bem comum, o Estado dá condições de existência as demais sociedades, possibilitando a vida comunitária. Isto, por si, justifica a eficácia superior das normas estatais e a própria soberania, atributo do poder político. A ordem social decorre, é certo, das funções política e jurídica do Estado, o que, porém, não lhe esgota os fins. Hoje, realmente, lhe incumbe cuidar do bem-estar de seus súditos, com proporcionar-lhes condições de vida compatíveis à dignidade humana. Fala-se numa atividade estatal reconhecidamente importante, que busca atender aos desejos e às necessidades básicas, v.g., de alimentação, higiene, moradia, educação, saúde, cultura, trabalho, transporte, para que o homem se realize em sua postura física e metafísica.

Julga-se importante destacar que a reflexão de Salvetti de 1979, quase uma década antecedendo a Constituição de 1988, e, isto, a nosso ver, mostra a existência da preocupação de construir na teorização os fundamentos justificadores de um Estado a serviço do homem e que veio desaguar no centralismo e primados dos direitos fundamentais estabelecidos no nosso atual sistema constitucional.

É a concepção de ser o Estado organização construída pela sociedade para, reunindo de maneira organizada e estruturada, defender seus interesses e esforços com a finalidade precípua e essência de tê-la a seu serviço, exatamente voltada a atender suas aspirações comuns.

7 *Op. cit.*, p. 59.

Em sendo esta a concepção de Estado e sendo ele aparelho, por óbvio que a atividade governativa obrigatoriamente deve seguir a mesma linha, estar direcionada e atuar no mesmo sentido, conjugando o binômio estrutura/função, no sentido de que a estrutura existe para realizar a função a que se destina, portanto, a antigamente chamada, como se viu, atividade social do Estado ganha o foro de ser a Função Social do Estado.

III - GOVERNO

Como já se aduziu anteriormente, governar é operar a integralidade do aparato estatal em busca do bem comum e geral de todos. Vamos tentar compreender o funcionamento do sistema a partir da configuração de tripartição de poderes porque, na leitura que se faz, governo envolve e implica os três poderes ou funções.

Ao Poder Executivo cabe o papel de conduzir o processo de identificação e compreensão dos problemas da sociedade, suas aspirações e desejos, considerando-se que estes flutuam em todo o tecido social, e ter a iniciativa de problematizar, formular as questões e elaborar proposições para a formação dos consensos sociais e políticos a respeito deles, dando forma concreta e objetiva. Cabe, assim, ao Executivo a iniciativa de conduzir o processo político.

Tais formulações e iniciativas de pactos e consensos construídas pelo Poder Executivo, valendo-se de todo o aparato e estrutura disponível, constituem o passo inicial para o diálogo, com a representação política mais ampla que está no Poder Legislativo. A este é dado o papel de maturar o processo em diálogo com o Executivo e, assim, construir e estabelecer os consensos políticos necessários à ação estatal.

Está claro que pertence a estes dois poderes a parcela mais substancial de governo na medida em que, a partir dos consensos formados sobre os problemas postos e as soluções concertadas, o Executivo atua na concretização, através de ações objetivas nas formas de planos, projetos, programas e políticas públicas, formulando os contornos estruturais destas ações e atuando na realidade.

Deixando claro que se tratará mais adiante do assunto, aqui já é possível perceber os primeiros traços do conceito de governabilidade, que vem a ser a real e efetiva capacidade de exercer os papéis antes mencionados com a necessária eficácia, sobretudo produzindo efeitos concretos perceptíveis pela sociedade, sendo esta percepção o elemento central da legitimação política do governo e dos governantes.

Ao Poder Judiciário atribui-se a função de controle de conformidade de todo o processo com a ordem jurídica estabelecida, precipuamente na Constituição, que rege tudo e todos.

É aqui que se destaca que as linhas gerais daquilo que se pode chamar de os grandes consensos fundamentais, que dizem respeito aos objetivos e finalidades atribuídos ao Estado, bem assim como os princípios fundamentais norteadores de todo o sistema estão assentados na Constituição, vêm a ser o que consideramos sua própria essência.

Dessa forma, a função executiva de identificação e compreensão há pouco referida, acerca dos problemas e demandas da sociedade, há de ser feita obrigatoriamente (inelutavelmente) conforme estabelece a Constituição: em busca dos objetivos e finalidades, orientado pelos princípios. Na verdade, vem a ser desdobramentos e concretizações destes objetivos, significa trazê-los materialmente à realidade através de ações concretas e objetivas.

Naturalmente que nesta ação há o necessário espaço para a discricionariedade, para um certo grau (sempre constitucionalmente limitado) de liberdade dos agentes políticos exercentes de funções governativas para desenvolver o seu mister, que sempre deve e precisa caminhar no sentido em que a Constituição orienta e estabelece.

Está inserido neste quadro, inclusive e muito especialmente, a atividade do Poder Legislativo, o que significa dizer que o ato e processo de construção de consensos, inclusive os de construção normativa, estão igualmente submetidos ao emolduramento constitucional.

Faz-se questão de enfatizar que sendo o Estado de Direito postulado fundante da Constituição, todo o processo do qual se fala há de estar adstrito à Constituição, especialmente àquilo que ela consagra como sendo o significado de direito e de justiça que vige no momento histórico da sociedade. Fugir daí e produzir contradição inaceitável é inconstitucionalidade de essência, do que se tratará mais adiante.

Ora bem, quando o Executivo exerce a iniciativa de proposição e o Legislativo consolida os consensos, tudo sob o controle do Judiciário quanto à submissão à ordem jurídica, temos o governo sendo exercido e os resultados concretos obtidos, a manutenção da dinâmica do processo inteiro e suas consequências materializam o atributo governabilidade.

A observância e fidelidade no cumprimento dos ditames constitucionais é que veêm a ser o que chamamos de desdobramentos concretizadores ou concretizantes porque consistem, na sua essência, em identificar as demandas e interesses, equacionar problemas e propor soluções realistas direcionadas a ir ao encontro dos objetivos e finalidade constitucionalmente estabelecidos, e, também, procedendo em conformidade com os princípios.

É importante destacar a esta altura, que em sendo a definição constitucional de ser o Brasil um Estado de Direito Democrático, conforme disposto no art. 1º da CF, tem-se como imperativo a indispensável presença do que chamamos de conteúdo democrático em todo o processo, significando a inclusão da sociedade no processo decisório, valendo-se de mecanismos e estruturas

existentes com representação da sociedade civil, e, mesmo, quando necessário, formando outros em conformidade com necessidades postas, sejam temporários ou permanentes, de acordo com o caso, de sorte a que haja o necessário encontro entre governantes e governados e, mais do que isso, produzindo o necessário compartilhamento de responsabilidade pelas escolhas feitas e decisões tomadas.

A propósito, neste ponto é importante destacar que a relação entre Governantes e Governados, Governo e Sociedade, Administração e Administrados ganha nova feição em nossos tempos, tanto é assim que a Constituição em numerosos pontos do seu texto aponta no sentido da mudança.

Na visão tradicional, o Estado era a sociedade perfeita (Hegel) e por isso mesmo o real intérprete e representante dos interesses da sociedade, remetendo as organizações da sociedade civil à posição de relevância menor. A relação estabelecida nestas bases era de subordinação vertical, cabendo ao Estado dirigir, através dos governantes, todas as ações em relação à sociedade, fortemente submetida a esta clara superioridade. Hoje, esta hierarquia vertical perde força, a relação vem sendo cada vez mais dialógica e pactícia, fundada muito mais da concertação com transigências recíprocas e estabelecimentos de pontos consensuais, do que é o exemplo mais ilustrativo e importante o conhecido *Pacto de La Moncloa*, celebrado na redemocratização da Espanha, no qual alargada participação social formou o consenso necessário para que as ações governamentais tivessem o indispensável apoio e legitimação social capazes de dar o necessário suporte político para as medidas de governo que se faziam necessárias à época, nas condições e circunstâncias então existentes naquele país.

A modificação que se constata na relação que se comenta resulta em que o conteúdo democrático no processo é o meio, por excelência, de viabilizar o caminhar do processo social com estabilidade e de forma produtiva.

O estabelecimento e a operação do governo conforme a Constituição, tanto na estrutura de organização como na ação daí decorrente, pressupõem, assim, a presença indispensável do conteúdo democrático, exatamente como fato essencial de estabilidade e legitimação de exercício de poder.

Com esta visão, a leitura do art. 3º da Constituição, em que estão postos os "objetivos fundamentais da República", nos fornece as linhas de orientação para toda a ação estatal/governamental, que precisa identificar os problemas e formular soluções, bem como pôr em prática as ações concretas para implementar estas soluções.

O inciso primeiro do citado dispositivo determina: "construir uma sociedade livre, justa e solidária.", portanto, as ações precisam estar direcionadas à proteção e garantia das liberdades, mas, principalmente, a busca pela justiça, enfrentando as desigualdades e desequilíbrios nas relações existentes na sociedade, e buscando meios de compensar e corrigir a uns e a outros.

No segundo inciso, impõe a busca pelo desenvolvimento nacional. Isto significa que as ações precisam buscar desenvolvimento, que não se confunde com mero crescimento econômico, indo além, buscando a redistribuição de renda na sociedade e a elevação dos padrões de qualidade de vida dos cidadãos, consagrados nos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Complementa-se esta formulação pelo contido no inciso terceiro, que postula a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais, o que significa distribuição de riqueza em níveis tais que a todos os cidadãos seja assegurado um mínimo vital compatível com a dignidade humana, além da sobrevivência em condições mínimas, apontando para a direção de capacidade real de consumo de bens e serviços, de sorte a que a desigualdade não signifique a sub-humanidade de parte da sociedade, que não é pequena.

Isto se complementa pelo que está no inciso IV, com o objetivo de promover o bem geral de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo ou quaisquer outras formas de discriminação.

Tais objetivos que, insiste-se, estão constitucionalmente erigidos, sendo assim cláusulas de fundamento do pacto social materializado na Constituição, precisam ser compreendidos com a orientação dos princípios fundamentais, insculpidos nos incisos do art. 1º.

O primeiro inciso que trata da preservação da soberania nacional não está diretamente vinculado à reflexão que ora se faz. O cerne está nos demais incisos, de II a V, quando tratam de cidadania, dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho e da liberdade de iniciativa e pluralismo político.

Com efeito, a construção da sociedade livre, justa e solidária implica na preservação da liberdade de trabalho e iniciativa, mas, também, no pluralismo político essencial para a democracia; e também implica na correção de desequilíbrios e desigualdades sociais e regionais e erradicação da pobreza, para tanto buscando promover o desenvolvimento nacional, de sorte a tornar possível a produção de riqueza a redistribuir.

A cidadania tem em seu conteúdo a dignidade humana, ganhando contornos muito mais amplos do que os da dimensão política. Com efeito, a participação política é essencial para a democracia, mas não é tudo, a cidadania tem dimensão social e econômica porquanto implica em inclusão social, vez que o cidadão participa integralmente da vida na sociedade, participa da construção das riquezas pelo trabalho e liberdade de iniciativa, mas há de participar dos benefícios desta riqueza, de sorte a dispor de um mínimo vital que lhe permita dispor de bens e serviços em níveis razoáveis e adequados.

Quando se cogita do bem comum, do bem geral de todos, como estabelece o dispositivo constitucional, está-se necessariamente a cogitar da promoção da dignidade humana, da concretização dos direitos fundamentais, vindo ser, afinal, esta a razão de ser do Estado e do Governo. Devem existir para isso, postos a serviço da sociedade e do ser humano.

Este conjunto nos leva a identificar uma função social para o Estado, a partir dos mandamentos constitucionais antes examinados (ainda que muito brevemente), que vem a ser a promoção do bem geral e comum de todos, em certo grau nos termos em Cesar Luiz Pasold, quando diz:[8]

> A Função Social deve implicar ações que – por dever para com a sociedade – o Estado tem a obrigação de executar, respeitando, valorizando e envolvendo o seu sujeito, atendendo ao seu objeto e realizando os seus objetivos, sempre com a prevalência do social e privilegiando os valores fundamentais do ser humano.

Na leitura que se faz da concepção de uma Função Social do Estado como a realização do bem comum de todos, infere-se que as linhas orientadoras das ações de governo, seja na elaboração de planos e projetos, como também na realização de políticas públicas, obrigatoriamente, por força de mandamento constitucional, devem estar direcionadas à consecução dos objetivos e finalidades sociais do Estado, posto a serviço da sociedade.

O mesmo autor, pioneiro no estudo do assunto, mais adiante, observa:[9]

> O dever de agir é componente estratégico para a noção de Função Social do Estado Contemporâneo. A sua presença guarda relação teleológica (causa e efeito) com a condição instrumental deste mesmo Estado. Isto é, o dever de agir se coloca como implícito à Função Social desde que, para o raciocínio, se aceite, como premissa, a teoria instrumentalista do Estado Contemporâneo. Assim, o dever de agir há que ser compreendido como um compromisso dinâmico que o Estado Contemporâneo deve ter para com a sociedade que com seus sacrifícios o mantém, e que extrapole a mera condição de discurso legal, ingressando no campo da pré-práxis, compondo-se como uma atitude (no mesmo sentido de tendência que se efetive em comportamentos) do Estado e dos detentores eventuais do Poder Governamental.

A conclusão a respeito é de que o Governo tem a finalidade de concretizar, de realizar a Função Social do Estado, e que esta função é estabelecida expressamente no texto da Constituição, como se demonstrou antes, dela resultando o preenchimento conceitual de bem comum e geral de todos. Nesse sentido, mais uma vez se recorre à formulação seminal de Pasold, que na conclusão da obra já citada observa:[10]

> O que proponho é que o Estado seja instrumento eficaz a serviço do todo social. Nesta perspectiva, o Estado deve ser um conjunto de atividades legítimas efetivamente comprometidas com uma Função Social, esta entendida na sua conexão com ações que – por dever para com a sociedade – o Estado executa, respeitando, valorizando e envolvendo o seu sujeito (que é o homem individualmente consi-

8 *Função Social do Estado Contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal/OAB/SC, 2003, p. 100.

9 *Op. cit.,* p. 101.

10 *Op. cit*., p. 101.

> derado e inserido na sociedade), em correspondência ao seu objeto (conjunto de áreas de atuação que dão causa as ações estatais) e cumprindo o seu objetivo (o bem comum ou interesses coletivo, fixado de forma dinâmica pelo todo social.) Esta função social que o Estado Contemporâneo deve ter e cumprir somente se viabilizará acaso, entre outros requisitos, os dois básicos que seguem, forem atendidos: prioridade para a realização de valores fundamentais (com a coerente atuação em favor do Meio Ambiente, Saúde, Educação, Trabalho, Liberdade, Igualdade); e ambiente político-jurídico de constante legitimidade, portanto, com prática permanente das medidas clássicas de legitimidade dos detentores do Poder Governamental e das ações estatais.

O governar, pois, tal como se compreende, é operar a máquina estatal desenvolvendo os esforços e mobilizando recursos de todas as ordens, para a realização do bem comum, cujos paradigmas referenciais estão dispostos na Constituição em objetivos e princípios.

É preciso deixar claro que não se trata de postulação política ou mesmo de elaboração de discurso ideológico, mas de demonstrar que tudo isto está posto de forma imperativa pela letra da Constituição, significando que estamos diante de deveres jurídicos expressos e, como tal, exigíveis e oponíveis contra quem deles se desvie. Noutras palavras, pode-se compreender que governo deve ser bom governo, que não é mérito, mas obrigação, porquanto bom governo é direito fundamental do cidadão diante de um Estado de Direito Democrático, como o é o Brasil, conforme impõe o pacto político em vigor, instrumentado pela Constituição de 1988.

Dessa maneira, tanto os atos de governo como os atos de gestão, todos, hão de estar em direção daquilo que aponta a Constituição, o que vem a ser o governar em conformidade constitucional, vindo daí a legitimação política e o regular curso do processo governativo, seguindo no sentido das linhas gerais estabelecidas como vontade geral e bem geral da sociedade.

Claro que não se está cogitando um mundo ideal e perfeito, é forçoso reconhecer a ocorrência de contradições, tensões e conflitos, que são próprios e até inerentes à condição humana. Mas também é forçoso reconhecer que com legitimidade constitucional, como se propõe, a governança, do que se falará mais adiante, tem a real capacidade de conduzir e superar tais dificuldades, mantendo sempre um grau sensível de normalidade no fluxo do processo.

IV - GOVERNO, GOVERNANÇA E GOVERNABILIDADE

De certa forma, vem-se debuxando o perfil de um governo em conformidade com a Constituição como sendo conceitualmente o Bom Governo, especialmente porque segue em busca de realizar o almejado pelo pacto social.

É de se destacar a esta altura que o que chamamos de atividade governativa tem dupla dimensão, uma política, já bem examinada pelos estudos tradicionais e clássicos, e uma de gestão em concreto, que vem sendo pro-

gressivamente mais considerada, especialmente nas reflexões sobre o Estado contemporâneo.

Os chamados atos de governo, que contêm dose mais forte de soberania, são decisões mais gerais e voltadas aos grandes temas e diretrizes relativos a grandes problemas e questões presentes na sociedade, na leitura que se vem fazendo estão mais estreitamente ligados ao processo de identificação destes problemas. A interpretação deles e a formulação de respostas, o que tem, sem dúvida conteúdo político na medida em que, ao ser operado, busca assentar os consensos necessários à aceitação e execução das formulações elaboradas, têm, assim, caráter mais político do que jurídico, marcados por traços mais abstratos. Mas, mesmo assim, hão de estar vinculados aos mandamentos constitucionais, não apenas no que respeita à competência para praticá-los, mas ao mérito mesmo, ao seu conteúdo, objetivos e finalidades.

É interessante trazer à colação a observação de Carré de Malberg, que após examinar a amplitude de poderes dados ao Executivo nas relações internacionais, no exercício do poder de graça, o exercício de atos em que a discricionariedade é bem mais ampliada, o que podemos considerar como âmbito ou espaço decisório e de escolha maior, comenta:[11]

> Como diz acertadamente Berthelemy, cada vez que a autoridade administrativa atua em virtude de poderes legais, não existe nenhuma razão, por mais amplos e discricionários que sejam estes poderes invocar a condição de atos de governo, porque não há diferença de essência do ponto de vista de seus fundamentos entre estes atos e àqueles através dos quais exerce sua autoridade administrativa habitual, dando cumprimento às leis.

Com efeito, sem referência concreta e objetiva, a distinção entre governo e administração não é tarefa simples, mas podemos identificar no primeiro, como antes se referiu, o preencher com os dados da realidade, a compreensão e interpretação deles, os conceitos abertos e indeterminados contidos no texto constitucional, por isto mesmo deitam suas raízes mais fortes e profundas na Constituição mesmo, sendo importante destacar que, na concepção integral de governo que se faz e que envolve e incorpora as três funções essenciais do Estado tradicionalmente reconhecidas, isto se torna mais evidente no exercício dos poderes Executivo e Legislativo, principalmente pelo poder de iniciativa que lhes confere a Constituição. Ora, tomar iniciativa, propor e discutir são atividades de cunho essencialmente político, o que por sua natureza exige grau mais amplo de liberdade e discricionariedade, que encontra balizas no texto constitucional.

11 *Teoria General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001 p. 483.

Isto porque este interpretar e fixar objetivos a partir de consensos políticos está bem mais além do que o cumprimento estrito e rigoroso do que já está estabelecido. Nesse mesmo sentido, o já citado Carré de Malberg pontua:[12]

> O que caracteriza o ato de governo é precisamente o fato de que, diversamente dos atos de administração é exercido pela autoridade (política) com poder de liberdade de iniciativa, em virtude de poder que lhe é próprio procedendo de origem distinta das leis. Como indica Jellinek a teoria do ato de governo supõe em essência que, junto ao poder conferido pela legislação e que é uma autoridade de mera execução legislativa, tem um poder autônomo proveniente de uma outorga superior as leis, e, por isso é um verdadeiro poder de governo. A fonte superior de onde provem este poder é a Constituição mesmo e não é outra que não ela.

Estabelecidos os consensos políticos, com a iniciativa do Poder Executivo e assentados pela representação política da sociedade, são formulados os planos, projetos e políticas públicas e postos em execução no mundo concreto. O ato político de governo tem aí o seu cerne. A partir dele, portanto, feita a escolha e tomada a decisão política, superados os aspectos de conveniência, oportunidade e factibilidade, fixados objetivos e finalidades, a ação governativa ganha feição modificada, na medida em que passa a transpor para o mundo da realidade tais escolhas e decisões, aí sim, submetida a regramento mais severo, com grau de amplitude decisória bem mais reduzida, mais centrada no *modus faciendi*, na busca da eficiência e obtenção de resultados concretos, que pode ser comparada as atividades sociais do Estado, tal como sugere Jellinek, quando pontua:[13]

> As atividades sociais do Estado, designadas frequente e acertadamente como de gestão (Pflege), não são limitadas pela administração em sentido material. Aquela atividade divide a legislação material em ordens para o exercício de *imperium* e para as ações sociais do Estado. As primeiras dão poder ao Estado (governo) sobre os indivíduos, e as últimas limitam o poder do Estado (governo) em favor do indivíduo.

Temos aí gizada a tensão entre o poder e o exercício dele direcionados à consecução de objetivos estabelecidos pela sociedade em seu pacto de organização, tendo caráter instrumental como já se fez referência antes, e, também, tem traço de instituição, enquanto estrutura direcionada às finalidades estabelecidas, portanto instrumentando o poder na busca destas mesmas finalidades, como aponta Georges Burdeau, quando diz:[14]

12 *Op. cit.*, p. 483.

13 *Teoría General del Estado*. Montevidéu: IBdef, p. 760.

14 *Op. cit.*, p.55-56.

> A instituição e, como dissemos, um empreendimento a serviço de uma ideia e organizada de tal modo que, estando a ideia incorporada ao empreendimento, este dispõe de uma duração e um poder superiores aos dos indivíduos mediante os quais ela age." E mais adiante acentua: "E, sobretudo, como toda instituição, o Estado incorpora uma ideia. Essa ideia é a que procede das representações da ordem desejável. Institucionalizando-se, o poder não deixa de ser solidário da ideia de direito agente de sua energia. Só que, a título de ideia-mestra da instituição, a ideia já não corre o risco de se comprometer com as ambições ou os interesses de uma chefe; sua integridade pode ser salvaguardada, uma vez que transcende a vontade dos dirigentes chamamos a executá-la.

A execução e concretização das ações destinadas a atender às demandas da sociedade, tal como já se fez síntese, vêm a constituir o que a doutrina tradicional chama de serviço público, porque em graus variáveis destinado a atender às necessidades públicas, escolhidas por decisão política, como já se viu antes.

Temos, então, que se a atividade governativa na sua dimensão política diz respeito às escolhas, inclusive de formulação, a atividade governativa na dimensão de administração está no universo da realização das coisas, portanto, na efetiva concretização daquilo que foi escolhido. Isto significa dizer, desde logo, que está submetida ao imperativo de eficiência, de capacidade de produzir os resultados pretendidos, o que significa valer-se dos recursos de boa governança.

Já se nos afigura com razoável clareza que a concepção de governo em conformidade com a Constituição é no sentido de desenvolver todas as ações e atividades em obediência aos postulados constitucionais, na forma e no conteúdo. Há de ser visto que nos primeiros estágios desta construção teórica ficou assente que através da observância algo rigoroso da forma, dos aspectos formais e procedimentais, requisitos relativos, sobretudo, à competência e tipo instrumental, davam a necessária legitimidade para o que fosse praticado, sendo, inclusive, estabelecido que o exame de mérito, isto é, do conteúdo, do ato praticado, permaneceria ao exclusivo alvedrio da autoridade, administrativa ou política, que o praticasse, configurando uma pressuposição de correção *ipso facto*.

Na etapa subsequente, ora em curso, esta visão se amplia, e vem-se progressivamente assistindo à ampliação das discussões acerca do mérito, do conteúdo mesmo, ganhando relevo os aspectos de objetivo e finalidade do ato, possibilitando seja vislumbrado mais além o meramente formal e, de grau significativo, ampliando, tanto a metodologia quanto o direcionamento dos controles, inclusive daqueles de natureza política. Se se atentar com mais cuidado, já é possível perceber a preocupação cada vez mais acentuada com a relação entre o ato praticado e os objetivos que pretende, bem assim como a justificação utilizada para a escolha e, mais ainda, já há busca pela fiscalização ou controle de resultados.

Este processo em curso, sem dúvida, aponta no sentido de evolução para controle mais substancial, seja pelos aparelhos específicos que integram a es-

trutura estatal, seja pela própria sociedade civil organizada, já que cada vez mais há a demanda por resultados concretos, objetivos e mensuráveis, o que a seu turno conduz a atividade governativa ao leito da constitucionalidade, porquanto sobreleva a exigência de observância real dos preceitos constitucionais, inclusive na forma de pressão política, não só das estruturas políticas tradicionais, como também das organizações da sociedade civil. Este aspecto não escapou à percepção de Eduardo Jordão, quando, de maneira muito feliz, observa que:[15]

> Controle é a atividade de verificação de conformidade de algo (a coisa controlada) a um parâmetro específico." E, partindo desta formulação constata que: "Nos sistemas jurídicos contemporâneos a ação das autoridades administrativas é objeto de diversos controles, exercidos por diversas entidades e com base em distintos parâmetros." E, mais adiante, arremata: "Além disso, ela foca especificamente no controle da substância da ação administrativa controlada, do seu objeto e conteúdo – e não sua forma. O controle das decisões administrativas é menos polêmico e menos influenciado pela complexização administrativa (...).

Usamos esta remissão para demonstrar que, muito provavelmente derivado da elevação do padrão e nível de consciência da sociedade acerca de seus problemas, aumenta significativamente a pressão e mesmo a "cobrança" por resultados concretos das ações de governo, sejam de direção política, sejam de atuação administrativa ou de gestão, muito especialmente esta última, cujos efeitos refletem mais diretamente na vida cotidiana das pessoas. E decorre deste processo o exercício de controles sobre as atividades estatais em geral, cada vez mais visíveis e atuantes.

Com razão, desde algumas décadas, Marcelo Caetano, referindo-se ao que chamou de "teoria geral das funções do estado", apontando atividades estatais em gene, jurídicas e políticas, já observava que:[16]

> Essas atividades avultam muito mais hoje em dia que o estado toma a seu cargo a satisfação de numerosas necessidades coletivas de ordem econômica e cultural, procurando e produzindo os bens úteis para tal satisfação e organizando os serviços necessários para esse efeito. O estado já não é simples "Estado de Direito": de todo o lado surgem novas denominações a exprimira nova realidade, chamando-lhe uns Estado cultural (*Kulturstaat*), outros Estado do Bem-Estar (*Wellfare State*), outros Estado ético (*Stato etico*) ou ainda Estado Social.

É de se ver, portanto, que a constatação da necessidade de governo efetivamente operacional, capaz de produzir resultados pelo menos próximo àqueles

15 *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*: A Experiencia Estrangeira na adaptação da intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 760.

16 *Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.196-197.

desejados pela sociedade, já vem sendo percebida e perseguida há mais de três décadas, trata-se, assim, de um processo em curso e que prossegue em marcha. E temos a convicção de que esta marcha tem rumo ao cumprimento e observância cada vez mais nítidos dos objetivos estabelecidos na Constituição, o que vem a ser a exigência de a sociedade reivindicar o cumprimento do pacto social feito ao máximo materialmente possível, o que, a seu turno, impõe à tarefa de governo e àqueles que a exercem, responsabilidade maior, e, sobretudo, a crescente incorporação de técnicas, métodos e sistemas de gestão tendentes à eficiência e eficácia, do que resulta, em síntese, o governar guiado pela Constituição e na direção que ela aponta.

Este aspecto é compreendido pelo Administrativista uruguaio Juan Pablo Peluffo examinando o papel do Poder Executivo na realidade política atual, que se pronuncia:[17]

> O papel do Poder Executivo vem se modificando e continuará a modificar-se na medida em que a arte de governar ficou tecnificada, a ponto de hoje e cada vez mais no futuro, a decisão política não pode prescindir de sustentação adequada científica e técnica. Certamente tal tecnificação não exclui e nem excluirá a existência de alternativas políticas e a necessidade de tais opções. A escolha dos fins perseguidos pela ação estatal continuará sendo essencialmente política, bem como a escolha dos meios para alcançar os objetivos enquanto condicionantes ou condicionados por estes mesmos fins. Mas, inclusive este nível de escolha de quais os fins a perseguir pelo Estado, a escolha não pode prescindir dos condicionamentos técnicos e científicos, e no Estado de Direito também jurídicos; de conhecê-los e adequar-se a eles.

Feita uma leitura sistêmica, como se vem propondo, é possível verificar que a governabilidade, capacidade de dirigir o processo político e a gestão do Estado, obtendo resultados palpáveis e perceptíveis, pressupõem conformidade e fidelidade à Constituição, seus princípios, preceitos, determinações e linha condutora, e, também, pressupõem a incorporação de técnicas e procedimentos de boa governança, incorporação da tecnologia de gestão racional e eficaz ao processo, portanto, seguindo o caminho e a direção do conceito de bom governo, que vem a ser direito fundamental da cidadania.

Temos, assim, que aí está o núcleo fundante do conceito de bem comum e geral de todos.

É todavia muito importante destacar que todo o processo de governo, envolvendo aí a estrutura do Estado (instrumento) na sua integralidade, as instituições, os mecanismos de administração, tudo o mais, há de estar perpassado pelo princípio constitucional da Democracia, eis que a República é definida como Estado Democrático de Direito e isto significa um direito substancial, nutrido de conteúdo ético forte e não apenas formalidade normativa, e que

17 *Sobre Derecho Administrativo*. Tomo I. Montevidéu: Fundación de Cultura Universitária, 2008, p. 46.

este Direito torne possível o exercício do poder, a necessidade de limitação e controle eficazes, de sorte a que o fluxo do processo inteiro transcorra naquilo que a doutrina tradicional chama de normalidade, entendido como regularidade equilibrada na formulação e tomada de decisões e a devida colocação destas em prática no mundo da concretitude.

É bem pertinente a observação de José Afonso da Silva quando diz:[18]

> Isso significa que a Constituição optou pela governabilidade como um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Ora bem, as referidas condições econômicas implicam em serviços públicos qualitativa e quantitativamente razoáveis, execução de políticas públicas tendentes a, de maneira efetiva, atender, como determina a Constituição, aos objetivos de erradicar a pobreza, portanto, com redistribuição de renda, viabilização de condições mínimas, porém sempre progressivas de promoção humana, buscando a elevação do mínimo vital do ser humano, perseguindo os patamares de vida digna, com o atendimento razoável das necessidades básicas, as quais vão bem mais além das sobrevivenciais.

Nesse mesmo sentido é que a governabilidade alcança a necessária legitimação política que a sustente adequadamente, proporcionando a indispensável estabilidade institucional e do processo governativo. Com razão, o já citado José Afonso da Silva adverte:[19]

> A governabilidade não pode ser apenas a prática de eficiência, porque há de ser especialmente o exercício da legitimidade. Sim, a governabilidade pode ser entendida "como a capacidade de os sistemas políticos agirem eficientemente em busca da racionalidade econômica, da elevação dos padrões sociais e, assim, da estabilidade política, da presivibilidade, e da capacidade de arbitrar os conflitos, quer no âmbito jurídico, quer na esfera política", mas há de ser especialmente a possibilidade de garantir o gozo e a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana em todas as duas dimensões.

E arremata:

> A governabilidade é, assim, um tema central da democracia e tem a percepção de que "a eficiência da atuação administrativa e governamental aumenta na razão direta da democratização e da transparência das políticas públicas.

18 Mario Fernandez (org.). Governabilidade num Estado Democrático. *In*: *Governabilidad y constitucionalismo em América Latina*. Universidad Nacional Autonoma de México, DF., 2005, p. 8.

19 *Op. cit., loc. cit.*

Com efeito, a governabilidade incorpora e pressupõe, já se observou antes, governança eficiente e, resulta disto, o atender demandas sociais arbitrando conflitos conforme o direito, a necessária legitimação política da ação governativa que, afinal, a sustenta e mantém a estabilidade sistêmica. É ilustrativa a ponderação de Lorenzo Córdova Vianello:[20]

> Hoje, mais do que nunca é importante refletir sobre os conceitos de democracia e governabilidade, entende-los e interpretá-los sob uma perspectiva tendente a compatibilizá-los. Não o fazer significa simplesmente cair no jogo dos que promovem, aberta ou veladamente, sob o manto do populismo, soluções que são próprias do autoritarismo. Democracia e Governabilidade são compatíveis, como vimos, sempre que interpretadas conjuntamente, sempre e quando pensar governabilidade nos faça esquecer qual é o significado e quais são os valores do jugo democrático.

É preciso ter claro que a formulação de governabilidade em conformidade constitucional e com conteúdo democrático deve estar direcionada à concretização efetiva dos direitos fundamentais do ser humano, norteado, precipuamente, na busca da construção de condições dignas de vida, há de estar obrigatoriamente condicionada aos limites de possibilidade material à capacidade econômica da sociedade mesmo; noutras palavras, há que haver capacidade de gerar riqueza e dar capacidade contributiva para proporcionar recursos em volumes adequados para as ações governativas no sentido de proporcionar vida digna a todos, o bem comum. Isto significa dizer que há relação direta de proporcionalidade entre a capacidade de produzir recursos e a capacidade de governar com maiores ou menores resultados concretos, e aí está o cerne da questão. E a solução possível é de natureza essencialmente política, pois consiste em arbitrar, através de instituições, mecanismos e processos democráticos a estes dois polos, equilibrando e ajustando os interesses em jogo, concertando consensos políticos hábeis para construir este equilíbrio de forma eficiente, garantindo, assim, a fluidez do processo com a necessária estabilidade.

Ignorar os dados da realidade, como se demonstra, não contribui para os objetivos constitucionalmente estabelecidos, ao contrário, conduz a acentuação conflitiva e sem solução e, perigosamente, compromete a legitimação política e em consequência a governabilidade, ameaçando o sistema de colapso ou ruptura. Insiste-se, portanto, que toda a formulação que se faz deve ser entendida com "certo grano salis", exatamente sediado nos dados da realidade. Ora, tal constatação de condicionamento aos dados da realidade demanda, a seu turno, que haja transparência no processo decisório, que este seja marcado por forte acento de conteúdo democrático, o que significa dizer que, destes dados da realidade, é de ser dado amplo conhecimento à sociedade por todos

20 Mario Fernandez (org.). Repensar La Governabilidad de Las Democracias. *In*: *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, *op. cit*., p. 119.

os meios possíveis, de maneira que fique claro o critério norteador do arbitramento entre os interesses e seja possível estabelecer bases realistas para os consensos políticos concertados, em consequência, a sociedade, consciente da sua real capacidade, tenha a noção o mais clara possível das possibilidades de ver atendidas as suas aspirações. Não se tem dúvida de que a transparência é essencial à democracia e também contribui para a legitimação política do governo, bem como para a estabilidade institucional e do processo político e governamental.

É pertinente, a respeito, a observação de Domingo Garcia Belaunde, que sobrevoando a evolução do Estado Liberal para o Estado Social surgido mais nitidamente após a Segunda Grande Guerra, pontua:[21]

> O segundo aspecto assinalado é o da eficácia. Quer dizer, ter as consequências positivas desejadas. Tal acontecia em outras épocas sem grandes consequências porque as expectativas da sociedade eram simples e, em certo sentido, menos exigentes. Ou seja, quando se buscava a intervenção estatal nas áreas da proteção da vida e da propriedade, manutenção da ordem, defesa exterior e certas coisas básicas, que a sociedade demandava. Mas quando mudam tais demandas, como, por exemplo, educação básica, assistência de saúde, pleno emprego, seguro social e de desemprego e outras de semelhante natureza, que precisamente conduzem ao chamado Estado de Bem-Estar Social, as coisas podem complicar-se. Dito de outra forma, a satisfação dos direitos de primeira geração, como também os de segunda, econômicos, sociais e culturais, que tem natureza prestacional. Aí surgem as dificuldades, pois tais direitos são na realidade benefícios outorgados a determinada parcela da sociedade, e para isso deve contar com um Estado rico, ou com alguma capacidade econômica significativa, assim, se o Estado dispõe destes meios significa que a sociedade (em si) tem nível de riqueza compatível, sabendo-se que a riqueza do Estado provem além do seu patrimônio explorado inclusive de atividades empresariais (estatais lucrativas), dos impostos pagos pelos cidadãos. Assim, se a sociedade é pobre, paga poucos impostos e o Estado será pobre, por outro lado, se a sociedade tem riqueza e paga mais impostos, o Estado poderá distribuir mais benefícios, concretizar os chamados direitos prestacionais.

O desafio que se coloca ao examinarmos o tema é a necessidade de buscar o estabelecimento de um equilíbrio na equação demandas/capacidade real de atendê-las, ainda que razoavelmente, impondo-se, como sugere Pedro Salazar Ugarte, uma alternativa "salomônica":[22]

> as soluções devem buscar em ambas as partes da fórmula. Por um lado, agregar as demandas, atender as desigualdades que geram conflitos de interesses, identificar objetivos comuns; e por outro lado é necessário que o governo seja

21 Mario Fernandez (org.). Gobernabilidad Democratica y Constitución. *In*: *Governabilidad y Constitucionalismo em America Latina*, *op. cit.,* p. 203.

22 *Op. cit*., p. 390.

> tecnicamente capaz e disposto a negociar para construir consensos, elaborando uma agenda a partir de demandas prioritárias, com recursos suficientes e estruturada solidamente nos mecanismos estatais.

A direção e gestão política das atividades estatais na busca real de suas finalidades e objetivos para a concreção do bem comum têm como pressuposto a utilização de técnicas de governança (perdão pela redundância) governamental, significando a geração, manutenção e desenvolvimento de expertise das pessoas envolvidas no processo, a permanente avaliação e adequação de métodos, e não se pode excluir a necessidade de não raro se fazerem necessárias reformas de estrutura, maiores ou menores, as quais devem ser feitas com cautela e reflexão, ampla discussão e amadurecimento ao longo do processo decisório respectivo, precedido de, como adverte Ricardo Rivera Ortega:[23]

> (...) análise institucional devidamente contextualizada, avaliando os modelos mais recomendáveis para cada determinado país, considerando o momento temporal (histórico) dado, e considerando suas circunstâncias políticas, econômicas e sociais, utilizando-se, para tanto de indicadores e metodologias empíricas.

Como se buscou demonstrar, a governabilidade é ampla e complexa, como já o observamos, não existem respostas simples para problemas complexos, mas há que enfrentá-los. É o que se tenta fazer, com estas reflexões.

V - CONCLUSÃO

Como uma forma de conclusão, podemos apontar que o processo de governo e o ato mesmo de governar, no seu sentido mais amplo e integral, envolvendo a todos os chamados poderes do Estado, que não são senão estruturas especializadas com o destino de desempenhar as funções inerentes ao papel estatal, estão estruturados e têm as linhas gerais de seu funcionamento estabelecidos na Constituição e, além da conformação, têm o direcionamento do exercício das funções que lhe são atribuídas também estabelecidas na Constituição, pelo que tudo o que fazem está condicionado a ser em absoluta conformidade com os objetivos e segundo os princípios constitucionais.

Tem-se que esta conformidade constitucional é o limite de licitude intransponível, significando dizer que contornar ou discrepar deles é violar estes limites e cair no campo da ilicitude, da antijuridicidade, e também desnaturar o âmbito da discricionariedade política que também se contém nestes mesmos limites.

---

23 Agustín Enrique Ferraro Cibelli (coord.). Reforma del Estado en América Latina: Las instituciones administrativas como clave del desarrollo. *In*: *Em busca del buen gobierno*. Barcelona: Bellaterra, 2007, p. 184.

De resto, a conformidade constitucional pela fidelidade e consonância com os elementos essenciais do pacto instrumentado pela Constituição é que fortalece a legitimidade política e a sustentação estável desse mesmo processo governativo.

Não será demais rememorar – e concordar – com Afonso Arinos de Mello Franco, quando, apresentando o seu Direito Constitucional como se estivesse pensando os dias que vivemos, diz:[24]: "Não se pode dizer que seja um livro otimista – o otimismo do cultor do Direito Público seria, hoje, no Brasil, demonstração de ingenuidade, malícia ou patetice – mas também não é pessimista. Talvez o caráter que nele prevaleça seja o de clara e fundada apreensão, mas não desesperança. Tenho esperança, porque, no Brasil, confio no povo, nos seus sentimentos de cordura e no seu instinto de justiça e liberdade."

VI - BIBLIOGRAFIA

BELAUNDE, Domingo Garcia; FERNANDEZ, Mario (org.). *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina.*, México, DF: ed. Universidad Nacional Autonoma de México, DF., 2005.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JELLINEK, Georg. *Teoria Geral del Estado*. Montevidéu: IBdef, 2005.

JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa. A Experiência Estrangeira na adaptação da intensidade do Controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MALBERG, Carré. *Teoria General del Estado*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2001.

MELLO FRANCO, Afonso Arinos. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição as Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2003.

ORTEGA, Ricardo Rivera; CIBELLI, Agustín Enrique Ferraro (coord.). Reforma del Estado em América Latina. Las instituciones administrativas como

24 *In*: *Direito Constitucional. Teoria da Constituição as Constituições do Brasil.* Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 8.

clave del desarrollo. *In: Em busca del buen gobierno*. Barcelona: Bellaterra, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal/OAB/SC, 2003.

PELUFFO, Juan Pablo. *Sobre Derecho Administrativo*. Tomo I. Montevidéu: Fundación de Cultura Universitária, 2008.

SALVETTI Neto, Pedro**.** *Curso de Teoria do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1979.

SILVA, José Afonso da; FERNANDEZ, Mario (org.). Governabilidade num Estado Democrático. *In: Gobernabilidad y constitucionalismo em América Latina*. México, DF: ed. Universidad Nacional Autonoma de México, DF., 2005.

UGARTE, Pedro Salazar; FERNANDEZ, Mario (org.). *Gobernabilidad y constitucionalismo em América Latina.* México, DF: ed. Universidad Nacional Autonoma de México, DF., 2005.

VIANELLO, Lorenzo Córdova; FERNANDEZ, Mario (org.). Repensar La Governabilidad de Las Democracias. *In: Governabilidad y constitucionalismo em América Latina*. México, DF: ed. Universidad Nacional Autonoma de México, DF., 2005.

ICMS. VENDA DE AUTOMÓVEIS POR LOCADORAS DE VEÍCULOS (STF – TEMA 1.012 DE REPERCUSSÃO GERAL)

José Eduardo Soares de Melo[1]

I. QUESTÃO JURÍDICA

Incidência (ou não incidência) do ICMS nas vendas de veículos, após o decurso de determinado período após sua aquisição, que tenham sido objeto de anterior locação, face às características operacionais das locadoras.

II. LIDE JUDICIAL

1. PLEITO DA LOCADORA

Empresa que tem como objeto social a locação de bens móveis, especificamente a locação de veículos automotores, que são adquiridos diretamente das fabricantes/montadoras, que ingressam em sua contabilidade como bens do ativo fixo, sendo descartados/alienados após vida útil econômica relativamente ao "negócio de locação", que ocorre após o prazo mínimo de 6 (seis) meses, sem a incidência do ICMS.

O prazo de permanência fora previsto na Lei Ferrari para que os adquirentes diretos das montadoras mantivessem a propriedade antes de revendê-los a terceiros.

Entretanto, o Convênio ICMS n. 64/06 estabelecera a obrigatoriedade de as locadoras manterem os veículos, adquiridos das montadoras (em seus ativos fixos), pelo período de 12 (doze) meses. O descumprimento desta condição implicava na exigência do ICMS correspondente à aplicação da alíquota interna cabível calculada sobre a diferença, entre o preço de venda sugerido ao público para o veículo novo pela montadora e o preço efetivo de aquisição.

Argumentara pela inconstitucionalidade do mencionado Convênio por ofender a LC n. 87/96, o CTN (art. 110) e a Lei n. 6.404/76 (art. 179, IV), além de ferir a CF (art. 5º, II; art. 150, I; art. 170) e o princípio federativo.

---

1 Doutor e Livre-Docente em Direito. Professor Titular de Direito Tributário da PUC-SP (2012-2015). Visiting Scholar da U.C. Berkeley (Califórnia). Professor Emérito da Faculdade Brasileira de Tributação. Consultor Jurídico e Técnico em Contabilidade.

Apontara que a legislação determina que o tratamento conferido aos bens que integram o ativo fixo de uma empresa (arts. 20, e 21, da LC n. 87) é diferente daquele estabelecido para os bens destinados à venda para o consumidor final ou para sua comercialização, porque determina estorno de créditos do ICMS, tendo o referido Convênio criado nova hipótese de incidência tributária.

A norma regulamentar viola os princípios do livre exercício da atividade econômica; da proporcionalidade e da razoabilidade; e da isonomia, também implicando na modificação do conceito de ativo permanente, devendo o bem permanecer no mínimo 12 meses com a locadora.

2. PARECERES JURÍDICOS

A pretensão judicial encontra-se amparada por esmerados estudos jurídicos destacando o seguinte:

Paulo de Barros Carvalho (em 19.09.2005)

"Mercadoria" é a coisa móvel, corpórea, que é objeto de comércio. Caracteriza-se por sua destinação mercantil, abrangendo apenas o bem que tenha sido adquirido ou produzido com o precípuo objetivo de futura comercialização.

"Bem do ativo imobilizado", diversamente é aquele orientado à manutenção das atividades da empresa, sendo necessária à exploração do objeto social desta.

Ponto distintivo: a destinação. Para qualificar-se como mercadoria, o bem precisa ser adquirido com a finalidade de ulterior revenda. O objetivo que preside a existência do bem do ativo imobilizado é dar continuidade à fonte produtora de riqueza, possibilitando, por meio de seu uso reiterado, que a pessoa jurídica cumpra o previsto no Estatuto Social.

Os bens que integram o ativo imobilizado da Consulente são imprescindíveis à consecução de sua atividade-fim, que consiste em propiciar a locação; os veículos não se destinam à revenda, mas ao uso da empresa.

Na hipótese de venda de bens integrantes do ativo imobilizado (veículos de propriedade de empresa voltada à sua locação), falta o componente "mercadoria".

A habitualidade e o volume de vendas são apenas alguns elementos necessários à configuração do fato jurídico tributário (art. 4º da LC n. 87/96). A locação de veículos constitui atividade que não se enquadra na regra-matriz do ICMS.

José Souto Maior Borges (em 7.03.2006)

A saída de bens do ativo fixo não pode ser, pela lei tributária, equiparada, em seu regime, a uma operação de venda de mercadoria. Seria uma ficção

jurídica equiparar esses desiguais. Bens de capital e mercadoria são conceitos inconfundíveis no direito privado.

O ativo fixo é constituído por uma parcela do ativo geral da empresa ou pela classe dos bens específicos, que se tipificam diante das mercadorias, porque não destinados apenas a viabilizar as atividades empresariais, não a comercialização.

O ICMS somente recai sobre mercadorias, não sobre alienação de bens do ativo imobilizado. Há que se distinguir entre uma revendedora de automóveis, que mantém no seu pátio veículos desde sempre destinados à comercialização, e, pois, tributáveis pelo ICMS, e as atividades da locadora.

Numa empresa de venda de veículos ("concessionária") a comercialização destes é um fim em si mesma. Para a locadora a venda dos veículos é apenas meio, instrumental necessário à preservação da frota destinada à locação.

Vender veículos que até então integravam o seu ativo imobilizado é uma conduta necessária para a empresa. Não lhe é dado fazer opção por alienar ou não os veículos depreciados. Têm que ser necessariamente alienados.

Não é a habitualidade da venda de veículos automotores pela locadora condição necessária e suficiente para o fisco estadual exigir ICMS. Constituiria menosprezo aos critérios constitucional (operações relativas à circulação de mercadorias) e infraconstitucional (saída de mercadorias) considerar-se a simples habitualidade na alienação de veículos não mais disponíveis para a locação em critério decisivo, único, e exclusivo, de viabilização da imposição tributária.

Examina, ainda, a irrelevância tributária do estado de conservação (seminovos ou deteriorados) em que forem os veículos alienados pela locadora.

3. FAZENDA DO ESTADO. ANÁLISE DAS ATIVIDADES OPERACIONAIS

Ampla documentação comprobatória da situação operacional da locadora apurara o seguinte:

1. deixou de ter atividade exclusiva de locação de veículos;

2. abriu filial com atividade exclusiva de comercialização de veículos (a qual é exatamente o seu estabelecimento interditado);

3. passou a adquirir veículos com o fito de revendê-los em curto prazo (menos de seis meses, depois de adquiridos, conforme consta de notas fiscais);

4. financia a revenda dos veículos através de instituição financeira;

5. aceita veículos usados como parte do pagamento dos veículos que revende;

6. anuncia-se como revendedora de veículos pela internet;

7. dificulta sua qualidade de revendedora de veículos pela imprensa;

8. aceita encomendas e pedidos de veículos na sua página da Internet.

4. SENTENÇA

Procede à distinção entre bem e mercadoria, destacando que a doutrina tem reconhecido a não incidência do ICMS nas operações representadas por alienação de bens do ativo fixo. Entende que, no âmbito tributário, os decretos têm eficácia apenas como regras destinadas à uniformização de procedimentos e de execução das leis, jamais como fonte legislativa originária, a ponto de instituir obrigação tributária.

Assinala que a habitualidade faz parte da própria natureza da atividade mercantil, assim como o intuito comercial, a caracterizar o contribuinte do ICMS como qualquer pessoa física ou jurídica que, em tais circunstâncias, realize operações de circulação de mercadorias (art. 4º da LC n. 87/96).

Assim, quem não se enquadre no apontado perfil não pode ser considerado contribuinte do imposto, a exemplo das locadoras de veículos automotores, ao menos que lei específica assim defina.

Decidira que a exigência do ICMS pela autoridade impetrada, através de atividade fiscal condicionante da transferência de propriedade no âmbito administrativo, como vem sendo exigido no DETRAN-PE, a impor comprovação de quitação do ICMS nas alienações de veículos integrantes do ativo fixo, viola direito líquido e certo da impetrante ao exercício do direito de propriedade, e ao devido processo legal, no tocante à constituição da obrigação tributária, a merecer a tutela de controle.

5. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

> **EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS NA VENDA DE VEÍCULOS USADOS POR PARTE DE LOCADORA. NECESSIDADE DE EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO ATO DE VENDA. INADEQUAÇÃO DA VIA MANDAMENTAL PARA ESTABELECER, EM ABSTRATO, A INCIDÊNCIA, OU NÃO, DE ICMS EM CASOS QUE TAIS. AFASTAMENTO, CONTUDO, DAS EXIGÊNCIAS PROCEDIMENTAIS QUE CONFIGUREM MEIO OBLÍQUO DE COBRANÇA DE IMPOSTO.
>
> 1. A tese central da impetração é a de que as vendas de veículos usados realizadas pela impetrante (locadora de automóveis) consubstanciam alienação de *ativo fixo* e não mercadorias, pelo que tais vendas não se sujeitariam à tributação pelo ICMS, daí exsurgindo a ilegitimidade da exigência desse tributo sobre as vendas de veículos adquiridos pelas locadoras há menos de um ano.
>
> 2. A *dicotomia conceitual* entre bens do *ativo fixo*, de um lado, e bens que corporifiquem *mercadoria*, de outro, não é suficiente para definir, sobretudo, em *sede mandamental*, se as vendas de veículos usados por parte de locadoras está, ou não, sujeita à incidência do ICMS.
>
> (...)
>
> 4. É certo que, *via de regra*, a venda de bens oriundos do ativo fixo *não configura operação de circulação de mercadorias*.

> 5. Essa regra, contudo, não deriva da circunstância de que tais bens tenham integrado ou sejam oriundos do ativo fixo, e sim do fato de não terem eles *a destinação mercantil* que subjaz inerente ao conceito de *mercadoria*.
>
> 6. Via de consequência, se o bem em tela, apesar de oriundo do ativo imobilizado, receber, no ato de alienação, uma destinação mercantil, passará a constituir mercadoria (e como tal suscetível de ser objeto de operação de circulação de mercadoria tributável pelo ICMS, na forma de regra geral) (...);
>
> (...);
>
> 8. É preciso verificar se, no ato concreto de suas alienações, esses bens, conquanto oriundos do ativo fixo, têm, ou não, as características próprias às mercadorias.
>
> (...);
>
> 11. À vista dos elementos de prova coligidos nestes autos, tem-se que, aparentemente, a venda de veículos usados por parte a impetrante é realizada não apenas com *habitualidade*, mas também com *profissionalidade específica* (com estabelecimentos próprios distintos dos utilizados para locação, e com estruturas funcionais especializadas), isto como etapa inerente às suas atividades empresariais globais (ou seja, como elemento da empresa), muito embora essa etapa seja, em princípio, sempre subsequente à etapa constituída pelo uso do veículo para locação.
>
> 12. Nesse panorama, considerando que a classificação contábil de origem não é suficiente para afastar, em termos absolutos, a hipótese de a venda do veículo usado configurar, in concreto, operação mercantil, e sendo certo que a prova dos autos permite vislumbrar, exatamente ao revés, a presença de características mercantis nas alienações em foco, infere-se que a impetrante carece de direito líquido e certo à pretendida declaração em abstrato, de que não incide ICMS na alienação de seus veículos usados."

6. STF

Recurso extraordinário interposto pela locadora em razão de estar irresignada com a manutenção do tributo pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, com amparo no artigo 102, III, "a", da CF/1988, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade do Convênio Confaz 64/2006, e do Decreto Estadual 29.831/2006, que disciplinaram a operação de venda de veículo autopropulsado, com menos de 12 (doze) meses de aquisição da montadora.

Sustentara a recorrente, entre outros fundamentos, que a instituição do tributo violara os artigos 150, I (legalidade) e II (isonomia); 155, § 2º, I (não-cumulatividade); 170, V (livre concorrência, todos da Constituição Federal.

O Plenário Virtual reconheceu a repercussão geral da matéria (sessão de 19.10.2018).

> Ementa: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TEMA 1012 DA REPERCUSSÃO GERAL. INCIDÊNCIA LEGÍTIMA DE ICMS SOBRE A VENDA DE AUTOMÓVEIS, POR EMPRESAS LOCADORAS DE VEÍCULOS

> ANTES DE UM ANO DA SUA AQUISIÇÃO DAS MONTADORAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPOVIDO,
>
> 1. Nos termos do artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal, compete à lei complementar regulamentar a forma como os Estados e o Distrito Federal deliberarão sobre a instituição de isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS. A LC 24/1975 efetiva o mandamento constitucional e retrata o alcance dos convênios celebrados pelos Estados e Distrito Federal, formalizados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.
>
> 2. É legítima a incidência do ICMS sobre a operação de venda, realizada por locadora de veículos, de automóvel com menos de 12 (doze) meses de aquisição da montadora, uma vez que, nessa hipótese, os bens perdem a característica de ativo imobilizado, passando a assumir o caráter de mercadoria, nos termos do Decreto Estadual 29.831/2006, que tratou apenas de regulamentar internamente as disposições aprovadas pelo Convênio CONFAZ 64/2006.
>
> 3. Recurso Extraordinário a que se NEGA PROVIMENTO, com a fixação da seguinte tese de julgamento: "É constitucional a incidência do ICMS sobre a operação de venda, realizada por locadora de veículos, de automóvel com menos de 12 (doze) anos de aquisição da montadora".
>
> (Recurso Extraordinário 1.025.986 – Pernambuco – Sessão Virtual do Plenário de 5.08.2020. Redator para o acórdão Min. Alexandre de Moraes).

Fundamentos do voto vencedor do Min. Alexandre de Moraes

1. O Convênio Confaz 64/2006 cuidou somente de definir a forma como se dará a isenção fiscal do ICMS, nas hipóteses em que a locadora vender veículos adquiridos de montadoras. Não se trata de instituição do tributo.

2. Embora na aquisição direta da montadora os veículos tenham a característica de ativo imobilizado – enquanto estiverem sendo usados em suas finalidades –, na ocasião da revenda os bens perdem essa natureza, passando a assumir o conceito de mercadoria, acolhendo os argumentos do acórdão recorrido (TJ-PE).

3. Não se aprecia a eventual violação à livre concorrência, e ao princípio da não cumulatividade, porque o Juízo de origem não analisou essas questões constitucionais. _

Fundamentos do voto vencido do Min. Marco Aurélio

1. Apesar da redação do Decreto n. 14.876/91 (art. 14, LXVIII) não há determinação da incidência de ICMS na alienação de ativo imobilizado. A regra impõe condição resolutiva ao gozo do benefício da redução da base de cálculo (Convênio 55/2000).

2. A diferença de ICMS, decorrente da aplicação do Convênio 64/2006 refere-se à operação de entrada da mercadoria posteriormente integrada ao imobilizado, e não à saída do ativo. Significa dizer: se não cumprida a permanência no prazo descrito na legislação de regência, afasta-se o regime mais benéfico,

no que serão cobrados do alienante os encargos inicialmente afastados, majorada a base de cálculo de incidência do tributo, fazendo-se incidir a regra geral.

3. Ausente hipótese de incidência do ICMS na alienação de bens do ativo fixo, não há ofensa ao artigo 155, inciso II, da Constituição Federal. Elementar a noção segundo a qual a criação de tributos exige o consentimento do povo (mediante lei), em sentido formal e material, considerado o princípio da legalidade.

4. Declarara a inconstitucionalidade do inciso LXVII do artigo 14 do Decreto n. 14.876/1991, com a redação conferida pelo de n. 29.831/2006, ambos de Pernambuco, afastar a majoração do ICMS prevista nas operações de venda de veículos quando realizados por pessoa jurídica que explore a locação de veículos.

5. Conclusão: "TRIBUTÁRIO – DECRETO. Surge inconstitucional, por inobservância ao princípio da legalidade, decreto editado com o fim de incorporar à legislação estadual convênio a majorar tributo, aprovado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, sem a prévia deliberação do Poder Legislativo – artigo 150, inciso I, da Constituição Federal".

III. PONDERAÇÕES JURÍDICAS

As questões básicas examinadas na lide versaram sobre (i) a natureza da atividade exercida pela locadora; (ii) a classificação contábil dos veículos (ativo imobilizado e mercadoria); (iii) a complexa realidade operacional concernente à alienação dos veículos; e a (iv) a inexistência de previsão legal da hipótese de incidência do ICMS face os instrumentos normativos.

Examino as situações seguintes:

1. Locação de Veículos

Contrato em que uma das partes se obriga a ceder a outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa remuneração (Código Civil, art. 565).

Constituem elementos essenciais: (i) consentimento válido; (ii) capacidade dos contratantes; (iii) cessão de posse do objeto locado, que deverá ser infungível; determinado ou determinável; suscetível de gozo material, dado por quem possua título bastante para fazê-lo; alienável ou não; (v) remuneração; (v) lapso de tempo determinado ou não, salvo casos excepcionais; e (vi) forma livre, salvo hipóteses específicas.[2]

2. ISS – Não Incidência

A pretendida qualificação da locação como serviço pode ser resultado do fato de que o Código Civil anterior procurara disciplinar esse instituto no mesmo capítulo da locação da coisa, que, entretanto, apresenta nítidas distinções.

A noção jurídica de prestação de serviços envolve, na via direta, o esforço humano, implicando obrigação de "fazer" um específico e determinado bem

2 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 26. ed. 2ª tir. Saraiva, 2010, p. 320.

(material ou imaterial), vinculado a uma atuação personificada e individualizada, sem relação de emprego.

Examinando questão relativa à pura e simples locação de guindaste, desacompanhada da prestação de serviços, o STF declarou a inconstitucionalidade da expressão "locação de bens móveis", constante do antigo item 79, da lista de serviços a que se refere o Decreto-Lei 406/1968, na redação dada pela LC 56/1987 (RE 116.121-3, Pleno, rel. p/acórdão Min. Marco Aurélio, j. 11.10.2000, *DJU* 25.5.2001).

A circunstância do aresto haver declarado a inconstitucionalidade da expressão "locação de bens móveis", contida nos mencionados preceitos legais, tem o efeito jurídico de também ser considerado relativamente à lista constante de legislação ulterior (Lei Complementar n. 116/03).

Consagrara a diretriz seguinte:

> É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis.
>
> (Súmula Vinculante n. 31)

3. Classificação Contábil dos Veículos

As aquisições dos veículos das montadoras foram classificadas no *ativo fixo (imobilizado)*, em razão de serem necessários à atividade da empresa (locação), não tendo por objeto central a sua comercialização.

Os bens comprados não têm destinação mercantil e nem as características próprias das mercadorias, sendo questionável se, por ocasião de sua revenda, perderiam a mencionada qualificação, passando a assumir o conceito de mercadoria.

Importante assentar premissas sobre o tema.

A *Contabilidade* objetiva registrar os eventos concernentes às atividades empresariais face à sua configuração econômica, sem cogitar o substrato de tais atividades. Auxilia na apresentação das demonstrações financeiras, balanço patrimonial, lucros ou prejuízos acumulados, resultante do exercício, e fluxo de caixa.

O *Direito Tributário* tem por finalidade constatar os efeitos decorrentes dos resultados societários das empresas, a respectiva natureza jurídica (independente da aparência econômica), e sua adequação (ou não) às normas de incidência tributária. As técnicas contábeis constituem elementos auxiliares para apuração de uma específica situação tributária (lucro real, ou prejuízo fiscal no âmbito do imposto de renda).

Primorosas as assertivas seguintes:

> A Contabilidade nada cria, pois sua função é apenas a de registrar, mediante métodos científicos e confiáveis, e segundo o método das partidas dobradas, os fatos tais como se encontram na realidade fenomênica (...).

> A contabilidade não tem o poder de acrescentar direitos ao patrimônio, nem de eliminar obrigações que nele existam (...).
>
> A contabilidade não deve esconder direitos existentes ou apresentar obrigações inexistentes. Tudo porque direitos e obrigações derivam da lei, dos fatos e dos atos da pessoa jurídica titular do patrimônio.[3]
>
> *
>
> a) A ciência contábil trabalha com a essência econômica;
>
> b) a partir da edição da Lei n. 11.638/07 consagrou-se, em definitivo, a distinção entre os princípios que norteiam as relações econômicas, para fins de registro contábil, e aqueles que norteiam as relações jurídicas, na atividade empresarial;
>
> c) a prática contábil é nula para efeitos de solução de conflito envolvendo o Direito;
>
> d) a primazia da essência sobre a forma deve ser concebida como técnica, ou recurso, com vistas a tornar os relatórios contábeis mais eficientes na sua função de servir de instrumento para análise prospectiva, não podendo, isoladamente, ser fundamento para aferição de vícios jurídicos.[4]

Na realidade, e em termos de competência, a Contabilidade não estabelece regras de tributação, e não pode alterar a fisionomia dos negócios jurídicos. Do mesmo modo, o Direito Tributário não pode traçar diretrizes relativas a lançamentos contábeis, classificação de contas etc., sequer interferir nos princípios que regram a Contabilidade.

A configuração contábil para determinadas operações, pautada por pressupostos meramente econômicos, pode acarretar distorções no âmbito tributário, tendo o STF adotado as posturas seguintes:

> a) ainda que a contabilidade elaborada para fins de informação ao mercado, gestação, e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida, para determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação;
>
> b) a contabilidade possui ferramenta utilizada para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprias do Direito Tributário (...).
>
> (RE 606.107/RS – Plenário – rel. Min. Rosa Weber – j. 22.5.13 – Repercussão Geral – CPC, art. 543-B).

4. Venda do Ativo Imobilizado (Não Incidência do ICMS)

Ativo Imobilizado ou Ativo Fixo são expressões sinônimas que, na linguagem contábil, identificam o agrupamento de contas onde se registram os

3 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda (2020)*. Instituto Brasileiro de Direito Tributário, p. 1294. v. II.

4 BIFANO, Elidie Palma. Contabilidade e direito: a nova relação. *In*: *Controvérsias jurídico-contábeis – aproximações e distanciamentos*. Roberto Quiroga Mosquera, Alexsandro Broedel Lopes (coord.). São Paulo: Dialética, 2010, p. 116-117.

recursos investidos em direitos que tenham por objeto bens necessários à exploração do objeto social (capital fixo).

As expressões são utilizadas em oposição a ativo circulante. Os bens integrantes do ativo imobilizado destinam-se, pois, a manter a própria fonte produtora dos rendimentos, enquanto os bens do ativo circulante representam dinheiro, créditos, ou bens, que serão transformados em dinheiro durante o ciclo operacional. É o emprego do bem o elemento essencial à sua classificação contábil e legal.[5]

Também fora registrado o seguinte:

> São classificados no Ativo Imobilizado bens e direitos que tenham por objeto bens sempre destinados à manutenção das atividades da companhia e da empresa, ou exercidos com essa finalidade, inclusive os direitos de propriedade industrial ou comercial. É o que prevê o artigo 179, inciso IV, da Lei nº 6.404/76. É, talvez, a mais simples das classificações do Ativo. De acordo com pronunciamento do Ibracon, classificam-se no imobilizado os direitos representados por bens tangíveis ou intangíveis, utilizados ou a serem utilizados na manutenção das atividades da entidade, cuja vida útil econômica, em praticamente todos os casos, seja igual ou superior a um ano e que não estejam destinados a venda ou transformação em numerário".[6]

Corresponde aos direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da entidade, ou exercidas com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transferem a ela os benefícios, os riscos e o controle desses bens (Pronunciamento Técnico CPC n. 27, da Comissão de Valores Mobiliários).

A *venda de bens do ativo fixo* da empresa nunca poderia acarretar exigência do ICMS, porquanto não se enquadra no conceito de mercadorias, por não serem coisas comercializadas, habitualmente, com o fim de lucro, além de estarem fora do âmbito das atividades usuais dos contribuintes, desde o início da aquisição até o final da locação.

Há mais de vinte anos o STJ proferira a decisão seguinte:

> Não constituindo mercadoria, na definição da legislação tributária, o ICM não incide na operação de venda ou transferência do ativo fixo, desde que não foi adquirido para ser vendido, como objeto do negócio da empresa.
>
> (REsp nº 43.057-7 – 1ª, T. – rel. Min. Demócrito Reinaldo – j. 8.6.94 – *DJU* 27.6.94, p. 16.910).

O relator do acórdão salientara o seguinte:

5 LATORRACA, Nilton. *Direito Tributário – Imposto de Renda das Empresas.* 13. ed. Atlas, 1992, p. 375.

6 *Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas*, Atlas, 1986, p. 227.

> "O conceito de mercadoria é antes subjetivo que objetivo. O bem adquirido com a finalidade de ser vendido, ainda que depois de industrializado, é mercadoria. Não o é, entretanto, aquele que é comprado para compor o ativo fixo e depois é vendido. Fixado o conceito de mercadoria, pode se concluir que toda operação relativa à circulação (econômica ou jurídica) de bens identificáveis como mercadorias pode ser tributada. Tal colocação explica porque o ICMS não incide no comodato, na venda esporádica de bens inservíveis, na transferência de material de uso e consumo, de um para outro estabelecimento da mesma empresa, nas vendas ou transferências do ativo fixo e na importação para uso próprio. É que, em todas essas hipóteses, os bens não se destinam a ser vendidos, e, em consequência, não são mercadorias" (grifei).

O STF, também há mais de duas décadas, observara o mesmo critério:

> ICMS. Venda de Bens do Ativo Fixo da Empresa. Não-incidência do Tributo. A venda de bens do ativo da empresa não se enquadra na hipótese de incidência determinada pelo art. 155, II, da Carta Federal, tendo em vista que, em tal situação, inexiste circulação no sentido jurídico-tributário: os bens não se ajustam ao conceito de mercadorias e as operações não são efetuadas com habitualidade. Recurso extraordinário não conhecido.
>
> (RE nº 194.300-9 – 1ª. T. – rel. Min. Ilmar Galvão – j. 29.4.97 – *DJU* 12.9.97, p. 437.371).

5. Bem do Ativo Imobilizado. Peculiar Sistemática de Anulação de Créditos de ICMS (Incompatibilidade com a Incidência Tributária)

O bem do ativo imobilizado não contém a natureza jurídica de uma autêntica mercadoria, porque não constitui bem corpóreo (ou virtual) da atividade empresarial da locadora de veículos; não tem por objeto a distribuição para consumo; não se compreende no estoque da empresa.

Não sendo negociado ou transmitido a terceiro, sem implicar mercancia, não pode ser qualificado como mercadoria, a saber: (i) a locadora cede veículo em locação mediante remuneração, com o direito de posterior devolução, não ocorrendo a mudança da propriedade; (ii) a vendedora transfere a propriedade do veículo a terceiro; (iii) mediante pagamento do respectivo preço, com incidência do ICMS.

O conceito normativo assim define a "venda" significa negócio jurídico em que um contratante se obriga a transferir o domínio de certa coisa (atual ou futura) a outro, mediante pagamento de certo preço em dinheiro, que pode ser fixado à taxa de mercado ou de bolsa, ou em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação (Código Civil, arts. 481, 483, 486 e 487).

De longa data Geraldo Ataliba questionara a incidência do imposto estadual sobre bens que não tinham a natureza jurídica de mercadorias, justificando o seguinte:

> Não é qualquer bem que pode ser juridicamente qualificado como mercadoria. Essa qualificação depende de dois fatores, a saber: (1) a natureza do promotor da operação que a tem por objeto, e (2) a destinação comercial que a ela dá o seu titular.[7]

Os conceitos de "circulação", "operação", e "mercadoria" permanecem vinculados, devendo os intérpretes e os destinatários do ICMS compreendê-los em sua acepção jurídica para efeito de caracterização de sua incidência.

A LC n. 87/96 (estatuto nacional do ICMS) não erigira como fato gerador do ICMS, o negócio jurídico relativo à transferência de propriedade de bem integrante do ativo permanente de empresa de locação de veículo.

Singularmente ateve-se aos bens do ativo permanente exclusivamente na sistemática da não cumulatividade do ICMS, a saber:

> Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenham resultado a entrada de mercadoria, real ou simbolicamente, no estabelecimento, inclusive a destinada a uso ou consumo ou ao *ativo permanente*, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Estabelecera procedimento específico para efeito dos mencionados créditos na forma seguinte (art. 20, § 5º, incisos I a VII):

a) a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

b) em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;

c) para a aplicação do disposto nos incisos I e II, o montante do crédito a ser apropriado será o obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo valor igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior ou as saídas de papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos (redação dada pela LC 120, de 29.12.2005);

d) o quociente de um quarenta e oito avos será proporcionalmente aumentado ou diminuído, "pro rata die", caso o período de apuração seja superior ou inferior a um mês;

---

7 ICMS. Incorporação ao Ativo – Empresa que loca, oferece em 'leasing' seus produtos – Descabimento do ICMS". *Revista de Direito Tributário*, Revista dos Tribunais, vol. 52, p. 78.

e) na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos contado da data de sua aquisição, não será admitido, a partir da data da alienação, o creditamento de que trata este parágrafo em relação à fração que corresponderia ao montante do quadriênio;

f) serão objeto de outro lançamento, além do lançamento em conjunto com os demais créditos, em livro próprio ou de outra forma que a legislação determinar; e

g) ao final do quadragésimo oitavo mês contado da data da entrada do bem no estabelecimento, o saldo remanescente do crédito será cancelado.

A legislação nacional confere tratamento fiscal singular à venda dos bens do ativo fixo – com o exclusivo efeito na sistemática de "créditos" relativos à respectiva aquisição –, em razão do que nada há que se considerar com relação a débito.

6. Princípio da Legalidade. Inadequação de Instrumento Normativo (Convênio) para Instituição do ICMS

O voto vencedor entendera que "o Convênio CONFAZ 64/2006 cuidou somente de definir a forma como se dará a isenção fiscal do ICMS, nas hipóteses em que a locadora vender veículos adquiridos de montadoras". Salienta que "não se trata de instituição do tributo", reproduzindo o texto do mencionado Convênio que se refere a "operações que se enquadram nas hipóteses de incidências do imposto, previstas na Lei Complementar 87/96", e a sua redação atual (Convênio ICMS 67/18 com efeito a partir de 01.09.18) que se refere a "recolhimento do ICMS, no caso de "operação de venda de veículo antes de 12 (doze) meses da data da aquisição".

Claramente houve ofensa ao princípio da legalidade porque somente a "lei" (norma editada pelo Legislativo) é dotada de competência para dispor sobre a instituição de tributo (CF, art. 150, I). Os Convênios Confaz limitam-se à concessão e à revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS (art. 155, XII, g, da CF), dispondo sobre a dispensa da exigência do tributo, reduções de base de cálculo, créditos presumidos, manutenção de créditos, etc., em consonância com a sistemática prevista na LC nº 24, de 7.1.75.

Não trata – e nem poderia fazê-lo – de fato gerador ou qualquer outra situação atinente à exigência tributária, sendo candentes as assertivas do Min. Marco Aurélio: "A lei há de ser, invariavelmente, o meio introdutor de normas de direito tributário. Qualquer obrigação concernente a tributo instituída por espécie normativa hierarquicamente inferior é inconstitucional."

Peculiarmente, o Estado de São Paulo estabelecera a não incidência do ICMS na saída de bem do Ativo Permanente (art. 4º, VI, da Lei n. 6.374/89), sem qualquer ressalva.

Todavia, em âmbito regulamentar (RICMS, art. 522) proferira a Decisão Normativa CAT-2 de 10.10.2006, traçando regras operacionais acerca do

"ICMS – Incidência – Venda de veículos novos e usados por parte de empresas locadoras de veículos".

Destarte, em razão da postura firmada pelo STF, as locadoras terão que lançar o ICMS na venda de veículos, adquiridos há menos de 12 meses das montadoras; mas, em decorrência do princípio da não cumulatividade do imposto poderá proceder ao crédito de ICMS gerado em razão das respectivas aquisições.

Tendo em vista que o valor de venda deverá ser inferior ao preço de aquisição, o débito de ICMS será inferior aos créditos, salvo no caso de redução de base de cálculo nas operações com veículos usados, prevista na legislação infraconstitucional (convênio, decreto, etc.).

"LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À INFORMAÇÃO" Colisão de Direitos Fundamentais

Marilene Talarico Martins Rodrigues[1]

Em homenagem ao Professor KIYOSHI HARADA, dedico este estudo e agradeço aos organizadores o convite para participar da obra.

Falar do homenageado é falar do professor e jurista, estudioso do direito. Sua preocupação é constante com as normas à luz da Constituição Federal e com os direitos e garantias do cidadão/contribuinte. Companheiro de longa data e de participação nos Simpósios de Direito Tributário, realizados pelo Centro de Extensão Universitária – CEU Law School, realizados em São Paulo e na Argentina, em que participamos com apresentação de trabalhos e discutimos temas sempre controvertidos que posteriormente vieram a ser decididos pelo Supremo Tribunal Federal. O Prof. Harada sempre se destacou nos diversos eventos.

A iniciativa dos coordenadores pela merecida homenagem deve ser aplaudida pela comunidade e em especial pelos estudiosos do Direito Tributário.

O TEMA DO PRESENTE ESTUDO

A "Liberdade de Expressão e o Direito à Informação" sempre foram temas de grande discussão, por apresentarem colisão com os direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal em 10/06/2015, em sessão Plenária, decidiu questão de **fundamental importância**, por ser definidora de **direitos fundamentais** em confronto e **seus limites**, pondo fim à discussão sobre a **publicação de biografias não autorizadas**.

Trata-se de **Ação Direta de Inconstitucionalidade** nº 4.815-DF, ajuizada pela **ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDITORES DE LIVROS – ANEL,** em face dos artigos 20 e 21 da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). A Autora argumenta, em síntese, que os referidos textos da

1 Advogada, sócia da Advocacia Gandra Martins. Especialista em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária CEU Law School. Membro do Conselho Superior de Direito da FECOMÉRCIO – SP. Membro do IASP. Membro da Diretoria da Academia Brasileira de Direito Tributário – ABDT. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas – APLJ. Membro da União de Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo Financeiro e Tributário – IBEDAFT.

lei têm dado ensejo à **proibição** da publicação **e da veiculação de obras biográficas**, **literárias** ou **audiovisuais** quando **não precedidas** de **autorização dos biografados**, de pessoas retratadas como coadjuvantes, ou dos respectivos familiares. Aduz que tal interpretação vulnera a **liberdade de expressão e manifestação de pensamento** (art. 5º, IV e IX, da Constituição Federal) e o direito à informação (art. 5º, XIV), que estabelecem:

> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> (...)
>
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
>
> (...)
>
> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
>
> (...)
>
> XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Com base em tais argumentos, requer:

> seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e, das pessoas retratadas coadjuvantes (ou seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais.

As normas impugnadas do Código Civil preceituam:

> Art. 20 - Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.
>
> Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.
>
> Art. 21 - A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Os dispositivos em tela são de múltiplos aspectos, pois tutelam **o direito à imagem, à honra e à vida privada da pessoa natural** de forma abrangente e

sob diversas perspectivas. Nem poderia ser diferente tendo em vista a fundamentação desses **direitos personalíssimos de cada cidadão**.

O art. 20 do Código Civil possibilita que o interessado proíba as condutas arroladas no dispositivo quando lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

Nesse sentido, é passível de proibição pelo interessado a divulgação de escritos relativos à pessoa, visto que tais documentos podem conter mensagens ofensivas à honra ou à imagem, ou seja, "**o conjunto de caracteres ou qualidades cultivadas pela pessoa reconhecidos socialmente**" – segundo definição de Maria Helena Diniz – ou revelar dados da vida privada do interessado.[2]

A norma também se refere à "**transmissão da palavra**", que pode ocorrer em diversos meios, tais como, "alto falante, gravação ambiental, gravação de conversa mediante interceptação telefônica, rádio, televisão cinema, internet, etc.".[3] Tem-se, ainda, a tutela da chamada "**imagem voz**", prevista no art. 5º, inciso XXVIII, "a", da Constituição da República, assim disposto:

> XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:
>
> a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

O art. 20 do Código Civil possibilita, de igual modo, a proibição da publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa. Ao referir-se à "**exposição**" da imagem, a norma é bastante abrangente, podendo englobar, entre outras condutas, a **publicação** (explicitamente referida na norma) da **imagem por diversos meios**, como os **veículos de Comunicação Social** (televisão, internet, revistas, jornais). Nesse caso, o preceito refere-se mais precisamente à chamada "**imagem**", que é a representação física da pessoa, determinada por seus traços fisionômicos.

Dessa forma, uma pessoa que tenha como fonte de renda a própria imagem, a qual é explorada profissionalmente – uma modelo, por exemplo –, que está protegida pela Constituição e pelo Código Civil, de modo que aquele que, sem autorização, fizer uso dessa imagem, para fins econômicos ou comerciais, poderá ser condenado ao pagamento de indenização, independentemente de prova de prejuízo.

Acresce-se, ainda, a hipótese de **matéria jornalística** que, de forma absolutamente infundada, imputa a determinada pessoa fato indecoroso, expondo seu nome e sua imagem à divulgação pública. Em tais circunstâncias, a pessoa

2 SILVA, Regina Beatriz Tavares da; FIUZA, Ricardo (coord.). *Código Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

3 MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros; FIGUEIREDO, Sálvio de (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ofendida poderá **pleitear indenização**, em decorrência de ofensa a sua imagem e a sua honra.

Quanto ao art. 21, constitui cláusula geral de **tutela da vida privada**, a qual se apresenta, aqui, como autônomo, visto que a obtenção de tutela judicial nesse caso independe de ofensa a outro direito correlato, como a honra, por exemplo.

No caso, nota-se que muitas podem ser as **implicações jurídicas** dos preceitos impugnados, em razão da **abrangência** com a qual buscam tutelar a vida privada, a imagem e a honra da pessoa natural. A Autora da Ação, no entanto, impugna **tão somente** uma interpretação dos preceitos, no sentido da **necessidade de autorização do biografado, de pessoas descritas como coadjuvantes da história ou dos respectivos familiares para publicação de obras biográficas**.

Trata-se de **questões polêmicas** envolvendo a aplicação dos arts. 20 e 21 do Código Civil, que o presente caso suscita **hipótese de colisão entre os direitos de personalidade mencionados** e **outros direitos fundamentais igualmente relevantes,** como: a **liberdade de expressão**, de **manifestação do pensamento** e de **informação** (art. 5º, incisos IV, V, IX e XIV, da Constituição Federal).

Se, de um lado**, a biografia constitui um relato sobre a trajetória de uma pessoa, acabando por adentrar em aspectos da vida privada desta**; de outro lado, **constitui gênero literário de importante valor histórico e cultural, sendo, a um só tempo, fonte de informação e forma de expressão artística, literária e histórica.**

A QUESTÃO LEVADA AO JUDICIÁRIO

Alega a Autora que "por força da interpretação que vem sendo dada aos referidos dispositivos legais (arts. 20 e 21 do Código Civil), pelo Poder Judiciário, a publicação e a **veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais têm sido proibidas em razão da ausência de autorização dos próprios biografados** ou de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares em caso de pessoas falecidas)".

Argumenta que "as pessoas cuja **trajetória pessoal**, **profissional**, **artística**, **esportiva** ou **política**, **haja tomado dimensão pública** gozam de uma **esfera de privacidade e intimidade naturalmente estreita**. Sua história de vida passa a confundir-se com a história coletiva, na medida de sua inserção em eventos de interesse público. Daí que exigir-se a prévia autorização do biografado (ou de seus familiares, em caso de pessoa falecida) importa consagrar uma **verdadeira censura privada** à **liberdade de expressão dos autores, historiadores e artistas em geral,** e ao **direito à informação de todos os cidadãos".**

Afirma que, "em que pese o pretenso propósito do legislador de proteger a vida privada e a intimidade das pessoas, **o alcance e a extensão dos comandos**

extraíveis da **literalidade** dos arts. 20 e 21 do Código Civil, ao **não preverem qualquer exceção** que contemple as **obras biográficas**, acabam por violar as **liberdades de manifestação do pensamento, das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação** (CF, art. 5º, IV e IX), além do **direito difuso da cidadania da informação** (art. 5º, XIV)".

Aduz a Autora que "tal interpretação – que exige a anuência do biografado ou de sua família à condição de verdadeiro direito potestativo – **produz efeito devastador sobre o mercado editorial e audiovisual**: escritórios de representação **negociam preço absurdos pelas licenças, transformando informação em mercadoria.** Não se trata da proteção de qualquer direito da personalidade do biografado**, mas de uma disputa puramente mercantil, um verdadeiro leilão da história pessoal de vultos históricos**, conduzido, muitas vezes, por parentes que jamais os conheceram".

Destaca que, "**do ponto de vista da construção da memória coletiva**, os efeitos deletérios da interpretação ora combatida são ainda mais graves. **O País que se compadece pelo desestímulo a historiadores e atores em geral, que esbarram invariavelmente em familiares que formulam exigências financeiras cumulativas, e por vezes, contraditórias**. Ademais, são igualmente graves **as distorções provocadas por uma história contada apenas pelos seus protagonistas**. Trata-se como se vê, de um efeito silenciador e distorcivo dos **relatos históricos e da produção cultural nacional**".

Afirma a Autora, ainda, que "**o condicionamento de obras biográficas ao consentimento do biografado**, ou de seus familiares, sacrifica conceitualmente o **direito fundamental à livre divulgação da informação pelos historiadores e biógrafos**, assim como o **direito à obtenção de informação**, cuja titularidade pertence a **todos os cidadãos**. O princípio do pluralismo (**político**, **histórico** e **cultural**), previsto no art. 1º, inciso V, da Constituição da República, também incide na espécie para afastar a necessidade da prévia autorização do biografado ou de outras pessoas retratadas em obras biográficas. Afinal, o monopólio da biografia autorizada representa, na prática**, a antítese da ideia de pluralismo em relação às visões da história política, artística e social do país**".

O art. 1º, inciso V da Constituição, preceitua:

> 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:
>
> (...)
>
> V - o pluralismo político.

O pedido formulado na ação consiste em:

> que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil para que, mediante interpretação conforme a

> Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e, a fortiori, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais.
>
> Caso assim não se entenda, por mera eventualidade pede que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e, a fortiori, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, elaboradas a respeito de pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos de interesse coletivo.

A questão, por sua importância, foi precedida de intensos debates, com **audiência pública** de vários seguimentos da sociedade, deferida pela **Relatora Ministra Carmem Lúcia.**

Em Sessão Plenária realizada em **10/06/2015**, os **Ministros do Supremo Tribunal Federal**, sob a Presidência do **Ministro Ricardo Lewandowski**, o Tribunal, **por unanimidade** e nos termos do voto da Relatora, "**julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvante (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas)".**[4]

COMENTÁRIOS

O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativos à **divulgação de escritos**, à **transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada**.

A Constituição da República **proíbe qualquer censura** (art. 5º, inciso IX). O exercício do direito à **liberdade de expressão** não pode ser cerceado pelo Estado ou por particular, estando o inciso acima mencionado no art. 5º da CF, assim redigido:

> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

4 Voto da Ministra Carmem Lúcia na ADI nº 4815-DF, ora comentado.

O direito de informação, **constitucionalmente garantido**, contém a liberdade de **informar** e de ser **informado**. O primeiro refere-se à formação de opinião pública, considerando cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de seu interesse da coletividade e sobre as **pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais**, interferem em sua **esfera do acervo do direito de saber**, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. O art. 5º, inciso XIV, preceitua:

> XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da porta da casa do cidadão em sua intimidade. Uma biografia não vive só de descrições objetivas e elogios. Ela envolve juízo de valor, perspectivas subjetivas muitas vezes controvertidas, fatos menos abonadores e críticas.

O **Ministro Luís Roberto Barroso**, em seu voto lembra:

> Quantas biografias de personalidades importantes para a narrativa do país teriam deixado de ser produzidas por conta do atual regime legal? A proibição de publicação ou veiculação de um fato, informação ou obra não viola apenas a liberdade de expressão de seu autor, mas o direito de toda a coletividade a ter acesso ao seu conteúdo. Aqui todos saem perdendo. Perdem o biografado, a sociedade e a história e a cultura brasileiras.

Tais efeitos negativos, menciona o **Ministro Barroso**,

> são muito bem ilustrados por diversas decisões judiciais que proibiram a veiculação de obras biográficas de **importantes políticos, autores, cantores, esportistas e figuras históricas nacionais, a requerimento dos biografados ou de seus familiares, em razão da ausência de consentimento e para a suposta proteção de sua privacidade e honra. Entre os casos mais emblemáticos, é possível mencionar as biografias de Garrincha, Roberto Carlos, Guimarães Rosa, Leminski, Anderson Silva, Lampião e a telenovela sobre Fernando Collor**. As circunstâncias em que se deram as interdições trazem importantes *insights* para a compreensão da presente controvérsia constitucional.

À título exemplificativo, podemos mencionar uma das mais notórias e polêmicas biografias denominada "**Estrela Solitária: Um Brasileiro chamado Garrincha**", sobre o famoso jogador de futebol, escrita por Ruy Castro (Resp. 521.697/RJ – STJ – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, 16-2-2006). Apesar de ter sido elaborada com a condução de mais de 500 entrevistas e de **diversas consultas à parceira e aos filhos do biografado**, a obra ficou impedida de circular por quase um ano, por força de decisão liminar do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A família pretendeu impedir o lançamento do

livro, argumentando que não houve prévia autorização e que houve violação à imagem, à honra e à vida íntima do jogador, em razão de informações relacionadas ao alcoolismo e à sua relação tumultuada com as filhas. Posteriormente, a decisão liminar foi revertida e o livro pôde circular. Muito embora o biógrafo tenha sido condenado a indenizar as filhas de Garrincha por danos morais.

O cantor **Roberto Carlos** também esteve nos debates para autorização de biografias. Em 2007, o cantor ajuizou ação para impedir a circulação da obra *Roberto Carlos em Detalhes*, do historiador Paulo Cesar de Araújo, sob o fundamento de que violaria sua intimidade, contando fatos dolorosos para ele como o acidente que sofreu e precisou amputar parte de sua perna e a morte de sua última esposa (Processo nº 0006890-06.2007.8.19.0001 – TJRJ). Na decisão, o Juiz entendeu que "a biografia de uma pessoa narra fatos pessoais, íntimos que se relacionam com o seu nome, imagem e intimidade e outros aspectos dos direitos da personalidade. Portanto, para que terceiro possa publicá-la, há necessidade de prévia autorização do biografado". Tal decisão resultou em que mais de 11 mil exemplares foram recolhidos de todas as livrarias e, por força de acordo judicial firmado entre as partes, até hoje o livro está impedido de circular.

Um outro caso emblemático mencionado pelo **Ministro Luís Roberto Barroso**, em seu voto (ADI nº 4815/DF), foi o da biografia *"Sinfonia de Minas Gerais – A vida e a literatura de Guimarães Rosa*, de Alaor Barbosa dos Santos. Em 2008, a filha do escritor, insatisfeita com a obra sobre o seu pai, obteve medida liminar para impedir a sua circulação (Processo nº 0180270-36.2008.8.19.0001 – TJRJ). Segundo alegou, "a biografia causaria graves danos à imagem e à vida privada do escritor e violaria direitos autorais". A herdeira pronunciou-se diversas vezes na mídia desqualificando a obra e o biógrafo. Somente cinco anos mais tarde a liminar foi revertida. O Poder Judiciário, em 1ª e 2ª instâncias, rejeitou todas as alegações da filha do escritor. O Acórdão do TJ/RJ, no Recurso de Apelação concluiu que "além de a obra chegar a ser criticada pelo excessivo número de páginas à pessoa de João Guimarães Rosa, não foram constatados aspectos delicados, polêmicos, com ênfase na vida pessoal e íntima do biografado", o que resultou em condenação da filha do escritor a **indenizar o biógrafo** pelos danos morais e materiais causados.

Há diversos outros casos semelhantes, em que foi **proibida a biografia**, por familiares ou interessados. Tais proibições invocam importantes discussões sobre **os limites da crítica**, **o âmbito da intimidade e da vida privada que se deve interditar à curiosidade do público**, principalmente em **relação a pessoas públicas, a existência de interesse público na divulgação de determinados fatos e a exigência da veracidade do conteúdo das obras.**

Ocorre que a controvérsia constitucional submetida ao STF na ADI nº 4815-DF não diz respeito à forma adequada de solucionar todos os potenciais

conflitos que podem surgir da publicação de obras biográficas, e nem poderia ser dessa forma.

Cuida-se, no presente feito, apenas de examinar **se a lei pode consagrar a absoluta precedência dos direitos da personalidade**, em detrimento da **liberdade de expressão**, estabelecendo um direito protestativo das pessoas retratadas, seus parentes ou herdeiros, de impedir a divulgação de biografias não autorizadas.

Conforme mencionado pelo **Min. Luís Roberto Barroso**, em seu voto:

> vale o registro de que a liberdade de expressão não deve proteger somente ideias positivas, socialmente aceitas, inofensivas e neutras, mas também aquelas negativas, ofensivas, incômodas e chocantes. **Essa é uma das exigências do pluralismo e da tolerância, essencial em uma sociedade democrática**. Ainda que alguns tipos de discursos sejam mais protegidos que outros (o discurso político é mais tutelado que a publicidade comercial, por exemplo), há uma presunção de que **todas as formas de expressão são, em princípio amparadas pela liberdade de expressão**. Portanto, a liberdade de criação artística e intelectual conferida aos biógrafos não se restringe aos casos em que pretendam divulgar informações elogiosas. Ao contrário, a proteção tende a ser necessária justamente quando a obra possa constituir embaraço para a pessoa retratada ou sua família. **Uma publicação verdadeira e lícita** não pode depender da boa vontade e elevação de espírito dos biografados.

Há importante discussão sobre o âmbito **da intimidade e da vida privada** em **relação a pessoas públicas e não públicas. A exposição pública da pessoa em razão de seu cargo ou atividade, além de circunstâncias eventuais. A privacidade de pessoas de vida pública** – políticos, atletas, artistas – sujeitam-se a parâmetros de aferição menos rígidos do que os de vida privada, em razão da necessidade de **autoexposição**, de **promoção pessoal** ou de **interesse público** na transparência de determinadas condutas.

Não se pode permitir que o Estado possa proibir a divulgação de informações verdadeiras obtidas por meios lícitos, apenas por considerar que seriam de mau gosto. **As biografias, como regra geral, são apresentadas aos leitores como obras de não ficção, por esta razão, requer-se do biógrafo uma postura responsável e investigação cuidadosa para desenvolver seu trabalho**.

Assim, não se discute a questão de impedir a revelação de fatos pessoais, juízos de valor ou pontos de vista, ainda que controvertidos, positivos, neutros ou desagradáveis, **mas sim de rechaçar que ataques pessoais e informações falsas sejam apresentadas de forma dolosa ao público sob a forma de relato isento**. É preciso ressaltar, porém, que haverá **legítimo exercício de direito de manifestação do pensamento** sempre que o autor **atuar de maneira diligente, mesmo quando a informação transmitida não seja correta ou venha a se provar falsa.**

À evidência que biografias ou qualquer tipo de publicação devem **ter limite na legalidade**. Não se pode cogitar do **cometimento de ilícitos** para obtenção de informações a serem narradas, como por exemplo o grampo do telefone do biografado ou a instalação de escutas ilegais em sua casa. E como mencionou o **Min. Luís Roberto Barroso** em seu voto: **"Não parece que o conhecimento sobre determinados eventos da vida de uma pessoa seja um patrimônio suscetível de apropriação privada. Embora esse conhecimento possa ser vertido em uma obra de interesse comercial, isso não significa que a pessoa retratada seja dona de sua notoriedade."**

Em sentido semelhante, a **Ministra Relatora Carmem Lúcia**, em seu voto mencionou**: "na ciranda da roda de minha infância, alguém ficava no centro gritando: "cala a boca já morreu, quem manda em minha boca sou eu". O tempo ensinou-me que era uma musiquinha, não uma realidade. Tentar calar o outro é uma constante. Mas na vida aprendi que quem por direito, não é senhor do seu dizer, não se pode dizer senhor de qualquer direito."**

"Também aprendi que **a vida conjuga-se no plural. A garantia de falar do outro, que me cumpre hoje, Juíza, garantir, pode ter como conteúdo a minha vida."**

"**Cito em meu voto, a realidade nunca acabada de todas as tentativas ao calar humano, especialmente quando o dizer atravessa os umbrais da porta da casa alheia (...)" "Do início do século XVII até hoje, foram encontradas novas formas de manter o segredo. E muitas outras de quebrá-lo**."

O que ocorre no caso da questão em exame é a **colisão de direitos fundamentais**, de um lado o **direito de expressão e proibição de censura** e de outro lado **o direito** à **privacidade e intimidade**.

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A colisão de direitos fundamentais, bem assim os conflitos desses direitos com outros valores constitucionais, vem despertando a atenção da mais moderna doutrina. O assunto se entrelaça com a busca da compreensão do conteúdo e dos lindes dos diferentes direitos fundamentais.

Gilmar Mendes no caso de **colisão de direitos,** pondera: "No conflito entre princípios, deve-se buscar a **conciliação entre eles**, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva **relevância no caso concreto**, sem que se tenha **um dos princípios como exclusão do ordenamento jurídico** por irremediável contradição com o outro."

E prossegue o eminente Ministro:

> Uma matéria jornalística, por exemplo, sobre a vida de alguém pode pôr em linha de atrito o **direito de liberdade de expressão** e a **pretensão à privacidade** do retratado. Considerados em abstrato, ambos os direitos são acolhidos pelo constituinte como direitos fundamentais. A incidência de

> ambos no caso cogitado, porém, leva a conclusões contraditórias entre si. **Para solucionar o conflito, hão de se considerar as circunstâncias do caso concreto, pesando-se os interesses em conflitos, no intuito de estabelecer que princípio há de prevalecer**, naquelas condições específicas, **segundo o critério de justiça prática.**
>
> Assim, **se um indivíduo teve sua vida pública ativa**, será mais provável que uma reportagem **envolvendo aspectos de sua vida particular venha a ser prestigiada, conferindo preponderância à liberdade de imprensa sobre o direito à privacidade**. Isso não se deverá **a uma recusa do direito à privacidade à personalidade pública**, mas atenderá à ponderação de que, se o retratado vive do crédito público, da imagem que ostenta, a sociedade tem o direito de saber se a sua vida pessoal corresponde ao que pretende fazer crer. Já a revelação de **dados íntimos da pessoa que não depende profissionalmente da imagem pública e que não está no centro de um acontecimento social relevante, tende a não justificar a interferência da imprensa sobre a sua privacidade.**[5]

No caso em comento, o exame da questão, permitiu o **juízo de ponderação** entre os direitos fundamentais de **liberdade de expressão** e de **intimidade e vida privada**, para ceder em favor da **liberdade de expressão do autor da obra biografada.**

O **juízo de ponderação** liga-se ao princípio da **proporcionalidade**, que exige que o **sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema**, que não haja outro meio **menos danoso para atingir o resultado desejado** e que seja **proporcional em sentido estrito**, isto é, que o ônus imposto ao sacrifício não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.

É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto, como ocorreu na decisão em comento, da Suprema Corte, proferida na ADI nº 4815-DF.

Por final, foi importante para a **ponderação da decisão** a manifestação de **Ana Maria Machado**, que representou a **Academia Brasileira de Letras**, na **audiência pública** realizada, em que foi mencionado:

> os dispositivos afrontariam o **direito do cidadão à informação** (art. 5º, inciso XIV, da Constituição da República), além de atingir a **liberdade de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Biografias constituem gênero literário e fonte histórica**. Conhecer vidas dos antepassados em todas as sociedades, **constitui fundamento para a construção do futuro e para a elaboração da identidade cultural (não se pode aceitar que arbítrio pessoal incida sobre a liberdade de manifestação).** Seriam abertas portas para a **instalação de censura à imprensa** (possibilidade de incidir sobre jornais, revistas, televisão e demais meios de comunicação de massa), visto que a redação dos artigos cuja constitucionalidade se questiona em momento algum se refere especificamente a livros.

5 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* Editora Saraiva/IDP – Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007, p. 273-275.

No Capítulo da Comunicação Social, a Constituição Federal estabelece:

> Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
>
> § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
>
> § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Por tais razões, é o acerto da decisão da Suprema Corte em comento, ao julgar **procedente a ação direta de inconstitucionalidade**, para dar **interpretação conforme a Constituição da República** aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e **de sua expressão**, de **criação artística** e de **produção científica**, declarar **inexigível o consentimento de pessoa biografada**, sendo desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).

Em complemento à decisão ora comentada (ADI nº 4815-DF) poderá ser consultada decisão proferida na **ADPF nº 130**, Relator Ministro Ayres Britto, em que se discutiu a **inconstitucionalidade da Lei nº 5.250, de 09/02/1967**, denominada "**lei de imprensa**", e que em seu voto consignou: "**a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade**", ao declarar a inconstitucionalidade da lei, por conter requisitos de autoridade do regime anterior a Constituição da República de 1988.

Sem comunicação, não teremos o espaço que merecemos**, garantir os direitos fundamentais de expressão e comunicação** e o direito de ser informado é diretriz que deve ser cumprida por todos, sem qualquer tipo de censura. Esta é, portanto, **a importância do julgamento da Suprema Corte na decisão ora comentada.**

A **liberdade de expressão** e de **comunicação**, entretanto, tem limites e não podem ser exercidas com notícias falsas, "*fake news*", para atingir instituições, como o STF e seus Ministros, e pessoas, com acusações e ilegalidades que resultam em abuso de direito. É preciso que tais direitos sejam exercidos **dentro de balizas**, para não ameaçar a **liberdade de expressão** com ilegalidades.

A **liberdade de expressão** não pode ser invocada para dar respaldo à alimentação do ódio, da intolerância e da desinformação. "**Essas situações representam exercício abusivo desse direito", conforme mencionou o Ministro Presidente do STF, Dias Toffoli: "O País anda bem quando não confunde liberdade com o seu antônimo"** (ADPF nº 572 – Rel. Ministro Alexandre de Moraes, julgamento em 18/06/2020).

O **Sistema Constitucional** brasileiro há de ser tomado como fundamental – identifica normas fundamentais que devem prevalecer e que devem ser obedecidas. No Estado Democrático de Direito, não pode ser assegurado direito ao "abuso de direito".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

As decisões nas ações mencionadas:

- ADI nº 4.815-DF;
- ADPF nº 130;
- ADPF nº 572.

podem ser encontradas no site: www.stf.jus.br .

O DIREITO FINANCEIRO COMO UM DIREITO SOCIAL e as cláusulas pétreas sociais

Fernando Facury Scaff[1]

I. O DIREITO FINANCEIRO COMO UM DIREITO SOCIAL

1. Não há dúvida de que alguns ramos do direito se aproximam mais daquilo que se entende por direito social. O direito do trabalho, por exemplo, que rege as relações de emprego, seguramente está nesse rol, existindo até um livro de Cesarino Júnior com esse título, tratando dessa matéria.[2] O mesmo ocorre com o direito previdenciário e o direito de família, cujos conteúdos possuem nítido alcance social. Na voz corrente, um direito social é aquele que diz mais de perto às relações entre os homens, em especial as coletivas.

Será que o direito financeiro é um direito social?

Sob certo prisma, o direito financeiro estuda o modo através do qual o Estado arrecada, reparte, gasta e se endivida, e como tudo isso é organizado e controlado, com vista a alcançar os objetivos constitucionais. Onde entra o social nessas relações? O perfil humanístico do direito financeiro pode ser verificado desde logo, ou apenas se intermediado pelo Estado?

A arrecadação diz respeito à relação entre os cofres privados e o cofre público, isto é, como parte da receita privada converge para o tesouro público. Isso pode se dar de diversas formas, seja através de normas tributárias, reguladas pelo direito tributário, seja através de normas que disciplinam a venda do patrimônio público, tais como os royalties pela exploração de recursos naturais não renováveis, seja em razão de privatização de atividades ou bens públicos. Pode ocorrer também fruto de normas sancionatórias, como as penalidades impostas pelo descumprimento de certo comportamento, como as multas de trânsito, ou decorrentes de atividades regulatórias, como as de abuso de poder econômico ou do desrespeito às regras de compliance. Aqui existem pontos de

1 Advogado. Professor Titular de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Financeiro e Tributário da Universidade Federal do Pará. Advogado sócio de Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro & Scaff Advogados. E-mail: scaff@silveiraathias.com.br

2 Cesarino Júnior, A. F. *Direito Social*. São Paulo: LTr, 1980.

contato entre o direito financeiro e a sociedade, pois é dela que serão extraídos os recursos para suprir as necessidades públicas, a cargo do Estado.

O mesmo ocorre quando o direito financeiro estuda o gasto público, pois ele deve ser regido pelo interesse público, e isso demonstra que seu uso deve se dar em razão do interesse da sociedade – isto é, quando o interesse social (= interesse da sociedade) equivale ao interesse público (= interesse estatal). A despesa pública é uma forma de suprir as necessidades sociais, o que aproxima tal análise das pessoas, consideradas em grupos, ou ainda, em um conjunto maior, que é a sociedade. Aqui também há proximidade entre o direito financeiro e o cunho social existente em outras disciplinas jurídicas.

Embora tenha uma conotação mais distante, também quando o direito financeiro estuda a dívida pública existem correlações sociais, pois tais normas possuem nítido conteúdo intergeracional, isto é, tratam como uma geração usará a arrecadação que as gerações posteriores se incumbirão de pagar. Afinal, o uso do crédito público para a contratação de dívida nada mais é do que uma antecipação de receita futura, pois é através desta receita que ainda será arrecadada que será pago o empréstimo havido. Logo, é nítido o caráter social desses estudos, pois pode ocorrer de o endividamento ser utilizado de forma adequada, e tanto a presente, quanto a futura geração obter os benefícios sociais dessa dívida, que apenas esta terá que pagar. Usar tão somente os recursos arrecadados pela via da receita pode fazer com que os investimentos sejam implementados de forma muito paulatina, demorando muito a render os frutos sociais necessários. Basta usar o exemplo de uma linha de metrô – se fosse necessário esperar o Estado arrecadar o suficiente para sua construção, poderiam passar gerações até que a obra fosse concluída. O bom uso do sistema de endividamento público pode abreviar a conclusão desse investimento social em transporte público de qualidade.

Uma conexão social um pouco mais difícil é ser demonstrada diz respeito ao federalismo fiscal, isto é, a forma através da qual o Estado reparte a arrecadação entre os entes subnacionais. Porém, mesmo aqui, a noção básica é a de atribuir as receitas aos entes públicos que estejam mais próximos de atender às necessidades sociais. Pode-se ver isso no sistema de transporte urbano coletivo, que é regulado pelos Municípios, e não pela União ou pelos Estados. Ou pelo sistema sanitário, também de competência municipal. É necessário que se faça um rateio da arrecadação, de modo a permitir que tais entes subnacionais tenham fontes de receita, próprias ou transferidas, para fazer frente a tais gastos que, ao fim e ao cabo, dizem respeito ao quotidiano das pessoas.

O direito financeiro também estuda como todo o sistema acima descrito é organizado, isto é, como se dá o processo orçamentário que estabelece as fontes de financiamento decorrentes da arrecadação prevista, de tal modo a suprir os gastos pretendidos. Tal organização não se esgota na análise orçamentária, incluindo também a forma através da qual se dá o financiamento eleitoral,

elemento fundamental da democracia. Se existirem formas oligárquicas de financiamento, a composição dos cargos eletivos para a produção normativa – Poder Executivo e Legislativo – refletirá esse modelo. Aqui também o direito financeiro possui nítido caráter social.

Por fim, estuda-se como todo esse processo é controlado, seja através do sistema de controle interno a cada esfera de Poder, seja pelo controle externo, e, melhor ainda, pelo controle social, isto é, pela sociedade.

Observe-se que, de cada lado que se olha, o direito financeiro é permeado de normas que visam atender aos desígnios da sociedade, seja de forma imediata ou mediata. Isso nos permite afirmar que o direito financeiro também possui um alcance social em sua aplicação.

02. Um observador atento destacará que, a se pensar dessa forma, o direito como um todo é um direito social, pois visa regular a vida do homem em sociedade; logo, mesmo os ramos mais específicos da análise jurídica possuem esse alcance, tal como o direito aeronáutico, o marítimo ou o minerário.

Essa observação é bastante pertinente, pois o direito existe em função do homem e é construído pelo homem em sociedade, não sendo um produto haurido dos céus ou fruto de uma conjuração de sábios que o declara a partir da consulta a uma biblioteca cheia de livros empoeirados. Muitas vezes essa verdade singela e inconveniente é esquecida e isso traz um sem-número de problemas, pois os indivíduos deixam de participar dessa construção jurídica, passando apenas a viver de acordo com as regras estabelecidas por outrem, com quem ele não possui nenhuma relação de pertinência ou de representatividade.

Isso é mais comum em sociedades socioeconomicamente fragmentadas, em que uns poucos possuem grande parte da riqueza e acesso aos bens e serviços disponíveis, enquanto a grande maioria da população congrega pequena parcela da riqueza nacional e apenas goza de forma periférica dos parcos bens e serviços disponibilizados pelo Estado.

Quanto mais fragmentada for essa sociedade, maior a distância entre aquele que é subordinado ao direito e aquele que é sujeito de direitos. A diferença é que, um é sujeito ativo nessa sociedade, sujeito de direitos e de alguns deveres; o outro é apenas um sujeito passivo, subordinado ao direito, tendo um plexo de deveres a cumprir. Um exemplo pode melhor explicar essa afirmação. Quem, em sã consciência, acredita que um mendigo e o proprietário de um grande veículo de comunicação de massa possuem o mesmo voto? Nas democracias é essencial que a cada indivíduo corresponda um voto, porém, em concreto, isso ocorre de forma diferente, sendo o peso do voto de um muito superior ao do outro. O mendigo terá apenas o seu voto, enquanto o proprietário dos meios de comunicação de massa tem, além de seu voto pessoal, o po-

der de influenciar o voto de milhares de outros eleitores. E ainda, a depender das regras eleitorais, quando é permitido o autofinanciamento dos candidatos, seguramente os ricos possuirão mais poder de fogo eleitoral que os pobres, os quais dependerão de fundos partidários ou da coleta dentre amigos para poder fazer frente a suas campanhas. Em sociedades menos fragmentadas os indivíduos são mais iguais dentre si e têm mais liberdades iguais para serem gozadas. Maior igualdade gera mais liberdade.

Em sociedades com maior desigualdade socioeconômica o direito deve cumprir o papel de servir de instrumento para modificação social, do status quo social, sendo um instrumento de alteração das relações socioeconômicas existentes, ao permitir e incentivar a mobilidade ascendente dentre os estratos sociais. O direito financeiro, aqui, passa a exercer a função de busca da igualdade dentre os indivíduos, visando reduzir sua desigualdade socioeconômica.

Porém, o direito também pode servir de instrumento de dominação, isto é, de reforço e manutenção da desigualdade existente. Nesse passo, o direito não tornará a maior parte da população como sujeito de amplos direitos, mas subordinados a ele, afastando esses indivíduos dos centros de poder, que podem estar dentro ou fora do próprio Estado. Aqui entra em ação a força dos lobbies, dos grupos de pressão organizados, que visam a obtenção de normas que favoreçam seus pessoais ou grupais interesses, no mais das vezes em detrimento da maioria da população. Nessa hipótese, o direito não cumprirá uma função social, isto é, uma atuação em prol da maioria da população, mas em prol de quem tem o poder de influenciar de maneira mais intensa os centros de decisão política. Exatamente por isso é que o poder de uma federação de empresários ou de trabalhadores organizados tem mais força do que esse mesmo grupo desorganizado, fracionado ou individualmente considerado. Um pequeno grupo bem articulado pode ser mais eficaz que um enorme grupo desorganizado – a organização faz a força nesses casos. Tais grupos existem e devem ser regulados, porém sua atuação deve ser objeto de análise cuidadosa pelos centros de decisão que por eles podem ser influenciados, deliberando em prol do bem comum, e não de interesses particulares.

Nessa linha, verifica-se que o uso do direito, o financeiro incluso, pode se dar de forma contrária aos interesses da maioria da população. Podem existir normas que privilegiem os rentistas, aqueles que recebem juros emprestando dinheiro aos governos endividados. Como poucos são aqueles que possuem dinheiro para emprestar ao governo, através do sistema financeiro, serão poucos os que podem se beneficiar desse sistema. Podem também existir normas que privilegiem um estamento de servidores públicos, que, de alguma forma, conseguem obter maiores benesses junto aos centros de poder, arrancando vantagens remuneratórias à custa dos cofres públicos. Outra possibilidade é que normas permitam a empresas ou atividades se beneficiar de renúncias fiscais sem nenhum controle financeiro efetivo, e sem contrapartidas que corres-

pondam à quantidade de dinheiro isentado, ou que concedam empréstimos a juros subsidiados e com largos prazos de carência a grupos privilegiados.

Enfim, todos esses procedimentos podem ocorrer de forma isolada ou concomitante, de modo a reduzir o investimento que o poder público tem que fazer em prol da maior parte da população. Nesse caso, o uso do direito financeiro, em concreto, não será em prol da sociedade, mas primordialmente de algumas parcelas da sociedade, em especial daquelas que conseguem influenciar mais de perto os centros de poder que são permeáveis a tais pressões. O direito financeiro, aí, não será usado em favor da modificação do status quo, mas em favor de sua manutenção ou de seu reforço – será um direito financeiro da dominação, e não um direito financeiro social.

II. O FLUXO DO DINHEIRO PÚBLICO E DOMINAÇÃO

03. Quando o direito é usado como forma de dominação, e não com o escopo de redução das desigualdades sociais, haverá a necessidade do uso da linguagem como uma forma de permitir que essa função se desenvolva de forma dissimulada, afinal, não convém que os dominados se sintam como tal, mas como partícipes dessa sociedade, com iguais direitos e deveres, embora, em concreto, tenham poucos direitos a serem exercidos.

Surgem daí grandes declarações normativas que visam conceder direitos, mas que dependem de incontáveis condições para sua efetividade – sendo que quase nunca há dinheiro suficiente para sua concretização, pois foi utilizado para outras finalidades, algumas das quais acima descritas, em prol de poucos. Declara-se, por exemplo, que constituem objetivos fundamentais a construção de uma sociedade uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza, a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais, de modo a promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Porém, onde está o dinheiro para que o Estado, através de seus diferentes governos, sucessivos no tempo e no espaço federativo, concretize essa declaração? Não há; quando muito, existirá um saldo de caixa empobrecido.

Essa é a triste realidade de uma sociedade em que grupos dominam o direito em prol de seus próprios interesses. Não há como reduzir desigualdades se o dinheiro que é arrecadado de todos é usado primordialmente em favor de alguns. Quem controla o direito, controlará o dinheiro nessa sociedade.

04. É possível mudar esse paradigma ou trata-se de uma situação insolúvel?

Para mudar é necessário haver uma quebra no sistema, com a ascensão de um grupo que não esteja comprometido com a manutenção desse modelo.

Isso só pode ocorrer através de eleições, uma vez que a via revolucionária possui consequências imprevisíveis e é contra as regras democráticas. A mudança terá que ser alinhada com a democracia, de modo a intensificá-la. Não basta a democracia na hora do voto, é necessário que haja uma efetiva participação democrática na gestão da coisa pública, em especial na sua dinâmica orçamentária. É preciso que todos paguem de acordo com sua capacidade contributiva, o que implica em dizer que quem ganha mais, ou possui mais bens, pague mais; e que esse dinheiro arrecadado seja gasto primordialmente com quem tem maior capacidade receptiva, isto é, com aqueles indivíduos ou grupos sociais vulneráveis, de modo a permitir maior nivelamento socioeconômico, dentro de certos patamares mínimos. E que a arrecadação oriunda dos empréstimos públicos seja usada em investimentos sociais, e não para consolidar privilégios. É preciso, enfim, maior isonomia na arrecadação, no gasto e no uso do crédito público. Com isso, o direito financeiro será usado de forma social.

Para que isso aconteça, é preciso que as fontes de produção normativa sejam mais diretamente informadas por quem detém esse tipo de convicção isonômica, e não conservadora do status quo em uma sociedade com grandes fraturas socioeconômicas. O financiamento das campanhas eleitorais deve ocorrer de modo a permitir que todos os indivíduos tenham condições de ser eleitos, e não apenas aqueles vinculados a grupos econômicos ou que provenham de oligarquias político-partidárias. O financiamento das eleições é um elemento extremamente importante, porém não determinante, para o êxito eleitoral e para a governabilidade. Quando ocorre de o poder político estar subordinado ao econômico privado, este cobrará a conta, mais cedo ou tarde. Não basta, contudo, que o financiamento eleitoral seja público, é necessário que seu uso seja equânime, de modo a permitir igualdade de chances para cada indivíduo que se disponha a participar do certame eleitoral. Sem isso, o dinheiro público será jogado fora, e se consubstanciará em uma nova forma de exercício de dominação jurídica, só que através do uso de dinheiro de todos, e não do caixa privado.

As regras do financiamento eleitoral são a chave do poder de controle social, pois os eleitos comporão dois dos Poderes públicos: o Executivo e o Legislativo, dos quais advirão das leis que regerão essa sociedade. Não é necessário nem uma nova Constituição, em países que possuam normas de qualidade, embora não tenham nunca sido implementadas em sua inteireza – é necessário vontade e predominância política para isso, pois pode ser feito através do Poder Legislativo, que possui o poder constituinte derivado.

Se os cargos eleitorais vierem a ser ocupados por quem seja financiado por grupos econômicos ou por fundos públicos, que apenas repitam a relação de desigualdade socioeconômica existente, isso se reproduzirá na forma de leis que mantenham o status quo. Eis o ponto central da questão.

É necessário orçar e controlar os gastos eleitorais, que devem ter um limite máximo por candidato, com relação a cada vaga em disputa. É preciso estabelecer que cada voto seja computado diretamente para cada candidato, e não para uma coligação – as quais devem ser permitidas após as eleições, para formar maiorias governamentais, e não antes das eleições, o que dá ensejo a fraudes na identificação dos votos concedidos, mecanismo que permite que se vote em um candidato e se eleja outro. É preciso aproximar corpo eleitoral e candidatos, de modo que os eleitores se sintam legitimados pelas posições adotadas pelos representantes.

Sem regras que permitam uma disputa isonômica pelos cargos eletivos, não será possível quebrar o status quo acima descrito.

05. Outro caminho a percorrer, em paralelo, é aumentar as atenções com direitos básicos que tornam as pessoas mais iguais às outras. Quem tem fome, não tem o que vestir ou não possui condições de deslocamento por carência de transporte público de qualidade e a preços acessíveis, não será jamais igual aos que possuem esses bens, dentre outros. É preciso que o filho do rico e do pobre frequentem as mesmas escolas, a fim de que daí surja alguma espécie de solidariedade, e não de estranheza, como hoje. E que tais escolas possuam um nível educacional que proporcione um salto de qualidade de vida para toda uma geração, de acordo com suas habilidades, e não como existe hoje, onde tal salto só ocorre para alguns, que podem pagar pelo melhor ensino.

Não tem vida quem não tem saúde. Patamares mínimos e de qualidade devem ser disponibilizados a todos, independente do pagamento de planos de saúde, que só deverão ser utilizados para situações excepcionais, acima dos patamares mínimos e de qualidade que forem oferecidos.

Acesso à moradia, transporte público, saneamento, lazer e a vários outros direitos que igualem as oportunidades individuais, independente da quantidade de dinheiro no bolso de cada qual, é um direito de todos, que pode e deve ser exercido, em uma sociedade de iguais.

É para isso que o direito financeiro deve servir: para dar patamares mínimos e de qualidade para todos os indivíduos que compõem uma sociedade, sem privilégios de nenhuma espécie. Aqui teremos um uso social do direito financeiro, e não sua contrafação perniciosa, de dominação por grupos.

O uso social do direito financeiro permite arrecadar de todos, de acordo com sua capacidade contributiva, e gastar com todos, consoante sua capacidade receptiva. Quem tem mais, paga mais; quem tem menos, deve receber mais prestações sociais por parte do Estado. Um orçamento verdadeiramente isonômico será republicano, igualando oportunidades de uma vida boa, de qualidade.

Quem quiser algo acima desse patamar mínimo, terá que recorrer às suas habilidades pessoais, a fim de buscar no mercado condições de ultrapassar esse mínimo minimorum assegurado pelo Estado. A isonomia assegurada pelo direito financeiro social acaba aqui; além disso, só o esforço competitivo, no mercado, é que poderá desigualar as condições mínimas de oportunidades.

Pode parecer que se trata de uma utopia, mas não é. Basta olhar para as sociedades onde exista menor desigualdade socioeconômica, como a dos países nórdicos. O papel desempenhado pelo direito financeiro é o de servir à sociedade de forma isonômica, buscando dar a todos um patamar mínimo de qualidade de vida; além disso, só através da iniciativa econômica, que é fortemente tributada, de modo a manter o ciclo de distribuição de riquezas.

Chega-se assim ao direito financeiro como um direito social, que é um instrumento de busca de isonomia na sociedade, dentro de certos patamares. A distribuição da riqueza não se dá em favor de uns poucos privilegiados – rentistas, estamentos de servidores púbicos, empresas que gozam de benefícios fiscais e creditícios, dentre outros –, mas em favor de quem precisa dessa intervenção social do Estado em prol de qualidade de vida, e não em favor de segmentos privilegiados da sociedade na busca da manutenção de seu status quo. Não se trata de distribuir, mas de redistribuir.

A função do orçamento público, espelho desse mecanismo, será muito mais redistributiva do que conservadora, em prol de quem mais necessita de amparo socioeconômico. Essa busca deve se dar pelos canais democráticos, em favor de um orçamento que seja mais isonômico, isto é, mais republicano, onde o dinheiro público possa servir, efetivamente, para dar a cada qual um lugar ao sol – mas que não seja um lugar sob o sol escaldante de doze horas de trabalho ininterrupto no campo, sete dias por semana, para poder sobreviver.

06. Existem vários exemplos que permitem melhor compreender a distinção aqui exposta.

Por exemplo, as vinculações de recursos para financiar a educação e a saúde públicas são regras que visam garantir a aplicabilidade desses direitos sociais (art. 167, II, CF), que devem ser aplicados em prol de quem deles mais necessite, em busca da pretendida isonomia de tratamento nesses campos. Contudo, como reação oligárquica em busca do desvio de recursos para outras finalidades, surge a DRU – Desvinculação de Receitas da União, que vigora desde março de 1994 (EC 10, sob o título de Fundo Social de Emergência). Pela Emenda Constitucional 93, essa mecânica desvinculativa foi estendida para Estados (DRE) e Municípios (DRM), e com vigência desde 2023 – quase trinta anos de transitoriedade de desvio de finalidade, burlando a vinculação social.

Outro exemplo é a regra do art. 168 da Constituição, que determina que os repasses orçamentários para o Poder Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública sejam transferidos até o dia 20 de cada mês, em

duodécimos. Tal norma visa assegurar a independência funcional desses órgãos, que era inexistente no período constitucional precedente, do regime miliar. Essa disposição foi reforçada pela autonomia financeira, assegurada ao Poder Judiciário (art. 99, CF), mas que não foi constitucionalmente assegurada aos demais órgãos (ver, p. ex., o art. 127, CF, sobre o Ministério Público), exceto pela jurisprudência do STF. Com isso, tendo um orçamento para chamar de seu, como subproduto corporativo, esses órgãos passaram a adotar um regime remuneratório para seus servidores que não encontra paralelo em nenhum outro órgão público brasileiro. É verdade que a Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleceu tetos remuneratórios para cada Poder (art. 20), porém com baixa eficácia, havendo, inclusive, o pagamento de verbas remuneratórias travestidas de indenizatórias justamente para escapar dessa limitação. Isso acarretou o surgimento da Emenda Constitucional 95, de dezembro de 2016, estabelecendo um teto para esses gastos públicos obrigatórios, incluindo, de cambulhada e de forma inconstitucional, os gastos sociais. Isso demonstra como uma boa norma foi deturpada ao longo do tempo sob pressões corporativas.

Essa Emenda Constitucional 95 apresenta outro bom exemplo, pois limita os gastos primários do governo federal, o que inclui a remuneração dos servidores públicos e os gastos sociais, mas não os gastos financeiros, isto é, o pagamento de juros da dívida. Com isso, e várias outras normas, como a do art. 166, §3º, II, CF, os gastos com o serviço da dívida pública ficam blindados contra o debate parlamentar, o que demonstra, neste aspecto, baixo nível democrático e republicano, pois reforça o privilegiamento dos que tem recursos para emprestar ao Estado, em detrimento da capacidade receptiva dos grupos vulneráveis de nossa sociedade.

Os exemplos poderiam se multiplicar à mancheia, sempre indicando que a dinâmica da conjuntura socioeconômica não busca cumprir os preceitos finais de nossa Constituição. Diversos grupos assumiram o protagonismo político e econômico em nosso país, e abocanharam nacos financeiros de nosso orçamento, seja através de vinculações, seja em razão de renúncias fiscais ou benefícios creditícios. Por isso que resta pouco dinheiro para cumprir as finalidades estabelecidas pelo discurso jurídico-constitucional, que não se cumpre na realidade, mesmo passados quase 30 anos de nossa redemocratização.

A função retórica da linguagem, usada sob a forma da dissimulação da realidade, cumpre papel importantíssimo para a manutenção desse status quo.

III. AS CLÁUSULAS PÉTREAS SOCIAIS

07. Nessa linha, destacam-se as cláusulas pétreas sociais.

A Constituição brasileira estabeleceu no art. 167, IV, ser vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Trata-se da conhecida

regra da não afetação dos impostos, o que reforça a liberdade do legislador orçamentário, que deve ter à sua disposição todo o montante que for arrecadado através de impostos para fazer frente às escolhas públicas na priorização dos gastos públicos[3].

Existem algumas exceções de diversas naturezas jurídicas, vinculando a arrecadação de impostos à destinação desses recursos.

> 1) Para custeio de direitos sociais:
>
> a) Art. 167, IV: para as ações e serviços públicos de saúde (art. 198, §2º);
>
> b) Art. 167, IV: para manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212);
>
> c) Arts. 79 e 80, ADCT: para viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida (Fundo de Combate à Pobreza);
>
> 2) Como garantias financeiras federativas:
>
> a) Art. 167, IV: referente às transferências obrigatórias intergovernamentais (arts. 158 e 159);
>
> b) Art. 167, IV: Para a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita (art. 165, § 8º, e art. 166 §4º).
>
> 3) Para garantir prioridade aos gastos com a administração tributária:
>
> a) Art. 167, IV: para a realização de atividades da administração tributária essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, os quais terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada (art. 37, XXII).

Essas exceções se constituem em restrições à liberdade do legislador orçamentário, embora reunidas sob diversos fundamentos e por diferentes espécies de liames jurídicos.

No grupo 3, que trata da prioridade de gastos com a administração tributária, não se está propriamente diante de uma vinculação orçamentária, pois não existe uma fonte de receita que seja unida àquela despesa específica. Aqui haverá necessariamente uma priorização nas escolhas públicas que o legislador orçamentário deverá adotar, mas não existe um liame entre receita e despesa.

Situação diversa se verifica quanto às garantias financeiras federativas, grupo 2, pois, no que tange às transferências obrigatórias intergovernamentais não há propriamente uma disponibilidade desses recursos por parte do legislador orçamentário sobre tais valores, uma vez que se trata de receita transferida, e não de receita própria. Logo, é muito mais uma reafirmação de federalismo

3 Sobre a modificação dessa norma entre a Constituição de 1967 e a atual, ver: Scaff, Fernando Facury. Para além dos direitos fundamentais do contribuinte: o STF e a vinculação das contribuições. *In*: Schoueri, Luís Eduardo (org.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, v. 2, p. 1125-1146, 2003.

fiscal do que propriamente uma vinculação. O mesmo se identifica quanto à prestação de garantias, apenas se caracterizando como uma permissão para o uso desses recursos para utilização como garantia ou contragarantia de empréstimos. É claro que se trata de uma restrição à liberdade do legislador orçamentário, mas possui outra natureza jurídica, diversa da vinculação como garantia de direitos fundamentais, se configurando como garantia estatal para o pagamento de créditos financeiros.

08. Completamente diversa é a situação prevista nas hipóteses reunidas no grupo 1, dos direitos sociais, muito embora, mesmo nestas, existam diferentes configurações.

Algumas normas, que vinculam a receita de certos impostos para saúde e educação, constam do corpo permanente da Constituição, e, a despeito das diversas alterações pelas quais passou a norma de regência (art. 167, IV), mantêm-se hígidas. A que vincula a receita ao fundo de combate à pobreza foi inserida na Constituição pela EC 31, no ano 2000. Estas tratam da vinculação da receita de impostos ao custeio de alguns direitos fundamentais sociais específicos, como saúde e educação, e a outros difusos, como é feito através do Fundo de Combate à Pobreza.

Observa-se que o art. 167, IV, CF refere-se apenas a impostos, porém existem outras normas vinculadas ao que se denomina de Orçamento Mínimo Social, tais como as contribuições e receitas patrimoniais.

Nesse grupo, pode-se encontrar além das vinculações de impostos excepcionadas pelo art. 166, IV, CF, como as contribuições sociais referidas no art. 167, XI, que veda a utilização de recursos provenientes das contribuições sociais previdenciárias (art. 195, I, "a", e II), para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social. Nesse grupo encontra-se também a CIDE-Petróleo, contribuição de natureza tributária, cuja vinculação encontra-se estabelecida pelo art. 177, §4º, II, CF.

Registra-se, apenas por amor à precisão, que existe vinculação de receitas não tributárias para acréscimo ao mínimo estabelecido pela Constituição para o custeio dos direitos de saúde e educação, como se vê na Lei 12.858/2013, que trata das receitas de royalties de petróleo.

Todas essas normas geram vinculações e referibilidades que restringem a plena liberdade do legislador orçamentário na disponibilidade da receita tributária auferida, obrigando-o a executar esse Orçamento Mínimo Social.[4]

4 Sobre o tema ver Scaff, Fernando Facury. *Crônicas de direito financeiro – Tributação, guerra fiscal e políticas públicas*. São Paulo: ConJur, 2016, p. 225; e Scaff, Fernando Facury. A desvinculação de receitas da União (DRU) e a supremacia da Constituição *In:* Scaff, Fernando Facury; Maués, Antonio Gomes Moreira. *Justiça constitucional e tributação.* São Paulo: Dialética, 2005. v. 1, p. 96-113.

09. Debate extremamente rico acerca desse tema é o que analisa a possibilidade de as vinculações criadas para custeio dos direitos sociais se constituírem como cláusulas pétreas constitucionais na forma do art. 60, §4ª, IV. Consideradas tais vinculações como cláusula pétrea constitucional, seria vedada qualquer deliberação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4, IV). O ponto central do debate é perquirir se tais garantias mínimas orçamentárias de custeio se inserem nesse conceito.

Sob uma análise lógica-formal não há nenhuma norma que permita tal correlação, pois a garantia é dos direitos, e não para o custeio dos referidos direitos. Porém, em uma análise mais substancial e efetiva, deve-se analisar de forma sistêmica a situação posta, afinal, se está defronte a direitos que possuem estrutura jurídica distinta dos demais. Os ensinamentos de Holmes e Sustein[5] e de Flávio Galdino[6] afirmam que todos os direitos possuem custos – e isso é conhecido desde há muito. O fato é que a estrutura jurídica desses direitos sociais acarreta mais gastos públicos do que os demais, em condições normais de existência (o que afasta a hipótese de guerras ou calamidades do mesmo jaez). Não lhes garantir uma fonte mínima de custeio implica se tornarem apenas direitos de papel (Lassale), constituindo-se em meras promessas civilizatórias de uma modernidade tardia. Como afirma Lenio Streck:[7]

> A Constituição brasileira nitidamente aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivistas, questão que exsurge claramente da dicção do art. 3ª do texto magno. Desse modo, a noção de Constituição que se pretende preservar, nesta quadra da história, é aquela que contenha uma força normativa capaz de assegurar esse núcleo de modernidade tardia não cumprida.

No passado, pré-Constituição de 1988, eram considerados como "ministérios gastadores" os da "Agricultura, Minas e Energia, Indústria e Comércio e Transportes".[8] Ocorre que a estrutura do Estado brasileiro mudou com a Constituição de 1988, que deu ênfase à redução das desigualdades sociais, e garantiu um mínimo de receita para o custeio desses direitos básicos para todos os indivíduos que habitam o território brasileiro. Hoje, os Ministérios "gastadores" são os da Educação e o da Saúde.

---

5 Holmes, Stephen; Sustein, Cass. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton, 2000.

6 Galdino, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

7 Streck, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – Uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 134 e 139.

8 Ver livro de: Gaspari, Elio. *A ditadura acabada*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016. v. 5. p. 137, 5º volume da série em que analisa a trajetória da ditadura brasileira que regeu os destinos do Brasil entre 1964 e 1984.

Observe-se que a Constituição de 1988 não mudou apenas a estrutura do governo brasileiro; mudou a estrutura do Estado brasileiro, e os diferentes governos, sucessivos no tempo e superpostos federativamente, devem obediência a essa nova estrutura, criada pela Constituição de 1988, que, definitivamente, não é uma Constituição liberal. Pode-se até ter um governo liberal sob a atual estrutura constitucional, que é plural, porém, mesmo um governo liberal deve obediência ao conteúdo mínimo dos direitos sociais estabelecidos, e que tem nas vinculações orçamentárias um piso para o custeio de seus gastos. Pode-se até gastar além do mínimo estabelecido com o custeio desses direitos, visando acelerar a redução das desigualdades sociais, porém não se pode gastar menos. Trata-se, aqui, de mais um limite à liberdade do legislador orçamentário.

Reitera-se que tal gasto pode até ser melhor efetuado, com mais eficiência, se programado de forma plurianual, obedecendo ao ciclo de programação orçamentária brasileira, que é quadrienal, ao invés da forma atual, que implica em controles anuais, observada a lógica da lei orçamentária anual. Porém, mesmo a longo prazo, não se pode restringir o gasto para aquém do mínimo constitucionalmente estabelecido. A lógica anual acaba por gerar uma situação perversa para o gestor orçamentário, pois ele se vê obrigado a gastar, premido pela tortuosa lógica do orçamento incremental,[9] e, com isso, acaba por gastar mal os parcos recursos que têm disponíveis.

10. A construção jurídica para considerar tal norma de custeio (vinculação) dos direitos sociais como cláusula pétrea constitucional (art. 60, §4º, IV) passa pela mesma construção que foi efetuada na ADI 939, acerca das imunidades tributárias, qual seja, uma construção sistêmica.

Estabelece o art. 5º, §2º, CF, que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados", o que se conecta com o rol de direitos sociais previstos na Constituição (art. 6º), dos quais, apenas dois (saúde e educação) possuem fonte mínima direta para seu custeio (arts. 198, §2º e 212), sendo que os demais possuem fonte mínima difusa para seu custeio (arts. 79 e 80, ADCT). Cortar essa fonte mínima de custeio, seja direta ou difusa, será o mesmo que cancelar a efetiva concretização desses direitos – que são essencialmente prestacionais.

O argumento de que cortar a fonte de custeio não implica extinguir tais direitos é falacioso, pois, se não for para investir o mínimo estabelecido, quanto será investido? Menos do que o mínimo constitucionalmente exigido, por certo. Isso é extirpar esses direitos da população que deles mais necessita, que

9 Para a lógica do orçamento incremental, ver: Cabral, Nazaré da Costa. *Programação e decisão orçamental – Da racionalidade das decisões orçamentais à racionalidade económica*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 361.

é aquela que não os pode custear através do próprio bolso. Seguramente isso infringe a cláusula pétrea constitucional, que proíbe a discussão de emendas tendentes a abolir direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV, CF).

Enfatiza-se, dessa forma, o caráter de cláusula pétrea constitucional das normas que estabelecem o vínculo orçamentário para o custeio dos direitos fundamentais sociais para saúde, educação e redução da pobreza.

Tal análise já está colocada sob contestação judicial na ADI 5595, proposta pela Procuradoria Geral da República, cujo relator é o Ministro Ricardo Lewandowski, em que se discute a alteração efetuada pela EC 86/15, que modificou o financiamento do custeio da saúde pública.

E também será contrastada em razão da profunda alteração efetuada pela EC 95/16, que criou um teto de despesas para a União, incluindo o art. 110 no ADCT, que limita o alcance das vinculações para custeio dos direitos sociais de educação e saúde, o que inconstitucional, pois, além de se caracterizar como uma cláusula pétra orçamentária, é, na verdade, uma cláusula pétrea constitucional, conforme demonstrado neste apartado.[10]

Trata-se de um debate jusfinanceiro verdadeiramente relevante, com tendência a modificação na jurisprudência do STF, pois, em dezembro de 2009, através do RE 537.610, em processo relatado pelo Min. Cezar Peluso, a 2ª Turma decidiu que a DRU não ofendia cláusula pétrea constitucional; porém, em dezembro de 2016, apreciando liminarmente a ADI 5628, o Min. Teori Zavascki decidiu que não cabia a aplicação da DRU sobre o rateio federativo da CIDE, pois feria o equilíbrio federativo. Trata-se de um debate ainda em aberto que seguramente trará novos desdobramentos em face da EC 95/16.

11. Ademais, as vinculações orçamentárias para os direitos sociais constituem-se em norma dotada de proporcionalidade econômica, pois se referem a um percentual da arrecadação de certos tributos. Se a atividade econômica decresce, essa arrecadação proporcionalmente também se reduz.

Observa-se que, sob esse aspecto, as imunidades tributárias são mais rígidas, pois afastam totalmente a possibilidade de criação de receita pública. O

10 É relevante a crítica de Sergio Wulff Gobetti e Vinicius Lima de Almeida, antes mesmo da promulgação da referida Emenda Constitucional, no que se refere aos gastos com saúde e educação: "Mesmo havendo focos de desperdício tanto nos investimentos quanto na área de educação, não parece razoável imaginar que o saneamento estrutural das finanças públicas comece por estas áreas, principalmente no atual contexto de crise. É preciso pensar uma agenda [...] que reconheça a importância de se consolidar o estado de bem-estar no Brasil e de se oferecer uma saúde e uma educação pública de qualidade para a sociedade." Uma radiografia do gasto público federal entre 2001 e 2015. Texto para discussão, Brasília, 2191, p. 42, 2016. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2191.pdf. Acesso em: 10 fev. 2020.

mesmo sentido de rigidez afeta as despesas com dívidas financeiras e os gastos obrigatórios.

IV. CONCLUSÕES

12. Retornando à questão inicial: o direito financeiro pode ser considerado um direito social?

A resposta é positiva, em especial quando a ele se atribui uma finalidade, que é a de cumprir os objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição. Exatamente por isso que o conceituo como a disciplina jurídica que estuda o modo pelo qual o Estado arrecada, reparte, gasta e se endivida, e como tudo isso é organizado e controlado, visando alcançar os objetivos fundamentais da Constituição. Sem a análise dos objetivos, torna-se apenas uma disciplina instrumental, que pode ser usada para qualquer finalidade, inclusive as mais escusas.

Assim, pode-se afirmar que, quando os instrumentos de direito financeiro forem usados para alcançar os objetivos fundamentais da Constituição brasileira, inscritos no art. 3º, ele se configurará como um direito social, que deverá necessariamente ser exercido através do Estado – motivo pelo qual está no escopo da disciplina a análise do direito financeiro eleitoral.

Todavia, quando esses instrumentos forem usados apenas como instrumento de privilegiamento de grupos ou pessoas, o direito financeiro cumprirá um papel de dominação em prol destes e contra a sociedade.

Em razão desta distinção é que se torna tão importante estudar não só os instrumentos financeiros, mas também o objetivo de seu uso. Isso gera toda a diferença analítica, pois transmuda o direito financeiro de um instrumento social para um instrumento de dominação oligárquica.

BIBLIOGRAFIA CITADA

CABRAL, Nazaré da Costa. Programação e decisão orçamental – Da racionalidade das decisões orçamentais à racionalidade económica. Coimbra: Almedina, 2008.

CESARINO JÚNIOR, A. F. Direito Social. São Paulo: LTr, 1980.

GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos – Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GASPARI, Elio. A ditadura acabada. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016. v. 5.

GOBETTI, Sergio Wulff; ALMEIDA, Vinicius Lima de. Uma radiografia do gasto público federal entre 2001 e 2015. Texto para discussão, Brasília, 2191, 2016.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes. New York: Norton, 2000.

SCAFF, Fernando Facury. Para além dos direitos fundamentais do contribuinte: o STF e a vinculação das contribuições. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 2, p. 1125-1146.

SCAFF, Fernando Facury. Crônicas de direito financeiro – Tributação, guerra fiscal e políticas públicas. São Paulo: ConJur, 2016.

SCAFF, Fernando Facury. A desvinculação de receitas da União (DRU) e a supremacia da Constituição In: SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. Justiça constitucional e tributação. São Paulo: Dialética, 2005. v. 1, p. 96-113.

STRECK, Lenio. Jurisdição constitucional e hermenêutica – Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS E MANTIDAS PELO PODER PÚBLICO – QUESTÕES CONEXAS

Roque Antonio Carrazza[1]

INTRODUÇÃO

I- Em obra publicada com o título *Em que creem os que não creem*, o grande pensador Umberto Eco, ao iniciar um debate epistolar com o notável Cardeal Carlo Maria Montini, o chama simplesmente de Carlo Montini. Em seguida, para não ser mal interpretado, explica que, ao não se referir aos seus títulos, estava lhe rendendo uma homenagem, pois não é preciso dizer o arquiteto, o inventor, o pintor, o escultor, o paisagista, o fabulista e o anatomista Leonardo da Vinci; basta dizer Leonardo da Vinci ou apenas Leonardo, para que todos saibam de quem se trata.

De fato, há pessoas cujo capital intelectual e moral revela-se pelo nome com que assinam suas ideias.

É justamente o caso de Kiyoshi Harada, a quem admiro e respeito, desde a já longínqua década de 1970, quando o conheci. Falar seu nome dispensa acrescentar que é um ilustre professor de Direito Público, que foi um exemplar procurador do Município de São Paulo, que atualmente é um vitorioso advogado e um competente consultor jurídico, e que preside, com rara competência, a Academia Brasileira de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT. Também não é necessário lembrar que é um autor prolífico, com obras de consulta obrigatória, para quem quer conhecer os intrincados meandros do Direito Tributário. Enfim, o próprio nome Kiyoshi Harada já traz implícitos todos estes títulos e predicados.

II- Inspirado por este insígne jurista, procurarei demonstrar, neste artigo, ao lado de questões conexas, que as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, independente-mente de se submeterem ao regime de direito público ou ao de direito privado, são imunes aos impostos. Também sustentarei que não podem ser alvo de execução comum, porque seus bens e rendas, por integrarem o *patrimônio administrativo* do Estado, são impenhoráveis. Assim,

1 Professor Titular da Cadeira de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado e Consultor Tributário. Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Tributário pela PUC/SP. Ex-Presidente da Academia Paulista de Direito.

quando pagam seus débitos, devem fazê-lo mediante a inclusão de verba em seus orçamentos e com a observância da ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

1. OS PRINCÍPIOS E VALORES CONSTITUCIONAIS QUE DISCIPLINAM AS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

I- A Constituição da República Federativa do Brasil outorgou, às pessoas políticas (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal), competências tributárias, vale dizer, aptidões jurídicas para instituir *in abstracto* tributos, descrevendo, legislativamente, suas *hipóteses de incidência*, seus *sujeitos ativos*, seus *sujeitos passivos*, suas *bases de cálculo* e suas *alíquotas*.[2]

Entretanto, elas somente podem criar os tributos que lhes são afetos se os acomodarem aos respectivos escaninhos constitucionais, construídos, pelo constituinte, por meio de regras positivas (que autorizam tributar) e negativas (que traçam os limites materiais e formais da tributação).

Entre estas regras negativas, destacam-se as que cuidam das *imunidades tributárias*, vale dizer, das proibições ("*incompetências*") para que os entes políticos onerem com exações fiscais certas pessoas, seja em função de suas naturezas jurídicas, seja porque coligadas a determinados fatos, bens ou situações.[3] Isso foi feito em ordem a preservar eventos que o Poder Constituinte reputou sobremodo relevantes (o equilíbrio federativo, a atuação de entidades filantrópicas, a liberdade religiosa, a liberdade de imprensa, o fomento à educação e à cultura etc.), a ponto de não poderem ser colocadas em risco pela tributação.

II- Friso, de logo, que as imunidades tributárias encerram limitações,[4] postas na própria Constituição Federal, à ação estatal de criar tributos, justamente porque atendem aos interesses maiores da sociedade.

---

2 Para maior aprofundamento do assunto, v. meu *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 602 a 618.

3 As imunidades encerram regras negativas de competência tributária, veiculadas no próprio texto constitucional. Não implicam cassação da faculdade de tributar, mas, apenas, lhe dão a fisionomia jurídica que o constituinte originário entendeu adequada, para que os valores que soberanamente consagrou (*v.g.*, a liberdade religiosa) não fossem prejudicados pela tributação. Nesse sentido, não é impróprio falar que tais regras negativas marcam, sobre certos fatos ou situações, a incompetência tributária das pessoas políticas, às quais impõem *deveres de omissão*.

4 O conceito jurídico de *limitação* foi bem precisado por Marco Aurélio Greco; *verbis*: "As limitações (como seu próprio nome diz) têm função 'negativa', condicionando o exercício do poder de tributar, e correspondem a barreiras que não podem ser ultrapassadas pelo legislador infraconstitucional; ou seja, apontam para algo que o constituinte quer ver 'não atingido' ou 'protegido'. Em suma, enquanto os princípios indicam um caminho a seguir, as limitações nos dizem para onde não seguir" (Imunidade Tributária, *in: Imunidades Tributárias.* Obra coordenada por Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Centro de Extensão Universitária; Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 710 – os grifos são do autor).

Mais especificamente, as imunidades tributárias acarretam, nas situações por elas descritas no texto constitucional, a incompetência das pessoas jurídicas de direito público interno, para expedirem regras que tenham por objeto a tributação. Nem o legislador, nem o administrador fazendário, nem mesmo o juiz, podem torná-las inócuas; muito menos diminuir-lhes o alcance ou suprimi-las.

Cuida-se, no caso, de vedação constitucional à tributação, que tem por destinatárias todas as pessoas políticas (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal).

Nesse sentido, o magistério sempre fecundo de Misabel Derzi; *verbis*:

> Se tomarmos a palavra competência no sentido de poder tributário já delimitado (como pretende Paulo de Barros Carvalho), então a norma de competência é um conjunto que resulta da seguinte subtração: norma de atribuição de poder – norma denegatória de poder (imunidade). O que é preciso registrar é que as imunidades somente adquirem sentido e função, uma vez relacionadas com as normas atributivas de poder, cuja abrangência elas reduzem.[5]

III- Mas, além dessa conotação proibitiva, as imunidades têm por objetivo estimular condutas que o constituinte considerou de alta relevância, para o bem do país. Assim, por exemplo, o art. 150, VI, "*c*", da Constituição Federal, além de vedar, sob pena de nulidade, a instituição de impostos que onerem as atividades específicas das instituições educacionais, sem fins lucrativos, protege liberdades individuais (de cultura, de ensino, de pesquisa etc.) e, ao fazê-lo, facilita o aprimoramento intelectual do povo brasileiro.

IIIa- Portanto, as regras de imunidade, defluindo diretamente da Carta Magna, sua única fonte,[6] contribuem para dar a conformação final das competências tributárias das pessoas políticas.[7] Ao fazê-lo, protegem da ação do próprio Poder Legislativo situações ou comportamentos que a ordem jurídica considera mais importantes do que o carreamento de dinheiro para os cofres públicos. Como corolário, impedem a ocorrência do *fato imponível tributário*, justamente porque vedam a criação da *hipótese de incidência* do tributo.

---

5 *Notas de Atualização* ao livro *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, de Aliomar Baleeiro (8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 378).

6 Concordo com Renato Lopes Becho quando observa: "... em matéria de imunidade, a primeira fonte é a Constituição Federal. Abaixo dela, a fonte jurídica da imunidade é o Poder Judiciário. Não há espaço, nessa matéria, para o desenvolvimento legislativo, o que significa dizer que a lei ou o processo legislativo não é fonte do direito em relação às imunidades" (*Lições de Direito Tributário.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 457).

7 José Souto Maior Borges ressalta, com propriedade, que a competência tributária nasce constitucionalmente limitada, inclusive pelas regras de imunidade (*Teoria Geral da Isenção ributária.* 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 217 e ss.).

Restringindo o campo reservado à atividade legislativa, as regras de imunidade tributária envolvem aquilo que se convencionou chamar de "limitações de conteúdo". É que tais regras não impõem propriamente, ao Poder Legislativo, o dever de deixar de legislar, mas determinam que qualquer legislação que as contrarie será nula. No dizer expressivo de Herbert Hart, as "limitações de conteúdo" veiculam "inabilitações jurídicas" (*legal disabilities)* para disciplinar, de certo modo, determinados temas.[8]

IIIb- Como se vê, as imunidades tributárias demarcam a extensão das regras constitucionais que permitem tributar e, deste modo, somente revelam sua extensão, significado e alcance, quando confrontadas com as normas constitucionais que outorgam, às pessoas políticas, competências tributárias. A par disso, porque dotadas de forte carga axiológica, têm a propriedade de aumentar a eficácia de direitos fundamentais.[9]

IV- Do exposto, é fácil concluir que, no contexto constitucional em foco, *imunidade* é vedação absoluta ao exercício da tributação.[10]

Diante de uma situação de imunidade, a pessoa política só tem um caminho a seguir: o da abstenção. Melhor dizendo, não pode criar legislativamente o tributo; tampouco lançá-lo, valendo-se de artifícios hermenêuticos.

Em suma, as normas imunizantes impedem a incidência das que autorizam tributar, motivo pelo qual criam situações permanentes de não incidência, que, ao contrário do que se dá com as isenções tributárias, nem mesmo a lei pode anular.

V- Fazendo um esforço analítico, pode-se afirmar que as imunidades tributárias *(i)* estão apontadas na Constituição Federal, *(ii)* delimitam as competências das pessoas políticas para que criem *in abstrato* tributos; e *(iii)* distinguem-se das isenções tributárias, que, tendo sede infraconstitucional, são passíveis de revogação ou derrogação legislativa.

De conseguinte, não é dado, à Administração Fazendária, lançar e arrecadar tributos das pessoas e entidades imunes.

Muito bem, estendido este pano de fundo, passarei a tratar da imunidade das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, contemplada no art. 150, § 2º, da Constituição Federal.

---

8 *El Concepto de Derecho.* 2. ed. reimpr. Tradução de Genaro R. Carrió. México: Editora Nacional, 1980, p. 82 e ss.

9 Cfr. Regina Helena Costa. *Imunidades Tributárias:* teoria e análise da jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 44.

10 Em razão disso, equivoca-se quem apregoa que a imunidade é renúncia, da pessoa política, ao direito (poder) de tributar. Tal renúncia já foi feita pelo povo brasileiro que, reunido em Assembleia Nacional Constituinte, editou a Constituição da República Federativa do Brasil. Portanto, como as regras de imunidade passam ao largo da competência tributária das pessoas políticas, estas não podem renunciar a direito que não possuem.

2. A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS E MANTIDAS PELO PODER PÚBLICO (ART. 150, § 2º, DA CF)

2.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

I- Estabelece o art. 150, § 2º, da Constituição Federal:

> Art. 150. ('omissis'): (...)
>
> § 2º. "A vedação do inciso VI, 'a', é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes".[11]

A expressa referência ao art. 150, VI, *a*, do Diploma Magno, obriga-me a voltar as atenções para este dispositivo, que veicula o *princípio da imunidade recíproca das pessoas políticas*.

II- As pessoas políticas são imunes à tributação por meio de impostos, *ex vi* do disposto no art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal.

Esta é a chamada *imunidade recíproca* e decorre naturalmente seja do *princípio federativo*, seja do *princípio da isonomia* (igualdade formal) *das pessoas políticas*.

IIa- Decorre do *princípio federativo* porque, se uma pessoa política pudesse exigir impostos de outra, fatalmente acabaria por interferir em sua autonomia.[12] Sim, porque, cobrando-lhe impostos, poderia levá-la a uma situação de extrema dificuldade econômica, a ponto de impedi-la de realizar seus objetivos institucionais.

É evidente que isso a Constituição da República absolutamente não tolera, tanto que inscreveu nas *cláusulas pétreas*[13] que não será sequer objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir "a forma federativa de Estado" (art. 60, § 4º, I).

Ora, se nem uma emenda constitucional pode tender a abolir a forma federativa de Estado, muito menos poderá fazê-lo uma lei tributária, de modo a exigir imposto de uma pessoa política.

IIb- Mas, conforme adiantei, também o *princípio da isonomia das pessoas políticas* impede que se tributem, umas às outras, por meio de impostos.

---

11 Grifei.

12 No mesmo sentido: Francisco Campos (*Direito Constitucional*, vol. 1º. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 18), Amílcar de Araújo Falcão (Imunidade e isenção tributária – Instituição de assistência social, *Revista de Direito Administrativo,* nº 66, p. 369) e Gilberto de Ulhôa Canto (Algumas Considerações sobre as Imunidades Tributárias dos Entes Públicos, *Revista de Direito Administrativo,* nº 52, p. 35).

13 Impende notar, com Carlos Ayres Britto, que "as cláusulas pétreas são aquela parte da Constituição que não admite sequer a exceção das emendas" (A Constituição e o monitoramento de suas emendas, *in Direito do Estado – Novos Rumos*, t. 1. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 66). Nem muito menos – permito-me acrescentar – a exceção das leis, quer complementares, quer ordinárias.

De fato, a tributação por meio de impostos – justamente por independer de uma atuação estatal – pressupõe a supremacia de quem tributa em relação a quem é tributado. Ou, em se preferindo, um *estado de sujeição* de quem é tributado, em relação a quem o tributa.

Pois bem, como entre as pessoas políticas reina a mais absoluta igualdade jurídica, segue-se que não podem sujeitar-se a impostos.

Como é fácil perceber, ainda que inexistisse a precitada alínea "*a*", as pessoas políticas continuariam proibidas de tributar-se reciprocamente, por meio de impostos.

IIb.1- Aliás, a Constituição dos Estados Unidos da América (que também criou uma Federação, só que com autonomia recíproca apenas entre a União e os Estados-membros), em nenhum de seus artigos ou emendas, contém qualquer dispositivo expresso, a respeito da imunidade tributária das pessoas políticas. E, no entanto, lá, depois de alguns titubeios iniciais, depressa se entendeu que nem a União pode exigir impostos dos Estados-membros, nem os Estados-membros da União, ou uns dos outros.

Apenas para registro, no início do século XIX, mais precisamente em 1819, o Estado de Maryland pretendeu cobrar *imposto sobre a selagem com estampilhas* de uma filial do banco oficial (*Bank of U.S.*). McCulloch (gerente deste banco, na sucursal de Baltimore) insurgiu-se contra isto, levando o caso à Corte Suprema (julgado McCulloch *vs*. Maryland), então presidida pelo legendário juiz John Marshall.

IIb.2- Sob a coordenação deste conceituado *Chief-Justice*, a Suprema Corte norte-americana, numa decisão que marcou época, transformando-se num autêntico *leading case*, deixou assentadas as seguintes ideias, que valem até hoje, inclusive para o Brasil, que, nesta matéria, adota o modelo estadunidense: I- a competência para tributar por meio de impostos envolve, eventualmente, a competência para destruir; II- não se deseja – e a própria Constituição isso não admite – nem que a União destrua os Estados-membros, nem que estes se destruam mutuamente ou à União; e, em consequência, III- nem a União pode exigir impostos dos Estados-membros, nem estes da União, ou uns dos outros.

IIb.3- De qualquer modo, quando Rui Barbosa foi chamado a redigir o anteprojeto daquela que veio a ser nossa primeira Constituição republicana (a de 1891), embora tenha confessadamente se inspirado na Carta dos EUA, preferiu, neste ponto, inovar.

Conhecedor das celeumas que, num primeiro momento, a omissão causara no País do Norte, e temendo que nossa Corte Suprema pudesse dar solução diversa para o mesmo problema, acaso surgisse no Brasil, deliberou inserir, em seu anteprojeto, proibição expressa à tributação, por meio de impostos, das pessoas políticas.

IIb.4- O anteprojeto de Rui foi, neste particular, aprovado, passando nossa Constituição de 1891 a registrar, em seu art. 11, § 1º, ser vedado aos Estados,

como à União, "criar impostos de trânsito pelo território de um Estado, ou na passagem de um para outro, sobre produtos de outros Estados da República ou estrangeiros, e, bem assim, sobre os veículos de terra e água que os transportarem".

IIb.5- Este *preceptivo didático* acabou, com as devidas adaptações, sendo mantido nas Constituições seguintes. De fato, disposições análogas são encontráveis em todas as demais Constituições brasileiras, inclusive na atual.

Portanto, somente considerações de ordem histórica explicam a inserção desta alínea "*a*" – como visto desnecessária, sob o aspecto técnico.

III- Postas estas ideias, fica fácil concluir que, no Brasil, a imunidade tributária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios estende-se a todos os impostos, e não apenas aos que incidem sobre o patrimônio, a renda ou os serviços, uns dos outros.

Dois argumentos levam a tal inteligência.

IIIa- *O primeiro*: a Constituição usou, nesta passagem (como em tantas outras), uma linguagem econômica e, não, jurídica. Lembro que, para a Economia, todos os impostos ou são sobre a renda, ou sobre o patrimônio ou sobre serviços. Assim, por exemplo, para a Economia, são impostos sobre o patrimônio, entre outros: *a)* o imposto sobre grandes fortunas; *b)* o imposto territorial rural; *c)* o imposto sobre a propriedade de veículos automotores; e *d)* o imposto predial e territorial urbano. Já, para o Direito, são impostos diferentes: os dois primeiros, de *competência privativa* da União; o terceiro, dos Estados-membros; o último, dos Municípios. Em suma, quando aludiu aos impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços, ela, na verdade, fez referência a todos eles, sem exceção.

IIIb- *O segundo*: conforme se viu, ainda que a Constituição tivesse silenciado a respeito, as pessoas políticas não poderiam exigir, umas das outras, impostos, exatamente para não as destruir ou, até, não lhes criar dificuldades de funcionamento.

A ideia foi bem escandida por Henry C. Black, ao comentar a Constituição norte-americana (semelhante, neste ponto, à brasileira); *verbis*:

> A necessária independência dos Estados Federados impõe uma limitação sobre o poder de tributar de cada um deles. Nenhum pode exercer seu próprio poder de tributar de modo a limitar os legítimos poderes do outro, ou interferir com a livre execução de suas funções constitucionais, ou obstruir, embaraçar ou anular suas operações legítimas ou, ainda, destruir os meios ou organismos por ele utilizados no exercício de seus poderes e funções.[14]

14. Henry C. Black. *Handbook of American Constitutional Law. Third Edition.* Weast Publishing Company, 1910, p. 378 (tradução livre minha). Consta do original: "*The necessary independence of the federal state governments imposes a limitation upon the taxing power of each. Neither can so exercise its own power of taxation as to curtail the rightful powers of the other, or interfere with the free discharge of its constitutional functions, or obstruct, embarrass, or nullify its legitimate operations, or destroy the means or agencies*

Portanto, é interdito a uma pessoa política criar embaraços, por meio de impostos, à ação de outra.

IV- Ainda acerca desse assunto, é imprescindível atentar para o § 3º, do art. 150, da Constituição Federal, que dispõe:

> Art. 150. ('omissis'): (...)
>
> § 3º. As vedações do inciso VI, 'a' e do parágrafo anterior [que trata das autarquias e das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público] não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exoneram o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.[15]

IVa- Com a só leitura deste parágrafo já se percebe que, sempre que uma pessoa política explora atividades econômicas, deve sujeitar-se aos impostos pertinentes (*v.g.*, ao *IPI* e ao *ICMS*). O *princípio da imunidade recíproca* já não vale para ela. Assim, por exemplo, quando a União mantém *armazéns* para que seus funcionários neles adquiram produtos, não há como considerá-la imune ao *ICMS*. Pelo contrário, como qualquer empresa privada, deve ser colhida por esta exação.

É preciso aqui distinguir, portanto, a atividade do Estado como *government*, da atividade do Estado como *proprietary*. Em outros termos, é mister verificar se ele presta serviço público ou se explora atividade econômica, agindo como se fosse uma empresa privada. A imunidade fica restrita à primeira hipótese, vale dizer, quando o Estado exerce função governamental propriamente dita.

A respeito, observa Aliomar Baleeiro, com a lucidez que lhe é peculiar; *verbis*:

> Não há, pois, razão nem cabimento para invocar-se imunidade recíproca nas operações de entidades públicas, cuja tributação deverá ser suportada por particulares. Se o órgão oficial vende, por exemplo, alimentos de sua produção ou adquiridos de terceiros, para melhoria das condições de vida de servidores públicos ou do povo em geral, nada justifica o benefício adicional da isenção do imposto pago por todos os habitantes.[16]

Em suma, quando a pessoa política desempenha atividades tipicamente privadas, o *princípio da imunidade recíproca* não a alcança. Ele somente

---

employed by it in the exercise of those powers and functions."

15 Esclareci nos colchetes.

16 *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 232.

a desonera da tributação por meio de impostos quando ela leva avante suas funções típicas (atividades públicas, isto é, estatais propriamente ditas).

IVb- A imunidade também não beneficia as pessoas políticas enquanto exercem atividades econômicas, mediante contraprestação ou recebimento de *preços* ou *tarifas*.

Invertendo o raciocínio, as pessoas políticas são imunes quando exercem atividades econômicas sem contrapartida ou pagamento de *preços* ou *tarifas* pelo destinatário.

É que, nesses casos, as exigências fiscais mutilariam a renda ou o patrimônio dos entes federados, embaraçando o cumprimento de suas atividades públicas essenciais.

De fato, não havendo o *repasse*, aos usuários, dos *custos* das atividades estatais que os beneficiam, qualquer imposto que a pessoa política suportasse (pela obtenção dos *meios necessários* ao custeio dessas mesmas atividades) acabaria incidindo sobre sua renda ou capital (patrimônio), afrontando a letra e o espírito[17] do art. 150, VI, "*a*", da Constituição Federal.[18]

IVc- Por fim, devem pagar *ITBI* o adquirente e o titular de promessa de compra e venda de imóvel de propriedade de pessoa política (depois, é claro, da imprescindível *desafetação*). É que a imunidade em tela está circunscrita às pessoas políticas; não se estende a terceiros que com elas negociem.

V- A mesma ordem de raciocínio vale para as autarquias e as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. Destarte, a elas também se aplica o *princípio da imunidade recíproca*, conforme passo a expor e fundamentar.

2.2. O "PRINCÍPIO DA IMUNIDADE RECÍPROCA" E AS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS E MANTIDAS PELO PODER PÚBLICO

I- Como se viu, a imunidade à tributação por meio de impostos estende-se às autarquias[19] e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, *ex vi* do já mencionado art. 150, § 2º, da Constituição Federal.

---

17 Cabe ao intérprete e ao aplicador buscar o "*espírito da lei*", atento à celebérrima advertência de São Paulo, na Epístola II aos Coríntios, 3,6: "*a letra mata; o espírito vivifica*" ("*littera enim occidit, spiritus autem vivificat*").

18 Tal é o caso do *serviço de vacinação*, que, quando prestado, a título gratuito, por uma pessoa política, é um serviço público, que não rende ensejo à cobrança de *preços ou tarifas* dos usuários.

19 Autarquias são pessoas jurídicas de direito público, de nível administrativo. Governam-se por si sós, ou seja, sem interferências externas, contanto, naturalmente, que não se afastem da lei e dos princípios cardeais da Constituição. Podem ocupar-se, pois, com assuntos de seu interesse, vale dizer, com os que atinam à condução de seus negócios típicos. Desde que permaneçam fiéis à lei que as criou, não carecem de auscultar órgãos ou autoridades estranhos, para saber como devem pautar seu agir.

Este dispositivo veio a solver uma situação de dúvida, que perdurou enquanto esteve em vigor a Carta anterior e que assim podia ser resumida: *as fundações, quando instituídas e mantidas pelo Poder Público, gozam, ou não, das imunidades tributárias que alcançam as autarquias?*

Aqui, uma rápida explicação se faz necessária.

II- A Constituição de 1967, em seu art. 20, § 1º, prescrevia:

> Art. 20 ('omissis'): (...)
>
> § 1º. O disposto na letra 'a' do nº III é extensivo às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais, ou delas decorrentes; não se estende, porém, aos serviços públicos concedidos, cujo tratamento tributário é estabelecido pelo poder concedente no que se refere aos tributos de sua competência, observado o disposto no parágrafo seguinte.

Esclareço que o art. 20, III, "*a*", daquela Carta Suprema, vedava à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, criar impostos sobre "o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros".

Ora, à falta de menção expressa, a respeito, havia controvérsias sobre se a imunidade tributária das autarquias alcançava as fundações, mesmo as instituídas e mantidas pelo Poder Público.

IIa- Sempre entendi, com Celso Antônio Bandeira de Mello, que as fundações públicas têm natureza autárquica, sendo, por isso mesmo, imunes aos impostos.

Todavia, há vozes respeitáveis, como a de Hely Lopes Meirelles, que pugnam em sentido oposto, vale dizer, que as fundações públicas não são autarquias.

IIb- Pois bem. A atual Constituição fez com que esse dissídio doutrinário fosse superado. Destarte, as fundações públicas, tenham a natureza jurídica que tiverem, não podem, tanto quanto as pessoas políticas e as autarquias, ser alvo de tributação por via de impostos.

Basta, para tanto, que levem avante suas finalidades essenciais ou as que delas decorrem (cfr. art. 150, § 2º, *in fine*, da *CF*).

Mas como ficam as fundações de direito privado instituídas e mantidas pelo Poder Público? Vejamos.

III- A meu sentir, as fundações de direito privado instituídas e mantidas pelo Poder Público também são imunes aos impostos.

Melhor explicitando, a Constituição Federal não distinguiu, para fins de imunidade tributária, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público que se submetem ao regime de direito público (fundações públicas), daquelas outras que se submetem ao regime de direito privado (fundações privadas).[20]

20 Os servidores das fundações públicas que revestem a natureza de pessoas jurídicas de direito privado

E, evidentemente, onde ela não distinguiu, não cabe ao intérprete fazer distinções.[21] Menos ainda porque isso leva a uma interpretação restritiva da regra imunizante insculpida no art. 150, § 2º, do Diploma Magno.[22]

IV- Assim, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, pouco importando se fundações públicas ou fundações privadas, foram, para fins de imunidade tributária, equiparadas,[23] pela Constituição, às autarquias, o que me parece bom e adequado. Com efeito, suas metas fundamentais vêm ao encontro das relevantes diretrizes que norteiam a atuação das autarquias, que, como não há duvidar, são a *longa manus* das próprias pessoas políticas.

Em outras palavras, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, desde que atendam às suas finalidades essenciais ou as que delas decorrem, gozam de imunidade aos impostos, independentemente de serem pessoas jurídicas de direito privado ou de direito público.

Esclareço que devem ser consideradas *finalidades essenciais* da fundação instituída e mantida pelo Poder Público as que inequivocamente (porque reveladas pela própria lei) levaram à sua criação. Já, são *decorrentes* das *essenciais*, as atividades que possibilitam o pleno atingimento destas últimas (*v.g.*, as aplicações financeiras que impedem que as receitas obtidas pela fundação instituída e mantida pelo Poder Público sofram os efeitos nefastos da desvalorização monetária).

---

são contratados pelo regime da *CLT* (cfr. ADI nº 191-4, STF, Pleno, Relatora Ministra Cármem Lúcia, j. 29.11.2007, DJe 6.3.2008 – v.u.). Já os funcionários das fundações públicas que revestem a natureza de pessoas jurídicas de direito público são equiparados aos servidores públicos (para serem admitidos devem ser submetidos a concurso público).

21 Vem a pelo, nesse passo, a multissecular parêmia "*onde a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo*" (*ubi lex non distinguir nec nos distinguere debemus*).

Positivamente, não é dado ao intérprete distinguir onde o legislador não distinguiu, máxime quando o argumento de dissociação vem, como no caso em consulta, em desfavor de um direito fundamental do contribuinte, qual seja, o direito à imunidade tributária.

22 A interpretação dos preceitos imunizantes há de ser sempre *ampla e generosa* (Geraldo Ataliba), já que expressam a vontade do legislador constituinte de preservar da tributação, *valores* de particular significado político, social, religioso, econômico etc. Noutros torneios, as normas constitucionais que tratam de imunidades tributárias devem ser interpretadas teleologicamente e da forma mais ampla possível (interpretação extensiva), em sintonia, de resto, com a regra *in dubio pro imunitate*.

23 *Equiparação* (do latim æquiparare, igualar) é o artifício usado pelo legislador, inclusive o constituinte, para colocar em posição de igualdade situações que, posto aparentemente desiguais, apresentam significativos pontos de identificação. Trata-se, como se vê, de um recurso que busca equalizar, sob a óptica do Direito, coisas que não coincidem perfeitamente, mas têm acentuadas e inequívocas semelhanças. Nesse sentido, a equiparação iguala coisas ligeiramente diversas, embora, em sua essência, não discrepem entre si.

Deste modo, na equiparação declara-se a igualdade preexistente entre dois seres (coisas, objetos), mediante a desconsideração de desigualdades secundárias. O fenômeno tem por principal consequência submeter a situação equiparada ao mesmo regime jurídico aplicável àquela que a ordem jurídica declarou igual.

V- Como quer Aliomar Baleeiro, a imunidade em foco abrange "[T]udo quanto for de caráter instrumental ou funcional da autarquia"[24] ou – permito-me acrescentar – da fundação instituída e mantida pelo Poder Público.

Em exemplário armado ao propósito, são imunes ao *imposto sobre a renda* os valores que estas entidades recebem a título de alugueres, desde que os empreguem na realização de suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.

Va- Refogem, outrossim, a tal tributação, os resultados positivos advindos de aplicações financeiras e investimentos correlatos, imprescindíveis ao pleno atingimento dessas finalidades essenciais. De fato, sem eles não haveria como as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público formarem as *reservas* capazes de manter-lhes o imprescindível *equilíbrio financeiro e atuarial*.

Vb- A imunidade também alcança seus edifícios de direção e, mesmo, "os hospitais, ambulatórios, ambulâncias etc., desde que utilizados exclusivamente na assistência dos indivíduos para os quais foi criado o serviço público"[25] e os rendimentos provenientes de aluguéis de imóveis, reinvestidos nas atividades da fundação.

Vc- Em suma, a imunidade em tela abarca tudo quanto for de caráter instrumental ou funcional da fundação instituída e mantida pelo Poder Público. Assim, por exemplo, elas são imunes ao *IPVA* (art. 155, III, da *CF*), enquanto proprietárias de veículos automotores, desde que os utilizem para o desempenho de suas *atividades-fim*.

VI- Ressalto, ainda, que, para ter jus à imunidade em exame, a fundação deve não só ser instituída, como mantida pelo Poder Público, o que se dá seja quando dele recebe subvenções, seja quando fica, por força do fenômeno jurídico da *parafiscalidade*,[26] com o produto da arrecadação de *contribuições corporativas*, de taxas e de outros tributos.

VII- Muito bem. Dando curso ao nosso raciocínio, o § 3º, do art. 150, da Lei Suprema (já comentado no *item 2, supra*), também irradia efeitos sobre a imunidade outorgada às fundações de direito privado instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Vai daí que, enquanto exploram atividades econômicas regidas por normas aplicáveis a empreendimentos privados (por exemplo, quando colocam à venda, para seus funcionários ou terceiros, mercadorias), sujeitam-se aos mesmos impostos que as empresas do setor (*v.g.*, os supermercados) pagam.

24 Aliomar Baleeiro, *Direito ...*, cit., p. 102.

25 *Idem*, *ibidem*, p. 102-103.

26 *Parafiscalidade* é a delegação de capacidade tributária ativa que a pessoa política faz, por meio de lei, a terceira pessoa (de direito público ou, se de direito privado, perseguidora de finalidades públicas), a qual, por vontade desta mesma lei, fica com o produto arrecadado, para o implemento de suas finalidades essenciais.

Por igual modo, este parágrafo coloca ao largo da imunidade tributária os serviços públicos que ensejarem cobrança de *tarifa* ou *contraprestação* dos usuários.

Finalmente, o terceiro, titular de promessa de compra e venda de imóvel pertencente a fundação de direito privado instituída e mantida pelo Poder Público, não se exime do pagamento do *ITBI*. Tampouco, quem adquire imóvel desta pessoa jurídica. Nesses casos, a Constituição inadmite que a imunidade vá além da própria fundação.

Verificarei, agora, como estas pessoas administrativas devem pagar seus débitos.

2.3. O MODO PELO QUAL AS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS E MANTIDAS PELO PODER PÚBLICO DEVEM, EM CUMPRIMENTO A DECISÕES JUDICIAIS, PAGAR SEUS DÉBITOS

I- As fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, quando se veem judicialmente compelidas a pagar seus débitos, não se sujeitam – pelo menos no concernente à execução – às regras do direito privado, mas, sim, às do direito público.

Deste modo, qualquer processo de execução contra elas intentado somente poderá prosperar na forma dos arts. 534, 535 e 910, do Código de Processo Civil, que, de sua feita, se escoram no art. 100, da Constituição Federal. Devem ser citadas para, querendo, apresentar impugnação (e, não, para opor embargos), suprimindo-se o incidente da penhora. Se a impugnação não for apresentada no prazo legal ou, ainda que apresentada, for rejeitada, o Judiciário promoverá a expedição do precatório, salvo se a obrigação for de pequeno valor (nesta hipótese dispensa-se o precatório, a teor do disposto nos §§ 3º e 4º, do art. 100, da CF).

É que, juridicamente falando, estas entidades, pela sua natureza e pela relevância das funções que desempenham, são equiparadas à Fazenda Pública, mormente quando se veem constrangidas, pelo Poder Judiciário, ao pagamento de seus débitos.

II- É ponto pacífico que os bens públicos são indisponíveis, imprescritíveis e impenhoráveis. As pessoas que os detêm não elegem livremente seus fins, mas, pelo contrário, estão submetidas ao regime administrativo, cumprindo, destarte, a *vontade da lei* (cfr. Jean Rivero).

Outra não é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello; *verbis*:

> As pessoas administrativas não têm (...) disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (...) em sua manifestação legislativa.

> Por isso a administração e a pessoa administrativa, (...) têm caráter meramente instrumental.[27]

Também os bens pertencentes a fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público são – porque afetados ao uso público – *bens públicos*. Noutras palavras, por tornarem possível a atividade administrativa, ganham o *status* de *bens públicos*. Vai daí que também eles são impenhoráveis, inalienáveis e imprescritíveis.

III- Saliente-se, por vir de molde, que a eventual circunstância de as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público terem personalidade de direito privado não impede que recebam especial proteção para as atividades que desempenham e para os bens e rendas que as tornam possíveis. Na realidade, eles estão tão protegidos quanto os que pertencem ao próprio Estado, aqui entendido como pessoa política, abrangendo, pois, a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal.

Isto explica por que os bens e rendas destas entidades não se submetem à penhora. De fato, estando vinculados ao desempenho de funções públicas, não podem receber o mesmo tratamento jurídico dispensado aos bens das empresas privadas e dos particulares. É o interesse público, em última análise, que sinaliza nesse sentido, já que partilham da atividade administrativa do Estado.

IV- Pretendo significar, com estas assertivas, que o patrimônio das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público é *público*, assim devendo ser tratado.

Tal raciocínio se escora nas lições de Ruy Cirne Lima, para quem o patrimônio administrativo alberga "todos os bens, pertençam a quem pertencerem, que participam da atividade administrativa e se achem, por isso mesmo, vinculados aos fins desta".[28]

V- Sobremais, o próprio *princípio da continuidade das atividades administrativas* impede que sejam penhorados os bens e rendas das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. Com efeito, subtrair-lhes bens e rendas pode levar à paralisação – quando não à total cessação – das suas atividades públicas, fato que absolutamente nossa ordem jurídica não tolera.[29]

---

27 *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 298 – os grifos são do autor.

28 *Princípios de Direito Administrativo.* 7. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 187.

29 Assim já se pronunciou o Pretório Excelso, ao decretar a impenhorabilidade de bens de empresa pública (Empresa de Correios e Telégrafos) que explora serviço monopolizado (RE 100.433-9-RJ, 1ª Turma, j. 17.12.1984, rel. Min. Sydney Sanches, v.u., *DJU* 8.3.1985, *RT* 604/260). Por muito maior razão, a asserção vale para as autarquias e as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, que se associam ao Estado na consecução daquilo que Renato Alessi expressivamente chama de "interesse público primário" (*Instituciones de Derecho Administrativo,* ts. I e II. Trad. de Buenaventura Pellisé Prates. Barcelona: Bosch: Casa Editorial, 1970).

Em suma, os bens das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público submetem-se ao regime de direito público próprio dos *bens públicos de uso especial*. São impenhoráveis.

VI- Deste modo, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, mesmo quando forem pessoas jurídicas de direito privado, não sofrem a execução comum, já que esta rende ensejo à penhora. De revés, são executadas na forma do art. 100 da Constituição da República ("os pagamentos devidos pelas Fazendas ... em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim"), que dá supedâneo aos arts. 534, 535 e 910 do *CPC; verbis*:

> Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo: (...).
>
> .....
>
> Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: (...).
>
> .....
>
> Art. 910. Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em 30 (trinta) dias.
>
> § 1º. Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal.
>
> § 2º. Nos embargos, a Fazenda Pública poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.
>
> § 3º. Aplica-se a este Capítulo, no que couber, o disposto nos arts. 534 e 535.

VIa- Note-se que, ao contrário do que se dava quando estava em vigor o Código de Processo Civil/1973, a execução contra a Fazenda Pública (e as pessoas administrativas a ela equiparadas, como é o caso das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público) não pressupõe mais uma anterior decisão em *processo de conhecimento*, com ampla discussão do *mérito* da dívida. Melhor dizendo, à época, somente era possível executar, contra a Fazenda Pública, uma *decisão judicial* (*título executivo judicial*). Em outros termos, até a entrada em vigor do atual *CPC*, sendo o devedor a Fazenda Pública, contra ela deveria haver, primeiro, uma ação de conhecimento e, depois, uma execução (com base na decisão judicial nela obtida), observada a ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Agora, porém, a Fazenda Pública também pode ser executada com base num *título executivo extrajudicial*, observadas, no entanto, as restrições apon-

tadas nos supracitados arts. 534 e 535 do *CPC*, entre as quais merece destaque a impossibilidade da prática de atos expropriatórios.

VIb- Tais restrições são plenamente justificáveis, já que as pessoas políticas, porque titulares de interesses indisponíveis, não podem garantir seus débitos com seus bens, já que estes são exclusivamente preordenados, pela Constituição Federal, a promover funções públicas e tarefas administrativas.[30]

Todas estas considerações valem, *mutatis mutandis*, para as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

VIc- E nem se diga que elas, quando constituídas sob a modalidade de direito privado, não se subsomem ao conceito de *Fazenda Pública*. É que, como já referi, elas, pelo tipo de função que desempenham, são entes públicos, sendo, pois, alcançadas pelos acima citados dispositivos.

Deveras, o interesse público que norteia o agir das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público impede venha derrogada a especial proteção que o Diploma Supremo dispensa ao patrimônio do Estado (*lato sensu*). Do contrário, as atividades que desempenham poderiam vir a sofrer interrupções ou, até cessar, em detrimento dos incontornáveis direitos da coletividade.

Sempre mais se patenteia, pois, a impossibilidade de penhora de seus bens, porque isso fatalmente levaria à aplicação de verbas em pagamentos não programados em seus orçamentos, fenômeno que, por sem dúvida, tenderia a acarretar-lhes o caos administrativo.

VId- Impende notar, ainda, que as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público estão debaixo da *relação de administração* (Ruy Cirne Lima) e, nesta medida, só podem agir nos limites e nos termos da lei e dos atos normativos que as explicitam (decretos, portarias, regras estatutárias etc.). Mais: pelas finalidades que buscam alcançar, participam da atividade administrativa estatal.

Seus bens pertencem ao domínio público e nessa medida, por integrarem o *patrimônio administrativo* do Estado, não podem ser objeto de penhora. O interesse público impede que sejam alvo de execução comum.

Consequentemente, não podem ser compelidas a garantir o direito patrimonial de seus credores (por mais privilegiados que sejam) com a penhora de seus bens, mas, apenas e tão somente, com a inclusão de verba prevista em seus orçamentos, que será paga observada a ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Ainda que condenadas, por sentença judicial, a pagar determinada dívida, estão submetidas aos ditames do art. 100, da Lei Maior.

Em outras palavras, o pagamento coativo de seus credores deve ser feito por via de precatório; não por meio de *depósito direto*, à disposição do juízo.

30 Cfr. Geraldo Ataliba. *Empréstimos Públicos e seu Regime Jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 234-235.

VIe- De outra banda, não se deve perder de vista que a norma insculpida no art. 100, da Constituição Federal (*fundamento de validade* dos arts. 534, 535 e 910, do *CPC*), objetiva viabilizar a submissão do Poder Público ao princípio que confere preferência jurídica a quem dispuser de precedência cronológica, nos termos, diga-se de passagem, da vetusta parêmia *prius in tempore, potior in jure*.

Recorde-se, demais disso, que este mesmo art. 100 determina uma forma específica de satisfação de crédito contra a Fazenda Pública, ou a quem a ela estiver equiparado: o *precatório*, que, dando tempo para que o devedor organize suas finanças, garante a mantença das funções administrativas.

VIf- E, já que se chegou até aqui, calha afirmar que o precatório só é possível diante de decisão de segundo grau. Nunca de decisão monocrática, que, de resto, está submetida, quando desfavorável ao Poder Público, ao *duplo grau de jurisdição*. Por muito maior razão (argumento *a fortiori*), o precatório entremostra-se improsperável em execução provisória.

VII- Acrescente-se que, no mais das vezes, o próprio Estado (no Brasil representado, como vimos, pelas pessoas políticas) leva avante as atividades administrativas que lhe são constitucionalmente cometidas. Com frequência, porém, elas vêm desempenhadas, sob sua supervisão, controle e responsabilidade, por pessoas dele distintas, como, por exemplo, as fundações que institui e mantém.

Ainda que revistam a natureza de pessoas jurídicas de direito privado, as fundações, desde que criadas por lei, como instrumento de ação do Estado e por ele mantidas (ou seja, com recursos dele provenientes), são imunes aos impostos. E essa desoneração constitucional não cai por terra quando também recebem recursos privados.

Tudo se conjuga, pois, no sentido de que as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público são juridicamente equiparadas às autarquias. Desfrutam, pois, do *regime protetor* que a Constituição Federal reservou aos bens e dinheiros públicos, inclusive no pertinente às imunidades tributárias.

3. QUESTÕES CONEXAS

I- Como não se ignora, existem fundações privadas e fundações públicas.

As fundações privadas são instituídas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas, que, **sem ânimo de lucro**, afetam parte de seus patrimônios à realização de atividades de interesse coletivo ou público.

É importante ressaltar, que as fundações privadas que se dedicam à educação ou à assistência social são imunes aos impostos (cfr. art. 150, VI, *c*, da *CF*[31]) e às contribuições sociais para a seguridade social (cfr. art. 195, § 7º, da

31 Constituição Federal: "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios: (...) Vi- instituir impostos sobre: (...) c)

CF[32]). Para, no entanto, fazerem jus a estas desonerações constitucionais, além de não poderem ter *espírito de ganho*, devem observar os requisitos apontados no art. 14, do *CTN*[33] e submeter-se a fiscalizações periódicas do Poder Público (por exemplo, prestar anualmente contas ao Ministério Público, conforme prescreve o art. 66, do Código Civil[34]).

II- Entretanto, além das fundações criadas por particulares (espécie mais comum), há, também, fundações criadas pelo Poder Público, que são expressamente mencionadas no art. 37, XIX, da Carta Magna.[35]

Em relação a elas, inexiste consenso doutrinário, acerca de sua natureza jurídica: se de direito público ou de direito privado.

Isso é fruto, em parte, da redação canhestra do art. 5º, IV, do Decreto-lei nº 200/1967 (inserido pela Lei nº 7.596/1987), que, ao conceituar os órgãos que compõem a administração pública federal, dispõe; *verbis*:

> Art. 5º. Para os fins desta lei, considera-se: (...)
>
> IV – Fundação Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.[36]

IIa- Assim, a maioria dos administrativistas, partindo da *letra da lei*, considera todas as fundações públicas pessoas jurídicas de direito privado. É o que pensa José dos Santos Carvalho Filho; *verbis*:

---

patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;" (grifamos).

32 Constituição Federal: "Art. 195. ('omissis') (...) § 7º. São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei."

33 Código Tributário Nacional: "Art. 14. O disposto na alínea IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas: I- não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; II- aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; III- manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão."

34 Código Civil: Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

1º. Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

2º. Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.

35 Constituição Federal. Art. 37 ('omissis"): (...) XIX= somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação (grifei).

36 Grifei.

> Em nosso entender, sempre nos pareceu mais lógico e coerente o pensamento de HELY LOPES MEIRELLES. Na verdade, causa grande estranheza que uma fundação criada pelo Estado se qualifique como pessoa de direito público, ainda mais quando se sabe que o recurso do Poder Público a esse tipo de entidade de direito privado visava a possibilitar maior flexibilidade no desempenho de atividades sociais exatamente iguais às colimadas pelas fundações instituídas por particulares. Causa também grande confusão e parece bastante incongruente a caracterização das fundações públicas como espécie do gênero autarquia. Ora, se uma entidade tem personalidade jurídica de direito público e se reveste de todos os elementos que formam o perfil das autarquias, seria muito mais razoável que não fosse ela denominada de fundação, mas sim de autarquia. E, assim, há que se chegar necessariamente à conclusão de que existem fundações que são autarquias e fundações que não o são realmente, nota-se um semblante de perplexidade em todos aqueles que passam a conhecer esse tipo de distinção adotada pela maior parte da doutrina.[37]

IIb- Outros estudiosos, porém, entendem que as fundações públicas podem ser instituídas sob o regime jurídico tanto de direito público, quanto de direito privado. É a posição dos conspícuos juristas Maria Sylvia Zanella Di Pietro,[38] Celso Antônio Bandeira de Mello,[39] Diógenes Gasparini,[40], dentre outros.

De acordo com os adeptos dessa corrente – à qual também me filio –, todas as fundações públicas são uma categoria especial de autarquias, calha referir, *autarquias fundacionais*, ou *fundações autárquicas,* criadas por meio de lei específica (art. 37, XIX, da *CF*).

De sua feita, sempre na visão desses doutrinadores, as fundações públicas submetidas ao regime de direito privado têm sua instituição autorizada por lei, sendo que, para que adquiram personalidade jurídica, devem ter seus estatutos registrados no Registro Civil de Pessoas Jurídicas da sua sede. Sustentam, ainda, que a elas se aplica um tratamento jurídico híbrido (parte de direito público, parte de direito privado).

III- Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu que "a distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza jurídica dos serviços por elas prestados".[41]

IIIa- Embora o critério da natureza jurídica dos serviços prestados me pareça insuficiente (porque, isoladamente considerado, leva as empresas públicas e as sociedades de economia mista a serem tidas como pessoas jurídicas

37 *Manual de Direito Administrativo.* 30. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 550.

38 *Direito Administrativo.* 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

39 *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

40 *Direito Administrativo.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

41 ADIN nº 191-4/RS, STF, Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 29/11/2007, DJe 06/03/2008, *deram provimento ao recurso, v.u.*

de direito público, o que não é correto), o fato é que, tanto as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público submetidas ao regime de direito público, quanto as submetidas ao regime de direito privado *(i)* são criadas, aquelas por lei e, estas, mediante autorização legal, *(ii)* possuem dotações governamentais, que lhes permitem desenvolver atividades de inegável interesse público e, *(iii)* devem prestar contas aos Tribunais de Contas. Mas, acima de tudo, gozam, a partir do advento da Constituição de 1988, das mesmas imunidades tributárias que alcançam as pessoas políticas e as autarquias.

Assim, a eventual circunstância de serem constituídas com personalidade de direito privado não lhes retira as prerrogativas que nossa ordem constitucional concede às autarquias, entre as quais sobreleva a imunidade tributária. Mesmo nesse caso, são *pessoas administrativas,* que agem em nome do Estado, na busca do bem comum. São, pois, pessoas jurídicas de direito privado *tão só quanto à forma*, já que, *quanto ao fundo*, fazem as vezes de autarquias.

IV- Trata-se, como se vê, de uma imunidade "implicitamente necessária", porquanto as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, terçam lanças ao lado do Estado e não apresentam resultados econômicos. Dito de outro modo, não têm capacidade contributiva (princípio informador dos impostos), até porque não almejam o lucro, embora possam apresentar *superávits*.

A esse respeito, convém que se destaque que elas conservam sua imunidade tributária, ainda que se dediquem a atividades remuneradas, capazes de prover-lhe os recursos necessários à sua manutenção e a de seus programas economicamente desinteressados. Em mais preciso dizer, nada impede que apresentem sobras financeiras, até porque isso lhes assegura que, a médio ou longo prazo, não fenecerão.

Por outro lado, tipificaria indesculpável contrassenso (e o Direito se compadece com o bom senso) as pessoas políticas exigirem impostos destas entidades *non profits*, ou seja, cujos patrimônios e *superávits* estão preordenados ao desempenho de funções tipicamente estatais. Positivamente, seria um despautério jurídico o Estado, que está longe de fazer o que deve, ainda por cima, vir a cobrar-lhes essas exações.[42]

V- Aqui chegado, anoto, por oportuno, que não há confundir o *excedente contábil* obtido por uma fundação instituída e mantida pelo Poder Público (*superávit*), com o experimentado, por uma empresa, no desempenho de suas atividades capitalistas (*lucro*).

Com efeito, *superávit*, nos termos da Constituição e da lei, é *meio* e, não, *fim*. *Meio*, diga-se de passagem, que trará, à entidade, as receitas necessárias ao custeio das atividades altruístas para as quais foi criada.

42 Entendo ser juridicamente inadmissível que uma fundação instituída e mantida pelo Poder Público se veja obrigada a pagar impostos, quando todo o seu patrimônio, rendas ou serviços estão preordenados a realizar, sem fins lucrativos, funções tipicamente estatais.

Va- É sempre bom lembrar que as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, ainda que revistam a natureza de pessoas jurídicas de direito privado, são criadas para servir, vale dizer, para atingir, com a *máxima eficácia social possível* (Cfr. Eros Roberto Grau[43]), os objetivos considerados relevantes por seus Estatutos Sociais e as leis que as instituíram ou autorizaram sua instituição.

Vb- Já, o excedente contábil das empresas, no desempenho de suas atividades econômicas capitalistas, é – este sim – *lucro*. Elas têm em mira obtê-lo, o que, em nosso sistema econômico, é, com algumas limitações (determinadas pelos fins sociais que todas as empresas são constitucionalmente obrigadas a perseguir), normal e legítimo, como se depreende da análise dos arts. 5º, XIII, XXII e XXIII; 43, § 2º, II; 164, § 2º; e, 170 e ss., todos da Constituição Federal.

Sobremais, a tendência do *lucro* é ser distribuído entre os capitalistas, ao passo que o *superávit* sempre será reinvestido, para o melhor atingimento dos objetivos da instituição.

Vc- Reforçando a tese: o excedente contábil – *causa* e *objetivo* da atividade capitalista – não influi decisivamente na formação dos atos típicos de uma fundação instituída e mantida pelo Poder Público, que, não custa repetir, é entidade movida pelo ideal do desenvolvimento da Nação.

Desnecessário, pois, para a permanência da sua imunidade tributária que a fundação instituída e mantida pelo Poder Público nada cobre por suas atividades (*v.g.*, a divulgação de propagandas) ou, caso o faça, que se limite a receber o suficiente para garantir o equilíbrio de suas contas. Basta que seus membros, conselheiros, diretores ou doadores não compartilhem dos excedentes econômicos.

IV- Descabe, ainda, no caso, a alegação de que o § 4º, do art. 150, da Constituição Federal, impede o entendimento *supra*, por dispor que "as vedações expressas no inciso VI, alíneas 'b' e 'c', compreendem somente o patrimônio a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas".

É que este dispositivo não leva em conta – ao contrário do que uma primeira leitura sugere – o *modo* pelo qual os recursos são carreados para a fundação instituída e mantida pelo Poder Público, mas o *lugar* para onde devem ir. Desde que lícitos e comprovadamente destinados à sua mantença, não a despem da imunidade tributária.

IVa- Pouco importa, pois, a natureza da fonte dos recursos dessa entidade (aluguéis, prestação onerosa de serviços, aplicações financeiras etc.). Basta que seja lícita e não arremeta contra o *princípio da livre concorrência*, o que se daria se, comprovadamente, priorizasse atividades empresariais.

43 *A Ordem Econômica na Constituição de 1988.* 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

Dignas de aplauso, a respeito, as percucientes observações de Aires Fernandino Barreto; *verbis*:

> Salvo se houver agressão ao princípio da livre concorrência, no mais podem as rendas ser provenientes de quaisquer fontes lícitas. Isto é até desejável juridicamente. Nada tem de repugnante. Pelo contrário, a simples presença no texto constitucional da imunidade para essas entidades já mostra ser desígnio constitucional claro que elas obtenham rendas, empreguem seu patrimônio e desempenhem serviços tendo em vista esse objetivo, que, por sua vez, irá suportar, custear financeiramente aquelas finalidades realizadoras de valores constitucionalmente prestigiados. (...)
>
> Se essas entidades têm imóveis, não se espera que eles fiquem ociosos. Se elas possuem terrenos, é altamente desejável que os explorem, direta ou indiretamente, com estacionamentos ou qualquer outra forma. Se são titulares de prédios, é bom que os aluguem, desde que fortaleçam suas finanças. Se têm maquinaria e pessoal especializado, que invistam em editoras ou que prestem serviços de variada ordem. Suas finalidades são constitucionalmente queridas. E só são realizáveis com recursos financeiros. E esses recursos financeiros não existiriam se as entidades não alugassem, não prestassem serviços, não auferissem rendas.[44]

O saudoso jurista não poderia dizer mais, nem melhor.

IVb- Além disso, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público têm em seu favor a presunção de que, ao adotarem medidas econômicas (investimentos, operações financeiras, compra de imóveis, aluguel de bens etc.), buscam atingir suas finalidades institucionais. E o ônus de derrubá-la é do Fisco, a quem cabe demonstrar, **pelos meios em direito admitidos**, que se desviaram das suas rotas estatutárias.

IVc- Em suma, o exercício de atividades econômicas não é óbice ao reconhecimento da imunidade tributária de uma fundação instituída e mantida pelo Poder Público, se – ressalte-se uma vez mais – as receitas por meio delas obtidas forem aplicadas na manutenção e no aprimoramento dos elevados objetivos que levaram à sua criação.

O *superávit* de uma fundação instituída e mantida pelo Poder Público, longe de ser um adversário a combater, é um aliado a estimular, porque sinaliza boa administração. Afinal, com ele, a entidade disporá de mais recursos para ampliar suas instalações, para reequipá-las, para, enfim, melhor atender à comunidade em geral.

V- Positivamente, as fundações públicas, instituídas e mantidas pelo Poder Público, são imunes *(i)* ao *IPTU*, tanto sobre os imóveis onde desenvolvem suas atividades, como sobre aqueles cujos aluguéis ajudam a custeá-las, *(ii)* ao *ISS*, sobre as prestações onerosas de seus serviços, *(iii)* ao *IRPJ*, sobre

44 *Curso de Direito Tributário Municipal.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62 e 63.

os aportes financeiros que obtêm, para reinvesti-los na consecução de seus objetivos, *(iv)* ao *ITBI*, sobre as aquisições de bens imóveis destinados ao atendimento ou ao custeio de suas finalidades essenciais, *(v)* ao *IPVA*, sobre a propriedade de veículos automotores, utilizados para o desempenho de suas atividades e, *(vi)* ao *IOF*, sobre as operações de crédito, câmbio e seguro ou as relativas a títulos e valores mobiliários que digam respeito ao seu patrimônio, renda ou serviços.[45]

CONCLUSÕES

Posto isto, passo a sumular as seguintes conclusões:[46]

I- as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público são imunes aos impostos, *ex vi* do disposto no art. 150, § 2º, da Constituição Federal;

Ia- a imunidade não alui, pela eventual circunstância de revestirem a natureza de pessoas jurídicas de direito privado;

Ib- estão a salvo, entre outros impostos, *(i)* do *IPTU*, tanto sobre os imóveis onde desenvolvem suas atividades, como sobre aqueles cujos aluguéis ajudam a custeá-las, *(ii)* do *ISS*, sobre as prestações onerosas de seus serviços, *(iii)* do *IRPJ*, sobre os aportes financeiros que obtêm, para reinvesti-los na consecução de seus objetivos, *(iv)* ao *ITBI*, sobre as aquisições de bens imóveis destinados ao atendimento ou ao custeio de suas finalidades essenciais, *(v)* ao *IPVA*, sobre a propriedade de veículos automotores, utilizados para o desempenho de suas atividades e, *(vi)* ao *IOF*, sobre as operações de crédito, câmbio e seguro ou as relativas a títulos e valores mobiliários que digam respeito ao seu patrimônio, renda ou serviços;

Ic- lei alguma (federal, estadual ou municipal) – pouco importando sua natureza: trabalhista, administrativa, civil, comercial etc. – poderá retirar-lhes ou diminuir-lhes as vantagens, inclusive processuais, de que desfrutam, por serem entidades tributariamente imunes.

II- as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público são equiparadas à Fazenda Pública e, portanto, quando judicialmente compelidas a pagar seus débitos, sujeitam-se às regras do direito público;

IIa- as execuções, contra elas intentadas, deverão observar o disposto nos artigos 534, 535 e 910, do Código de Processo Civil, que buscam *fundamento de validade* no artigo 100, da Constituição Federal;

IIb- portanto, devem ser citadas para, querendo, apresentar impugnação (e, não, para opor embargos), não se sujeitando à penhora; e

IIc- se a impugnação não for apresentada no prazo legal, ou, ainda que apresentada, for julgada improcedente, o Judiciário promoverá a expedição do precatório, salvo se a obrigação for de pequeno valor (nesta hipótese, dispensa-se o precatório, a teor do disposto nos §§ 3º e 4º, do art. 100, da *CF*).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. ts. I e II. Trad. de Buenaventura Pellisé Prates. Barcelona: Bosch: Casa Editorial, 1970.

ATALIBA, Geraldo. *Empréstimos Públicos e seu Regime Jurídico.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed., 9ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968.

BRITO, Carlos Ayres. A Constituição e o monitoramento de suas emendas. *In*: *Direito do Estado – Novos Rumos*, t. 1. São Paulo: Max Limonad, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. (atualização de Misabel Derzi). Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARRETO, Aires F. *Curso de Direito Tributário Municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECHO, Renato Lopes. *Lições de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BLACK, Henry C. *Constitutional Law.* 3. ed. Weast Publishing Company, 1910.

BORGES, José Souto Maior. *Teoria Geral da Isenção Tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional.* Vol. 1. Ed. Freitas Bastos, 1950.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

CARRIÓ, Genaro R. *El Concepto de Derecho*. 2. ed. México: Editora Nacional, 1980.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

COSTA, Regina Helena. *Imunidades Tributárias – Teoria e análise da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DERZI, Misabel. "*Notas de Atualização ao livro 'Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar'*", de Aliomar Baleeiro (8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FALCÃO, Amilcar de Araújo. Imunidade e Isenção Tributária. *Revista de Direito Administrativo*, nº 66, p. 360 e ss.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

GRECO, Marco Aurélio. Imunidade tributária. *In*: *Imunidades Tributárias* (coord. de Ives Gandra da Silva Martins). São Paulo: Centro de Estudos Universitários: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 705 e ss.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

ULHÔA CANTO, Gilberto de. Algumas Considerações sobre as Imunidades Tributárias dos Entes Públicos. *Revista de Direito Administrativo,* nº 52, p. 28 e ss.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994.

A REFORMA ADMINISTRATIVA E AS PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS DOS EMPREGADOS PÚBLICOS1

Arthur Bezerra de Souza Junior[2]
Felipe Assensi[3]

INTRODUÇÃO

A figura do empregado público sempre gerou dúvidas, haja vista sua natureza pública. Confundidos muitas vezes com os servidores públicos em sentido lato, estes empregados, apesar de atuarem juto ao Estado, possuem regramento em sua relação de trabalho diferente dos denominados estatutários, similares aos empregados da iniciativa privada.

1 Este artigo é resultado do relatório final apresentado no estágio de Pós-Doutorado em Trabalho, Saúde e Sociedade pela Universidade Santa Úrsula-RJ, sob supervisão do Prof. Dr. Felipe Dutra Asensi.

2 Pós-Doutor em Saúde Coletiva pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e em Trabalho, Saúde e Sociedade pela Universidade Santa Úrsula-RJ. Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito (Justiça, Empresa e Sustentabilidade) pela Universidade Nove de Julho (Uninove). Especialista em Direito Processual Civil - Grandes Transformações pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Toledo (Unitoledo). Professor convidado da Pós-graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor convidado da Pós-graduação Lato Sensu CEPED da UERJ. Professor nos cursos de Direito da Universidade Paulista (UNIP) e Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professor no MBA em Gestão Jurídica da Franklin Covey Education. Membro Efetivo da Comissão de Direito Constitucional da OAB/SP. Membro do IBEDAFT (Instituto brasileiro de estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário). Palestrante e consultor. Advogado. Atuou como Secretário Municipal de Administração de Penápolis-SP no ano de 2021.

3 Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP/UERJ). Mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Advogado formado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Cientista Social formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Aperfeiçoamento em Direitos Fundamentais pela Universidad Complutense de Madrid (UCM), em Empreendedorismo pela University of Maryland (UM) e em Coaching pela University of Cambridge (UCA). Foi Visiting Scholar da Universidade de Coimbra (UC) e da Fundación Universitaria Los Libertadores (FUL). Membro da Comissão Tutorial do Programa Internacional Erasmus Mundus (União Européia). Membro vitalício da Academia Luso-Brasileira de Ciências Jurídicas (ALBCJ). Membro Efetivo do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Senior Member da Inter-American Bar Association (IABA). Membro Benemérito do Instituto Latino-Americano de Argumentação Jurídica (ILAAJ). Membro do Comitê Consultivo Nacional da Biblioteca Virtual de Saúde (BVS-Integralidade). Membro Titular da Red Iberoamericana de Derecho Sanitario (RIDS). Membro do Conselho Curador do PenseSUS (Fiocruz). Membro da Asociación Latinoamericana de Sociología (ALAS). Professor de Mestrado/Doutorado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Universidade Católica de Petrópolis (UCP) e Universidade Santa Úrsula (USU), no Brasil, e da Ambra University (Ambra), nos Estados Unidos. Presidente do Conselho Editorial da Editora Pembroke Collins. Presidente da Comissão de Gestão Jurídica da OAB-RJ. Consultor para o Brasil do World Justice Report.

Entretanto, ainda que sua natureza encontre regramentos voltados à Consolidação das Leis do Trabalho, com o advento da PEC 32/2020 (Reforma Administrativa), a figura do empregado público, que já não era tão translúcida, ganhará novos contornos que afetará até as decisões do TST já consolidadas a seu respeito.

Em razão do todo narrado, faz-se importante a análise das alterações na relação trabalhista deste agente público em razão da Reforma Administrativa.

Assim, o objetivo geral deste artigo é o de analisar dentro da proposta da PEC 32/2020 as modificações e impactos concernentes aos empregados públicos no que tange ao seu regime trabalhista.

E para tanto, será utilizada a abordagem de análise da PEC 32/2020 em junção com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, mais precisamente a do Tribunal Superior do Trabalho.

A pesquisa analisa o conceito da figura do empregado público, suas garantias legais e jurisprudenciais, mais precisamente o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho. Após, será analisada a PEC 32/2020, concluindo seu impacto sobre a figura dos empregados públicos.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É pertinente iniciar o trabalho conceituando o que é a Administração Pública. Conforme o que preconiza o Art. nº 37 da Constituição Federal é considerada como uma forma de organização do Estado por meio de entrega de serviços públicos que são realizados direta ou indiretamente por pessoas jurídicas – entidades administrativas – por intermédio dos agentes públicos. Daft conceitua:

> Administração é o atingimento das metas organizacionais de modo eficiente e eficaz por meio do planejamento, organização, liderança e controle dos recursos organizacionais.[4]

Desta feita tem-se que a Administração Pública Direta é composta pela União, Estados, Distrito Federal e os Municípios e a sua função é a de criar mecanismos de proteção e garantia dos interesses de toda a coletividade, pautado na supremacia do interesse público.

Por outro lado, tem-se a Administração Indireta que é exercida pelas fundações, empresas públicas, entidades de direito privado, autarquias e outras sociedades de economia mista.

Diferente da primeira, as entidades que exercem papel indireto na Administração Pública têm personalidade jurídica e autonomia administrativa, não sofrendo interferência da Administração Direta.

Continuando o conceito, por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que a Administração Pública pode ser centralizada e descentralizada.

4 DAFT, Richard L. *Administração*. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 06.

Nesse sentido, a primeira hipótese acontece quando a atividade administrativa "é exercida pelo próprio Estado, ou seja, pelo conjunto orgânico que lhe compõe a intimidade".[5]

A segunda hipótese aduz que a atividade gerencial é executada "por pessoa ou pessoas distintas do Estado".[6]

Bandeira de Mello traz ainda uma nova diferença, na qual a descentralização e desconcentração são conceitos diferentes: a descentralização "pressupõe pessoas jurídicas diversas"[7] enquanto que:

> a desconcentração está sempre referida a uma só pessoa, pois cogita-se da distribuição de competências na intimidade dela, mantendo-se, pois, o liame unificador da hierarquia.[8]

Outra classificação aventada por Celso Antônio Bandeira de Mello é a clássica e conhecida Administração direta e indireta.

Pautada no Decreto-lei 200, de 1967, Bandeira de Mello afirma que a Administração direta é a "que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios".[9]

Por outra banda, a Administração indireta é a composta de pessoas jurídicas de direito público, diferente da Administração Direta e que possui autonomia financeira e organizacional.

Bandeira de Mello assevera que a Administração Indireta:

> é a que compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) Fundações Públicas.[10]

Assim, importante ponderar que a Administração Pública, direta ou indireta, independente de sua classificação ou natureza, necessita do fator humano para a consecução de seus objetivos.

Desta feita, passa-se a trabalhar esse material humano que são os servidores, cargos e empregos públicos.

---

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 153.

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 153.

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 153.

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 153.

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 157.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 157.

SERVIDORES PÚBLICOS

AGENTES PÚBLICOS

Prima facie, ao tratar dos servidores públicos, imperioso destacar que todos estão debaixo do manto dos agentes públicos por se tratar de todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, ou seja, todo aquele que atua no exercício das atribuições do poder público.

Maria Sylvia Zanella di Pietro já afirmou que "agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta". [11]

Desta feita, de se notar que o Agente Público é aquele que exerce função pública de forma permanente ou temporária, com ou sem remuneração.

Ainda, a Lei 8.429/92, em seu artigo 2°, reputa-se **agente público** todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em **toda a Administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.**

Assim, com base na Emenda Constitucional 18/98 (texto atual) subtrai-se que os agentes públicos se dividem em 4 (quatro) categorias:

a) Agentes políticos;
b) Servidores Públicos;
c) **Militares** e
d) Particulares em colaboração com o Poder Público.

Assim, passa-se a analisar, sucintamente, cada um deles, reservando ao Servidor Público a **última** análise.

AGENTES POLÍTICOS

Os Agentes Políticos são os sujeitos que exercem típicas atividades de governo, cabendo-lhes propor ou decidir as diretrizes políticas dos entes públicos.

Di Pietro conceitua os Agentes Políticos como:

> os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investido em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.[12]

11DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 690.

12 Conforme doutrina mais abrangente encontrada em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.,* p. 691.

Na citada categoria inclui-se os chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal.

Os **Ministros e Secretários de Estado**, que ocupam cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração, também se incluem nesta categoria.

Também podem ser considerados agentes políticos os membros do Poder Legislativo, como os Senadores, Deputados e Vereadores.[13]

MILITARES

A categoria dos militares são os que prestam serviços às Forças Armadas, representantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; e também às Polícias Militares ou aos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Importante frisar que esta categoria se sujeita a regime jurídico próprio e com remuneração paga pelo erário público.[14]

PARTICULARES EM COLABORAÇÃO COM O PODER PÚBLICO

São as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração, **sem perder a condição de particulares**.

Seguindo o ensinamento de Di Pietro,[15] os particulares em colaboração com o Poder Público dividem-se:

- **Designados, requisitados, nomeados:** são aqueles que atuam quando convocados pelo Estado para exercerem múnus público, sob pena de sanção, como os mesários, os jurados e os convocados para o serviço militar obrigatório.
- **Delegados do Poder Público:** atuam na prestação de serviços públicos mediante delegação do Estado, como os titulares das serventias dos Cartórios, os leiloeiros e os agentes das concessionárias e permissionárias de serviço público (sempre as pessoas físicas, e não a jurídica).
- **Gestores de negócio:** atuam voluntariamente em repartições, escolas, hospitais públicos, sempre que o ente estatal realiza programa de voluntariado, como os médicos voluntários que auxiliam o Poder Público, ou em situações de calamidade.

Carvalho Filho[16] acrescenta a este rol:

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.,* p. 691.

14 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.,* p. 696.

15 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.,* p. 699.

16 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Ed. Atlas, 2019, p. 637.

> **Agentes de fato:** agentes que executam função pública, porém sem investidura regular. O exercício de função em nome do Estado deriva de situação excepcional, sem prévio enquadramento legal.

Subdividem-se:

> **Agentes necessários:** são aqueles que praticam atos em situações excepcionais, geralmente de emergência, em colaboração com o Poder Público. Como regra, entende-se que seus atos são confirmados pelo Poder Público, que não pode atuar a tempo, por meio de seus agentes de direito, por conta da situação excepcional.
>
> **Agentes putativos:** são os que desempenham atividade pública em virtude da presunção de que haveria legitimidade nessa atuação, quando, na realidade, não houve investidura dentro do procedimento legalmente exigido, como no caso do servidor que pratica atos administrativos sem ter sido aprovado em concurso público.

SERVIDORES PÚBLICOS

São pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelo Erário. Ocupam **cargos ou empregos públicos, ou exercem função pública**.[17]

Os cargos públicos correspondem a mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente.[18]

Nos termos da Lei 8.112/90, em turno de seus art. 3°, "cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor."

Já os Empregos Públicos distinguem-se dos cargos pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado, pois é contratual e não estatutário.

O empregado público também tem funções públicas com atribuições exercidas por servidores públicos às quais não corresponde um cargo ou emprego.

Assim, temos que todo cargo tem função, "porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor", mas nem toda função pressupõe a existência do cargo.[19]

ESPÉCIES DE SERVIDORES PÚBLICOS

I - SERVIDORES ESTATUTÁRIOS

De forma sumária, os Servidores Estatutários são aqueles que possuem vínculo estatutário (não contratual) com o Estado, sob a regência

17 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.,* p. 683.

18 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.

19 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, 2019, p. 658.

da lei, que no âmbito federal é a Lei 8.112/90. Estes servidores ocupam os chamados **cargos públicos**.

Estes servidores atuam na atividade permanente do órgão, com a necessidade de concurso público para ingresso na carreira, segundo o artigo 37, II, da Constituição Federal, através de termo de posse para se concretize o vínculo legal, sob o Regime Próprio de Previdência Social.

No que tange à estabilidade, segundo o artigo 41 da Constituição Federal, por serem detentores de cargo público efetivo, alcançam após 3 anos de efetivo exercício.

Ainda importante ponderar que há a avaliação especial de desempenho passados os já citados 3 (três) anos desse que o servidor público não for avaliado, caso em que ocorrerá a avaliação tácita.

O servidor estável terá direito à **reintegração**, à **recondução** ou ao **aproveitamento**, conforme o caso, conforme preconiza o artigo 41, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal.

Imperioso frisar que o artigo 20 da Lei 8.112/90 afirma que ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito **a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses**, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observado os seguintes fatores:

I – assiduidade;
II – disciplina;
III – capacidade de iniciativa;
IV – produtividade;
V – responsabilidade.

Já o que se refere à perda de cargo, segundo o artigo 247 da Constituição Federal, o servidor estável só pode perder o cargo nas hipóteses constitucionais:

a) Avaliação periódica de desempenho;
b) Sentença judicial transitada em julgado;
c) Processo administrativo;
d) Corte de gastos, conforme o artigo 169, § 4º da Constituição Federal.

Já no que se refere à vitaliciedade, merece destaque os membros:

a) da magistratura,
b) do Ministério Público e
c) Tribunal de Contas.

Nesse sentido, a Lei 13.866/2019 trouxe a possibilidade de a identidade do denunciante ser mantida em sigilo em caso de denúncias formuladas ao TCU, *verbis*:

> Art. 1o O art. 55 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:
>
> Art. 55. § 3º Ao decidir, caberá ao Tribunal manter o sigilo do objeto e da autoria da denúncia quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Os referidos cargos alcançam ingresso mediante:

a) Concurso público com vitaliciedade adquirida após 2 anos de exercício;
b) **Indicação política com** vitaliciedade adquirida imediatamente.
Por sua vez, os cargos públicos se dividem em:

a) Cargos Efetivos;
b) Cargos em Comissão que se dá por livre nomeação e exoneração – não dependendo de concurso público para o ingresso nos quadros. Como espécie, cita-se **a função de chefia, de direção e de assessoramento.**

II - SERVIDORES CELETISTAS

Diferente dos servidores estatutários, os servidores celetistas são aqueles que possuem vínculo contratual com o Estado, sob a regência da CLT, ocupante dos denominados **empregos públicos.**

Esta espécie de servidores exerce atividade permanente do órgão que estão lotados e também necessitam de concurso público para ingresso, conforme o artigo 37, II, da Constituição Federal.

Os empregados públicos possuem vínculo de contrato de emprego, conforme, como já dito, respeitando as regras da Consolidação das Leis do Trabalho.

Quanto à estabilidade, a regra era de que os empregados públicos (servidores celetistas) das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista não possuem conforme a Súmula 390 do TST.[20]

Destarte, o entendimento dominante no Tribunal Superior do Trabalho é que apenas o servidor público efetivo e o empregado público celetista **contratado pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional**, da União, Estados, DF e Municípios, possuem direito a tal estabilidade.

---

20 Súmula 390/TST – 20/04/2005 – **Servidor público. Estabilidade. Celetista. Administração direta, autárquica ou fundacional. Aplicabilidade. Empregado de empresa pública e sociedade de economia mista. Inaplicável.** CF/88, art. 41.

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/88. (ex-OJ 265/TST-SDI-I - Inserida em 27/09/2002 e ex-OJ 22/TST-SDI-II - Inserida em 20/09/2000).

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988 (ex-OJ 229/TST-SDI-I - Inserida em 20/06/2001).

Por sua vez, os empregados de **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista não adquirem tal direito.**

A REFORMA ADMINISTRATIVA – PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL N° 32

Para o bom andamento deste trabalho, importante reservar este primeiro momento para traças uma apertada suma acerca do que trata a PEC 32/20.

A Proposta de Emenda à Constituição de n° 32/20, de iniciativa do Poder Executivo Federal, propõe a alteração de dispositivos constitucionais sobre os servidores e empregados públicos, buscando modificar a organização da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Com a proposta de apresentar uma ampla reforma administrativa com efeitos no futuro, a PEC 32/20 tende a alterar 27 trechos da Constituição Federal de 1988 e introduzir 87 novos dispositivos, dentre eles quatro artigos completos.

Assim, nota-se que as principais medidas eleitas de reforma tratam da contratação, da remuneração e do desligamento de pessoal (servidores e empregados), porém, válidas somente para os ingressantes no setor público após a aprovação das mudanças buscadas pela PEC.

O conteúdo da proposta reformativa alcança trechos da Constituição Federal que tratam da administração pública em geral e que estão encapados nos artigos 37 e 37-A.

As alterações referentes aos servidores públicos estão nos artigos 39, 39-A, 41, 40-A e 41-A, assim como dos militares dos estados, do DF e dos territórios nos artigos 42 e 48.

Já a única reforma acerca das atribuições do presidente da República está no artigo 84. Dos ministérios no artigo 88, bem como das Forças Armadas no artigo 142.

Já a alteração do Orçamento da União está no artigo 165, da Previdência Social no artigo 201 e de outras disposições gerais no artigo 247.

Imperioso alerta que, dá análise do texto proposto, o Projeto de Emenda Constitucional prevê regras transitórias e propõe uma eventual atuação dos entes federativos na regulamentação de alguns dispositivos, pois alguns deles, como os que determinam a exigência da criação de novos regimes jurídicos específicos para servidores, dependerão de regulamentação posterior à promulgação das mudanças pelo Congresso Nacional.

Passando a tratar das alterações, deve-se trabalhar a questão da estabilidade no serviço público que ficará restrita apenas às carreiras típicas de Estado. Lei complementar deverá definir quais carreiras se enquadram na categoria e os entes da federação poderão regulamentar o tema posteriormente.

Desta feita, importante salientar que os ocupantes das demais carreiras serão contratados por tempo indeterminado ou determinado.

Ainda, as possibilidades de ingresso no serviço público se darão por intermédio de concursos e das seleções simplificadas, que se destinarão aos ocupantes de vagas por tempo determinado.

A efetivação no cargo em questão se dará, respeitada a aprovação no concurso, àquele que alcançar resultados em avaliações de desempenho e de aptidão durante período de experiência obrigatório como fase final do certame.

A Proposta de Emenda Constitucional veda uma série de benefícios e vantagens que, extintos para os atuais ocupantes de cargos na esfera federal, estão vigentes em alguns entes federativos.

Ainda, na parte sobre remunerações, o texto prevê que lei complementar futura definirá os critérios básicos para definição dos salários, prevendo normas subsidiárias nos entes federativos.

Além disso, entre outros pontos, a PEC trata ainda da acumulação de cargos públicos por militares; da aposentadoria compulsória aos 75 anos para empregados de consórcios públicos, empresas públicas e sociedades de economia mista; e proíbe que medidas do governo venham a favorecer estatais em detrimento da livre concorrência no mercado.

IMPACTOS DA REFORMA ADMINISTRATIVA SOBRE OS ATUAIS SERVIDORES PÚBLICOS

Após a análise aqui promovida, entende-se que a mais importante alteração promovida pela PEC 32/20 é a relativização da estabilidade.

A estabilidade é regra constitucional e é a maior garantia para a sociedade de que o servidor desempenhará seu trabalho de forma impessoal e sem influências de ordem político-partidária para a missão final de bem atender ao cidadão.

No seu atual texto, como já dito anteriormente, a Constituição Federal prevê em seu artigo 41 as seguintes possibilidades para que o servidor público estável perca o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

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

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

Apesar da Constituição Federal de 1988 fazer a previsão de avaliação de desempenho, norma constitucional de eficácia limitada que ainda não foi regulamentada por intermédio de lei complementar, a PEC 32/20 prevê, por sua vez, que a regulamentação da avaliação de desempenho se dará por lei ordiná-

ria, motivo que facilitará a regulamentação em comento, porém, autoriza alterações com uma facilidade que quiçá não seja bem-vinda, visando a segurança do servidor.

Outro ponto de atenção fundamental da PEC 32/20, para os atuais servidores, são as inovações trazidas pelo novo inciso XXIII do Art. 37. Nesse dispositivo está prevista uma série de vedações aos servidores, transcritas a seguir:

a) férias em período superior a trinta dias pelo período aquisitivo de um ano;

b) adicionais referentes a tempo de serviço, independentemente da denominação adotada;

c) aumento de remuneração ou de parcelas indenizatórias com efeitos retroativos;

d) licença-prêmio, licença-assiduidade ou outra licença decorrente de tempo de serviço, independentemente da denominação adotada, ressalvada, dentro dos limites da lei, licença para fins de capacitação;

e) redução de jornada sem a correspondente redução de remuneração, exceto se decorrente de limitação de saúde, conforme previsto em lei;

f) aposentadoria compulsória como modalidade de punição;

g) adicional ou indenização por substituição, independentemente da denominação adotada, ressalvada a efetiva substituição de cargo em comissão, função de confiança e cargo de liderança e assessoramento;

h) progressão ou promoção baseada exclusivamente em tempo de serviço;

i) parcelas indenizatórias sem previsão de requisitos e valores em lei, exceto para os empregados de empresas estatais, ou sem a caracterização de despesa diretamente decorrente do desempenho de atividades;

j) a incorporação, total ou parcial, da remuneração de cargo em comissão, função de confiança ou cargo de liderança e assessoramento ao cargo efetivo ou emprego permanente.

Desta forma, apresenta-se as alterações que poderão vir a incidir sobre os servidores, em especial os empregados públicos, no caso de aprovação da Proposta de Emenda Constitucional n° 32/20.

OS NOVOS SERVIDORES NA PEC 32/20

No atual texto constitucional, como já visto, os servidores públicos se dividem em duas categorias que são os estatutários e que têm a estabilidade do emprego garantida e os comissionados, que são os cargos de confiança, indicados e temporários.

Ainda, tem-se os empregados públicos, ligados geralmente à Administração Indireta. Estes, no geral, também devem prestar concurso, mas são

contratados pelas regras da Consolidação das Leis Trabalhistas como no setor privado, alcançando a estabilidade nas regras previstas na Súmula 390 do Tribunal Superior do Trabalho.

A proposta da reforma extingue as duas primeiras categorias e cria cinco novas formas possíveis de contratação. Os empregados públicos ficam mantidos como estão.

Assim, evidencia-se que a categoria dos estatutários, que hoje são uma categoria única, será dividida em duas, que são os cargos típicos do Estado e não típicos de Estado. Já os comissionados mudam de nome para liderança e assessoramento.

Desta feita, passa a expor, sumariamente, os cinco novos tipos de vínculo propostos conforme o artigo 39-A:[21]:**Vínculo de experiência**

Equivale ao atual estágio probatório, período dos três primeiros anos da carreira em que o profissional aprovado em concurso é avaliado antes de sua efetivação.

Com a reforma, esta fase de transição passará a ser de dois anos para os servidores de cargos típicos de Estado e de um ano para os demais (com vínculo por prazo indeterminado).

VÍNCULO POR PRAZO INDETERMINADO (CARGOS NÃO TÍPICOS DE ESTADO):

Equivalente à grande maioria dos concursados atualmente (à exceção das carreiras que forem consideradas típicas do Estado).

Eles continuam sendo admitidos via concurso público, porém a principal diferença é que não terão mais direito à estabilidade, ou seja, poderão ser demitidos a qualquer momento, com ou sem justa causa, como os demais empregados.

CARGOS TÍPICOS DE ESTADO

Parcela dos servidores públicos concursados que continuará a ter direito à estabilidade.

Objetiva-se incluir nesta categoria as carreiras sensíveis e que podem sofrer pressão política, como fiscais de órgãos reguladores, por exemplo.

---

21 Art. 39-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico de pessoal, que compreenderá:

I - vínculo de experiência, como etapa de concurso público;

II - vínculo por prazo determinado;

III - cargo com vínculo por prazo indeterminado;

IV - cargo típico de Estado; e

V - cargo de liderança e assessoramento.

Esta lista, porém, ficou em aberto no projeto da reforma e deverá ser definida depois por lei complementar.

CARGO DE LIDERANÇA E ASSESSORAMENTO

Equivale aos atuais cargos comissionados e de confiança, como assessores, secretários e ministros, por exemplo.

Estes são profissionais indicados, dispensados de concurso, sem estabilidade e tipicamente temporários.

VÍNCULO POR PRAZO DETERMINADO

É um novo tipo de vínculo criado, com processo de seleção simplificado, destinado a funções extraordinárias e temporárias, como em situações de emergência e calamidade ou de paralisação de atividades essenciais. Projetos temporários e atividades sazonais também poderão recorrer a esse formato.

Desta feita, a PEC 32 tem como objetivo propor uma nova formatação dos quadros dos servidores públicos, porém, relegando à maioria deles o maior direito adquirido, que é a estabilidade.

CONCLUSÃO

Após a análise realizada nesta pesquisa que resultou no presente trabalho, impende tecer as seguintes considerações:

A pesquisa se desenvolveu através de análise bibliográfica, tanto pela leitura da doutrina referente ao Direito Administrativo, quanto pelas leis que se referem a esta área das ciências jurídicas.

A análise, por obviedade, analisou o texto da Proposta de Emenda Constitucional nº 32/20, que objetiva a reforma administrativa. Assim, comparando o atual texto constitucional com a PEC em comento, destacaram-se as principais mudanças que, caso aprovada e sancionada, a Reforma poderá proporcionar.

Ainda em fase de tramitação, a PEC 32/20, no afã de alterar as estruturas da Administração Pública, incidiu principalmente, haja vista se tratar do maior grupo de propostas de alterações, nos direitos atinentes aos empregados públicos.

Desta feita, imperioso destacar que aos empregados públicos, que são aqueles que possuem sua relação empregatícia regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho, acarretará alterações em seus direitos constitucionais. Porém, destaca-se que as alterações alcançarão apenas os empregados ingressantes após a reforma administrativa em comento.

Assim, como já desenvolvido neste trabalho, a principal alteração para esta categoria é a perda da estabilidade, conquistada após decisão sumular do TST.

É que a Súmula 390 do Tribunal Superior do Trabalho afirma que os empregados públicos alcançam a estabilidade, excetuando aqueles que trabalham nas Empresas públicas e Sociedade de Economia Mista.

Mas, com a Reforma, os empregados públicos passarão a integrar a espécie de cargo com vínculo por prazo determinado, alterando o artigo 39-A da Constituição Federal.

Entretanto, segundo a alteração promovida pela PEC n° 32/20, o artigo 41 da Constituição Federal declarará que apenas os cargos típicos de Estado terão a estabilidade.

Desta forma, os empregados públicos, que passarão a ser chamados de cargo com vínculo por prazo indeterminado, não terão mais a estabilidade, principal impacto desta categoria trazida pela Reforma Administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL. *Lei 8112/1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civil da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm.

BRASIL. *Projeto de Emenda à Constituição PEC 32/2020*. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PEC/2020/msg-504-setembro2020.htm.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Ed. Atlas, 2019.

DAFT, Richard L. *Administração*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

Problemas e respostas ao custeio da Previdência Social

Océlio de Jesús Carneiro de Morais[1]

1. INTRODUÇÃO

Define-se como problema de estudo deste artigo o seguinte: seria a criação de Sistema Único de Previdência a solução ao problema do custeio da Previdência Social?

O problema do custeio da Previdência Social, regra geral, sempre abordado é pelo aspecto tributário, centrado na perspectiva da arrecadação, apontando-se a insuficiência de recursos à sustentabilidade do regime. O ideário da proteção social previdenciária, historicamente, não tem sido, na concepção do Estado brasileiro, o principal objetivo das ordens econômica e social.

Agora projeta-se mais tributação com a instituição do fundo de finalidade previdenciária, contudo, sem o compromisso da imediata e necessária criação do sistema especial de inclusão previdenciária. Há muito ignoram os grandes devedores da Previdência, afetando-se gravemente o custeio da Previdência (e comprometendo seus benefícios e prestações) ao mesmo tempo em que ocorre a correção do princípio da solidariedade entre gerações, devido ao desemprego crescente e à crescente informalidade.

Essas questões são as justificativas desta pesquisa analítica e exploratória, cujos objetivos são, além da reflexão sobre a temática, identificar as causas do problema do custeio e propor medidas ao seu enfrentamento.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. FILIAÇÃO OBRIGATÓRIA E CARÁTER CONTRIBUTIVO

A Previdência Social é, na mentalidade da ordem constitucional de 1988, um direito fundamental, mas também um valor da sociedade brasileira.

---

1 Possui pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Coninbridge da Faculdade de Direito de Coimbra. Doutorado em relações sociais (Direito Previdenciário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Pará. Professor pesquisador do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia. idealizador e fundador da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social (ABDSS), da qual é o seu primeiro e atual presidente. É Juiz Federal do Trabalho, titular da 11ª Vara de Belém (TRT 8ª região).

É um direito social fundamental (Art. 6º) com natureza de cláusula pétrea, considerando a expressa vedação no § 4º, IV, Art. 60, dispondo que "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais", muito embora essa regra tenha sido indevidamente flexibilizada pela Emenda Constitucional nº 103 de 2019, quando admite a possibilidade da edição de Lei Complementar para estabelecer requisitos à extinção do Regime Próprio de Previdência e consequente migração para o Regime Geral de Previdência Social.

A possível futura unificação dos regimes de previdência implicará em abolição de direitos e garantias individuais já previstos aos servidores segurados do Regime Próprio? Esse é um problema constitucional ameaçador e, por ora, sem respostas, mas que o tempo revelará.[2]

A especial natureza de direito social individual e coletivo decorre de sua localização tópica no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos).

É um direito social fundamental porque, como já o disse alhures, a Previdência destina-se à proteção social dos segurados obrigatórios diante dos riscos laborais.

A Previdência Social, ao mesmo tempo, é um valor porque concebida como um atributo ou expressão social do Estado à sociedade brasileira.

Essa qualidade está declarada no Preâmbulo da Constituição de 1988 quando inclui os "direitos sociais e individuais" como um dos "valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social".

A expressão "valor supremo" significa que, ao espírito da proteção social planejada pela ordem social, nada existe ou pode existir na ordem interna como mais relevante ou mais importante do que os direitos sociais fundamentais, portanto, a previdência social.

A proteção social, contudo, não possui sinonímia de assistencialismo social, papel que é destinado à Assistência Social, como outro pilar básico da Seguridade Social, onde também está a saúde.

Por isso, observe-se bem: antes, foi destacado que a Previdência Social, como direito social fundamental, destina-se a garantir direitos (prestações e benefícios) mas também ao mesmo tempo exige deveres individuais e coletivos.

Tal representa que as prestações e os benefícios da Previdência Social exigem a contrapartida dos entes públicos e sociedade (deveres coobrigados coletivamente) e dos beneficiários (deveres dos coobrigados individuais).

Compreendidas as concepções da previdência à sociedade brasileira, agora precisamos expor algumas questões relativas às suas regras-princípios. Duas

2 A esse propósito, remeto o leitor à leitura do meu livro *Previdência e Dignidade Humana – A caminho do Estado Mínimo?* São Paulo: Ltr, 2020.

regras-princípios constitucionais designam a natureza da Previdência Social: a filiação obrigatória e o caráter contributivo.

2.2. A PREVIDÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DAS REGRAS-PRINCÍPIOS

As duas regras-princípios – e aqui adota-se o conceito esposado por Eros Grau, porque adequado ao objeto deste estudo: "os princípios de direitos positivos são regras", na medida em que não precisam de positivação, porque já "são positivados"[3] – convergem de modo indissociável à preservação do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social, a fim de que esta garanta aos segurados prestações e benefícios previdenciários.

A compreensão do que sejam benefícios e prestações previdenciários está atrelada à função e aos objetivos da proteção social inerentes à Previdência como um dos modos de realização das políticas sociais, de forma concomitante com a Assistência Social e a Saúde, o tripé que compõe a seguridade social, esta designada constitucionalmente como conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade.

A proteção social é, simultaneamente, um objetivo e um princípio da Seguridade Social brasileira.

Compreende-se objetivo como uma meta que o Estado pretende alcançar, realizando-a como preferência, por exemplo, "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "reduzir as desigualdades sociais", como previsto nos incisos II e III, do Art. 3º, da Constituição Federativa de 1988. Princípio, sob a perspectiva constitucional, é um comando dotado de imperatividade cuja função é orientar a aplicação das normas aos fins sociais colimados pelas mesmas.[4]

Como objetivo, a proteção social diz respeito aos objetivos do bem-estar e da justiça social, estes definidos à ordem social. E como um princípio geral atrela, dirige e orienta a definição e aplicação das políticas sociais à ordem econômica e à ordem social.

Quando se trata da Previdência Social, que deve necessariamente ser estudada a partir dos seus objetivos e princípios, é através dos objetivos específicos enumerados nos incisos I a V do Art. 201 da Constituição Federativa de 1988 que se busca a efetivação da proteção social.[5]

> cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família

3 Cf. *Por que eu tenho medo dos juízes?* São Paulo: Malheiros, 2014, p. 89-9.

4 MORAIS, Océlio de Jesús Carneiro; MARTINEZ, W. N. *Valores e Princípios da Previdência Social*. São Paulo: Ltr, 2021, p. 20-21.

5 Remeto à leitura ao livro *Valores e Princípios da Previdência Social*, uma obra tecnicamente bem elaborada e indispensável ao estudo da Previdência Social brasileira.

> e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes,

A implementação dessas prestações e benefícios exige a contrapartida correspondente, pois, nos termos do § 5º. Art. 195, da Constituição vigente, nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Dentre os objetivos gerais, destacam-se o novel compliance previdenciário[6] (destinado a controlar os desvios ético-legais das finalidades e a garantia das prestações e benefícios previdenciários)[7] e o princípio da solidariedade entre gerações, este explicado por outro princípio interno: o da solidariedade econômica entre os segurados obrigatórios.

Do princípio da solidariedade econômica, cuidarei no próximo item, pois aqui ainda é necessário discorrer sobre a filiação obrigatória e o caráter contributivo como duas regras-princípios que designam a natureza da Previdência Social.

Na obra *Valores e Princípios da Previdência Social*, a abordagem do princípio do compliance previdenciário como garantia das prestações e benefícios previdenciários projeta a ideia da indispensabilidade deste princípio à concretização do princípio geral da proteção social brasileira.

Agora, ao princípio do compliance previdenciário acrescenta-se o seguinte: o especial princípio específico da gestão previdenciária, previsto nos incisos VII e XII, Art. 167, combinado com os §§ 20 e 22, Art. 40, incorporado à Constituição pela Emenda Constitucional 103 de 2019, está diretamente relacionado ao controle orçamentário da Previdência Social, conforme se verá em tópico próprio mais adiante.

No § 20, Art. 40, proíbe-se a existência de mais de um regime próprio de previdência social e de mais de um órgão ou entidade gestora desse regime em cada ente federativo, e no §§ 22, do mesmo artigo, deva-se a instituição de novos regimes próprios de previdência social.

2.3. RELAÇÃO COM A PREVIDÊNCIA A PARTIR DA INSCRIÇÃO E DA FILIAÇÃO

Essas regras constitucionais se destinam também aos critérios relativos à filiação obrigatória e ao caráter contributivo compulsório.

A filiação obrigatória a um regime (ao próprio ou ao geral) de Previdência quer dizer o seguinte: por exemplo, o trabalhador da iniciativa privada ou

6 MORAIS, Océlio de Jesús Carneiro; MARTINEZ, W. N. *Valores e Princípios da Previdência Social*. São Paulo: Ltr, 2021, p. 20-53.

7 *Idem*, 2021, p. 43.

servidor público somente poderão ser qualificados como segurados a partir da inescusável comprovação da inscrição e filiação ao respectivo regime.

Isso é exigível porque é a partir da inscrição – entenda-se conceitualmente como a obrigação da empresa em relação ao seu empregado ou do ente público em relação ao servidor junto ao respectivo regime – que aquele cidadão ingressa no mundo previdenciário como sujeito de obrigações.

E é a partir da filiação obrigatória ao regime de previdência – aqui definida como o vínculo de natureza jurídica que nasce a partir da inscrição entre o cidadão e a previdência – que o segurado passa a ser potencialmente sujeito das prestações e benefícios previdenciários.

Observe-se que usei a expressão "potencialmente", visto que apenas a inscrição e a filiação não são suficientes para garantir determinados benefícios previdenciários ao segurado.

Há um terceiro requisito constitucional obrigatório, agora revigorado pelo compliance previdenciário, que é o caráter contributivo obrigatório em face da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada, do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, objetivando garantir e preservar o equilíbrio financeiro e atuarial.

2.4. PROBLEMA DO CUSTEIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Ao norte afirmamos que o princípio específico da gestão previdenciária, previsto nos incisos VII e XII, Art. 167, combinado com os §§ 20 e 22, Art. 40, incorporado à Constituição pela Emenda Constitucional 103 de 2019, está relacionado ao controle orçamentário da Previdência Social.

Como se explica isso?

A vedação de criação de mais de um regime próprio de previdência social e de mais de um órgão ou entidade gestora desse regime em cada ente federativo, de que trata o § 20, Art. 40, e a vedação de instituição de novos regimes próprios de previdência social, de que trata o § 22, do mesmo artigo, além de projetar critérios à filiação obrigatória e ao caráter contributivo aos respectivos regimes previdenciários, também se destina:

(a) à gestão da Previdência como um regime federativo único;

(b) à ideia de extinção de unificação dos regimes Próprio e Geral (para viabilizar a gestão federativa única.

Essas duas perspectivas têm por pano de fundo o problema do custeio ou sustentabilidade dos modelos atuais dos regimes de Previdência Social no Brasil: o Regime Próprio de Previdência Social destinado à garantia de benefícios previdenciários aos servidores titulares de cargos efetivos e o Regime Geral de Previdência Social específico dos trabalhadores segurados da iniciativa privada.

O Regime Geral de Previdência Social é financiado mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais do empregador, da empresa, do trabalhador e demais segurados da previdência.

Ambos têm caráter contributivo e solidário. O Regime Próprio é custeado mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, mas sempre observando critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Embora a Constituição preveja que à sustentabilidade dos regimes de Previdência Social são indispensáveis critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, há um pressuposto ou problema de realidade econômico-social que está na raiz do problema da sustentabilidade dos regimes Próprio e Geral: a desconstrução dos empregos formais, o crescente informalismo no mercado de trabalho e a ineficiência na cobrança dos grandes devedores do INSS.

A última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, sobre a série histórica de desocupação aponta que, do primeiro trimestre de 2012 (quando a média era de 7.6 milhões) pulou para 13,7 milhões no primeiro trimestre de 2017, sendo que no primeiro trimestre de 2021 já são 14,8 milhões de desempregados – desempregados são pessoas que – a partir dos 14 anos (na condição de aprendiz ou a partir dos 16 anos, nos termos da inciso XXXIII, Art. 7º– estão disponíveis ao trabalho, mas não estão trabalhando.

Dentre os fatores, são apontados políticas econômicas recessivas que afetam o desempenho das empresas e os empregos formais, notadamente entre 2012 a 2018, e nos últimos anos, os efeitos econômicos mundiais da pandemia do coronavírus, provocando a série histórica acumulada de 31,6 milhões de trabalhadores atuando na informalidade no 3º trimestre de 2021, conforme o IBGE.

E, por outro lado, a massa de trabalhadores brasileiros na informalidade (31,6 milhões de trabalhadores) nem sempre corresponde à qualidade de contribuintes individual ou facultativo, realidade que também afeta o problema de sustentabilidade da Previdência Social.

Essa realidade agrava o problema do custeio da Previdência Social, na medida em que, de acordo com o Art. 195, I, A, e II, são tidas como maiores fontes de custeio as contribuições do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada; aa folha de salários das empresas e as contribuições do trabalhador segurado.

Essa massa de trabalhadores segurados desempregados deixa de contribuir à Previdência; porém, se o trabalhador segurado comprova ter recebido salários de pessoa jurídica ou de pessoa física a ela equiparada, relativos a pelo menos 12 meses nos últimos 18 (dezoito) meses imediatamente anteriores à

data de dispensa, quando da primeira solicitação,[8] por exemplo, ele receberá entre 3 a 5 cotas do seguro-desemprego, devido à qualidade de segurado da Previdência, mas administrado pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego.

A perda da qualidade de segurado obrigatório, depois de 12 meses contínuos sem contribuições à Previdência (Art. 15, II, da Lei 8.213 de 1991) ou nos casos dos acordos de mera liberalidade homologados na Justiça do Trabalho, também constitui problema ao custeio e à sustentabilidade da Previdência Social.

Nesse particular, o problema repousa na inobservância das regras infraconstitucionais e constitucionais e, com isso, o próprio acordo judicial trabalhista retira uma das fontes legais de custeio da Previdência.

Isso ocorre, por exemplo: (a) quando o acordo homologado adota, para incidência das contribuições previdenciárias, percentuais e verbas remuneratórias e indenizatórias; (b) quando, nas sentença que declaram o vínculo, a sentença não determina o recolhimento das respectivas contribuições; (c) quando o acordo ou a sentença releva o recolhimento das contribuições sobre os rendimentos do trabalho, pagos a qualquer título.

Na hipótese da letra "a", o § 3º, Art. 276 do Decreto nº 3048, de 1999(nota de rodapé), veda a adoção de percentuais de verbas remuneratórias e indenizatórias constantes dos acordos homologados, como discriminação de parcelas legais de incidência de contribuição previdenciária.

Para este caso, com vistas à arrecadação das contribuições previdenciárias, o correto é a especificação ou discriminação do que constitui verba de natureza remuneratória e indenizatória. Quando o magistrado não o faz, a contribuição previdenciária deve, obrigatoriamente, incidir sobre o valor total do acordo, sempre observando a alíquota do ramo de atividade econômica da empresa (ou do empregador doméstico) e a alíquota referente ao segurado, para fins de recolhimento.

Essa é a regra, que deve ser observada regiamente, está prevista no § 2º, Art. 276 do Decreto 3048 de 1999.

Já na hipótese da letra "b" (sentença declaratória do vínculo de emprego sem o recolhimento das respectivas contribuições), também se subtrai outra fonte de custeio da Previdência.

O argumento de que não há amparo legal e nem competência para isso é totalmente contra legem, uma vez que o § 7º, Art. 276, do Decreto 3048, de 1999, dispõe que "Se da decisão resultar reconhecimento de vínculo empregatício, deverão ser exigidas as contribuições, tanto do empregador como do reclamante, para todo o período reconhecido, ainda que o pagamento das remunerações a ele correspondentes não tenham sido reclamadas na ação".

8 Art. 1º, I, "A", da Lei 13.134, de 16 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil1.

Pois bem, a decisão trabalhista que ignora essa regra (§ 7º, Art. 276), além de prejudicar o custeio da Previdência social, também afeta gravemente o direito de inclusão previdenciária daquele trabalhador, visto que sem a comprovação das contribuições (custeio) não terá direito aos benefícios e prestações previdenciárias que exigem comprovação de tempo de carência.

Ora, a Constituição prevê que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total, mas ainda assim a sentença ou acordo judicial determina, por exemplo, o pagamento do seguro-desemprego ou determina a concessão de benefício previdenciário.

Tais decisões contribuem sensivelmente ao agravamento do problema de sustentabilidade da Previdência Social, uma vez que não observam o disposto no § 5º, Art. 195, da Constituição vigente.

Todas essas questões – desemprego, informalidade, decisões judiciais que ignoram as normas referentes ao recolhimento das contribuições previdenciárias – contribuem e agravem o problema da sustentabilidade da Previdência Social, mas que também é seriamente agravada pela histórica ineficiência do Governo Federal em cobrar das grandes empresas devedoras do INSS.

As 500 maiores empresas devedoras do INSS – muitas são empresas conhecidas – podem ser encontradas no site da transparência da Receita Federal previdenciária. Muitas devem milhões, outras devem bilhões; portanto, a dívida totalizada está na expressiva casa dos trilhões de reais.

Considerando-se que são dívidas ativas, e muitas delas antigas, é conclusivo dizer que essas dívidas constituem o maior problema de sustentabilidade da Previdência no Brasil.

O principal efeito disso é a corrosão aos princípios da proteção social, que deveria ser baseado na solidariedade econômica e na solidariedade social entre gerações.

É a cotização (aquela parte que diz respeito a cada uma despesa comum) que traduz o princípio da solidariedade econômica relativa ao custeio federativo da Previdência Social.

E é este princípio que expressa o princípio basilar da Previdência: o princípio da solidariedade social entre gerações, que assim pode ser explicado, de modo bem objetivo e claro: as gerações aposentadas e pensionistas têm seus benefícios e prestações previdenciárias garantidos, além do preenchimento dos períodos de carências, pelas contribuições da geração (de segurados na ativa) vertidas à Previdência. E, assim, sucessivamente.

É com base nesse sistema de contrapartida solidária que a Previdência brasileira é destinada à proteção social dos trabalhadores segurados, desde a sua previsão na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado,

a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte.[9].

Então, historicamente, a garantia das prestações e benefícios previdenciários sempre esteve vinculada à necessidade do custeio, exceto no período da Constituição de 1937, que excluiu o princípio da contrapartida, embora tenha previsto a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidente do trabalho; mas a regra da contrapartida, que está sendo mantida até os dias atuais, é reincorporada pela Constituição de 1946, na qual se garantia "previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte".[10]

Assim sendo, é taxativo reconhecer: a concessão das prestações e benefícios previdenciários não prescinde da contrapartida da empresa, do empregador doméstico e dos beneficiários segurados. Sem a contrapartida, sem a correspondente fonte de custeio total – afirma a Constituição – não haverá garantia das prestações e benefícios previdenciários.

2.5. POSSÍVEIS SOLUÇÕES AO PROBLEMA DO CUSTEIO DA PREVIDÊNCIA

Do ponto de vista legislativo, o Estado brasileiro projeta, como possíveis soluções ao problema do custeio da Previdência, a instituição de um regime único de Previdência para atender, com iguais prestações e benefícios, os servidores públicos e os trabalhadores da iniciativa privada.

Esse objetivo já está posto na Constituição vigente, a partir da Emenda Constitucional 103, de 2019, quando veda a existência de mais de um regime próprio de Previdência Social e de mais de um órgão ou entidade gestora desse regime em cada ente federativo, ao mesmo tempo em que admite a extinção do Regime Próprio Previdência Social.

Aliás, para isso já está previsto, no Art. 40, § 22, inciso I, que Lei Complementar federal estabelecerá, para os regimes que já existem, normas gerais de organização, de funcionamento e de responsabilidade em sua gestão, e ainda para fixar requisitos para sua extinção e consequente migração para o Regime Geral de Previdência Social.

O projeto do Estado brasileiro é, conforme já abordamos essa matéria no livro *Previdência e "Dignidade Humana – A caminho do Estado mínimo?*,[11]

9 Alínea "h", § 1º. Art. 121: (...) instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte.

Art. 157, XVI.

10 Art. 157, XVI.

11 Cf. Capítulo II, páginas 43 a 69.

unificar os dois regimes de previdência (o Próprio e o Geral), criando-se o Regime de Previdência Único, portanto, com gestão, governança e compliance previdenciária únicos.

Com o Regime de Previdência Único – pode ser que este seja o nome a ser dado – a ideia é garantir prestações e benefícios previdenciários mínimos, forçando, assim, a contratação de previdência complementar por quem desejar, por exemplo, uma maior aposentadoria.

Outra possível solução ao problema de sustentabilidade da Previdência, também já anunciada pela EC nº 103, é a instituição do "fundo com finalidade previdenciária" (§ 22, V, Art. 40), com dois objetivos:

O primeiro, para assegurar recursos ao pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes no âmbito da União, Estados e Municípios. Isso está previsto no Art. 249, com redação pela EC nº 103.

Nesse caso, a ideia é adicionar aos recursos já existentes dos respectivos tesouros os novos fundos integrados que serão arrecadados.

O segundo objetivo é justificado para a vinculação ao fundo com finalidade previdenciária dos recursos provenientes de contribuições e dos bens, direitos e ativos de qualquer natureza.

Com isso, haverá a liberdade ao ente público para a gestão desses recursos sem as restrições de vinculação ou desvinculação das receitas previdenciárias.

Por certo que o inciso V, Art. 194 da Constituição vigente já previa a diversidade da base de financiamento, sem prejuízo do caráter contributivo da previdência social. Daí a justificativa da criação do fundo de finalidade previdenciária ser vinculada à necessidade de se manter o equilíbrio financeiro e atuarial; contudo, se bem observado, esse fundo, bem a rigor, implicará em mais tributação ao contribuinte.

Não há dúvida de que a Previdência pode e precisa ampliar suas fontes de custeios. A Constituição permite isso. Todavia, seria bem mais prático, e menos oneroso à sociedade, se fossem adotadas com urgência as seguintes medidas.

Uma, em termos tributários, executar todos os devedores – notadamente as grandes empresas devedoras – com três medidas acessórias indispensáveis:

(a) atualizar os dados do CADIN (Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal) – banco com registros dos nomes de pessoas físicas e jurídicas em débito para com órgãos e entidades federais – através de sistemas integrados com outros órgãos e entidades, já que o relatório CADIN não mostra pendências tributárias incluídas por outros órgãos e entidades;

(b) bloquear a CND (Certidão Negativa de Débitos) da pessoa jurídica devedora – a CND é uma certidão que comprova que a pessoa jurídica não possui nenhuma pendência (financeira, previdenciária ou tributária) em seu nome com a União.

A atualização dos dados do CADIN possibilitará saber se a empresa e sócios possuem pendências (débitos) perante a receita previdenciária. Com essas informações, poder-se-ia, mediante procedimento administrativo específico ou judicial, incluir como devedores solidários sócios ou empresas coligadas integrantes do mesmo grupo econômico.

O bloqueio da CND, enquanto não houvesse o pagamento ou o parcelamento da dívida referentes às contribuições sociais, mas também se proibindo a moratória e o parcelamento em prazo superior a 60 meses e na forma de lei complementar.

(c) a partir do bloqueio da CND, implementar a vedação prevista no § 3º, Art. 195, da Constituição vigente, o qual dispõe que "A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios".

Outra, de natureza político-social: a prioritária instituição do sistema especial de inclusão previdenciária.

Observemos que a proposta da criação do fundo de finalidade previdenciária – no fundo diz respeito às questões de arrecadação de receitas – não está acompanhada de novos benefícios e nem se compromete, por exemplo, com a instituição do sistema especial de inclusão previdenciária, o qual está previsto desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 41, de 2003.

Agora, a EC 103 apenas reiterou a promessa quanto à instituição do sistema especial de inclusão previdenciária, com alíquotas diferenciadas.

Ao definir que esse sistema especial será destinado aos trabalhadores de baixa renda, aos que estão em situação de informalidade e àqueles sem renda própria, que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, o Congresso Nacional já deveria ter fixado o prazo limite, sem prorrogação, à sua instituição.

Contudo, mais uma vez não fixou prazo à instituição desse necessário sistema especial de inclusão previdenciária.

3. CONCLUSÕES

Podemos apresentar, objetivamente, como conclusões ao estudo:

3.1. Que a Previdência Social é, na ordem constitucional brasileira a partir de 1988, um direito fundamental e um valor.

3.2. Que a relevância constitucional da Previdência Social como um dos modos à efetivação do princípio da proteção social exige a compreensão técnica da força normativa de suas regras-princípios com caráter vinculante.

3.3. Que a garantia dos benefícios e prestações previdenciárias, como específicos dos segurados e dependentes, jamais poderá prescindir da contrapartida obrigatória.

3.4. Que o principal problema do custeio da Previdência Social repousa na ineficiência histórica da União em não executar as maiores empresas devedoras do INSS, paradigma que precisa ser superado de imediato, por exemplo, com o compartilhamento dos dados no CADIN dos devedores de outros órgãos com a Receita federal, para fins de restrição e bloqueio, inclusive da CND até o efetivo pagamento ou parcelamento da dívida previdenciária.

3.5. Que o objetivo do Estado brasileiro é a extinção do Regime Próprio de Previdência Social, unificando regras de aposentadorias e benefícios às regras do Regime Geral de Previdência Social, até a instituição de um Regime Único de Previdência Social, objetivo que sinaliza o progressivo objetivo das garantias dos benefícios mínimos.

3.6. Que a criação do fundo de finalidade previdenciária sinaliza apenas uma alternativa de arrecadação, mas sem nenhuma promessa da instituição prioritária do sistema especial de inclusão previdenciária, questão que mais uma vez distancia os objetivos da ordem econômica do objetivo da proteção social previdenciária.

Por fim, ainda é relevante dizer que o caminho que o Estado brasileiro vem percorrendo há mais de três décadas, com as sucessivas reformas constitucionais relativas aos regimes de previdenciária próprio e geral, indica que num futuro bem próximo (talvez dentro de duas décadas) será criado um tipo de Regime Único de Previdência.

Se será uma resposta segura ao problema do custeio da Previdência, o futuro também o dirá. Mas, enquanto isso, reputam-se urgentes e necessárias as medidas aqui sugeridas para responder satisfatoriamente ao problema do custeio da Previdência Social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVERIDGE, William (1942) *O Plano Beveridge*: Relatório sobre o seguro social e serviços afins. Rio de Janeiro: José Olympio, 2005.

BRASIL. *Legislação. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1934*. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil. Acessos em: 08 e 09 jul. 2021.

BRASIL. *Legislação. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937*. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil. Acesso em: 09 jul. 2021.

BRASIL. *Legislação. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946*. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46. Acesso em: 09 jul. 2021.

BRASIL. *Legislação. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil Acesso em: 09 jul. 2021.

BRASIL. *Legislação. Emenda Constitucional nº 103, de 2019*. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil1. Acesso em: 9 jul. 2021.

BRASIL. *Legislação. Lei 13.134, de 16 de junho de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil1. Acesso em: 10 jul. 2021.

GRAU, Eros Roberto. *Por que eu tenho medo dos juízes?* São Paulo: Malheiros, 2014.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *PNAD Contínua Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais. Acesso em: 11 jul. 2021.

MORAIS, Océlio de Jesús Carneiro de. *Previdência e Dignidade Humana – A caminho do Estado Mínimo?* São Paulo: Ltr, 2020.

MORAIS, Océlio de Jesús Carneiro de; MARTINEZ, W. N. *Valores e Princípios da Previdência Social*. São Paulo: Ltr, 2021.

Contratación pública: el nudge como herramienta

Daniel Terrón Santos[1]

1 INTRODUCCIÓN

Siendo una herramienta tradicional, la contratación pública, ha visto como en los últimos años ha sido objeto de un cambio de paradigma importante que hace so sólo preciso, sino imprescindible, analizar el texto legal desde la perspectiva del *nudge.* La Unión Europea, al aprobar las Directivas 2014/24/UE, 2014/25/UE, y 2014/23/UE, finalizó con la revisión y modernización de las normas sobre contratación pública, con los objetivos difíciles de enmarcar dentro de una actividad pensada para proveer de bienes y servicios a las Administraciones y, a los sumo, prestar indirectamente servicios públicos a través de las concesiones. Al añadir entre sus objetivos incrementar la eficiencia del gasto, la participación de PYMES en la contratación pública, así como facilitar que los Poderes Públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes, incluyendo una integración adecuada de requisitos sociales y medioambientales, más allá de aquellos que son impuestos por las normas vigentes sobe la materia, se produce un giro en la conceptualización de esta actividad pública.

La Directiva 2014/24/UE destaca el **carácter estratégico** de la contratación pública como medio de consecución de políticas sociales y ambientales,[2] siguiendo el principio de horizontalidad o transversalidad de la protección del medio ambiente, de acuerdo con el art. 11 del Tratado de Funcionamiento de

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor Doctor en su Facultad de Derecho. Docente en el Grado de Ciencias Políticas y Administración Pública y Director del Curso del INAP sobre Nuevos Retos de la Contratación Pública, así como de la ECLAP sobre contratos públicos. La contratación pública constituye una de sus líneas principales de investigación, integrada dentro de la actividad de la Administración Pública.

2 Precisamente es aquí donde se aprecia de forma directa la presencia de lo que se ha dado en denominar *nudge*, procurando así que la "nueva Administración" utilice todas las herramientas que posee, entre las que se incluye la contratación pública, para perseguir genéricamente el "buen gobierno" –llamado gobernanza– y procurar alcanzar una serie de resultados y tendencias entre las que, por supuesto, se incluyen las cuestiones ambientales y sociales.

la Unión Europea –antiguo art. 6 TCE-.[3] A estas referencias ambientales, ya incluidas en las Directivas de 2004, se añaden otras nuevas como el control de las obligaciones aplicables en materia medioambiental en la ejecución de los contratos, o la incorporación del coste del ciclo de vida de un produto,[4] servicio u obra como criterio de adjudicación del contrato; criterios que han de estar relacionados con la prestación objeto del contrato, puesto que, en otro caso, podrían ser contrarios a la libre competencia y a la igualdad de trato.

Con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante),[5] por la que se trasponen las directivas comunitarias sobre la materia, se interiorizan los objetivos de las Directivas, tal como expresa su Exposición de Motivos (Apdo. II), al afirmar con claridad que *los mismos son lograr una mayor transparencia en la contratación* pública y conseguir una *mejor relación calidad-precio, y para lograr* éste *último*, se añade, *se establece la obligación de los* órganos *de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato*.

2 CONTRATACIÓN PÚBLICA: "NUDGE" ¿LA NUEVA ACTIVIDAD DE FOMENTO?

Como es preciso todo sistema de contratación, algo que no desconoce el actual de la LCSP, se caracteriza necesariamente por tener que ser más eficiente, transparente e íntegro que el anterior, en aras de mejorar el cumplimiento de los objetivos públicos.[6] Luego lo que vamos a observar es en el fondo una transformación precisamente de estos objetivos públicos y de los medios para alcanzarlos, al menos de la forma de emplearlos, distinta de la tradicional.

---

3 Expresamente se determina que *las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible*.

4 Este concepto sirve para positivar de forma rotunda otra de las novedosas exigencias comunitarias: la economía circular. Si con algo podemos poner en relación a esta figura, sin lugar a dudas es con la sostenibilidad, dado su principal objetivo, que no es otro que procurar que no se pierda el valor de los productos, materiales y recursos (agua, energía, etc.), de forma que éste, una vez que entra a formar parte del ciclo económico no salga del mismo, de modo que se reduce la generación de residuos a niveles aceptables. Esto es la génesis de una nueva economía, caracterizada por la pérdida del tradicional carácter lineal que ha revestido a esta. Así se apuesta decididamente por lo que se ha dado en denominar «cerrar el ciclo de vida» de productos, servicios, residuos, materiales, tan fundamentales algunos de ellos como puedan ser el agua y la energía, lo que además hace necesario amparar bajo el paraguas de una perspectiva medioambiental a esta nueva realidad económica. A modo de resumen, la economía circular podría definirse como el punto donde confluyen los aspectos ambientales con los económicos.

5Debe tenerse en cuenta, en su caso, la incidencia puntual sobre el texto de la Ley de la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2018 (BOE del 29).

6 *Vid.* Exposición de Motivos –Preámbulo- Apartado II.

Por otra parte, "nudge" es un término anglosajón cuya traducción libre equivale a "pequeño empujón", es decir, un "toque", un impulso que consigue, al menos lo intenta, producir efectos en el sentido deseado. Luego la nueva normativa de contratación, en un sentido cierto –medioambiental en el caso que nos ocupa-, no es más, tampoco menos, que una estrategia de intervención pública dirigida a orientar inercialmente las decisiones en la línea considerada correcta por el poder público y el *establishment*, sin recurrir a la coacción ni a los incentivos económicos.[7] *No se trata si no de encauzar los comportamientos hacia el logro de determinados objetivos públicamente deseables, sin forzar la libertad ni la autonomía de las personas, ni de las instituciones* (Almonacid Lamelas, 2013).

Dicho de otro modo, nos encontramos ante la ya conocida actividad de fomento de los poderes públicos, de antiguo definida como *la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidas a los particulares y que satisfacen necesidades* públicas o se *estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios* públicos (Jordana De Pozas, 1949: 41-54) o por (Garrido Falla, 1952: 266) *aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen*, pero alejada de los sistemas y mecanismos tradicionales de la misma.

En este punto nada nuevo parece que suponga la teoría del nudge de lo que a mediados del siglo XX ya apuntaba la doctrina administrativista patria. Ahondando en la otra de Thaler, el punto diferenciador lo encontramos, parcialmente, todo hay que decirlo, en el específico componente económico. En tanto que desde la perspectiva administrativista, se contemplaba la posibilidad, no siempre positivada, de intervención pública directa mediante aportaciones económicas tales como ayudas, becas, subvenciones, etc., algo que descarta el nudge, donde el poder público coadyuva pero siempre de forma indirecta, procurando que sea el sujeto privado el que cambie su comportamiento, cier-

7 Como es bien sabido, la teoría nudge saltó a la fama mundial en 2008 con el lanzamiento del libro Nudge: Improving decisions about Healt, Wealth and Happiness, de RICHARD THALER y CASS SUNSTEIN, en su edición en papel de 2017, Taurus, editado con el título "Un pequeño empujón (nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad". Tal ha sido el impacto. Pero lo más importante, sin duda alguna, ha sido el seguimiento y aplicabilidad de la teoría, desde un primer momento, inicialmente en Estados Unidos y Reino Unido, sobre todo dentro del sector privado y luego adaptado a la sanidad pública y campos afines, pero se ha terminado por imponer, cierto es que mayoritariamente en el ámbito político, para procurar la consecución de objetivos de política interna. Este concepto, teoría, se basa en que el refuerzo positivo y las sugerencias indirectas son medios eficaces para terminar logrando, sin acudir a la imposición del cumplimiento forzoso, influir en las motivaciones, incentivos y toma de decisiones de grupos e individuos por igual. Se abandona la idea de que la forma más eficaz de lograr un comportamiento es la orden directa, la legislación, o la propia ejecución de la decisión previamente adoptada sin influencia externa alguna.

tamente por tener en ciernes un resultado positivo, una recompensa, como pueda ser la adjudicación de un contrato, como consecuencia de un mayor grado de cumplimiento de medidas medioambientales, no obligatorias, o de otros comportamientos facultativos en ese mismo ámbito.

Esto lleva a plantearnos si la teoría del nudge no equivale a la búsqueda de un término medio entre la inhibición y el intervencionismo público, o lo que es lo mismo, acomodar la libertad de licitador al interés público a través de una influencia indirecta sobre su voluntad, *para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad* pública de que se trate.[8]

Llámese fomento, en su concepción carente de intervención pública directa, o nominado como nudge, lo cierto es que la gobernanza va a encontrarse fuertemente influenciada por estos enfoques de influencia pública indirecta, que, sin duda alguna, van a innovarla. Empleando términos manidos, se persigue el siempre deseable "buen gobierno", como también se hace con otro tipo de actuaciones más concretas como pueda ser la implantación de la administración electrónica.[9]

Tradicionalmente se ha mostrado sumamente eficaz el empleo de técnicas pensadas para favorecer la superación de las *tentaciones negativas* que se presentan a los seres humanos en nuestros procesos de toma de decisiones. Nos venos en la obligación de hacer nuestra la reflexión conforme la cual *tendencias a las aproximaciones cortoplacistas, a la falta de establecimiento de prioridades, al despilfarro, etc., pueden ser atajadas* más eficazmente si se *utilizan mecanismos de autocontrol, apoyados en la filosofía del "empujoncito". La tendencia a reproducir comportamientos ajenos puede ser una ayuda, si enfatizamos los correctos. La gestión de la información en las organizaciones que componen el* ámbito *local puede ser determinante a la hora de implementar esos mecanismos de autocontrol. Junto a las rigurosas prohibiciones (pocas y muy cargadas de razón) hay que establecer mecanismos que garanticen que las buenas prácticas son puestas en el escaparate y las malas censuradas. La reflexión vale tanto para políticos como para funcionarios* (Almonacid Lamelas, 2013). Defectos que no se solucionan normativamente. Sirva de ejemplo el texto del Estatuto Básico del Empleado Público, que nunca se ha terminado por cumplir en su totalidad, aun reconociendo su buen hacer teórico, o la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio de alto cargo, por no decir la propia Ley 19/2013, de 9 de diciembre de Transparencia. Debemos dejar paso a los códigos éticos y, sobre

8 DE LA CUETARA MARTINEZ, J.M.: "Revisión de la noción española del fomento", Revista Internacional de Ciencias Administrativas, Vol. XLV-1979, núm. 1, pp. 29-35.

9 La administración electrónica o «eGovernment» se define como la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en las administraciones públicas, asociada a cambios en la organización y nuevas aptitudes del personal. El objetivo es mejorar los servicios públicos, reforzar los procesos democráticos y apoyar a las políticas públicas. Vid. Comunicación de la Comisión, de 26 septiembre 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa [COM (2003) 567 final].

todo a herramientas como la evaluación del desempeño, en lo que supone una aplicación directa del propio *nudge,* que precisamente permite ese salto del papel a la realidad.

Ya se manifestó acertadamente y se recordó (Rivero Ortega y Merino Estrada, 2013 a: 10 y ss., b: 10 y ss.) que *una de las prácticas* más *rechazables generada en la etapa de "bonanza" y que actualmente irrita y deslegitima, es la de los gastos municipales "irracionales": edificios faraónicos y gastos suntuarios. Aeropuertos innecesarios o paradas de AVE en los terrenos del sobrino*. No es cuestión de establecer rigurosas normas reguladoras, o ahondar en la potestad de control o policía de la Administración, al fin y al cabo, sería redundar en lo mismo. En definitiva, la norma, per se, no cambia conductas, como tampoco la licitación electrónica conseguirá acabar con la contratación pública fraudulenta, aun cuando se cumpla escrupulosamente el nuevo procedimiento automático y transparente diseñado con tal fin.[10]

Dado que las normas ni pueden, ni deben desaparecer, no cabe ningún reproche si afirmamos que el *nudge* se convierte en el complemento ideal de las mismas. Bien entendido, previene gastos injustificados, procura una contratación y un manejo de las partidas de gastos en base a prácticas deseables y trasparentes, sin olvidar que dada la economía de escala en la que se nueve la Administración, casi siempre debería pagar menos que lo que pagaría un particular por el mismo producto.

Dicho esto, es difícil no entender que el *nudge* comprende un componente económico, lo que hace que se confunda, al menos hay riesgo de que así sea, con la tradicional actividad de fomento. Pagar más por el "mismo producto", puede verse sin duda alguna como un mecanismo de ayuda económica, aunque pueda considerarse indirecta, dada la contraprestación de bienes y servicios existente.

No obstante, el componente económico del *nudge* hay que verlo y entenderlo desde la perspectiva de la eficacia y la eficiencia, ya que cuando hablamos de Administración y gasto público, no puede ser de otra manera. Como planteábamos al principio de este texto, pudiera parecer complicado defender que la Administración pague más por lo mismo. Prima facie, nos encontraríamos con la oposición frontal, no sólo de la opinión pública, si no muy probablemente de los órganos interventores del gasto público. Pero ambos conceptos, eficacia y eficiencia, también han sufrido considerables mutaciones en los últimos tiempos, no tanto en su conceptualización como en la aplicación efectiva de éstos a la realidad económica y social actual por extensión con una manifestación económica cierta, que apunta hacia una

10 Sólo queremos apuntar aquí de forma muy somera, que el algoritmo cuando menos corre el riesgo de ser el nuevo "ente" corrupto, o al menos debería considerársele susceptible de serlo, debiendo merecer todos los desvelos regulatorios o de cualquier otro tipo que se puedan mostrar eficaces para evitar o corregir tal circunstancia.

mejor interpretación de la eficacia y eficiencia como medios para lograr el interés público.

No debemos perder de vista que el medioambiente se ha terminado por convertir en un parámetro transversal de eficiencia, que cada área social debe cumplir para lograr satisfacer sus objetivos, por lo que debe *concebirse de tal forma sus principios de protección y recomposición como el camino adecuado para poder hacer de las metas un hecho satisfactorio* (Lucero Pantoja, 2018). Tradicionalmente, el derecho y la economía han sido las áreas más conscientes de esta realidad, transformándose continuamente para lograr satisfacer la armonía social en un sistema de intercambio mundial y condiciones de escases de recursos.

Aunque no siempre fue así, hoy todas las construcciones del modelo económico y jurídico evitan entrar en contradicción frente a los planteamientos ambientales, para así profundizar en el objetivo concreto que se persigue tras las estructuras en formación del derecho ambiental. Tanto es así que la sensibilidad hacia el medio ambiente impregna, prácticamente, sino toda Ley, aunque quizás la herramienta más destacable para su protección, claramente dirigida hacia la sostenibilidad, sea la inclusión de criterios ambientales en aquellos ámbitos donde imperan otros principios.

Esta transformación no es precisamente nueva. Los primeros sesgos de cambio los encontrábamos en la legislación sobre contratación aparecida tras la C.E., máxime tras la incorporación de España a la Unión Europea.[11] La ímproba labor de la Comisión Interministerial para la Incorporación de Criterios Ambientales en la Contratación Pública, terminaría dando sus frutos,[12]

11 Una primera pincelada la encontramos en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases, que estableció para las Administraciones públicas l*a obligación de promover el uso de materiales reutilizables y reciclables en la contratación de obras públicas y suministros (*Disposición Adicional 13ª). Cuestión a la que, en el ámbito del Ministerio de Medio Ambiente, dio cumplimiento la Orden Ministerial de 14 de octubre de 1997, por la que se fijaban los criterios de modificación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que habían de regir la contratación en el Ministerio de Medio ambiente para incluir la valoración ambiental como exigencia objetiva de resolución de los concursos que se convoquen (derogada por Orden MAM/2116/2007, de 10 de julio, sobre requisitos y criterios medioambientales a introducir en los pliegos de cláusulas administrativas que rijan en los contratos del Ministerio de Medio Ambiente y los Organismos Públicos de él dependientes). Por su parte, la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, vino a obligar a las Administraciones Publicas *a promover el uso de materiales reutilizables, reciclables y valorizables, así como de productos fabricados con material reciclado que cumplan las especificaciones* técnicas requeridas, *en el marco de la contratación* pública de obras y *servicios* (art. 26.2), y la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, determinó que *las Administraciones* Públicas *promoverán el uso de maquinaria, equipos y pavimentos de baja emisión acústica, especialmente al contratar las obras y suministros* (Exposición de Motivos –IV-).

12 Tras su creación por Acuerdo de 22 de mayo de 2006, fue la sede en la que se gestó el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de enero de 2008, y publicado en la Orden PRE/116/2008, de 21 de enero.

sobre todo a raíz de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.[13]

El siguiente salto cuantitativo, pero sobre todo cualitativo, lo da el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Este texto, según contiene su propio art. 1, entre otros fines, perseguía, *asegurar una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente* más *ventajosa.*[14]

Por tanto, pagar más por lo mismo, no puede considerarse como una ayuda encubierta o indirecta, en el mejor de los casos, sino que se trata de una mera consecuencia del *nudge*, en tanto que lo que ocurre es que el cumplimiento de los fines que la Administración persigue por parte de los particulares va a encarecer el coste de un producto, sobrecoste que se va a trasladar al precio del mismo. Nada nuevo aportamos al decir que los productos ambientalmente sostenibles son más caros de producir que aquellos que no lo son. Pero a la vez, dado que los particulares adecúan su comportamiento

13 Este nuevo texto legal tuvo por finalidad incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE, incluyendo con normalidad los criterios ambientales en los procesos de contratación. Con carácter previo, ya en la STJUE de 17 de septiembre de 2002, conocida como Sentencia Concordia, comentada acertadamente por Martínez Pallares, 2004: 161-171, se analizaba *la validez de incluir entre los criterios de adjudicación del contrato la organización del empresario en materia de calidad y de medio ambiente (debían concederse puntos adicionales por un conjunto de criterios cualitativos y por un programa de conservación del medio ambiente acreditados mediante certificación) y la reducción de las emisiones de óxido de nitrógeno o del nivel de ruido de los vehículos (criterios de naturaleza ecológica) se afirma que*:

"(…), en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más *ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación. 2) El principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del medio ambiente, como los controvertidos en el asunto principal, por el mero hecho de que la propia empresa de transportes de la entidad adjudicadora sea una de las pocas empresas que pueden ofrecer unos vehículos que cumplan los criterios mencionados"*

14 Todo ello directamente relacionado con la calidad del medio ambiente y, sobre todo, con el uso de los denominados recursos naturales. En definitiva, se procura dar una definición al producto, obra o servicio que el adjudicador quiere/necesita adquirir desde una perspectiva ambiental. Definición que estará caracterizada por la ausencia de influencias, siendo su único límite el respeto a los principios y normas, tanto comunitarias como nacionales, sobre la materia. En todo caso habrá que respetar la normativa sobre libre competencia y transparencia en los procedimientos de contratación; pero haciéndolo desde una perspectiva ambiental, de tal forma que quede vinculado el objeto del contrato con los criterios ambientales, utilizando conceptos y justificaciones relacionadas con el desarrollo sostenible y el medio ambiente. También sienta las bases de las prohibiciones de contratar relacionadas con el medioambiente, siendo pionera en incorporar cuestiones ambientales en relación con la capacidad y solvencia de los empresarios.

a lo que la Administración previamente ha determinado como objetivos deseables, implica que ésta tenga que destinar menos recursos públicos directos al mismo fin. Por ello, habrá que elaborar un análisis que comprenda el sobrecoste de la nueva contratación y lo ponga en relación con el previsible ahorro inversor de la Administración en aquellos campos donde el nudge ha conseguido que los sujetos se adecuen "voluntariamente" a estándares o parámetros públicamente deseables. Sólo de esta manera podremos hablar realmente de eficiencia en el nudge.

Obviamente hay un riesgo que a simple vista a nadie se le debe escapar. Los números son empíricos y, cuando el sobrecoste sea mayor que el ahorro de inversión, cuestión aparte es lo complicado de determinar estos extremos y por tanto poder llevar a cabo la operación, será más que cuestionable poder hablar de eficiencia, debiendo basar el comportamiento público en otros principios.

3 LA TRANSVERSALIDAD EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS: LA POSITIVIZACIÓN DEL NUDGE

Con todo, es mucho más profusa la redacción de la legislación de contratación pública, al incluir a lo largo de todo su articulado referencias directas a este concepto, cierto es que sin nombrarlo, pero respondiendo perfectamente al tipo que hemos detallado. No hay más que detenerse en el propio art. 1 de la Ley de Contratos del Sector Público, relativo al objeto y finalidad de la misma, que proclama rotundamente, conforme al Derecho europeo y la trascendencia actual de la cuestión –empujón mediante-, la incorporación legal de los aspectos medioambientales (y también de los sociales, aunque estos no son objeto de este trabajo), al precisar que, *en toda contratación* pública se *incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos* públicos.

Precisamente el recurso a la transversalidad, uno de los conceptos más mencionados, pero menos comprendidos y abordados en los procesos de gestión social y ambiental,[15] es lo que caracteriza el nuevo texto de contratación pública. A nuestro juicio, *nudge* y transversalidad son dos conceptos que indefectiblemente han de ir de la mano. De poco sirve al legislador utilizar la contratación pública para logar ciertos fines mediatos de carácter ambiental, si ello no supone afectarla transversalmente en todos, o en la mayor parte, de sus aspectos, desde idéntica perspectiva.

15 Contemplar el medio ambiente desde una perspectiva transversal implica que sus valores, principios y normas, contenidos tanto en instrumentos internacionales como, sobre todo, en la legislación interna de los Estados, nutren e impregnan por entero al ordenamiento jurídico.

Por ello, desde hace algún tiempo, las Administraciones Públicas han comenzado a fomentar el uso y a utilizar ellas mismas instrumentos de mercado, basados en la cooperación con los ciudadanos y las empresas, y no en el cumplimiento obligatorio de las correspondientes normas y actos de las Administraciones Públicas, para alcanzar objetivos y fines de interés general.

No obstante, este es un tema que, por necesario que resulte, no va a carecer de complejidad. Dada la necesaria relación entre los criterios sociales ambientales, así como otros fines mediatos a alcanzar y el propio objeto del contrato, no podemos entender ésta sino es partiendo del hecho cierto de que ambos criterios (principalmente en cuanto se refiere a la adjudicación de los contratos), no pueden ir en contra o suponer un obstáculo a los principios esenciales de la contratación pública -igualdad y no discriminación. Es el propio art. 1 LCSP el que se encarga de establecer esta premissa.[16] La finalidad del principio de igualdad es favorecer el desarrollo de una competencia real y efectiva, por lo que impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular sus ofertas y que estas se sometan a las mismas condiciones para todos los licitadores,[17] de ahí la necesidad de utilizar la incorporación de criterios sociales y ambientales en el objeto del contrato de forma positiva, nunca como obstáculos para la igualdad y la libre competência.[18]

De hecho, las Entidades del sector público valorarán, entre otras, la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública, en los términos previstos en la propia Ley –vid. art. 28.2-. Ya se puso de manifiesto que *es posible una contratación* pública *sostenible que combine adecuadamente criterios económicos con criterios sociales y ambientales,* (Vara Arribas, 2008: 128), siendo reafirmada la idea posteriormente (Pernas García, 2012: 299-323). Así se convierte el medio ambiente en un criterio estratégico para

16 Literalmente el art. 1.3 dispone que *en toda contratación* pública se *incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos* públicos. Tampoco podemos olvidarnos del art. 132 LCSP, en la parte dedicada a la adjudicación de los contratos (teniendo en cuenta que en la Directiva 2014/24/UE se establecen en su art. 18 los principios aplicables a toda la contratación, como afirma la STJUE de 16 de septiembre de 2013, T-2/07, España/Comisión).

17 Así pueden verse las Sentencias del TJUE de 12 de marzo de 2015, C-538/13, y de 14 de diciembre de 2016, C-171/15, entre otras muchas.

18 Tanto es así, que el propio texto del art. 18 de la Directiva 2014/24/UE, estipula que *los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X*. Es decir, el medioambiente no sólo sirve claramente como criterio de selección, entendiendo que quienes no cumplen las obligaciones ambientales vulneran pues las propias condiciones de igualdad entre licitadores, sino que afecta igualmente a la transparencia, en tanto que la contratación, en sus documentos (pliegos), tiene que contemplar expresamente el cumplimiento de la obligación ambiental para todos los licitadores.

la contratación pública. Luego son tres los conceptos relacionados y presentes en la contratación pública: *"green nudge"*, *"transversalidad"* y *"uso estratégico"*.

También incide de manera importante en la capacidad del ofertante, al incluirse la cuestión ambiental tanto como la social en el contenido de los requisitos que ha de cumplir para poder ser contratista.[19] En relación con la capacidad para contratar, la LCSP establece una serie de prohibiciones de contratar que impiden hacerlo a las personas en quienes concurran determinadas circunstancias, entre las que se incluyen: *haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos relativos a la* ***ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente*** *delitos contra los* ***derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales*** *(prohibición que alcanza a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente* responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada), y *haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad y muy grave en* ***materia medioambiental*** *de conformidad con lo establecido en la normativa vigente*.[20]

Igualmente impide contratar, haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el art. 202, *cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios.*[21] Este precepto establece que *los* órganos *de contratación puedan determinar condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.*[22]

19 En todo caso se deben cumplir los requisitos que se explicitan -art. 65 LCSP-, entre los que se incluyen que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional (o, en los casos en que así lo exija la Ley, se encuentren debidamente clasificadas).

20 Art. 71.1, letras a y b).

21 Art. 71.2.c).

22 Será obligatorio establecer en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre, en especial, las relativas a consideraciones relacionadas con la innovación o de tipo medioambiental, entre otras. Las prohibiciones de contratar afectan también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas.

En cuanto a los efectos de las anteriores, el art. 72 señala que la prohibición de contratar por las causas previstas en el art. 71.1, a y b, se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas; en el caso de que la sentencia o la resolución administrativa no contengan pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar y en los supuestos del art. 71.2 el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante un procedimiento administrativo instruido al efecto (regulado en el mismo precepto). En los casos en que por sentencia penal firme así se prevea, la duración de la prohibición de contratar será la prevista en la misma, si no se ha establecido plazo, esa duración no podrá exceder de cinco años desde la fecha de la condena por sentencia firme; en el resto de los supuestos, el plazo de duración no podrá exceder de tres años.[23]

Sobre las prohibiciones de contratar y sus efectos, hay de distinguir entre aquellas cuya declaración corresponda al Ministro de Hacienda y Función Pública,[24] que producirá efectos en todo el sector público (desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución), y las del art. 71.2 (cuyos efectos se producen desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente), en las que la prohibición de contratar afectará al ámbito del órgano de contratación competente para su declaración (aunque pueden extenderse a todo el sector público correspondiente, según los casos). Prohibiciones de contratar que se comunicarán sin dilación para su inscripción al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas; y su inscripción caducará a los 3 meses desde que termine su duración, debiendo procederse de oficio a su cancelación en dicho Registro.

Corresponderá la carga de la prueba de no estar incurso en prohibición de contratar al empresario, pudiendo realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos (art. 85 LCSP). De hecho, entre la documentación que los empresarios interesados en la licitación han de acreditar -mediante declaración responsable- se incluye la de no estar incurso en ninguna prohibición de contratar (art. 140 LCSP).

Por otra parte, para poder contratar se exige a los empresarios acreditar solvencia técnica o profesional, o, si así se prevé, estar classificados.[25] Los medios para acreditar la solvencia del empresario varían en función del contrato concreto, haciendo referencia al medio ambiente algunos de los previstos. Así, en los contratos de obras y de servicios, se incluye la indicación de las medidas

23 En todo caso, habrá que estar a lo dispuesto en el propio art. 72 en cuanto se refiere a plazos –art. 72.6-, competencia para declarar la prohibición –art. 72.4- y excepciones –art. 72.5-.

24 Vid. art. 73 LCSP.

25 Ex art. 65 LCSP.

de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato (arts. 881.d) y 90.1.f); en el supuesto de contratos de suministro se admiten los certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida (art. 89.1.f), en los restantes contratos, se aplica la referencia a las medidas de gestión medioambiental que se podrán aplicar al ejecutar el contrato (art. 91). Los contratos de regulación armonizada (art. 19), exigirán certificados de organismos acreditados para certificar el cumplimiento de las normas de gestión medioambiental, necesariamente referidos al Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS) de la Unión Europea,[26] o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos por esta u otras normas de gestión medioambiental basadas en normativa europea o internacional (art. 94 LCSP).[27]

Sin que exactamente consistan en una prohibición, lo cierto es que las clausulas sociales como criterios de adjudicación art. 145 (criterios cualitativos), hasta tal punto que se terminan por convertir en una prohibición "de facto". Cuando se estipula que las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; no se está sino revindicando tal carácter.

Esto hay que ponerlo en relación con el art. 146 LCSP, que, si bien de forma expresa no recoge ninguna cláusula en tal sentido –social y laboral-, no deja de ser la norma que determina la aplicación de los criterios de adju-

26 El Registro EMAS es una herramienta de carácter voluntario, diseñada por la Comisión Europea para la inscripción y reconocimiento público de aquellas empresas y organizaciones que tienen implantado un sistema de gestión ambiental que les permite evaluar, gestionar y mejorar sus impactos ambientales, asegurando así un comportamiento excelente en este ámbito. Este reconocimiento, ya sean compañías industriales, PYMES, organizaciones del sector servicios, administraciones públicas, etc., acredita que tienen una política ambiental definida, hacen uso de un sistema de gestión medioambiental y dan cuenta periódicamente del funcionamiento de dicho sistema a través de una declaración medioambiental verificada por organismos independientes. Con el logotipo EMAS, se garantiza la fiabilidad de la información dada por dicha empresa.

27 En estos supuestos, la acreditación de la gestión ambiental reconocida se acredita mediante el correspondiente certificado, no siendo necesario realizar ningún otro trámite adicional. Resumiendo, la obtención o distinción con un determinado logotipo terminará por servir de acreditación al respecto.

dicación. Precisamente en ese sentido, tanto cuando solo se utilice un criterio de adjudicación -este deberá estar relacionado con los costes-, como cuando se utilicen una pluralidad de ellos, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Evidentemente, el cumplimiento de las retribuciones cumpliendo convenio, las cuotas de personas con discapacidad contratadas, los planes de igualdad, número de mujeres, etc… son todas cuestiones cuantitativas, por tanto con ese carácter preponderante al que hace referencia el legislador.

Es más, si nos detenemos en el texto del propio art. 147 -criterio de desempate-, apreciamos como los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos y entre ellos Proposiciones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa.

Quizá los términos nudge y uso estratégico son los más coincidentes, sin perjuicio de que este último puede atender también a otras definiciones, aunque aplicado a la materia ambiental en la contratación supone emplear los contratos públicos para procurar objetivos ambientalmente deseables, lo que lo convierte en una auténtica actividad de fomento o nudge. Transversalidad, sin embargo es un concepto, obviamente con relación directa, pero sentido distinto. Más bien, hace referencia a que no se puede limitar la cuestión ambiental al mero objeto del contrato o al cumplimiento de ciertos requisitos por los licitadores, sino que, muy al contrario, ésta debe estar presente a lo largo de todo el proceso y todos los trámites de la contratación.

4 PERSPECTIVA SOCIAL Y AMBIENTAL EN EL OBJETO DEL CONTRATO

Transversalidad mediante, no podemos dejar de referir que una de las novedades más destacables de la LCSP en relación con la integración de las consideraciones ambientales en su texto, son los cambios producidos en la regulación del objeto del contrato (cuya importancia para impedir que los criterios ambientales se consideren contrarios al principio de igualdad ya hemos subrayado). Como negar que el objeto de los contratos públicos es uno de sus elementos esenciales. Precisamente es el objeto, por referirse a aquello que ha de realizar el contratista (obras, suministros, prestación de servicios, etc.), lo que permite distinguirlos y establecer su régimen jurídico.

Como consecuencia, la LCSP (art. 99.1) establece que el objeto de los contratos del sector público, igual que en los privados, será determinado, pues las

partes han de saber a qué se obligan. Por analogía, el Código Civil (arts. 1261 y 1271 a 1273) obliga a que el objeto de los contratos sea cierto, posible, lícito y determinado; exigencias que, por derivar del Ordenamiento en su conjunto, pueden aplicarse a los contratos públicos, pese a no mencionarse expresamente en la LCSP.

Pero la novedad más destacable introducida por la LCSP en cuanto al objeto del contrato es que se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrarlo a una solución única. Especialmente, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones sociales, tecnológicas o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten. Precisamente es aquí donde se positiviza de forma expresa el *nudge* en la contratación pública.

Al margen de las prohibiciones o restricciones en la contratación vinculadas a cumplimiento de condiciones ambientales o a la ausencia de incumplimientos, la posibilidad por la que el Sector Público pueda actuar a favor de actuaciones sostenibles, de una manera transversal u horizontal, pero de forma directa, qué duda cabe, confiere carácter estratégico *(nudge)* a la contratación pública, de acuerdo con las directrices de la Unión Europea.

Debe acentuar la consideración de los criterios de adjudicación de los contratos como verdadera extensión de la definición del objeto de éstos, de ahí que volvamos a encontrarnos con la trascendencia de las consideraciones sociales y ambientales, así como de innovación, como uno de tales criterios, y su estrecha relación con la igualdad de trato y la transparencia. Se logra con ello positivizar, entre otros, el manido concepto de economía circular al comprenderlo como una manifestación del green nudge. Al fin y al cabo, su objetivo no es otro que implementar una nueva economía, circular -no lineal-, basada en el principio de «cerrar el ciclo de vida» de los productos, los servicios, los residuos, los materiales, el agua y la energía, todo ello bajo el paraguas de una clara perspectiva medioambiental.[28]

28 En este sentido, el art. 145.1 LCSP, vincula la adjudicación de los contratos con el empleo de una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. Entre ellos, siempre que se encuentre justificado en el expediente, *los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el* cálculo *del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 148*. Este último, de forma expresa a la hora de determinar la definición y cálculo del ciclo de vida de un producto, de forma específica, contempla la valoración de aquellos costes que sean imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida. La única exigencia, con el fin de poder ponderar cuantitativa o porcentualmente los mismos y así poder tenerlos en cuenta a la hora de evaluar una oferta que los contenga, lo que supone previamente tener que incluirlos en los pliegos, es que *su valor monetario pueda determinarse y verificarse;* estos costes podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático. En todo caso, remite a la normativa comunitaria, siempre que ésta *haga obligatorio un* método *común para calcular los costes del ciclo de vida, se aplicará el mismo a la evaluación de los citados costes.*

Viene dado que la contratación pública necesita de un procedimiento determinado, que por la propia naturaleza de la materia, necesariamente va a ser de cierta complejidad.[29] No hay que olvidar que es preciso procurar la mejor solución para el interés general, apreciando el mismo desde la perspectiva más amplia posible, lo que exige tener en cuenta consideraciones ambientales. Así, entre aquellas actuaciones que resultan preciso para la preparación de los contratos al objeto de lograr la su adjudicación, se encuentren los pliegos de cláusulas. Tanto los PCAP como los PPT, son los documentos en los que se contienen las condiciones jurídicas, económicas y técnicas a las que ha de ajustarse la licitación, adjudicación y ejecución de los contratos públicos; es decir, fijan el contenido de los contratos afectando al objeto del contrato, en tanto que lo detallan, perfilan e incluso, condiciones ambientales mediante, pueden determinan como se ha de procurar por los licitadores.

5 LOS PLIEGOS: EL EJE DEL GREEN NUDGE

No cabe duda de que el principio de legalidad impera en la contratación pública, lo que no es óbice para que las Administraciones se beneficien del principio de libertad de pactos (art. 34 LCSP). Así visto, respetando el límite que supone el primero de los principios enunciados, los poderes públicos tienen *cierta libertad* para incluir en los contratos algunas condiciones.[30] El imperio de lo público se plasma precisamente en estos documentos, pliegos de cláusulas, con la finalidad de poner a salvo a las Administraciones y demás entes de sorpresas e incertidumbres que podrían derivar de la asunción de la libertad del ámbito privado. La discrecionalidad sólo va a suponer poder elegir entre las herramientas legales a emplear para alcanzar el objetivo de satisfacer el interés público, nunca para ponderar otros fines ajenos al mismo.

La LCSP, como ya es tradicional, distingue entre los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales y Particulares, que de carácter jurídico, administrativo y económico, determinan los derechos y obligaciones del contrato.[31]

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) conforman el documento básico del contrato, en el que se establecen los pactos y condiciones que definen los derechos y obligaciones que asumirán las partes del mismo, y a su contenido ha de ajustarse el propio contrato, considerándose las cláusulas parte integrante de propio contrato (art. 122), por lo que, siendo vinculantes para las partes, es frecuente que impropiamente se les considere

29 Esto deriva, en la mayoría de los casos, de la importancia económica y social de este ámbito, y, en todo caso, es consecuente con el propio significado de todo procedimiento administrativo.

30 Esto no supone una aplicación, en el ámbito de la contratación pública, de la autonomía de la libertad que existe en el ámbito privado. Las Administraciones en este ámbito han de actuar siempre sobre modelos y marcos que garanticen el interés público.

31 Vid. arts. 121 y ss.

como "la ley del contrato". Tienen carácter necesario y naturaleza contractual, en sentido de resultar obligatorio su cumplimiento para las partes.[32] En su contenido deben incluirse, entre otras cuestiones, las consideraciones ambientales que, como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan. Por otra parte, podrán establecer penalidades para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma, en especial cuando se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, así como por incumplimiento de las obligaciones ambientales exigibles en la ejecución de los contratos (previstas en el art. 211 LCSP).

En relación con el contrato de concesión de obras, la LCSP (art. 250.1.d.7ª LCSP) prevé que, en relación con el contenido de las proposiciones de los PCAP, *los licitadores podrán introducir las mejoras que consideren convenientes, y que podrán referirse a características estructurales de la obra, a su régimen de explotación, a las medidas tendentes a evitar los daños al medio ambiente y los recursos naturales, o a mejoras sustanciales, pero no a su ubicación.*

En cuanto se refiere a los Pliegos de Prescripciones Técnicas (PPT), *pueden ser generales, contienen instrucciones de orden* técnico *con arreglo a las cuales ha de ejecutarse la prestación objeto del contrato, y particulares, pliegos y documentos que contienen las prescripciones* técnicas particulares *prestación y definen sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la Ley* que hayan de regir la realización de la (art. 124). Tras una visión rápida de los pliegos, se puede observar que, tanto en la definición de las prescripciones técnicas como en las reglas para su establecimiento, se han de tener en cuenta los aspectos ambientales, configurándose esta figura como el auténtico motor de la contratación sostenible, lo que sin duda constituye una verdadera manifestación del *green nudge* aplicado a la contratación pública.

Las prescripciones técnicas se definen, en función de los contratos concretos.[33] Así, en el contrato de obras, además de las características requeridas de un material, producto o suministro, que permitan caracterizarlos de manera que respondan a la utilización a que se destine, se incluyen, entre otros, los procedimientos de aseguramiento de la calidad, el impacto social, laboral, ambiental y climático de dichos materiales, productos o actividades que se desarrollen durante la elaboración o utilización de los mismos. En el contrato de suministros o de servicios, aquella especificación en la que se definan las

32 Pese a lo dicho, no es posible asimilarlas a las cláusulas contractuales al uso, ya que no hay ningún tipo de negociación, ni incluso en los contratos negociados o en los de diálogo competitivo, tampoco en el nuevo tipo del contrato de asociación para la innovación, al no poder confundir la negociación para la determinación del objeto del contrato, con las propias prescripciones técnicas que están presentes en el contrato en sí mismo.

33 Vid. art. 125 LCSP.

características exigidas de un producto o de un servicio, como, puedan ser los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la utilización del producto, su seguridad, o sus dimensiones, entre otras.[34]

Por su parte, las reglas para establecerlos se determinan en el art. 126 LCSP, debiendo proporcionar a los empresarios un acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.

Estas Prescripciones Técnicas podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, ex art. 148 LCSP, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este. Al vincular las Prescripciones al ciclo de vida, se vinculan a uno de los procesos más destacables a favor de la sostenibilidad de las actividades.

Además, se prevé que, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los arts. 3 y 4 del Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.[35]

Desde una perspectiva ambiental, las Prescripciones Técnicas se podrán formular, sin descartar otras fórmulas, en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo (en cuyo caso, los órganos de contratación no podrán rechazar una oferta de obras, de suministros o de servicios que se ajusten a una norma nacional que transponga una norma europea, a un documento de idoneidad

34 Llegados a este punto, también debemos estar a lo dispuesto en el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, incluyendo todas sus posteriores modificaciones y redacciones. Entre otras cuestiones, el Código Técnico es un instrumento para la transposición de directivas comunitarias. Así la Directiva 2010/31/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética en los edificios, que propone un endurecimiento de los requisitos mínimos hasta conseguir, objetivo 2020, edificios de consumo energético prácticamente nulo.

35 Llama poderosamente la atención que pese a haberse publicado este texto en el BOE del 31 de diciembre de 2016, sin embargo, la LCSP, del año 2017, noviembre nada menos, hace referencia al texto legal del año 2002. Con el fin de dejar a un lado el afán crítico acerca de la poca diligencia de legislador en este caso, sólo podemos entender este craso error en el espíritu del propio legislador, que, desde los primeros borradores de la LCSP, anteriores al texto refundido de 2016, quiso incluir, de forma expresa, los aspectos previstos en la normativa sobre control integrado de la contaminación en la legislación sobre contratos del sector público.

técnica europeo, a una especificación técnica común, a una norma internacional o a un sistema de referencias técnicas elaborado por un organismo europeo de normalización, con precisiones), o en relación con normas europeas o internacionales de Organismos de normalización, con algunas precisiones.

Con el fin de salvaguardar el principio de igualdad, con la excepción de los productos con origen sostenible, se establece que, salvo justificación por el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos; aunque tal referencia puede autorizarse, con carácter excepcional.[36]

En todo caso, la propia LCSP, art. 127, permite el uso de productos o la prestación de servicios con etiquetas (definidas como cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos), al establecer que, *cuando los* órganos *de contratación tengan la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, podrán exigir, en las prescripciones* técnicas, *en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato*, *una etiqueta específica* (siempre que cumplan los requisitos establecidos) *como medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características exigidas, etiquetas de tipo medioambiental, como aquellas relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, y se indicarán los requisitos de las mismas exigibles.*

Como complemento de lo anterior, y con el fin de facilitar la licitación, se prevé que el órgano de contratación *pueda señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente, entre otras cuestiones.*[37]

De igual modo, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales

36 Esta redacción que se corresponde con el art. 126.6 LCSP, introduce un elemento de polémica, ya que de esta prohibición pudiera deducirse que, con carácter general, no se podrá exigir una procedencia determinada del producto, lo que desecharía la posibilidad de exigir el suministro o utilización de productos fruto de procesos de reciclado o ambientalmente sostenibles, es decir productos "ecológicos". No obstante, se hace necesario confrontar este enunciado con el del propio art. 126.2 LCSP, que por su parte determina que *las prescripciones* técnicas *podrán referirse al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, según la definición establecida en el artículo 148, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este*. Luego, la interpretación acertada es que sí se podrá exigir un origen sostenible del producto, por la aplicación del propio art. 148 LCSP y la propia trascendencia del concepto de economía circular, pero no será posible ir más allá.

37 Vid. art. 129 LCSP.

de ejecución de tipo social o relativas al empleo, entre otras, podrán introducirse, aquellas que cumplan con alguna de las siguientes finalidades:

- hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad;
- contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional;
- promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción;
- eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar;
- combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración;
- favorecer la formación en el lugar de trabajo;
- garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables;
- medidas para prevenir la siniestralidad aboral, y
- otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

6 SELECCIÓN DEL CONTRATISTA: UNA PERSPECTIVA TRANSVERSAL

En ese punto, diríamos que se persigue, que el control del cumplimiento de las disposiciones de Derecho ambiental, *social y laboral deba realizarse tanto cuando se apliquen los principios generales relativos a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, como en la ejecución de* éstos *o al aplicar los criterios de exclusión o las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas.*[38]

El sesgo ambiental y social también está presente en la selección del contratista y en el procedimiento de adjudicación del contrato. Ambas figuras son parte esencial de la contratación pública (distinguiéndose en tal punto de la privada). Sin duda alguna, se trata de ámbitos en los que es primordial que las Administraciones se sometan a ciertas reglas, debido al hecho de que las so-

38 Así se recoge en la propia Exposición de Motivos de la Directiva 2014/24/UE, en particular vid. Apartados 37, 40, 41 y 99.

licitudes de los sujetos se han de tener en cuenta sin discriminación.[39] Luego razones de eficacia y eficiencia económica en el uso de fondos públicos, se traducen en la necesidad de que la Administración Pública o el ente contratante definan previamente las necesidades públicas a satisfacer con el contrato, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Principios que se reafirman con intensidad al comienzo del régimen de la adjudicación de los contratos, al señalar que los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidade.[40] Además, en ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para determinadas entidades, encomendando a los órganos de contratación velar en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. La contratación no puede amparar la elusión de los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni restringir artificialmente la competencia, favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresários.[41]

Precisamente la regulación de la selección del adjudicatario del contrato público es donde las cuestiones ambientales se convierten en trascendentales en la LCSP. La legislación contractual anterior a 2007, contemplaba la adjudicación de los contratos generalmente mediante subasta (precio más bajo) o concurso (mediante varios criterios objetivos, en casos tasados). El TRLCSP, recoge las mismas formas de adjudicación, si bien, el sistema gira hacia una adjudicación basada en la oferta económicamente más ventajosa, ya sea manteniendo el precio como criterio único, o estableciendo varios criterios objetivos de adjudicación (entre ellos contempla los relativos a la calidad y a las características ambientales de la prestación del contrato). Finalmente, la LCSP establece que se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio, ex art. 131.

Era ineludible que la LCSP estableciera una adjudicación de contratos como la del art. 131. Se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio, siguiendo las propuestas de la Unión Europea,[42] que será la regla general, pues este precepto prácti-

39 Conforme a los principios del art. 1 LCSP, la contratación pública debe garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

40 Ex art. 132 LCSP.

41 Desde el pronunciamiento del Dictamen del Consejo de Estado núm. 1270/1993, de 1 de diciembre, se estableció que *el procedimiento de selección de contratistas está orientado a garantizar un trato igual a todos los licitadores y servir al interés* público.

42 Vid. art. 145 LCSP. Aunque la LCSP no la recoge, la Comunicación de la Comisión "Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa" [COM (2017) 572 final, Estrasburgo, 3.10.2017],

camente proscribe utilizar un solo criterio. Cierto que la Ley permite tener como base el precio o coste, pero ligado al ciclo de vida de un producto obra o servicio; por tanto, teniendo en cuenta también cuestiones medioambientales.

Aplicando el art. 145 LCSP, la mejor relación calidad-precio se ha de evaluar con arreglo a criterios económicos y cualitativos, y éstos últimos podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato, que podrán ser, entre otros, la calidad, incluido el valor técnico, y las características medioambientales e innovadoras; características ambientales que pueden referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero, al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato, y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. Estos criterios cualitativos deben acompañarse de un criterio relacionado con los costes, que, según el órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida.[43]

La importancia de los criterios anteriores, la enfatiza aún más la LCSP al exigir a los órganos de contratación que velen por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades; y, en especial, en los procedimientos de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura (previéndose, además, que, en los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas).

Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los PCAP o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación; debiendo cumplir va-

---

considera que*, para las autoridades públicas, la contratación es una potente herramienta para gastar el dinero* público de una *manera eficiente, sostenible y estratégica*, especialmente en tiempos en los que los presupuestos nacionales están muy ajustados, ya que la misma asciende a 2 billones de euros cada año, lo que supone el 14 % del PIB de la UE, y por ello la considera un instrumento estratégico en el conjunto de medidas económicas, reafirmando la trascendencia de la relación calidad precio cuando se gasta el dinero público, pues el precio más bajo no siempre garantiza el mejor valor; además, estima que los Estados Miembros, enfrentados a restricciones presupuestarias y a desafíos globales (como el cambio climático), deben gastar el dinero público de una manera más eficiente, sostenible y estratégica, debiendo utilizar la contratación pública como una herramienta para abordar los problemas actuales.

43 Conforme el art. 148 LCSP *se entenderán comprendidos dentro del «ciclo de vida» de un producto, obra o servicio todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia y, en todo caso: la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que esta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización.*

rios requisitos: que en todo caso estarán vinculados al objeto del contrato;[44] deberán formularse de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, y deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación (aclarando que, en caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores).

Pero no se detiene ahí la LCSP. El texto legal permite que se establezcan mejoras como criterio de adjudicación,[45] que propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación.

---

44 La vinculación de un criterio de adjudicación al objeto del contrato se entiende que existe *cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas, o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.* Vid. Resolución nº 136/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta De Andalucía, de 10 de mayo de 2018.

Junto a la vinculación de los criterios al objeto del contrato, una jurisprudencia reiterada exige que los mismos sean adecuados y pertinentes, precisamente en atención a las características concretas de cada contrato, y que no tengan efectos discriminatorios respectos a unos empresarios frente a otros.

El cálculo de coste del ciclo de vida incluirá, según los casos, la totalidad o una parte de los costes en que se hubiere incurrido a lo largo del ciclo de vida de un producto, un servicio o una obra; en concreto, los costes sufragados por el órgano *de contratación o por otros usuarios (tales como los costes relativos a la adquisición, los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos, los costes de mantenimiento, y los costes de final de vida, como los costes de recogida y reciclado), los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse* Instrucción 27/2018, de 18 de mayo, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se establecen directrices en materia de contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa publicada en BOD nº 102 de 25 de mayo de 2018 (siendo posible incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático); método que deberá estar basado en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios, ser accesible para todas las partes interesadas, y que la información necesaria debe poder ser facilitada con un esfuerzo razonable por parte de las empresas.

En el supuesto de que se evalúen los costes mediante el cálculo del coste del ciclo de vida, *los* órganos *de contratación indicarán en los pliegos los datos que deben facilitar los licitadores, así como el* método que *aquellos utilizarán para determinar los costes de ciclo de vida sobre la base de dichos datos. Vid.* SOLA TEYSSIERE, J.: "El coste del ciclo de vida como criterio de adjudicación del contrato", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, ISSN 1579-3036, Nº. 151, 2017, págs. 6-13.

45 Vid. art. 143.1 en relación con el art. 145.7. Por mejoras se entiende aquellas prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sin que puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones ni del objeto del contrato; y deben cumplir ciertos requisitos, como que estén suficientemente especificadas, fijando ponderadamente, con concreción los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, y su necesaria vinculación con el objeto del contrato, y se prevé un límite estricto, pues no podrá asignársele una valoración superior al 2,5%.

Hay que recordar que, el propio art. 145.1 LCSP permite, justificándolo en el expediente, que los contratos se puedan adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como pueda ser el cálculo del coste del ciclo de vida (con arreglo al art. 148). Pero no basta con establecer unos criterios de adjudicación de los contratos, también es preciso determinar su aplicación (art. 146 LCSP). Como ya hemos señalado, cuando se utilice un solo criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida.

Entre los criterios de adjudicación serán preferentes, siendo posible, aquellos que referencien características del objeto del contrato y puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas justificadamente en los pliegos (precisándose los órganos que han de aplicarlos). En todo caso, la evaluación de las ofertas mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejando constancia documental y haciéndola pública en el acto de apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la aplicación de fórmulas. Será obligatorio precisar en el PCAP o en el documento descriptivo, la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración,[46] fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada, excepto que se tome en consideración exclusivamente el precio. Si el procedimiento de adjudicación se articulara en varias fases, se debe indicar igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50% de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo. No obstante, cuando, por razones objetivas debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, estos se enumerarán por orden decreciente de importancia.

Por razones de cautela, y sentido común, el art. 147 LCSP prevé que los órganos de contratación puedan establecer en los PCAP criterios de adjudicación específicos para el desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas (regulando con detalle la forma y los criterios para solucionarlo).[47]

Asimismo, las cuestiones medioambientales también tienen relación con las bajas temerarias u ofertas anormales o desproporcionadas, que son aquellas que resultan inviables por haber sido formuladas en términos que las hacen anormalmente bajas o desproporcionadas. La LCSP (art. 149) no permite la

46 Vid. art. 146.3 LCSP.

47 En su momento, ya hemos resaltado la trascendencia del ciclo de vida de los productos o servicios en relación con los criterios mencionados y en la propia adjudicación de los contratos, por lo que la LCSP (art. 148) lo define y establece la forma de calcularlo. Este criterio puede ser utilizado también como criterio de desempate.

exclusión automática de estas proposiciones, pero permite a los órganos de contratación excluirlas del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento administrativo previsto, por el cual la mesa o el órgano de contratación pueden requerir al licitador la información pertinente sobre el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en cuya virtud se haya definido la anormalidad de la oferta. Concretamente, podrán pedirles justificación sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma, en particular, en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción; la innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras, o, entre otros, el respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental.

En relación con éstas, la Ley es tajante, al prever que, en todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque, entre otras cuestiones, no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, nacional o internacional.[48]

7 ESPECIAL ATENCIÓN A LA ADJUDICACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Con toda la información analizada, la mesa de contratación (o el órgano de contratación, en su defecto) evaluará cuanta información y documentación proporcione el licitador en plazo y elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación, pero, en ningún caso, se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa esté debidamente motivada. Seguidamente, el órgano de contratación podrá excluir dicha oferta de la clasificación.

La mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación, tras clasificar por orden decreciente las proposiciones presentadas, elevará la correspondiente propuesta al órgano de contratación, salvo que el propio órgano haya realizado la propuesta. Realizada la clasificación conforme a los criterios de adjudicación señalados en el pliego, podrán solicitarse informes técnicos, excepto que el precio sea el único criterio a considerar, dado que se entenderá mejor oferta la que incorpore el precio más bajo.

Aceptada la propuesta por el órgano de contratación, presentada por el licitador la documentación justificativa pertinente, se adjudicará el contrato,

48 Así resulta de la aplicación del art. 201 LCSP sobre ejecución de los contratos.

mediante resolución motivada, notificada a los candidatos y licitadores y publicada en el perfil de contratante, procediendo a la formalización del mismo.[49]

Por lo demás, los documentos en los que se formalicen los contratos del sector público, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, deberán incluir, necesariamente, la definición del objeto y tipo del contrato, teniendo en cuenta en la del objeto las consideraciones ambientales y de innovación, entre otras.[50]

Ninguna duda cabe sobre que las cuestiones ambientales son esenciales como criterios para adjudicar el contrato a un licitador concreto. Pero también cobran una gran importancia en la ejecución del contrato, precisamente porque su incidencia medioambiental, en este punto, puede llegar a ser considerable, y una vez más la protección medioambiental se hace visible como una cuestión transversal u horizontal, de acuerdo con lo previsto en Derecho europeo.

En efecto, el art. 201 LCSP obliga a los órganos de contratación a tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, entre otras, establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental que vinculen al Estado.[51] También pueden adoptar medidas dirigidas comprobar que los candidatos y licitadores cumplen estas mismas obligaciones durante el procedimiento de licitación, resultando del incumplimiento de estas obligaciones la imposición de penalidades.[52]

Además, la LCSP, ex art. 202, establece que los órganos de contratación puedan establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato (se exigirán a los subcontratistas que participen en la misma), siempre que vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos. Condiciones que podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social; siendo obligatorio, en todo caso, que el PCAP incluya al menos una de estas condiciones de entre las previstas.

En particular, la Ley permite *establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan la reducción de las emisiones de gases de efecto*

49 Vid. arts. 150 y ss. LCSP.

50 Ex art. 35.1.c) LCSP.

51 En particular las establecidas en el Anexo V de la Ley en materia de protección de la capa de ozono, control de residuos peligrosos, contaminantes orgánicos persistentes o plaguicidas y productos químicos peligrosos.

52 Tal y como dispone el art. 192 LCSP, *los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del art. 76 y al apartado 1 del art. 202.*

invernadero, el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, una gestión más *sostenible del agua, el fomento del uso de las energías renovables, la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables, o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.*[53]

El incumplimiento de estas condiciones puede dar lugar a la aplicación de las penalidades establecidas, e incluso, en la forma prevista, la resolución del contrato o ser considerado como infracción grave.

8 CONCLUSIÓN: EFICACIA, EFICIENCIA Y *NUDGING*, UN NO TAN DIFÍCIL EQUILIBRIO

Debemos concluir, que tanto la eficacia como la eficiencia no son fines en sí mismas, sino un medio, indisponible para la Administración, para lograr un objetivo, que no es otro que la satisfacción del interés público.[54]

Hay que tener en cuenta la evolución hacia la transversalidad de la actividad de la Administración y la búsqueda de objetivos mediatos, el *nudging* público. Si eficiencia es producir lo mismo a menor coste o producir más con los mismos medios,[55] también la implican los fines mediatos, que como el beneficio social o valor añadido generan los bienes y servicios públicos; que sin ser los objetivos inmediatos, también satisfacen intereses no sólo individuales.[56]

Luego hoy en día la realidad fáctica que supone la actividad prestacional de la Administración implica tomar en consideración las especiales circunstancias que la caracterizan. La tecnificación, pero sobre todo los mecanismos de adaptación a las distintas realidades, aquí estaría presente una cuestión, que en otro momento deberá centrar nuestra atención como es el teletrabajo, son factores indispensables para entender como ésta ha de buscar fórmulas que satisfagan los principios de eficacia y eficiencia en términos actuales.

Resulta difícil no entender la nueva legislación contractual pública si no es desde la perspectiva *nudge*. La integración de criterios ambientales, también

53 Vid. art. 202.2, párrafo segundo LCSP.

54 En el mismo sentido se manifiesta Uranga Cogollos, Carlos, "El principio de eficacia en la organización administrativa: hacia una Administración por sistemas", *Documentación Administrativa,* nº 218-219, 1989, págs. 97-110. Por su parte, Parejo Alfonso, Luciano, "Eficacia y Administración: tres estudios", INAP, Madrid, 1995. pág. 89, entiende que la eficacia no es sino un criterio de legitimidad de la Administración.

55 Este tipo de eficiencia es la denominada de carácter técnico. Al respecto Cachanosky, Iván, "Eficiencia técnica, eficiencia económica y eficiencia dinámica", Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política, vol. 9, nº 2, 2012, págs. 51-80.

56 Nuevamente Parejo Alfonso, Luciano, "Eficacia y Administración…", op. cit., pág. 96 y ss. incide en la diferenciación clara de los distintos tipos de eficiencia. Pero quizá la obra más relevante en dicho sentido sea la obra de Thaler, R. y Sunstein, C., "Nudge: Improving decisions about Healt, Wealth and Happiness", en su edición en castellano de 2017, Taurus, editado bajo el título "Un pequeño empujón (nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad"

de otros sociales, en todas las fases de la contratación pública, dada su regulación, hace que ésta sea una herramienta eficaz para conseguir ese objetivo de nudge de forma transversal. No se va a emplear de forma sesgada, ni tampoco como mero criterio orientador, si no que termina por convertirse en un factor de decisión a la hora de adjudicar un contrato, al igual que lo ha sido para seleccionar adjudicatarios o impedir a licitadores presentar su oferta, basándose exclusivamente en criterios ambientales.

Luego no es discutible que la nueva contratación pública responda perfectamente a ese concepto: *nudge*. Concepto que no sólo es entendible y justificable, sino que además es un elemento sumamente válido y positivo en cuanto los objetivos que persigue. Sin embargo ya no resulta pacífico afirmar que ese concepto es tan nuevo como se cree. Podrá serlo su sesgo ambiental, pero no su conceptualización, al menos así lo creemos entrever, analizando obras clásicas del Derecho Administrativo, que al hablar de actividad de fomento, lo hace desde la ausencia de coacción ni de prestación directa por la Administración, que son elementos esenciales, junto con la satisfacción de necesidades de carácter público, mediante la influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de dichas necesidades.
No hay que denostar lo patrio por el hecho de emplear términos en lenguas extranjeras que parecen modernos y, sobre todo, desconocidos, cuando la realidad es bien distinta.

9 BIBLIOGRAFÍA

Almonacid Lamelas, V. (2018): "Herramientas para el "buen gobierno" y la calidad del servicio público local en la era de las comunicaciones (o de cómo ser el ayuntamiento que el ciudadano espera)", consultado el 1 de marzo de 2018, en http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Buen_gobierno-calidad_del_servicio_publico_local-ayuntamiento_11_577930002.html.

Cachanosky, I- (2012): "Eficiencia técnica, eficiencia económica y eficiencia dinámica", *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*, vol. 9, nº 2, 2012,

De La Cuétara Martínez, J. M. (1979): "Revisión de la noción española del fomento", *Revista Internacional de Ciencias Administrativas, vol. XLV-1979, núm. 1.*

Garrido Falla, F. (1962): *Tratado de Derecho Administrativo,* vol. II, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Gimeno Feliú, J. M. Dir. (2018): "Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público", Cizur Menor: Aranzadi.

Jordana De Pozas, L. (1949): "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo", *Revista de estudios políticos*, 48: 41-54.

Lucero Pantoja, J. E. (2018): "Entre el Ambiente y el Sostenimiento de la Economía", *Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental, núm. 33*, http://huespedes.cica.es/gimadus/

Martínez Pallares, P. L. (2004): "El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial la inclusión de criterios medioambientales", Gimeno Feliú, J.M. coord.: *Contratación de las Administraciones* Públicas: *análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación* pública, Barcelona: Atelier.

Palomar Olmeda, A. y Garcés Sanagustín, M. Dir. (2018): "Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público", Madrid: La Ley.

Parejo Alfonso, L. (1995): "Eficacia y Administración: tres estudios", INAP, Madrid, 1995.

Pernas García, J. (2012): "El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales", López Ramón, F. coord.: *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Cizur Menor: Civitas.

Pernas García, J. (2011): "Contratación Pública Verde", Madrid: La Ley.

Rivero Ortega, R. y Merino Estrada, V. (2013a): "La reforma del Régimen Local en España: necesidad, alcance, orientación y contenidos básicos", *Revista de Estudios Locales. Cunal,* 162.

Rivero Ortega, R. y Merino Estrada, V. (2013b): "La Necesidad de innovación para un buen gobierno local", *Revista de Estudios Locales. Cunal.* 157.

Sola Teyssiere, J. (2017): "El coste del ciclo de vida como criterio de adjudicación del contrato", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, ISSN 1579-3036, Nº. 151, 2017.

Thaler, R. y Sunstein, C. (2017): "Nudge: Improving decisions about Healt, Wealth and Happiness", en su edición en castellano de 2017, Taurus, editado bajo el título "Un pequeño empujón (nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad"

Vara Arribas, G. (2008): "Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública", *Revista Española de Derecho Comunitario*, 26.

Uranga Cogollos, C. (1989): "El principio de eficacia en la organización administrativa: hacia una Administración por sistemas", Documentación Administrativa, nº 218-219, 1989.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À LUZ DA LEI N. 13.848/2019[1]

Dinorá Adelaide Musetti Grotti[2]
José Roberto Pimenta Oliveira[3]

1. O SURGIMENTO E O CRESCIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Na quadra final do século passado operou-se uma transformação nas concepções dominantes quanto ao papel do Estado e, por conseguinte, da própria Administração Pública.

Nesse contexto de desestatização, o Estado brasileiro redimensionou sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174 CF), voltando-se para um novo modelo de regulação para a competição e para a criação de agências reguladoras,[4] dotadas de autonomia e especialização, com a natureza jurídica de autarquias com regime especial, vinculadas a uma particular concepção político-administrativa, que visa impedir influências po-

1 Este trabalho é dedicado ao Professor Kiyoshi Harada, pelo seu singular brilho intelectual, pelo exemplo de seriedade, de competência e por sua valiosa contribuição para o desenvolvimento do Direito.

2 Doutora e Mestre pela PUC/SP. Professora de Direito Administrativo da PUC/SP. Ex-procuradora do Município de São Paulo.

3 Doutor e Mestre pela PUC/SP. Professor de Direito Administrativo da PUC/SP. Procurador Regional da República na Terceira Região.

4 Como explica Caio Tácito, no Brasil o surgimento das agências reguladoras se insere no contexto de Reforma do Estado, as agências são, pois, parte do Plano Diretor da Reforma do Estado (O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 202, out./dez. 1995. p. 1-10; Agências reguladoras da administração. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 221, jul./set. 2000. p. 1-3). A propósito, ressalta Carlos Ari Sundfeld: "Nesse movimento, o Estado, antes bem distinto da sociedade, regido por um direito próprio (o direito público, oposto ao direito privado, o da sociedade), e enclausurado em estruturas hierárquicas bem marcadas, onde orbitam as autoridades públicas, exercendo solitárias o poder de modo incontestável, torna-se relativamente indefinido: a administração pública fragmenta-se em estruturas autônomas (como as agências reguladoras independentes), cresce a autorregulação privada ou oficialmente consentida, o terceiro setor assume serviços de interesse público (como os de saúde, por meio de organizações sociais) e a administração se abre à participação popular (em audiências e consultas públicas, pela instituição de conselhos consultivos para controle de órgãos estatais pela sociedade civil etc.)"(Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações* – RDIT, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 55-84, jan./jun. 2007, p. 58-59).

líticas sobre a regulação e disciplina de certas atividades atribuídas a entidades administrativas.

A ideia de regulação não é nova ou totalmente desconhecida no direito brasileiro. Desde longa data existe uma série de órgãos e entidades reguladoras, embora sem a denominação de agências, tais como o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café – IBC (1923), o Instituto do Álcool e do Açúcar – IAA (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940), o Instituto Nacional do Pinho (1941).[5]

Além desses, podem ser citados outros exemplos, como o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários-CVM, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, o Conselho Monetário Nacional-CMN, e tantas outras entidades e órgãos que exercem funções normativas e de fiscalização, mesmo que não sejam formalmente chamados de agências reguladoras.

A função regulatória do Estado tem por base a própria constituição da ordem econômica brasileira na Constituição Federal, que, em seu artigo 174, estabelece: "como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

Por influência do direito alienígena, precipuamente do direito norte-americano,[6] as agências reguladoras foram sendo criadas, a partir da segunda

5 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado. O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 3, p. 253-257, maio 2001.

6 O termo "agência" não escapou às críticas. Como observou Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a expressão foi importada do direito norte-americano, onde assume significado bastante diverso, já que a própria estrutura da Administração Pública naquele país é formada basicamente por agências, que foram conceituadas na *Administrative Procedure Act* como sendo "qualquer autoridade de governo nos Estados Unidos, esteja ou não sujeita a controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais". Lá, portanto, o vocábulo é usado como sinônimo de "ente administrativo" (*Direito administrativo*. 34 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 592). A diferença ontológica entre as instituições nacionais e aquelas do direito estrangeiro é anotada por Caio Tácito, para quem a "aproximação usualmente invocada, com o símile norte-americano e o de figuras equivalentes no plano do direito comparado, é antes terminológica do que real, em termos de substância" (TÁCITO, Caio. A reforma do Estado e a modernidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Renovar, n. 242, p. 159-162, out./dez. 2005, p. 161). Floriano de Azevedo Marques apontou as inconveniências do uso do nome "agência": "A primeira inconveniência decorre do fato de que no direito americano o termo *agencies* é utilizado para designar o gênero órgãos públicos, envolvendo tanto aqueles órgãos que aqui se quis designar (*independent regulatory agencies* ou *independent regulatory commission*) quanto outros órgãos não dotados das características de órgãos reguladores (o que lá nos EUA designam-se *executive agencies*). Assim, o primeiro problema decorreu da indefinição terminológica ditada desde logo pela origem do nome". "A segunda inconveniência se relaciona à dificuldade de encaixe do termo na tradição do direito brasileiro", que já havia utilizado o termo "agência" para designar "as agências de desenvolvimento regional; as agências de fomento, as agências como estabelecimentos – por exemplo as agências de correio franqueadas referidas no artigo 3º da lei nº 9.648/98, ou ainda o contrato de agência do novo Código Civil" (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras*: instrumentos do fortalecimento do Estado. São Paulo: ABAR, 2003, p. 22). A expressão "agência" quando empregada pela Constituição Federal, refere-se unicamente às agências

metade da década de noventa, por leis esparsas, sem que houvesse, salvo no que toca à gestão de recursos humanos, objeto da Lei 9.986, de 18 de julho de 2000, uma lei geral que as disciplinasse.

A trajetória existencial das agências reguladoras no Brasil tem sido muito peculiar. Em mais de vinte e cinco anos sucederam-se concepções distintas e opostas relativamente ao seu regime, sendo manifesta na atualidade a perda de referenciais mínimos na criação de agências reguladoras, "com evidente prejuízo para a clareza dogmática do instituto", como observa Paulo Modesto.[7]

As únicas que têm base constitucional são a Agência Nacional de Telecomunicações-ANATEL (art. 21, XI) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis-ANP (art. 177, § 2º, III); os dispositivos constitucionais utilizam a expressão órgão regulador e não o vocábulo "agência". As demais decorrem apenas de decisão do legislador, não estando inviabilizada a possibilidade de criação de órgãos reguladores em outros setores de atividades, eis que a expressa menção constitucional não pode ser interpretada numa vedação implícita.[8]

Em 2019, foi publicada a Lei n. 13.848, de 25 de junho de 2019, chamada (nova) Lei Geral das Agências, tendo como objetivo central a criação de um regime jurídico uniforme para essas autarquias especiais, procurando afastar as recorrentes críticas ao novo instituto institucionalizado no Direito Administrativo Organizatório no Brasil, notadamente quanto à falta de autonomia nos processos decisórios, politização e conflitos institucionais, em suas operações. Para atingir a uniformidade normativa pertinente à matéria, referido diploma alterou várias das leis setoriais na parte em que discrepavam do novo sistema,

financeiras oficiais de fomento (art. 165, § 2º CF) (CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 75). Em Emendas, o legislador, quando quis mencionar ente regulador, optou pela expressão "órgão regulador" (art. 177, § 2º, III, CF). Indiferente às críticas, o fato é que o legislador ordinário adotou o vocábulo "agência", que foi inserido no nosso direito administrativo e trouxe consigo a carga de significado que assume em ordenamentos estrangeiros. A opção pelo uso da expressão – que já foi atribuída aos efeitos da globalização (MODESTO, Paulo. Globalização e administração pública indireta: agências executivas e transplantação linguística. *Revista Eletrônica Mensal do Centro de Pesquisas Jurídicas*, Salvador, n. 28, set. 2002) – tem contribuído para a equivocada compreensão dos novos instrumentos da modernidade administrativa. Não bastasse a confusão gerada a partir da associação equivocada do termo agência ao significado que a expressão recebe no estrangeiro, no Brasil "agência executiva" e "agência reguladora" são expressões que designam realidades muito diversas e a coincidência do nome sugere que entre elas exista muito em comum, o que não é verdade.

7 MODESTO, Paulo. Agências Executivas: organização administrativa entre o casuísmo e a padronização. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 6, set. 2001, p. 8, nota n. 10. Registra esse Autor que, com a denominação de agências reguladoras, foram criadas autarquias que não regulam atividades econômicas nem agentes delegados do Estado, mas que são ocupadas com o fomento de setores culturais ou atividades livres à iniciativa privada e, quando muito, são titulares de restritos poderes de polícia administrativa, apontando como exemplos dessa "perversão" do conceito de "agência reguladora" a ANVISA e a ANCINE.

8 Nessa linha: JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 394.

bem como modificou a Lei n. 9.986/2000 para padronizar as regras relativas aos mandatos dos dirigentes de todas as agências.

Seu âmbito pessoal de aplicação é limitado, tendo em conta que, para os efeitos da Lei n. 13.848/2019, e da Lei n. 9.986/2000, somente serão consideradas como agências reguladoras as referidas no artigo 2º da Lei n.13.848/19,[9] sem prejuízo de sua aplicação às autarquias especiais caracterizadas e criadas a partir de sua vigência (art. 2º, parágrafo único). Com relação ao CADE, o artigo 51 dessa lei determina a aplicação do artigo 3º (sobre natureza especial das agências reguladoras), e, no que couber, dos artigos 14 a 20 (inseridos no capítulo da prestação de contas, do controle social e planejamento estratégico).[10]

Dessa forma, embora outras entidades exerçam função reguladora semelhante à atribuída às agências reguladoras, as duas leis citadas somente se aplicam às entidades criadas com essa denominação na esfera federal, sendo possível a criação e regulamentação de entidades com a mesma natureza por outros entes federativos, segundo suas próprias leis.

A Lei nº 13.848 é uma lei federal, restrita à disciplina da regulação independente no âmbito da União, que não tem competência para editar normas gerais nesta matéria, nos termos da distribuição de competências legislativas perfilhada na estrutura federativa desenhada na Constituição Federal. Todavia, é inegável que servirá de parâmetro para o aperfeiçoamento, alteração ou criação de modelos administrativos similares nas demais unidades federativas.

---

9 Art. 2º Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000: I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI - a Agência Nacional de Águas (ANA); VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM). Parágrafo único. Ressalvado o que dispuser a legislação específica, aplica-se o disposto nesta Lei às autarquias especiais caracterizadas, nos termos desta Lei, como agências reguladoras e criadas a partir de sua vigência.

10 Salienta Aragão: "De certa forma, a disposição legal coincide com o que a doutrina nacional tradicionalmente costuma chamar de Agência. No Brasil, as Agências Reguladoras se tomaram um fenômeno histórico. Ou seja, a partir de determinada data, todas as entidades que possuíssem algumas características, quais sejam: (i) competência reguladora, no sentido de estabelecer normas e disciplinar agentes econômicos; (ii) autonomia orgânica, no sentido da garantia de mandato fixo; e (iii) autonomia funcional, no sentido de, pelo menos em princípio, ser a última instância administrativa, passavam a se chamar e a serem classificadas como agências reguladoras. Dessa maneira, a partir da onda de desestatização da década de 1990, as entidades que foram criadas com esse arcabouço organizacional e com o nome de agência passaram a ser reconhecidas como agências reguladoras. A Lei consolida esse paradigma empírico e doutrinário. Autarquias como o CADE e a CVM, contudo, exatamente por terem sido criadas antes do referido período e sem o nome de agência, até hoje não costumam ser tratadas como as agências reguladoras, apesar de terem um arcabouço autonômico muitíssimo semelhante ao das entidades enumeradas pela Lei" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Considerações iniciais sobre a lei geral das agências reguladoras. *Revista de Direito da Administração Pública*, v. 1, p. 7-23, jan./jun. 2020).

2. A ESTRUTURA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O legislador optou por enquadrar as agências reguladoras no gênero autarquia, pessoa jurídica de direito público, e, sendo autarquias, não constituem um novo modelo organizacional dentro da Administração Pública Brasileira. Deve-se, então, verificar o que há de peculiar no regime das agências reguladoras em confronto com a generalidade das autarquias.

Essas figuras envolvem o exercício de um amplo poder normativo (o poder de ditar normas, no plano infralegal e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, padrões abstratos e genéricos – *standards* contidos na lei), outorgado pelos diversos diplomas legais que as têm instituído, cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório, o de dirimir conflitos de interesses entre agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a própria agência, ou mesmo entre tais agentes e usuários.

Desenvolvem uma tripla regulação: a "regulação dos monopólios", visando atenuar o efeito das forças de mercado, através de controles de preços e da qualidade do serviço; a "regulação para a competição", a fim de criar condições para existência e manutenção da concorrência e a "regulação social", objetivando à universalização dos serviços, que agora obedece a uma certa tendência à eliminação dos subsídios cruzados.

Por fim, a circunstância de agirem sem subordinação ao Poder Executivo (daí a "independência", expressão certamente exagerada, sendo melhor falar-se em autonomia funcional).[11] Busca-se assegurar uma regulação imparcial, pautada pela melhor tecnicidade, dotadas de maior proteção contra as ingerências meramente políticas, que poderiam prejudicar o desempenho de sua atribuição de interesse público. A regulação independente é, inequivocamente, uma exigência de investidores internacionais, para dar credibilidade às políticas estatais reformuladas em contexto de desestatização da economia.[12]

---

11 Em termos ortodoxos, autonomia expressa a capacidade de editar direito próprio, dar ou reconhecer as normas de sua própria ação, prerrogativa exclusiva de entidades dotadas de poder político. Nesse sentido, as autarquias, como entidades de capacidade exclusivamente administrativa, não são autônomas. Mas a expressão autonomia também é empregada no sentido de autoadministração, de esfera de atuação independente, de prerrogativa administrativa de solver, em última instância, questões na intimidade de uma entidade em relação a outras de igual ou diferente natureza. Autonomia, nesse sentido, é conceito que conhece graus de realização, conforme a entidade de administração indireta sujeite-se a controles mais ou menos amplos por parte da Administração Direta e possua, consequentemente, maior ou menor raio de ação independente de determinações administrativas exteriores. É nesta segunda acepção, igualmente legítima, usual em textos normativos (v.g., CF, arts 37, § 8º; 99, *caput*; 127, § 2º; 207, *caput*; 217, I, entre outras), que a palavra autonomia será empregada neste trabalho e pode ser referida no tratamento das autarquias.

12 Floriano Azevedo Marques Neto destaca que, do ponto de vista dos interesses que incumbe proteger, as agências se prestam, basicamente, a: "i) mediar interesses específicos existentes no segmento regulado; ii) implementar políticas públicas definidas pelos espaços decisórios do poder político; iii) tutelar e proteger os interesses dos segmentos hipossuficientes encontradiços no setor. Segue daí que sua atividade de revelar-se-á na perspectiva de uma mediação ativa, ou seja, uma atividade que, paralelamente à ne-

Diante dos poderes de largo alcance conferidos às agências reguladoras, costuma-se afirmar que essas entidades gozam de certa margem de independência em relação aos três Poderes de Estado: poderes quase-judiciais, quase-legislativos e quase-regulamentares.

O debate sobre os limites da autonomia das agências é antigo, tem sido objeto de reflexão em muitos países que se viram influenciados por essa "onda" da "agencificação".[13]

Na Espanha, García de Enterría afirma que o qualificativo "independência" tem sido usado abusivamente pelos que tratam da matéria, quando, na

cessária mediação dos interesses dos operadores, dos usuários (consumidores) e do poder político, implemente as metas da política pública vigente no setor, viabilizando em especial o atendimento das parcelas mais vulneráveis da Sociedade (interesses dos hipossuficientes)" (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 92). O mesmo autor reporta-se a três grandes linhas de características do novo contexto da atividade regulatória estatal, a saber: "i) uma maior permeabilidade da atividade regulatória aos interesses existentes da Sociedade; ii) uma maior capacidade de arbitramento entre estes interesses; e iii) um novo tipo de autoridade estatal. A maior permeabilidade [...] se revela na necessidade de estabelecimento de canais com a Sociedade; na absoluta transparência na e da atividade regulatória; na preexistência de ritos e regras claras para exercício desta atividade e principalmente no estabelecimento de uma interlocução explícita com os atores sociais, políticos e econômicos envolvidos no específico segmento objeto da regulação.[...]. De outro lado, os novos órgãos reguladores devem reunir uma grande capacidade de arbitramento dos interesses envolvidos com a atividade regulatória. Isso faz imperativa: i) a detenção pelo órgão de profundo conhecimento no setor regulado (obrigando-o a recrutar e manter os melhores quadros); ii) o pleno domínio dos conceitos, princípios e pressupostos do setor (nível elevado de especialização); bem como iii) o permanente acompanhamento dos rumos do setor, com o monitoramento de todos os movimentos tecnológicos, empresariais e econômicos que ocorrem, em âmbito nacional e internacional, no segmento. Paralelamente a essa *expertise*, é imprescindível que o órgão regulador seja pautado por uma política pública clara, democraticamente definida e que contenha de forma precisa os objetivos governamentais que se quer ver implementados no setor. Será a partir destes objetivos que se poderá verificar se a atividade regulatória está sendo exercida de maneira adequada. De outro lado, serão estas pautas (definidas com sua colaboração técnica, mas não pelo órgão regulador) que darão ao agente regulatório parâmetros e limites para sua atuação. Por fim, o terceiro traço refere-se à nova autoridade inerente ao novo momento da regulação estatal. Os órgãos reguladores de nova geração substituem a autoridade unilateral e adjudicatória pela autoridade negocial, permanentemente construída. De nada adianta o agente público executar sua atividade regulatória tentando adjudicar unilateralmente direitos, ditar normas ou aplicar sanções em face de consumidores cada vez mais articulados ou de agentes econômicos cada vez mais fortes e internacionalizados. Assim, a legitimação desta autoridade terá que se dar muito menos pela presunção da supremacia e inoponibilidade do poder estatal (poder extroverso), e muito mais: i) pelo respeito às regras do jogo; ii) pela clareza dos objetivos e princípios estabelecidos pelo setor; iii) pela transparência do procedimento regulatório; iv) pela capacidade de interlocução com os diversos atores envolvidos; e v) pela detenção do conhecimento técnico aplicável ao setor (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 90-92).

13 A expressão tem sido utilizada para designar o fenômeno da criação de entidades com maior ou menor grau de independência em relação ao poder executivo, sob inspiração do direito norte-americano (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública:* concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 233). Ressalva-se que, no Reino Unido, o termo designa o processo de criação de "agências executivas", também conhecidas como "agências dos próximos passos" (*nextsteps agencies),* que, como todos sabem, não se confundem com os entes reguladores (UNITED KINGDOM. House of Lords. *Select comittee on the public service report*. London: The Stationery Office, 1998, p. 27)

verdade, essa independência nunca é total, assim como não é total a ruptura dos vínculos que unem essas autoridades com o governo. Para esse autor, a independência, em sentido próprio, significaria afronta à Constituição, que atribui ao Poder Executivo o poder de direção e controle da administração.

O que existe é um "simples reforço da autonomia de gestão para melhor serviço dos valores que a Constituição proclama". Por isso, a criação dessas entidades com autonomia reforçada só se justifica quando essa "neutralização" seja "exigida pela realidade, avalizada por um apreciável consenso social e se sustente em algum valor constitucionalmente relevante". Mesmo nesses casos, ressalva, a independência reforçada nunca poderá traduzir-se numa ruptura total dos vínculos que sempre existirão entre elas, o Governo, o Parlamento. Tampouco poderá significar "isenção do controle judicial".[14]A exceção, no caso espanhol, fica por conta do Banco de España, cuja autonomia tem fundamento no Tratado da União Europeia.

A questão pertinente à autonomia das agências precisa ser analisada em termos compatíveis com o regime constitucional brasileiro.

O artigo 3º da Lei 13.848/19 estipula que: "A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação."

Com esse dispositivo a Lei 13.848 pretendeu estabelecer os termos em que se efetua a autonomia das agências reguladoras federais diante do Poder Executivo da União, mas o fez de uma maneira imprecisa, confusa, inadequada.

A norma menciona, de início, (i) a ausência de tutela ou (ii) de subordinação hierárquica como algumas das características capazes de firmar a "natureza especial conferida à agência reguladora".

Observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, em relação

> à ausência de tutela, tem-se a impressão de que a expressão foi utilizada como sinônimo de ausência de subordinação hierárquica (pelo uso do vocábulo "ou", que separa as duas expressões). Na realidade, doutrinariamente, as duas expressões não se equivalem, já que a hierarquia supõe subordinação, que existe dentro da mesma pessoa jurídica, entre órgãos da Administração Pública

14 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. v. I. p. 435-436. Alexandre Santos de Aragão também destaca que "a qualificação de "independente", conferida a muitas das agências reguladoras, deve ser entendida em termos. Em nenhum país onde foram instituídas possuem independência em sentido próprio, mas apenas uma maior ou menor autonomia, dentro dos parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico. Neste aspecto revela-se a grande heterogeneidade das agências reguladoras: algumas são dotadas de considerável extensão de poderes autônomos, outras nem tanto, havendo ainda as que sequer podem ser consideradas como "independentes" ou autônomas" (As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 13, abr./maio 2002).

> independentemente de previsão legal, enquanto a tutela supõe vinculação de uma pessoa jurídica a outra, para fins de controle de legitimidade e de resultado e somente se exerce nos casos expressamente previstos em lei(...).[15]

Controle ou tutela é o conjunto de atos que a Administração Central pratica – exercido nos limites da lei – a fim de conformar as autarquias à observância de seus fins próprios. É, pois, um poder de influir sobre elas. A pessoa autárquica não é subordinada à Administração Central, pois sua criação significa uma ruptura da hierarquia unificadora do aparelho administrativo**.** A tutela não se confunde com a hierarquia. Esta é contínua, permanente e total em relação aos órgãos e agentes inferiores; aquela, esporádica e pontual, só é cabível se tiver previsão expressa na lei e se manifesta apenas em relação aos atos ou matéria nela indicados.

É certo que não existe subordinação hierárquica entre qualquer tipo de entidade da administração indireta e os órgãos da administração direta. Não há que se falar, contudo, na inexistência de tutela, já que alguma tutela sempre existirá, haja vista que, quando as entidades da Administração Indireta são instituídas por lei, inclusive as agências reguladoras, já ficam vinculadas a órgão da Administração Direta, precisamente para fins de controle (ou tutela).

Além de exigências constantes das leis instituidoras, a própria Lei nº 13.848 prevê alguns instrumentos de tutela, como a exigência prevista no artigo 3º, § 2º, inciso I.

Como a atividade regulatória governa-se pela tecnicidade, é intolerável esta submissão da gestão administrativa de carreiras da Agência ao Ministério. Neste aspecto, a lei só demonstra o grau de concentração de poderes decisórios na Administração Direta.

É relevante destacar que a autonomia administrativa pode ser assegurada à luz de determinadas diretrizes. É o que determina o artigo 3º, §3º, quando preconiza que "devem adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção".

3. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA

O alcance das finalidades de interesse público das agências, evitando qualquer forma de ´risco de captura de sua gestão´, pressupõe a escolha de dirigentes independentes, especializados e experientes, e não indicados exclusiva-

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 34. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 597-598.

mente por razões políticas ou por apadrinhamento ou para atender a objetivos partidários.[16]

A Lei 13.848//2019 estabelece um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas no que tange à autonomia político-administrativa.

A Lei Geral reformulou as regras contidas na Lei n° 9.986/2000, na parte em que trata dos requisitos para investidura no cargo de conselheiro ou diretor das agências, impedimentos para nomeação e vedações no exercício da função. Nesse aspecto, a Lei Geral tratou de uniformizar tais regras, tendo como base a Lei das Estatais (Lei n° 13.303/2016).

As agências são dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada, nos termos do art. 4º da Lei n. 9.986/2000, alterado pela Lei n. 13.848/2019, órgão que será composto de até 4 (quatro) Conselheiros ou Diretores e 1 (um) Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral, com mandatos não coincidentes, de modo que, sempre que possível, a cada ano ocorra o término de um mandato e uma consequente nova indicação (§ 1º).[17]

Nos termos do artigo 5º da Lei 9.986/00, todos os dirigentes "serão brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea "f" do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento no campo de sua especialidade. O mesmo dispositivo estabelece exigências de experiência profissional e de formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado.[18][19]

16 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* A Lei n° 13.848/2019. Atualização de José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Gustavo Casillo Ghideti. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 376.

17 Para o cumprimento da regra da não coincidência de mandatos, o artigo 50 da Lei Geral inclui regras de transição para duração dos mandatos dos dirigentes das agências nomeados a partir da entrada em vigor da Lei n° 13.848/2019.

18 O nomeado para o cargo de dirigente da agência deve preencher, ainda, um dos seguintes requisitos de experiência profissional mínima de: a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, no campo de atividade da agência reguladora ou em área a ela conexa, em função de direção superior; b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos: 1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa no campo de atividade da agência reguladora, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa; 2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público; 3. cargo de docente ou de pesquisador no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; ou c) 10 (dez) anos de experiência como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa. Em todos os casos, o requisito deverá ser cumulado com a formação acadêmica compatível com o cargo indicado.

19 A Lei 13.848/19 é mais rigorosa do que a Lei das Estatais quanto ao período mínimo de comprovação da experiência profissional como profissional liberal (artigo 5º, II, c), exigindo 10 anos, ao invés dos 4 anos previstos na Lei 13.303 (artigo 17, I, c). "O maior rigor pode derivar da natureza da atividade reguladora, que reclamaria maior experiência, ou de uma constatação de que o intervalo temporal mínimo estabelecido na 13.303 seria insuficiente" (FORTINI, Cristiana; FAJARDO, Gabriel Fajardo. A nova Lei das Agências Reguladoras: impressões iniciais. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/interesse-publico-lei-agencias-reguladoras-impressoes-iniciais. Acesso em: 30 jul. 2021).

Na proposta do Projeto de Lei 6.621/2016, havia a previsão de que a escolha dos dirigentes das agências seria precedida de processo público de pré-seleção de lista tríplice a ser formulada por comissão de seleção, com posterior submissão ao Presidente da República para indicação e aprovação pelo Senado.

Os dispositivos[20]foram vetados pelo Presidente da República sob a alegação de que o processo público de formação de lista tríplice seria inconstitucional porque violaria o princípio da separação de poderes, retirando do Presidente da República a liberdade de escolha dos nomes a serem indicados para apreciação pelo Senado. Os vetos foram posteriormente mantidos no Congresso Nacional, preservando o modelo atual no qual a escolha dos dirigentes das agências é prerrogativa absoluta do Poder Executivo, cabendo ao Senado Federal apenas analisar e votar a referida indicação, mantida a exigência de requisitos técnicos para ocupação do cargo, a exemplo da experiência profissional no ramo.[21]

---

20 Conferir: §§ 1º ao 4º e § 6º do art. 5º da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, alterados pelo art. 42 do projeto de lei: "§ 1º A escolha, pelo Presidente da República, de Conselheiros, Diretores, Presidentes, Diretores-Presidentes e Diretores-Gerais de agências reguladoras, a serem submetidos à aprovação do Senado Federal, será precedida de processo público de pré-seleção de lista tríplice a ser formulada em até 120 (cento e vinte) dias antes da vacância do cargo decorrente de término de mandato, ou em até 60 (sessenta) dias depois da vacância do cargo nos demais casos, por comissão de seleção, cuja composição e procedimento serão estabelecidos em regulamento.§ 2º O processo de pré-seleção será amplamente divulgado em todas as suas fases e será baseado em análise de currículo do candidato interessado que atender a chamamento público e em entrevista com o candidato pré-selecionado.§ 3º O Presidente da República fará a indicação prevista no caput em até 60 (sessenta) dias após o recebimento da lista tríplice referida no § 1º.§ 4º Caso a comissão de seleção não formule a lista tríplice nos prazos previstos no § 1º, o Presidente da República poderá indicar, em até 60 (sessenta) dias, pessoa que cumpra os requisitos indicados no caput. [...] § 6º Caso o Senado Federal rejeite o nome indicado, o Presidente da República fará nova indicação em até 60 (sessenta) dias, independentemente da formulação da lista tríplice prevista no § 1º."

21 "Não acreditamos, contudo, que esse fundamento, de índole constitucional, foi muito apropriado, uma vez se tratar de lista tríplice feita por uma comissão designada pelo Presidente da República e de acordo com regulamento por ele estabelecido. Tudo estaria, então, no âmbito da própria presidência, sem que isso limitasse o poder do chefe do Executivo. Argumento potencialmente mais impressionante seria aquele de ordem mais prática. É possível indagar se esse procedimento de seleção pública não afastaria exatamente aquelas pessoas que tivessem uma expertise técnica mais aprofundada e uma reputação técnica maior. Em outras palavras, será que um grande *expert* de determinado setor apresentaria seu currículo para ser avaliado por uma comissão? Pouco provável que alguém com grande reputação e nome consolidado no mercado se submetesse a tal crivo público. No que tange à questão da politização, da partidarização, também se questiona se a medida seria capaz de pelo menos inibi-la. Logicamente, a liderança política ou empresarial poderia instruir determinado candidato a apresentar seu currículo e tomar essa comissão um jogo de cartas marcadas. Ressalvada esta possibilidade, é preciso ter em conta que a politização, por si só, não é algo necessariamente ruim. Não é à toa que a nomeação dos diretores é feita pelo Presidente da República e a aprovação passa pelo Senado Federal. Há um crivo político. Nenhum técnico é técnico sem ter uma história pessoal e de pensamentos próprios. Se o presidente da república foi eleito, por mais que, individualmente, aprove-se ou não a tendência política dele, ele foi eleito também para trazer a sua visão para os entes reguladores, dentro dos limites colocados pelas respectivas leis, como os mandatos não coincidentes. O que não se pode confundir é influência política, nesse bom sentido, até mesmo de legitimação democrática dos membros das agências reguladoras, com o mero tráfico de influência política, econômica. E pode até ser que a indicação dita política nem seja estritamente política." (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Considerações iniciais sobre a lei geral das agências reguladoras. *Revista*

A proposta da lista tríplice aprovada no texto inicial objetivava ampliar a independência das agências e a escolha técnica do processo de escolha de seus dirigentes. Tais processos, contudo, acabam conduzindo ao fortalecimento da burocracia, que já é bastante acentuado.

Nos termos do art. 6º da Lei n. 9.986/2000, com a redação da Lei n. 13.848/19, "o mandato dos membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada das agências reguladoras será de 5 (cinco) anos, vedada a recondução, ressalvada a hipótese do § 7º do art. 5º". Na ocorrência de "vacância no cargo de Presidente, Diretor-Presidente, Diretor-Geral, Diretor ou Conselheiro no curso do mandato", este "será completado por sucessor investido na forma prevista no caput exercido pelo prazo remanescente, admitida a recondução se tal prazo for igual ou inferior a 2 (dois) anos".

A propósito, Alexandre Santos de Aragão comenta:

> Trata-se de tema que gera muita polêmica, pois se, por um lado, se pode perder a experiência e a possibilidade de recondução de diretores muito competentes, por outro, com a recondução, pode-se dar uma chance à adulação. Em outras palavras, pode-se criar um cenário em que o dirigente, a fim de ser reconduzido, tente agradar de todas as maneiras a quem pode nomeá-lo de novo. Entre os prós e contras, entendemos que a vedação de recondução possui mais vantagens, especialmente em face dos grandes poderes conferidos aos diretores das agências e da sua necessária imparcialidade.[22]

Quanto aos impedimentos, a Lei Geral inseriu o artigo 8°-A da Lei n° 9.986/2000, contendo rol taxativo de pessoas que não poderão ser indicadas para os cargos de dirigentes das agências, quais sejam: (i) de Ministro de Estado, Secretário de Estado, Secretário Municipal, dirigente estatutário de partido político e titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados dos cargos; (ii) de pessoa que tenha atuado, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral ; (iii) de pessoa que exerça cargo em organização sindical; (iv) de pessoa que tenha participação, direta ou indireta, em empresa ou entidade que atue no setor sujeito à regulação exercida pela agência reguladora em que atuaria, ou que tenha matéria ou ato submetido à apreciação dessa agência reguladora; (v) de pessoa que se enquadre nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990; (vi) de membro de conselho ou de diretoria de associação, regional ou nacional, representativa de interesses patronais ou trabalhistas ligados às atividades reguladas pela respectiva agência.

---

de Direito da Administração Pública, ano 5, v. 1, p. 7-23, jan./jun. 2020).

22 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Considerações iniciais sobre a lei geral das agências reguladoras. *Revista de Direito da Administração Pública*, ano 5, v. 1, p. 7-23, jan./jun. 2020.

O mesmo dispositivo, acertadamente, busca evitar o nepotismo, vez que, no parágrafo único, estabelece que a vedação prevista no inciso I do caput estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.[23][24]

Não podem os membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada ser exonerados pelo Presidente da República discricionariamente, porque eles têm investidura a termo, ou seja, são nomeados para prazo determinado fixado na lei, e só podem perder o mandato antes do seu término nas hipóteses previstas no artigo 9º da Lei 9.986/00 (redação da Lei n. 13.848/19, quais sejam: (i) em caso de renúncia; (ii) em caso de condenação judicial transitada em julgado ou de condenação em processo administrativo disciplinar; (iii) por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 8º-B da Lei (que indica as atividades vedadas aos membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada).[25]Tratam-se, portanto, de hipóteses taxativas de desligamento

23 Entre as hipóteses de impedimento, ressaltamos que aquela referida no inciso VI, do novo artigo 8-A da Lei n° 9.986/2000, foi vetada pelo Presidente da República e o seu veto foi posteriormente mantido pelo Congresso Nacional. O impedimento do inciso VI tratava de uma espécie de "quarentena prévia", na qual não poderiam ser indicadas para as agências, pessoas que, nos 12 meses anteriores, tenham atuado como acionistas, sócios, administradores, gerentes, membros do Conselho Fiscal ou empregados, ainda que meros prestadores de serviços, de empresas ou grupos econômicos cujas atividades estejam relacionadas com os setores regulados pela respectiva agência. Na justificativa do veto presidencial, com o qual nos alinhamos, argumenta-se que a referida restrição "exige tempo demasiado de afastamento prévio, limitando de forma exagerada a participação de pessoas que tenham experiência no setor privado". Além disso, é preciso recordar que já no acabou legal pátrio, sólidas disposições a respeito da prevenção e repressão ao conflito de interesses no âmbito da administração pública federal, por meio da Lei n° 12.813/2013. Isso porque, sob pena de proteger as agências do risco de captura pelos setores regulados, a hipótese de impedimento, corretamente vetada pelo Presidente, ao exigir uma quarentena prévia de 12 meses, acabava por impedir a indicação de quaisquer pessoas oriundas do setor privado para a composição da diretoria das agências, comprometendo a sua necessária pluralidade.

24 CNT questiona exclusão de dirigentes sindicais da direção de agências reguladoras**.** A Confederação Nacional do Transporte (CNT) ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6276) contra as alterações introduzidas pela Lei 13.848/2019 na Lei 9.986/2000, que dispõe sobre a indicação de membros na estrutura diretiva das agências reguladoras. O relator é o ministro Edson Fachin. Os incisos III e VII do artigo 8º-A da norma proíbem a indicação para o Conselho Diretor ou para a Diretoria Colegiada dessas entidades de pessoa que exerça cargo em organização sindical e de membro de conselho ou de diretoria de associação representativa de interesses patronais ou trabalhistas ligados às atividades reguladas pela respectiva agência. Na avaliação da CNT, os dispositivos discriminam os sindicalistas e trazem a presunção de que pessoas que exercem atividades sindicais teriam interesses escusos e poderiam causar danos às agências reguladoras. Para a confederação, as questões classistas (patronais e trabalhistas) não são cerne da atuação desses órgãos. Por isso, sustenta que não há incompatibilidade ou qualquer outro motivo que justifique a restrição. Rito abreviado**.** O relator da ação, ministro Edson Fachin, em vista da relevância da matéria e de seu significado para a ordem federativa e constitucional, adotou o rito previsto no artigo 12 da Lei das ADIs (Lei 9.868/1999), que autoriza o julgamento diretamente no mérito pelo Plenário, sem prévia análise do pedido de liminar. O ministro solicitou informações ao Congresso Nacional e à Presidência da República no prazo comum de dez dias. Após, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República terão cinco dias, sucessivamente, para se manifestarem (Disponível em: https://jusdecisum.com.br/cnt-questiona-exclusao-de-dirigentes-sindicais-da-direcao-de-agencias-reguladoras/. Acesso em: 30 jul. 2021).

25 Art. 8º-B. Ao membro do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada é vedado: I - receber, a qualquer

unilateral e, quando se revestem de caráter sancionatório, exigem observância do devido processo legal.

Na dicção legal, é conferida forma de estabilidade, durante o período que exercem a função. A rejeição pelo Senado ao nome indicado pelo Presidente acarretará o não aperfeiçoamento da investidura.

Salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que

> a lei não indica as infrações que podem justificar a instauração de processo administrativo disciplinar e resultar na perda do mandato. Sem dúvida, incluem-se, entre essas infrações, os atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, com aplicação das normas sobre procedimento administrativo, estabelecidas no artigo 14. Também se consideram aplicáveis as normas da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que estabelece o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas.[26]

Não há, deveras, justificativa para excluir estes agentes dos sistemas de responsabilização administrativa, e por ato de improbidade administrativa, inseridos no Direito Administrativo Sancionador.

A duração dos mandatos e a aplicação da regra de não coincidência são instrumentos institucionalizados pela Lei n. 13.848/2019 como forma de se evitar a concentração de indicações de dirigentes de determinada agência por um único governo. A modelação agasalhada na lei geral não viola a atribuição exclusiva do Chefe do Poder Executivo, prevista no artigo 84, inciso II, fundamento constitucional da função estatal de governo. Violaria somente se determinado governo não tivesse oportunidade para promover indicações, o que não é o caso, pois com a modelagem há natural rodízio.

Por sua vez, a vedação à recondução busca garantir maior independência e liberdade para os dirigentes no exercício dos seus mandatos, retirando qualquer incentivo à pressão política como forma de obtenção de apoio para eventual recondução. Esta vedação também é essencial para assegurar imparcialidade e objetividade, habilitando o titular do cargo que dedique exclusividade ao atendimento dos interesses públicos no período do mandato.

---

título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas; II - exercer qualquer outra atividade profissional, ressalvado o exercício do magistério, havendo compatibilidade de horários; III - participar de sociedade simples ou empresária ou de empresa de qualquer espécie, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, membro de conselho de administração ou conselho fiscal, preposto ou mandatário; IV - emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou atuar como consultor de qualquer tipo de empresa; V - exercer atividade sindical; VI - exercer atividade político-partidária; VII - estar em situação de conflito de interesse, nos termos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 (dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego).

26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 34. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 600.

Outro ponto a ser destacado na Lei Geral é a previsão, no art. 10 da Lei n. 9.986/2000, com a redação da Lei n. 13.848/2019, de listas provisórias de substituição, a serem implementadas nas agências como forma de se evitar a paralisia decisória dos órgãos reguladores, decorrente da falta de número mínimo de dirigentes para realização das reuniões deliberativas, que é prejudicial para os investimentos. A Lei veio para corrigir essa disfuncionalidade, diante dos sucessivos apagões, decorrentes do término simultâneo de vários mandatos de diretores e da morosidade com que as novas indicações são formuladas pelo Poder Executivo e aprovadas pelo Senado Federal.

No regime aprovado, em caso de vacância no curso do mandato, exercerá o cargo vago o integrante escolhido e designado pelo Presidente da República entre três indicados para cada vaga na lista pelo Conselho Diretor, integrantes da lista de substituição. Na ausência da designação do substituto até 31 de janeiro do ano subsequente à indicação, exercerá o cargo vago, interinamente, o superintendente ou o titular de cargo equivalente, na agência reguladora, com maior tempo de exercício na função. Destaque-se que o mesmo substituto não poderá exercer interinamente o cargo por mais de 180 dias contínuos, devendo ser convocado outro substituto, na ordem da lista, caso a vacância do titular se estenda além desse prazo.

Cada servidor poderá permanecer por, no máximo, dois anos contínuos na lista de substituição, somente podendo a ela ser reconduzido após dois anos. Além disso, estenderam-se ao substituto os mesmos requisitos subjetivos quanto à investidura, às proibições e aos deveres impostos aos membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada, enquanto permanecer no cargo.

Questiona-se o mandato com prazo fixo, ou seja, a possibilidade de introdução, em nosso sistema jurídico, de regras similares àquelas adotadas em outros países, destinadas a tutelar os administradores de agências contra demissão imotivada. O modelo foi objeto de controvérsia sob o argumento de que a esquematização constitucional excluiria a possibilidade de conjugar-se a livre investidura no cargo (sem concurso), por prazo determinado e com garantia contra livre exoneração, pois a Constituição Federal, no art. 37, inciso II, estatui que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão, que são de livre nomeação e exoneração.

O Supremo Tribunal Federal foi levado anteriormente a tratar dessa questão, se seria ou não viável limitar o poder do Executivo de exonerar ocupante de cargo não provido por concurso. O Pretório Excelso, naquela oportunidade, entendeu tratar-se de um mecanismo inconstitucional, sob a argumentação de que só existem dois tipos de cargos: ou são efetivos e há o direito à estabilidade, ou são de livre provimento e há o poder de livre exoneração, sem estabilidade dos dirigentes.

Esta posição jurisprudencial foi consolidada pela Súmula nº 25, vigente ainda o regime constitucional de 1946, que dispõe: "A nomeação a termo não impede livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia." Note-se que referida Súmula era excepcionada em relação aos reitores das universidades públicas, geralmente de natureza autárquica, conforme dispõe a Súmula 47: "Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura." A força desse enunciado decorria da vitaliciedade da cátedra. O cargo de reitor era projeção do exercício da cátedra.

Mais recentemente, o STF discutiu o alcance da Súmula 25, requerida na ADIN nº 1949, promovida pelo Governador do Rio Grande do Sul, e este entendimento foi revertido, ao admitir a demissão, porém, com necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo Chefe do Executivo.[27]

27 Conferir: Ação direta de inconstitucionalidade. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). Necessidade de prévia aprovação pela Assembleia Legislativa da indicação dos conselheiros. Constitucionalidade. Demissão por atuação exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa à separação dos poderes. Vácuo normativo. Necessidade de fixação das hipóteses de perda de mandato. Ação julgada parcialmente procedente. 1. O art. 7º da Lei estadual nº 10.931/97, quer em sua redação originária, quer naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, determina que a nomeação e a posse dos dirigentes da autarquia reguladora somente ocorram após a aprovação da indicação pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. A Constituição Federal permite que a legislação condicione a nomeação de determinados titulares de cargos públicos à prévia aprovação do Senado Federal, a teor do art. 52, III. A lei gaúcha, nessa parte, é, portanto, constitucional, uma vez que observa a simetria constitucional. Precedentes. 2. São inconstitucionais as disposições que amarram a destituição dos dirigentes da agência reguladora estadual somente à decisão da Assembleia Legislativa. O voluntarismo do legislador infraconstitucional não está apto a criar ou ampliar os campos de intersecção entres os poderes estatais constituídos sem autorização constitucional, como no caso em que se extirpa a possibilidade de qualquer participação do governador do estado na destituição do dirigente da agência reguladora, transferindo-se, de maneira ilegítima, a totalidade da atribuição ao Poder Legislativo local. Violação do princípio da separação dos poderes. 3. Ressalte-se, ademais, que conquanto seja necessária a participação do chefe do Executivo, a exoneração dos conselheiros das agências reguladoras também não pode ficar a critério discricionário desse Poder. Tal fato poderia subverter a própria natureza da autarquia especial, destinada à regulação e à fiscalização dos serviços públicos prestados no âmbito do ente político, tendo a lei lhe conferido certo grau de autonomia. 4. A natureza da investidura a termo no cargo de dirigente de agência reguladora, bem como a incompatibilidade da demissão ad nutum com esse regime, haja vista que o art. 7º da legislação gaúcha prevê o mandato de quatro anos para o conselheiro da agência, exigem a fixação de balizas precisas quanto às hipóteses de demissibilidade dos dirigentes dessas entidades. Em razão do vácuo normativo resultante da inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97 e tendo em vista que o diploma legal não prevê qualquer outro procedimento ou garantia contra a exoneração imotivada dos conselheiros da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), deve a Corte estabelecer, enquanto perdurar a omissão normativa, as hipóteses específicas de demissibilidade dos dirigentes dessa entidade. 5. A teor da norma geral, aplicável às agências federais, prevista no art. 9º da Lei Federal nº 9.986/2000, uma vez que os dirigentes das agências reguladoras exercem mandato fixo, podem-se destacar como hipóteses gerais de perda do mandato: (i) a renúncia; (ii) a condenação judicial transitada em julgado e (iii) o procedimento administrativo disciplinar, sem prejuízo de outras hipóteses legais, as quais devem sempre observar a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo. 6. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual

Sobressai a questão de saber se a garantia dos mandatos por todo o prazo previsto pode ou não se estender além de um mesmo período governamental.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que não, por violar o princípio republicano, cuja essência é a temporariedade dos mandatos, e, em última instância, configurar uma fraude contra o próprio povo, ao impedir que o novo Presidente imprima, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa que foi sufragada nas urnas.[28] Nesse diapasão, conclui Leila Cuéllar pela inconstitucionalidade dessa regra, que afronta o princípio democrático ao possibilitar a extensão do governo no tempo em algumas das principais atividades administrativas.[29]

Por sua vez, outros autores se posicionam pela constitucionalidade da ausência de coincidência dos mandatos, uma vez que os dirigentes são independentes e responsáveis por decisões técnicas (e não políticas), bem como os órgãos colegiados das agências são formados por correntes diversas de pensamento da sociedade (pluralismo político). Nesse sentido, Marcos Juruena Villela Souto,[30] Floriano de Azevedo Marques Neto.[31] Lúcia Valle Figueiredo não considerava essa limitação ao Chefe do Executivo atentatória à independência dos poderes, tendo-a até como muito salutar "para que não houvesse troca de favores, mas, sim, total independência".[32] Rafael Carvalho Rezende Oliveira aponta dois argumentos: "a) objetivo da regulação é 'despolitizar' a área regulada; e b) o próprio chefe do Executivo, responsável pela nomeação do dirigente da agência, não possui poder (formal) de ingerência e pressão, uma vez que a legislação veda a exoneração *ad nutum*, não havendo prorrogação indireta e disfarçada do seu respectivo mandato."[33]

---

nº 10.931/97, em sua redação originária e naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, fixando-se ainda, em razão da lacuna normativa na legislação estadual, que os membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de processo administrativo disciplinar, sem prejuízo da superveniência de outras hipóteses legais, desde que observada a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo (STF, ADI 1949/RS, Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, v. u., j.17/09/2014, DJe 14/11/2014- transitado em julgado em 25-11-2014).

28 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 183-184.

29 CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 99.

30 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 128.

31 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 103.

32 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 158.

33 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Método, 2020, p.112.

O art. 8º da Lei nº 9.986/00, com a redação dada pela Lei 13.848/19, estabeleceu a chamada quarentena, de conteúdo moralizador, ao proibir o ex-dirigente de exercer atividade ou prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de seis meses, contados da exoneração ou do término de seu mandato, podendo, na hipótese de o ex-dirigente ser servidor público, optar pelo retorno ao desempenho das funções de seu cargo efetivo ou emprego público, desde que não haja conflito de interesse (§ 5º**incluído pela Medida Provisória n.** 2.216-37, de 2001). No período de impedimento, o ex-dirigente continua vinculado à Agência, fazendo jus à remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu. A quarentena é excetuada daquele ex-dirigente exonerado a pedido que tiver cumprido menos de 6 meses de mandato (§ 3º). Em qualquer outra hipótese, a violação do impedimento é tipificada como crime de advocacia administrativa, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, administrativas e civis (**§ 4º,** com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001).

Quanto aos servidores da agência, convém salientar que, inicialmente, foi estabelecido o regime de emprego público para as relações de trabalho nas agências reguladoras, nos termos do art. 1º da Lei n. 9.986/2000, o que foi alvo de controle de constitucionalidade.

No STF, decidiu o Min. Marco Aurélio que é inconstitucional a generalização do Direito do Trabalho para o pessoal das referidas agências, ao suspender, em apreciação liminar, entre outros, o citado art. 1º, na ADIn n.º 2.310–1–DF, cujo despacho firmou que a natureza da atividade desempenhada pelas agências reguladoras demandava regime de cargo público e se incompatibilizava com o de emprego.[34]

Nessa mesma linha Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que "o regime normal de quem presta serviços, de modo regular e contínuo, para pessoas de Direito Público, terá de ser o estatutário, ainda que sejam admissíveis hipóteses em que há perfeita cabida para o regime trabalhista", pois o fato de a Constituição também contemplar a possibilidade de empregos públicos não poderia significar eleição de regime trabalhista em quaisquer hipóteses, sem nenhum balizamento.[35]

Apesar da menção à autonomia administrativa no *caput* do seu art. 3º, a Lei n. 13.848 estabelece inexplicáveis limitações a essa mesma autonomia, no art. 3º, inciso I, §2º, *in verbis*: "[...]§ 2º A autonomia administrativa da agência reguladora é caracterizada pelas seguintes competências: 1 - solicitar direta-

34 A ADI interposta foi julgada prejudicada consoante decisão publicada no DJU de 15/12/2004, pela perda de objeto, em decorrência da superveniência da Lei n. 10.871, de 20/05/2004, que substituiu o regime celetista pelo estatutário, extinguiu os empregos públicos que haviam sido criados e criou cargos públicos sujeitos ao regime jurídico estabelecido pela Lei n. 8.112/1990.

35 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 184-185.

mente ao Ministério da Economia: autorização para a realização de concursos públicos; provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária; alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores."

Ora, "autonomia para solicitar" *(sic)* já é uma contradição nos próprios termos".[36]

Tais restrições, além de parecerem incoerentes, acabam, de certo modo, inibindo as perspectivas de um cenário de maior independência dessas instituições.

No que tange à necessidade de anuência ministerial para a promoção de "alterações no respectivo quadro de pessoal," "ressalta-se que a Lei 13.848/19 não condiciona a imprescindibilidade da autorização a nenhum critério, nem mesmo ao aumento de despesa, sendo possível concluir daí que qualquer alteração do quadro funcional precisa, invariavelmente, se submeter previamente a tal regramento.[37]

Nos incisos II e III a Lei menciona hipóteses que independem de solicitação ao Ministério, quais sejam: conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência e celebrar contratos administrativos e prorrogar os ajustes relativos a atividades de custeio, independentemente do valor, respectivamente.

O inciso III, curiosamente, fala que a agência só tem autonomia para celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio. Fica a dúvida se, a *contrario sensu,* para além da realização de atividades-meio (pagar luz, comprar papel, alugar imóvel etc.) restariam excluídos do âmbito próprio das agências reguladoras os contratos de concessão em seus respetivos marcos setoriais.

É possível entender ainda que a definição da competência de cada agência integra o seu próprio conceito e, portanto, é tratada em cada lei específica. Cabe a interpretação de que a lei não estaria vedando a assinatura direta de contratos que não sejam de mero custeio, mas apenas deixando claro que referidos contratos podem ser celebrados sem autorização ministerial. A personalidade jurídica própria e seu inegável patrimônio e recursos orçamentários próprios conduz a esta conclusão. Esta é uma questão aberta ao debate.

Em sua organização administrativa, reafirmando tendência atual de transformação nas normas publicísticas, capitaneadas por avanços legislativos já realizados pela Lei das Estatais (Lei n.13.303/2016) e pela Lei n. 13.655/2018 (que alterou disposições da Lei de Introdução às Normas do

36 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Considerações iniciais sobre a lei geral das agências reguladoras. *Revista de Direito da Administração Pública*, ano 5, v. 1, p. 7-23, jan./jun. 2020.

37 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Considerações iniciais sobre a lei geral das agências reguladoras. *Revista de Direito da Administração Pública*, ano 5, v. 1, p. 7-23, jan./jun. 2020.

Direito Brasileiro-LINDB), as agências reguladoras devem implementar políticas de governança e compliance por meio da adoção de práticas de gestão de riscos e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção (art. 3º, § 3º).

Ao inserir o parágrafo em norma cujo *caput* consagra a autonomia, o legislador parece reconhecer que a captura dos fins públicos da instituição por interesses não republicanos é também um modo de alijar qualquer pretensão de independência.[38]

4. AUTONOMIA DECISÓRIA

A independência das agências está também baseada na autonomia decisória, em relação a outros órgãos ou entidades da Administração Pública. O que se questiona é se a agência reguladora, como entidade da administração federal indireta, vinculada a determinado Ministério, pode afastar-se da orientação e coordenação do Ministro de Estado da área respectiva.

A Constituição Federal, no seu art. 84, II, estabelece que compete ao Presidente da República "exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal" e, no seu artigo 87, parágrafo único, I, preceitua que compete ao Ministro de Estado "exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência".

Desses dispositivos deflui que alguma espécie de ligação entre Poder Executivo e agências é imposta pela Lei Maior, pois deve haver, ao menos, uma supervisão administrativa daquele em relação a estas, que não podem funcionar, no dizer de Carlos Ari Sundfeld, "como se fossem 'Estados independentes', isto é, verdadeiros Estados ao lado do Estado. Isso, no entanto, não quer dizer que, quanto às matérias de competência das agências, a Administração Direta deva necessariamente intervir".[39]

---

38 FORTINI, Cristiana; FAJARDO, Gabriel Fajardo. A nova Lei das Agências Reguladoras: impressões iniciais. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/interesse-publico-lei-agencias-reguladoras-impressoes-iniciais. Acesso em: 30 jul. 2021.

39 SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.*). Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 26-27. Referindo-se à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL como exemplo, afirma que sua autonomia está "garantida por força da demarcação precisa, analítica, dos limites das competências suas e do Poder Executivo", e por ter "a maior e mais importante parte das competências para o dia-a-dia da regulação das telecomunicações, cabendo ao Poder Executivo, especificamente ao Presidente da República, apenas a fixação da macropolítica do setor" (SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27).

O Poder Executivo não tem a faculdade de mudar as decisões concretas, nem as normas editadas pela agência. Seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo, salvo se houver expressa previsão legal para a admissão do recurso hierárquico impróprio.[40]

Portanto, dependendo do arranjo legal, há agências com alto grau de autonomia e outras com pouca ou nenhuma autonomia, ou seja, há poder de interferência maior ou menor do Poder Executivo.

Gustavo Binenbojm entende não ser incompatível com o regime de autonomia "que a lei contivesse previsão de recursos hierárquicos impróprios das decisões das agências à Chefia do Executivo, em situações excepcionais e de grande relevância social. Esta seria uma forma legalizada de comunicação entre regulação e política pública governamental"[41]. Sérgio Guerra registra que cabe recurso administrativo hierárquico impróprio contra uma decisão produzida pela agência que extrapolasse a competência a ela atribuída [42].

Há os que sustentam o cabimento do recurso hierárquico impróprio por ilegalidade (anulação da decisão ilegal da agência), com fulcro no art.84, II, da Constituição Federal, e descabimento do recurso por conveniência e oportunidade (impossibilidade de revogação da decisão regulatória). Nessa linha, estava Marcos Juruena Villela Souto.[43]

Nesta matéria cabe ressaltar o entendimento exarado pela AGU em seu Parecer Normativo n° AC-051,[44] originário do Parecer n° AGU/MS 04/2006, que, em apertada síntese, estabelece a possibilidade de os Ministérios reverem os atos das agências reguladoras de ofício ou mediante pedido/recurso da parte interessada sempre que a agência, alegadamente, ultrapassar os limites das suas competências ou violar as políticas públicas estabelecidas pela Administração Central. Relativiza-se, nesse normativo, a afirmação usual de que as decisões das agências são terminativas na esfera administrativa e abre-se certo grau de incerteza sobre qual tipo de matérias estão sujeitas ao recurso hierárquico impróprio e ampla válvula para interferências indevidas nessas entidades.

---

40 A ANATEL e a ANVISA são expressamente qualificadas como a última instância administrativa para julgamento de recursos administrativos (art. 19, inciso XXV, Lei n. 9.472/1997 e art. 15, VI e § 2º, Lei 9.782/1999, na redação da MP 2.190-34, de 23-08-01, respectivamente).

41 BINENBOJM, GUSTAVO. *Uma teoria do direito administrativo:* direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 286.

42 GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.256.

43 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.) *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141-142.

44 ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Parecer AGU Nº AC-51, de 05 de junho de 2006. PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES. Brasília: AGU, 2006.

Referido parecer normativo, por força de sua aprovação presidencial, passou a apresentar, na forma do art. 40, § 1º, da Lei Complementar n.73/93, eficácia normativa, possuindo a natureza de ato administrativo normativo infralegal, com efeitos genéricos e abstratos para todos os órgãos e entidades da Administração Federal.

O parecer foi proferido no âmbito de uma disputa entre a ANTAQ e o Ministério de Transportes a respeito da cobrança de uma taxa extra para separação de contêineres.

O entendimento (majoritário) caminha no sentido da impossibilidade do recurso hierárquico impróprio, tendo em vista a ausência de previsão expressa na legislação das agências. Ou seja, a última instância recursal dos processos administrativos no âmbito das agências são os seus conselhos diretores ou diretorias colegiadas.

Nessa linha Marçal Justen Filho,[45] Rafael Carvalho Rezende Oliveira,[46] Floriano de Azevedo Marques Neto,[47] José dos Santos Carvalho Filho.[48] Alexandre Santos de Aragão sustenta que a posição adotada pela AGU necessita de urgente revisão, pois a admissão de recursos hierárquicos impróprios deitaria por terra todo o arcabouço institucional de independência traçado pelo ordenamento jurídico para as agências reguladoras, tornando inócua, por exemplo, a vedação de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes.[49]

De fato, o recurso hierárquico impróprio é modalidade recursal excepcional só comportada nos casos expressamente previstos em lei, tendo em vista o seu uso na base de uma relação administrativa em que inexiste hierarquia, mas tão só vinculação funcional. Além disso, a possibilidade aberta de revisão de ofício ou mediante recurso hierárquico impróprio acaba por eliminar a autonomia inerente das agências reguladoras e gerar insegurança jurídica. Se a autoridade central (ou qualquer pessoa) reputar que a agência atuou além dos limites da sua competência, deverá recorrer ao Poder Judiciário para questionar o ato.

Cabe aqui ressaltar que o contrato de gestão não foi inicialmente previsto para as agências reguladoras.[50] O Ministério da Administração Federal e Re-

45 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*.13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 610.

46 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 113.

47 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 75.

48 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020, p. 518-519.

49 ARAGÃO, Alexandre Santos do. Supervisão ministerial das agências reguladoras: limites, possibilidades e o Parecer AGU n. AC-051. *Revista de Direito Administrativo*, v. 245, p. 237-262, 2007. p. 238, 244 e 261.

50 BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania:* a reforma gerencial brasileira na

forma do Estado, no ponto em que se referiu a este contrato, esclareceu que "o contrato de gestão é um compromisso institucional, firmado entre o Estado, por intermédio de seus ministérios, e uma entidade pública estatal, a ser qualificada como agência executiva ou uma entidade não-estatal qualificada com organização social".[51]

Não obstante, as leis de criações da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei n. 9427/1996, art. 7º), Agência Nacional da Saúde – ANS (Lei n. 9961/2000, art.14) e Agência Nacional da Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei n. 9782/1999, art.19) previram o contrato de gestão. Tais dispositivos foram revogados pela Lei n. 13.848/2019.

O Capítulo I da Lei Geral regula o processo decisório das agências, que possui caráter colegiado (artigo 7º), e quaisquer deliberações do conselho diretor ou diretoria colegiada somente poderão ser tomadas mediante aprovação por maioria absoluta de seus membros, incluindo, entre eles, o voto do diretor-presidente, diretor-geral ou presidente, conforme denominação adotada por cada agência (artigo 7º §1º).

Apesar de prescrever o princípio da colegialidade no processo decisório das agências, a Lei Geral faculta a cada uma das agências a possibilidade de delegação interna de suas decisões, assegurado nesses casos o direito de reexame das decisões delegadas ao órgão máximo de deliberação das agências (artigo 7º, § 2º).

A Lei n. 13.848/2019 contém vários dispositivos sobre o processo decisório das agências reguladoras, cominando-lhes o dever de observar princípios administrativos nessa área, como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade, exigindo "a devida adequação entre meios e fins e vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior à necessária ao atendimento do interesse público" (art. 4º) e o princípio da motivação, segundo o qual devem ser indicados "os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos" (art. 5º). Tais dispositivos repetem o que já exige a Lei 9.784/1999, no artigo 2º, inciso VI e VII,[52] com o destaque para que inclusive decisões sobre emitir ou não atos normativos sejam justificadas.

Atividade de regulação independente, para ser legítima, depende de motivação e razoabilidade/proporcionalidade. O princípio da razoabilidade sig-

perspectiva internacional. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 258.

51 MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. Cadernos MARE da Reforma do Estado. Volume 2. Organizações Sociais. Brasília: MARE, 1997.

52 Artigo 2o A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. 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; [...] VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão [...].

nifica, no contexto jurídico-sistemático da persecução do interesse público, a exigência de justificada e adequada ponderação administrativa, aberta nos exatos limites em que a regra de competência habilitadora autorizar, dos princípios, valores, interesses, bens ou direitos consagrados no ordenamento jurídico, observadas as valorações positivadas em todos os seus escalões normativos, impondo aos agentes administrativos que maximize a proteção jurídica dispensada para cada qual, segundo o peso, importância ou preponderância que venham adquirir e ostentar em cada caso objeto de decisão.[53]

Estas exigências constitucionais conduziram, ao longo da evolução da regulação, ao aperfeiçoamento de seus efeitos negativos e positivos.

Conquanto o modelo da Análise de Impacto Regulatório (AIR) já se encontre presente no âmbito de algumas agências (ANATEL,ANEEL, ANVISA, ANS, ANAC e ANCINE), a nova lei, em seu artigo 6º, inseriu que "a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo". Em outros termos, pela lei geral, deverá a agência verificar as consequências normativas e práticas da adoção, edição, alteração ou revogação de ato normativo regulatório.

A análise de impacto regulatório tem sido empregada por entes reguladores de diversos países como um instrumento para aprimorar a qualidade da regulação, com aumento da eficiência, de economicidade, da legitimidade e da transparência das medidas regulatórias.[54] Trata-se de "um procedimento de racionalização dos processos decisórios, por meio do qual se informa os tomadores de decisão quanto a melhor maneira de se regular – e até mesmo se

53 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

54 Esclarece Ana Paula Silvestrini que "(a) análise de impacto regulatório é um procedimento utilizado para auxiliar na tomada de decisão, mediante avaliação e exposição das vantagens e desvantagens das opções políticas existentes, a fim de selecionar a mais adequada para o caso concreto. Trata-se de forma empírica de tomada de decisão, pois se baseia na experiência e na observação para obtenção de dados, com os quais são formuladas as opções políticas e analisados seus custos e benefícios. As opções políticas dizem respeito às diferentes formas de atuação estatal, como a criação de novas normas, a revisão da regulamentação vigente, o estabelecimento de mecanismos de incentivo e de responsabilização, a corregulação, a autorregulação e a própria inação estatal. Além disso, também podem se relacionar ao "conteúdo" das alternativas, referindo-se, por exemplo, ao que será estabelecido em determinada norma, a qual mecanismo de incentivo ou de responsabilização será instituído, ou a qual parte caberá ao Estado na corregulação. As opções são avaliadas a partir do levantamento dos seus potenciais impactos, com o uso de método econômico que quantifique os custos e benefícios para a sociedade, para as empresas atuantes no setor e para o Estado. Com isso, elas podem ser objetivamente comparadas, o que reduz a margem de discricionariedade do administrador público" (ALVES, Ana Paula Silvestrini Vieira. Análise de impacto regulatório e normatização na Anatel. *Revista brasileira de infraestrutura.*. Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 213-243, jul./dez. 2012).

regular é a opção adequada –, de modo a atender aos objetivos estabelecidos nas políticas públicas".[55]

> Com esse propósito, são analisados os custos e benefícios do exercício da regulação, por meio do preenchimento de um relatório analítico – na forma de uma lista de verificação (*checklist*), que visa a orientar o exercício da regulação. Daí a necessidade de se trazer a obrigatoriedade da instituição desse expediente em uma lei geral. Cuida-se de uma necessidade que já foi constatada, inclusive, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE[56] e pelo Tribunal de Contas da União (TCU), por ocasião da apreciação dos Acórdãos n°s 2261/2011 e 240/2015.[57]

Para dar cumprimento ao artigo 6º da Lei n. 13.848 foi publicado o Decreto nº 10.411, de 30.06.2020, que regulamenta a análise de impacto regulatório (AIR), de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) e o art. 6º da Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras), e normatiza a avaliação de impacto regulatório (AIR) na Administração Federal.

A AIR é definida como o "procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos […], que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão (art. 2º, I). Além disso, dispõe sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, assim como os seus quesitos mínimos e as hipóteses em que será dispensável.

Os relatórios produzidos pela AIR não vinculam as tomadas de decisões, sendo "facultado à autoridade competente do órgão ou da entidade decidir:

55 SALGADO, Lúcia Helena; BORGES, Eduardo de Pinho Bizzo. Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória. 2010. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal. Acesso em: 28 jul. 2020.

56 Ao examinar o cenário regulatório brasileiro, a OCDE já se manifestou, em 2008, pela necessidade de implementação de AIR no país. Para tanto, apresentou um catálogo de elementos que deveriam ser respeitados na implementação do instituto: (i) que estivesse submetida a um órgão fiscalizador central, que poderia ser a Casa Civil; (ii) instituição de AIR por atos normativos, sejam leis, decretos ou outras; (iii) implementação de consulta pública no curso dos processos de análise de impacto regulatório; (iv) estabelecimento de uma metodologia para os AIR, inclusive com o aperfeiçoamento dos questionários a serem respondidos; (v) definição de quais projetos de atos normativos estariam submetidos a AIR; (vi) adoção de mecanismos de fiscalização e análise do estoque regulatório já vigente; e (vii) permitir a transparência e participação social na implementação do instituto (OCDE. Fortalecendo a governança para o crescimento – Relatório sobre a reforma regulatória. Brasília, 2008. Disponível em: www.biblioteca.presidencia.gov.br. Acesso em: 30 jul.2021). Em 2018, ao editar um novo relatório sobre o Brasil, a OCDE reconheceu os avanços nessa matéria, mas, ainda assim, reforçou a necessidade de se expandir, progressivamente, o uso do instituto, inclusive para todas as normas que afetem a infraestrutura, não só as de natureza regulatória (OCDE. Relatórios econômicos OCDE. 2018, p. 84. Disponível em: http://www.casacivil.gov.br/conteudo-de-regulacao/brasil-ocde/eventos/2018/ocde-lanca-surveyeconomico- de-2018-sobre-o-brasil-1/ocde-lanca-survey-economico-de-2018-sobre-o-brasil/survey_2018.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021).

57 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação e Liberdade Econômica: uma contradição necessária. *In*: *Transformações do Direito Administrativo*: liberdades econômicas e regulação. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019, p. 33-34.

I - pela adoção da alternativa ou da combinação de alternativas sugerida no relatório da AIR; II - pela necessidade de complementação da AIR; ou III - pela adoção de alternativa contrária àquela sugerida no relatório, inclusive quanto às opções de não ação ou de soluções não normativas" (art. 15, §2º). Com este regramento a discricionariedade se mantém preservada. Contudo, os fundamentos das opções "oferecidas" pelos relatórios garantem uma base de subsídios à tomada de decisões, e amplia o controle social e transparência na tomada de decisões.

Ressalta-se que, nas hipóteses de dispensa da AIR, "será elaborada nota técnica ou documento equivalente que fundamente a proposta de edição ou de alteração do ato normativo" (art. 4º, § 1º).

Ao lado das obrigações previstas na Lei das Agências e na Lei de Liberdade Econômica, subsistem os comandos dos artigos 20 e 21 da LINDB, que exigem, no exercício do dever de motivação, a consideração sobre as consequências jurídicas, administrativas e práticas das decisões.[58]

Segundo Marçal Justen Filho:

> A ausência de Análise de Impacto Regulatório revela a carência de meditação e ponderação sobre as providências pretendidas. Traduz uma decisão subjetiva, desvinculada de fundamentos técnico-científicos. Em se tratando de decisões de grande relevo, a inexistência da análise de impacto regulatório se constitui em defeito insanável e insuperável. Assim se passa porque a autoridade administrativa não pode impor à sociedade alterações radicais e relevantes sem avaliar minuciosamente os efeitos decorrentes.[59]

Alexandre Santos de Aragão alerta que:

> […] é preciso observar que a regulação econômica, como intervenção estatal típica, pode gerar efeitos negativos no desenvolvimento da economia, especialmente se aumentar desproporcionalmente os custos e a burocracia necessária à exploração das atividades econômicas, inibindo o desenvolvimento de empresas, ou, ainda, indiretamente criando vantagens competitivas para algum participante do mercado, entre outras externalidades negativas.

58 Nesse mesmo sentido, fixou o parágrafo único do artigo 20 da LINDB que "a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas".

59 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*.13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 593.

Há o risco, também, de a regulação estatal apresentar-se desatualizada, morosa e excessiva, em prejuízo dos consumidores e empresários. Nesse sentido, os procedimentos de análise de impactos regulatórios obrigam os agentes públicos a previamente demonstrarem a razoabilidade de suas virtuais decisões, os seus prováveis custos diretos e indiretos, os benefícios esperados e a razão pela qual não foram escolhidos outros meios para atingir o mesmo propósito.

> Trata-se, portanto, de uma análise prévia da proporcionalidade da regulação, com a necessária participação dos administrados, em linha com o consequencialista art. 20, recentemente incluído na LINDB pela Lei n°. 13.655/18, cuja redação previu que *"nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão"*.[60]

Surpreende que a Lei n.13.848/2019 não tenha estabelecido sanção para o caso de inobservância do artigo 6º pelas agências. A previsão do art. 21 do Decreto,[61] que isenta de invalidade normas editadas sem observância do Decreto, pode vir a enfraquecer o potencial de sua utilização.

A consulta pública deverá ser realizada previamente à edição de atos normativos de "interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários de serviços prestados", cujas regras procedimentais mínimas estão estabelecidas no artigo 9º.[62] Os dispositivos das leis setoriais das agências reguladoras que contrariem a Lei Geral estão automaticamente revogados.

---

60 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Considerações iniciais sobre a lei geral das agências reguladoras. *Revista de Direito da Administração Pública*, ano 5, v. 1, p. 7-23, jan./jun. 2020.

61 Decreto nº 10.411/2020. Art. 21. A inobservância ao disposto neste Decreto não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada.

62 Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.§ 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora. § 2º Ressalvada a exigência de prazo diferente em legislação específica, acordo ou tratado internacional, o período de consulta pública terá início após a publicação do respectivo despacho ou aviso de abertura no Diário Oficial da União e no sítio da agência na internet, e terá duração mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, ressalvado caso excepcional de urgência e relevância, devidamente motivado. § 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, na sede e no respectivo sítio na internet, quando do início da consulta pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico usados como fundamento para as propostas submetidas a consulta pública, ressalvados aqueles de caráter sigiloso. § 4º As críticas e as sugestões encaminhadas pelos interessados deverão ser disponibilizadas na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 10 (dez) dias úteis após o término do prazo da consulta pública. § 5º O posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria. § 6º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas consultas públicas. § 7º

A consulta pública, segundo a lei, deve ter duração mínima de 45 dias (art. 9º, § 2º), que corresponde ao intervalo entre a data de aviso da consulta pública pela agência reguladora e o prazo limite para recebimento das contribuições por escrito.

A Lei Geral também obriga as agências reguladoras a disponibilizar, em seus respectivos "sites", em até 10 dias do término da consulta pública (art. 9º, §4º), as críticas e sugestões encaminhadas pelos participantes.

Por fim, a Lei Geral das Agências Reguladoras estabelece prazo de 30 dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria (art. 9º, §5º) para que a agência reguladora apresente o seu posicionamento acerca das contribuições recebidas

A introdução de regras gerais para os mecanismos de participação dos processos normativos das agências é positiva, pois atende a pelo menos quatro propósitos: (i) confere certo grau de legitimidade democrática às decisões das agências; (ii) contribui para reduzir assimetrias de informação entre agentes do setor e sociedade e órgãos reguladores; (iii) proporciona maior transparência às decisões tomadas pelas agências; (iv) contribui para a qualidade das decisões dos órgãos reguladores.

Apesar de a Lei Geral das Agências Reguladoras apresentar avanços ao estabelecer exigências de transparência e eficiência nos processos decisórios das agências, essa lei permanece vaga em diversos aspectos que, ao final, podem comprometer a transparência e eficiência que a lei destaca e busca atingir.

Assim, a Lei Geral das Agências Reguladoras obriga a realização de consulta pública apenas nos processos normativos e não para outros processos decisórios da agência, como formação de agenda regulatória, construção de planos e políticas regulatórias, bem como produção de conhecimento em geral.

Embora os prazos legais atribuídos às diferentes etapas da consulta pública sejam importantes para garantir eficiência na gestão dos processos decisórios, a Lei Geral das Agências Reguladoras não estabelece nenhuma consequência para seu eventual descumprimento, o que poderá resultar na sua ineficácia.

Ademais, ainda que a Lei Geral das Agências Reguladoras estabeleça o dever da Administração de motivar suas decisões após receberem contribuições nas consultas públicas, não há sanções previstas no caso de ausência dessa motivação.

Daí Sérgio Guerra e Natasha Salinas afirmarem que "a Lei Geral das Agências Reguladoras estabelece as bases participativas dos processos decisórios das agências, que até então careciam de um regime jurídico adequado no Bra-

---

Compete ao órgão responsável no Ministério da Economia opinar, quando considerar pertinente, sobre os impactos regulatórios de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidas a consulta pública pela agência reguladora.

sil. Há, no entanto, muito a se fazer para que este regime seja de fato transparente, eficiente e efetivo".[63]

Alexandre Santos de Aragão ressalta que o prazo estabelecido para que a agência reguladora apresente o seu posicionamento acerca das contribuições apresentadas revela um retrocesso, pois "a possibilidade de a nova Lei instituir uma espécie de motivação *a posteriori,* mostra-se questionável inclusive quanto a sua própria constitucionalidade".[64]

A Lei Geral também estabelece a obrigatoriedade de divulgação do posicionamento da agência sobre as contribuições recebidas na consulta públicas, em até 30 (trinta) dias úteis após a deliberação final da matéria pelo órgão máximo da agência.

Como observa Luís Gustavo Correio, "(t)al hipótese gera certa incongruência, uma vez que impede o interessado de saber, antes da tomada de decisão, o posicionamento da agência em relação a sua manifestação feita, justamente, como forma de participar e influir no processo decisório".[65]

A Lei Geral delega às agências a competência para operacionalizarem os procedimentos das consultas (artigo 9º, §6°) e abre a possibilidade de participação do Ministério da Economia nas consultas públicas, quando este julgar conveniente (artigo 9º, §7°). Esta última disposição não pode significar prejuízo à autonomia decisória da Agência, nem prejudicar o andamento e regulalidade do processo administrativo.

Quanto às audiências públicas,[66] a Lei Geral estabelece que estas deverão ser convocadas mediante decisão do órgão máximo de deliberação, como forma de obtenção de apoio à tomada de decisões (art. 10). Nesses casos, abre-se a possibilidade de manifestações orais em sessões pública, no âmbito das agências, por quaisquer interessados na matéria a ser debatida (art 10, §1°).

A observância do princípio da publicidade é de rigor. Assim como nas consultas públicas, a convocação das audiências deverá ser feita por meio de

63 GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha. Lei das agências reguladoras: avanços e limites dos seus mecanismos de participação decisória. Disponível em: https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/lei-das-agencias-reguladoras-avancos-e-limites-dos-seus-mecanismos-de-participacao-decisoria-08102019. Acesso em: 08 out. 2019.

64 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Considerações iniciais sobre a lei geral das agências reguladoras. *Revista de Direito da Administração Pública*, ano 5, v. 1, p. 7-23, jan./jun. 2020.

65 CORREIO, Luís Gustavo Faria Guimarães. Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras. *Revista de Direito da Administração Pública*, n. 04. v. 1. Edição 02, p. 75-111, jul./dez 2019.

66 Para Carvalho Filho, "[...] mister se faz distinguir as audiências das consultas públicas, que, apesar de possuírem o mesmo espírito, não se equivalem: "na consulta pública, a Administração deseja compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de peças formais, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo. A audiência pública é, na verdade, modalidade de consulta, só que com o especial aspecto de ser consubstanciada fundamentalmente através de debates orais em sessão previamente designada para tal fim" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 186).

publicação no Diário Oficial da União e outros meios de comunicação, com antecedência mínima de cinco dias úteis (art. 10, §2º).

Assegura-se a plena acessibilidade aos elementos do processo administrativo em discussão. Além disso, exige-se a apresentação dos documentos e estudos relativos à proposta em discussão, bem como delega-se para cada agência a competência para regulamentar os seus procedimentos internos.

A lei incentiva a transparência ativa e sistematizada de suas audiências. A Lei Geral determina que a agências deverá elaborar relatórios das audiências públicas realizadas e disponibilizá-los na sede da agência e em seu sítio eletrônico em até 30 (trinta) dias úteis após seu encerramento.

Diferenciando para melhor implementá-las, a lei procura distinguir as hipóteses de consulta pública *vis-à-vis* de audiência pública, estabelecendo que a consulta é cabível para a discussão de atos normativos, enquanto audiência se prestaria a debater matérias consideradas relevantes, o que, por si só, é um conceito jurídico demasiadamente indeterminado (art. 10).[67]

A exigência de formalidades na prolação de decisões pelas agências reguladoras é imposta pela lei, que inclusive alinhava condicionantes de sessões deliberativas.

As reuniões deliberativas do conselho diretor ou da diretoria colegiada da agência reguladora serão gravadas em meio eletrônico e públicas, excetuadas as deliberações que envolvam: I - documentos classificados como sigilosos; II - matéria de natureza administrativa (art. 8º, caput e § 6º). Somente poderá ser votada matéria que conste da pauta divulgada no sítio da agência na internet com antecedência mínima de 3 dias úteis; contudo, a critério do presidente, diretor-presidente ou diretor-geral, admite-se a deliberação sem prévia inclusão em pauta nos casos de urgência e relevância (art. 8º, §§ 1º, 2º e 5º).

5. AUTONOMIA ECONÔMICO-FINANCEIRA

A autonomia econômico-financeira dessas agências é assegurada, além das dotações orçamentárias gerais, pela existência de receitas próprias, arrecadadas

67 Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante. § 1º A audiência pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria relevante. § 2º A abertura do período de audiência pública será precedida de despacho ou aviso de abertura publicado no Diário Oficial da União e em outros meios de comunicação com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis. § 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, em local específico e no respectivo sítio na internet, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis do início do período de audiência pública, os seguintes documentos: I - para as propostas de ato normativo submetidas a audiência pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico que as tenha fundamentado, ressalvados aqueles de caráter sigiloso; II - para outras propostas submetidas a audiência pública, a nota técnica ou o documento equivalente que as tenha fundamentado. § 4º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas audiências públicas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas.

diretamente em seu favor, geralmente provenientes de "taxas de fiscalização" e "taxas de regulação", ou ainda participações em contratos, acordos e convênios, como ocorre, por exemplo, nos setores de petróleo (art. 15, III da Lei Federal n. 9.478/1997) e energia elétrica (art. 11, V da Lei Federal n. 9.427/1996).

A natureza jurídica das taxas acima mencionadas tem sido objeto de discussão doutrinária. Alguns entendem que se trata de taxa propriamente dita (art.145, II CF), tendo em vista a sua instituição legal (conforme o princípio da legalidade tributária), o exercício do poder de polícia (revelado no fato gerador das taxas), o seu caráter compulsório (evidenciado na sua imperatividade e exigibilidade). Também certo que visam custear os serviços de regulação prestados pela agência.[68].

Outros sustentam que a natureza da "taxa regulatória" depende da atividade desempenhada pela agência. Em relação às agências reguladoras de atividades econômicas, a taxa tem natureza tributária; ao contrário, no tocante às agências que regulam serviços públicos concedidos, as taxas não possuem natureza tributária e devem ser consideradas preços públicos.[69]

Vale salientar os avanços obtidos com o § 1° do artigo 3º,[70] que tomou cada agência reguladora, e seus respectivos fundos, órgãos setoriais independentes no orçamento da União. Na prática, o Poder Executivo deverá discriminar, de forma individual, as receitas e as despesas das agências no processo de elaboração da Lei Orçamentária Anual (LOA). Tal medida confere maior transparência e possibilita que as agências possam trabalhar pela obtenção e disponibilização de maiores recursos conforme suas necessidades orçamentárias.

Entretanto, é necessário pontuar o persistente problema do contingenciamento na execução orçamentária. Luís Gustavo Correio observa que:

> Registre-se, entretanto, que entre os itens vetados pelo Presidente da República na Lei Geral estava aquele que impedia o contingenciamento dos recursos das agências. A justificativa, com a qual concordamos, baseava-se na justificação que a impossibilidade de contingenciamentos contribui demasiadamente para o engessamento dos orçamentos públicos, razão pela qual deve ser considerada medida excepcional.
>
> Em que pese o veto quanto ao contingenciamento orçamentário das agências, a Lei Geral traz ganhos significativos na temática da autonomia das agências,

68 Nessa linha: CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2020, p. 520.

69 Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 332-333; SOUTO, Marcos Juruena Villela *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 259-260; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 113.

70 Artigo 3º, § 1º- Cada agência reguladora, bem como eventuais fundos a ela vinculados, deverá corresponder a um órgão setorial dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Pessoal Civil da Administração Federal, de Organização e Inovação Institucional, de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação e de Serviços Gerais.

> possibilitando um cenário regulatório de menores riscos quanto a intervenções políticas indevidas na seara de tomada de decisões e no exercício das funções reguladoras desempenhadas pelos dirigentes das agências e seus quadros técnicos.[71]
>
> Este veto tangencia um dos aspectos mais sensíveis, prejudicando a autonomia financeira plena das agências. Com efeito, constitui uma verdadeira contradição (ou medida sem efetividade, que o marco geral federal estabeleça no sentido de que as agências serão uma rubrica autônoma dentro da peça orçamentária, mas a mesma lei deixa de fixar a forma como se daria esta construção, em razão do veto. Isto causa impacto direto na autonomia financeira das autarquias reguladoras.[72]

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fruto de um longo e rico debate, de mais de 16 anos, envolvendo técnicos do governo, representantes das agências, a academia, o Parlamento e os setores regulados, a Lei Geral das Agências Reguladoras, sancionada em junho de 2019, é um importante marco legal para o direito regulatório brasileiro.

Ao estabelecer parâmetros mínimos de boas práticas regulatórias e estendê-las a todas as agências reguladoras federais, a Lei Geral tratou de assegurar melhores mecanismos de governança, funcionamento e operacionalização dentro dos órgãos reguladores.

Além de ampliar o planejamento regulatório, ao institucionalizar, de forma mais precisa no processo de tomada de decisões, os mecanismos de participação social e de interação entre as agências e os setores regulados, a Lei Geral também tratou de aprimorar a qualidade da nossa regulação, agregando, com isso, maior segurança jurídica e previsibilidade acerca das decisões a serem tomadas.

Como consequência dessa série de inovações, aprimoramentos e ajustes no desenho institucional das agências, não há dúvidas quanto ao impacto positivo dessa legislação, no sentido de fortalecimento do direito regulatório brasileiro, a partir das garantias de autonomia das agências e de respaldo ao trabalho técnico e preciso desenvolvido dentro dos órgãos reguladores federais.

É certo que uma série de outras iniciativas bastante positivas poderiam ter sido incorporadas ao resultado final da Lei Geral. Também é de se lamentar alguns dos vetos presidenciais, como aquele que retirou do texto final o processo seletivo de escolha dos dirigentes por meio de lista tríplice.

---

71 CORREIO, Luís Gustavo Faria Guimarães. Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras. *Revista de direito da administração pública*, n. 04. v. 1. Edição 02, p. 75-111, jul./dez. 2019.

72 Conferir: Especialistas criticam vetos à nova Lei Geral das Agências Reguladoras. Leia mais: Especialistas criticam vetos à nova Lei Geral das Agências Reguladoras – *Diário do Comércio*. Disponível em: https://diariodocomercio.com.br/legislacao/especialistas-criticam-vetos-a-nova-lei-geral-das-agencias-reguladoras. Acesso em: 27 jun. 2019.

Entretanto, é preciso ressaltar que o processo de formação de uma legislação tão ampla e complexa como esta envolve a congregação de múltiplos interesses, não somente entre governo e oposição no Parlamento, mas também as preocupações dos servidores de cada uma das agências, dos técnicos do Poder Executivo, dos agentes dos setores regulados, dos órgãos de fiscalização, como TCU e Ministério Público, bem como de órgãos de defesa da concorrência, dos consumidores, associações de usuários de serviços públicos, sociedade civil organizada, enfim, de todos aqueles que direta ou indiretamente podem ser afetados por meio da regulação.

Nesse sentido, qualquer legislação, depois de decantada por um longo e necessário processo de tramitação legislativa, não é totalmente perfeita, mas congrega os consensos mínimos que possibilitaram a sua aprovação e transformação em lei.

Ainda assim, a Lei Geral, como um todo, é um instrumento legal bastante relevante que, ao longo de sua vigência, possibilitará o aprimoramento institucional das agências, com relevantes impactos para o Estado, os setores regulados, os consumidores e usuários, e sociedade, enfim, para a forma de tutela e concretização de interesses públicos a que se preordena qualquer atividade administrativa.

O âmbito material da Lei n. 13.848 é extenso. Neste estudo, foram analisadas tão somente aspectos da (i) estrutura jurídica especial das autarquias que se caracterizam como agências reguladoras, (ii) o conteúdo da autonomia administrativa plasmado na lei, (iv) o regime jurídico-administrativo do exercício de poderes decisórios, e (v) a indispensável autonomia financeira.

A Lei Geral, além dos ganhos práticos e diretos para o direito regulatório brasileiro, indicam o esforço que o ordenamento brasileiro tem feito para aprimorar suas agências reguladoras e adotar as melhores práticas regulatórias reconhecidas internacionalmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Ana Paula Silvestrini Vieira. Análise de impacto regulatório e normatização na Anatel. *Revista brasileira de infraestrutura.* Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 213–243, jul./dez. 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Supervisão ministerial das agências reguladoras: limites, possibilidades e o Parecer AGU n. AC-051. *Revista de direito administrativo*, v. 245, p. 237-262, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Considerações iniciais sobre a lei geral das agências reguladoras. *Revista de direito da administração pública*, ano 5, v. 1, p. 7-23, jan./jun. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania*: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Editora 34, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020.

CORREIO, Luís Gustavo Faria Guimarães. Comentários sobre a Lei Geral de Agências Reguladoras. *Revista de direito da administração pública*, n. 04. v. 1. Edição 02, p. 75-111, jul./dez. 2019.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 34. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 3, p. 253-257, maio 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

FORTINI, Cristiana; FAJARDO, Gabriel Fajardo. A nova Lei das Agências Reguladoras: impressões iniciais. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/interesse-publico-lei-agencias-reguladoras-impressoes-iniciais. Acesso em: 30 jul. 2021.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas. v. I. 2004.

GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha. Lei das agências reguladoras: avanços e limites dos seus mecanismos de participação decisória. Disponível em: https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/lei-das-agencias-reguladoras-avancos-e-limites-dos-seus-mecanismos-de-participacao-decisoria-08102019. Acesso em 08 out. 2019.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* 13. ed .rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Agências reguladoras*: instrumentos do fortalecimento do Estado. São Paulo: ABAR, 2003.

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

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Regulação e liberdade econômica: uma contradição necessária. *In*: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicentre Santos de. *Transformações do Direito Administrativo*: liberdades econômicas e regulação. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 44. ed. rev. atual. e aum. Atualizadores: José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Gustavo Casillo Ghideti. São Paulo: Malheiros, 2020.

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. *Cadernos MARE da Reforma do Estado*. v. 2. Organizações Sociais. Brasília: MARE, 1997.

MODESTO, Paulo. Agências executivas: organização administrativa entre o casuísmo e a padronização. *Revista Diálogo jurídico*, Salvador, n. 6, set. 2001.

MODESTO, Paulo. Globalização e administração pública indireta: agências executivas e transplantação linguística. *Revista Eletrônica Mensal do Centro de Pesquisas Jurídicas*, Salvador, n. 28, set. 2002.

OCDE. *Fortalecendo a governança para o crescimento*. *Relatório sobre a reforma regulatória*. 2008. Disponível em: www.biblioteca.presidencia.gov.br. Acesso em: 14 nov. 2019.

OCDE. *Relatórios econômicos OCDE*. 2018, p. 84. Disponível em: http://www.casacivil.gov.br/conteudo-de-regulacao/brasil-ocde/eventos/2018/ocde-lanca-surveyeconomico-de-2018-sobre-o-brasil-1/ocde-lanca-survey-economico-de-2018-sobre-o-brasil/survey_2018.pdf. Acesso em: 14 nov. 2019.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Método, 2020.

SALGADO, Lúcia Helena; BORGES, Eduardo de Pinho Bizzo. Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória. 2010. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal. Acesso em: 28 jul. 2020.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações. *Revista de direito de informática e telecomunicações* - RDIT. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 55-84, jan./jun. 2007.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, out./dez. 1995.

TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da administração. *Revista de direito administrativo,* Rio de Janeiro, v. 221, p. 1-3, jul./set. 2000.

TÁCITO, Caio. A reforma do Estado e a modernidade administrativa. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 242, p. 159-162, out./dez. 2005.

UNITED KINGDOM. *House of Lords. Select comittee on the public service report*. London: The Stationery Office, 1998.

GASTOS TRIBUTÁRIOS, INDUÇÃO ECONÔMICA E CONTROLE ORÇAMENTÁRIO EM PROL DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Sérgio Assoni Filho[1]

INTRODUÇÃO

Será objeto deste artigo a análise das intervenções estatais no domínio econômico, com particular ênfase no fenômeno do uso extrafiscal da tributação, mais especificamente, pela concessão de benefícios fiscais aos contribuintes visando à indução de comportamentos reputados de interesse público.

A observação dessas desonerações fiscais, também chamadas de "gastos tributários", tem ensejo na medida em que se possa atribuir a tais estímulos um potencial para, de forma não convencional, implementar políticas públicas.

A legitimidade de uma política pública de fomento assentada sobre tal premissa será avaliada à luz da ordem jurídica nacional, concernente às suas complicações sistêmicas (constitucionais e infraconstitucionais), haja vista ela resultar de um processo decisório que não pode negligenciar o atendimento das demandas sociais fundamentais.

Além disso, a concessão legal de benefícios fiscais para determinadas categorias de contribuintes denota quais são os escopos prioritários perseguidos com os recursos coletivos, pois estas decisões políticas relativas às alocações financeiras explicitam o norte da gestão governamental em matéria de concretização dos fins públicos.

Os estímulos decorrentes das benesses fiscais concedidas impactam sobremaneira o ciclo orçamentário, sendo necessário identificar e mensurar seus reflexos, pois, na atualidade, a gestão da atividade financeira estatal requer planejamento e transparência.

No mais, tudo que diga respeito a arrecadar, gerir e despender recursos públicos deve passar pelo filtro dos controles interno, externo e social, principalmente com o advento da Administração Pública de índole gerencial, las-

1 Doutor e Mestre pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP – Largo São Francisco). Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP – Franca). Professor convidado da Escola Paulista da Magistratura (EPM) e da Escola de Contas do Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM-SP). Parecerista e conferencista em temáticas de Direito Público. Advogado.

treada na consecução de resultados prefixados, ou seja, em metas de desempenho a cumprir.

Assim sendo, o fomento público pela via da extrafiscalidade também está pautado nas diretrizes constitucionais da eficiência e da economicidade, observadas as peculiaridades e assimetrias federativas como condicionantes gestoras.

Daí a relevância de investigar o orçamento público como peça-chave na condução da gestão fiscal, pois ele baliza a discricionariedade na autorização dos "gastos tributários" como técnica de fomento, além de permitir avaliar a pertinência das induções comportamentais por esta encetadas, em termos de prioridades a perseguir em um cenário de escassez material.

1. INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO E EXTRAFISCALIDADE

As origens do Estado remontam a tempos imemoriais, concernentes às mais rudimentares formas de convivência humana, máxime quando a cooperação de todos para o bem da coletividade, cada qual contribuindo de acordo com as suas aptidões individuais, foi cedendo espaço gradativo em favor da noção de propriedade privada dos meios materiais.

Isso se deve ao fato de que o surgimento da propriedade privada, em detrimento da produção e do uso comum do substrato material disponível, requer a existência de um arranjo institucional, ou seja, de um arcabouço capaz de assegurar a sua proteção em face dos escopos dos demais membros do corpo social, ainda que estes sejam legítimos em termos coletivos.

Desse modo, os poderes inerentes à propriedade privada dos bens materiais, ou seja, de usar, gozar, dispor e reaver, são exercidos de forma "pacífica", quando em consonância com as regras fixadas consensualmente, isto é, produzidas por uma organização institucional que substitui as vontades individuais e que detém o monopólio da força impositiva contra eventuais refratários de suas designações, tudo em nome de uma coexistência "harmônica".

Assim sendo, na qualidade de estrutura garantidora do uso privativo de bens materiais, a sua origem mais remota é a de um *Estado Polícia* ("*Estado Mínimo")*, cuja atuação é apenas pontual, voltada à manutenção da ordem e segurança públicas, pois estas são imprescindíveis ao exercício dos poderes intrínsecos à titularidade da propriedade privada, conforme delineia o regramento social que se materializa no ordenamento jurídico.

Contudo, especialmente a partir do século XVII, o advento das sociedades de massa tornou as relações socioeconômicas muito complexas, de maneira que o atendimento das necessidades coletivas começa a requerer intervenções estatais mais frequentes e sistemáticas, mesmo naquelas nações que primam

pela preservação da liberdade de iniciativa econômica e reputam eficiente a política de preços inerente à "oferta e procura" por bens e serviços.

A insuficiência da autorregulação dos mercados fica particularmente evidenciada em situações de excepcionalidade institucional, tais como a eclosão da Primeira Grande Guerra, que perdurou de 1914 a 1918, ocasião em que os Governos dos países beligerantes se viram obrigados a planificar as suas economias para tentar fazer frente às demandas especificamente decorrentes dos conflitos militares.

O mesmo se diga em situações como a da quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929, que intensificou o movimento intervencionista governamental nos anos seguintes, pois foram evidenciados os malefícios da desregrada especulação financeira em escala global, sendo premente aos Estados a tomada de medidas protecionistas, não só dirigidas ao amparo das atividades econômicas desempenhadas no âmbito interno, mas também para preservar os interesses nacionais em face das operações relativas ao comércio exterior.

Os intentos reguladores estatais das atividades econômicas ganham suporte decisivo com a expressa previsão dos chamados "Direitos Sociais" nos textos constitucionais, ou seja, com o reconhecimento formal de uma *segunda dimensão de direitos*, na forma das vanguardistas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919), os quais são agregados às garantias fundamentais antes conquistadas e atinentes às liberdades individuais e políticas.

O *constitucionalismo social* marca o surgimento de um Estado de cunho prestacional, tendo em vista que a cidadania passa a exigir prestações positivas consideradas basilares à existência digna, tais como saúde, educação e assistência social.

Em meio a esse cenário, vem promulgada a Constituição brasileira de 1934, a primeira de nossa história a conter dispositivos especificamente voltados à regulação estatal das atividades econômicas e à proteção dos direitos sociais, inspirando-se naquelas Constituições, e que ensejou, ao menos no plano formal, o florescimento do nosso *Estado Providência* ("*Estado do Bem-estar Social*"), que, após alguns períodos de retração, teve seu apogeu com a promulgação da vigente Constituição de 1988, apelidada de "Constituição Cidadã", haja vista a normatização detalhada dos direitos e garantias fundamentais (individuais e sociais), além de fixar as diretrizes interventivas e/ou regulatórias do Estado no domínio econômico.[2]

Nessa senda, agiganta-se a denominada "Administração Pública", com vocação para a prestação de *serviços públicos*, tanto diretamente, pelas próprias estruturas governamentais, quanto indiretamente, por meio das delegações do Poder Público à iniciativa privada (concessões, permissões, autorizações e parcerias público-privadas), tornando-se constante a presença do aparato estatal

2 Cf. PASSEROTTI, Denis Camargo. *O orçamento como instrumento de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Blucher, 2017, p. 21-41.

nas atividades econômicas, seja o Estado o efetivo prestador dos serviços ou o agente normativo e regulador da atuação dos particulares nesta seara.[3]

Ademais, a atuação estatal no âmbito das atividades econômicas é indispensável para cobrir inúmeras "falhas de mercado", pois os agentes privados visam à obtenção de lucro, o que nem sempre se afina à consecução dos interesses públicos.

Desse modo, muitas vezes, caberá ao Estado atuar de *forma anticíclica*, coibindo a retração econômica também ao investir em programas de cunho social, ainda que estes sejam deficitários em uma perspectiva de curto prazo, por exemplo, subsidiando a qualificação profissional para certos segmentos estratégicos, tendo em mira o pleno emprego e a retomada do crescimento da economia de forma sustentável.

Tal intervencionismo governamental tem respaldo constitucional e, mesmo que seja exercido excepcionalmente,[4] mostra-se ainda mais relevante em períodos de *crise fiscal,* pois as políticas públicas adotadas pelos gestores são fatores indutores de resultados econômicos, inclusive, aptos a garantir padrões mínimos de bem-estar social.

Frise-se a importância do fenômeno da *finalidade extrafiscal* ou da "extrafiscalidade", ou seja, quando a intervenção estatal no domínio econômico tem ensejo pela via da tributação, entretanto, utilizando as incidências tributárias de uma maneira menos usual, pois os tributos não são empregados com o intuito precípuo de arrecadar recursos para o Erário, em vez disso, eles instrumentalizam induções comportamentais dos agentes econômicos, quando estes são agraciados com a concessão de *benefícios fiscais*, é dizer, as autoridades públicas se valem de uma lógica inversa ao estimularem condutas por meio da *desoneração tributária*.

Dessa maneira, a extrafiscalidade diz respeito à intervenção estatal na economia para a consecução de alguma *política pública*, consistente em prestigiar determinadas classes ou categorias de contribuintes, portanto, sem se pautar no típico objetivo de arrecadar.[5]

A legitimidade dessa técnica de exonerar tributos deve passar pelo filtro constante das diretrizes e valores constitucionais,[6] os quais embasam, imediata ou mediatamente, os atos e as decisões dos gestores públicos, pois qualquer

3 Para analisar detalhadamente tal temática, vide a obra: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 539-594.

4 Nos termos do art. 173, *caput*, do texto constitucional: "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei."

5 Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 176-179.

6 Cf. GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário e suas classificações*. Disponível em: http://www.fiscosoft.com.br//pdfs/documentos/pids/147932_143188232_070421.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

impacto no volume da arrecadação deve ser consentâneo com as prioridades fixadas no texto magno.

Assim sendo, o fenômeno jurídico tributário não se restringe à consecução de escopos eminentemente arrecadatórios, pois, para além da retirada compulsória de uma parcela das riquezas dos contribuintes em proveito do Fisco, a aplicação das normas tributárias deve refletir a observância aos princípios reveladores de um *Estado de Direito.*[7]

Contudo, as desonerações tributárias são excepcionais e, nesta medida, precisam ter fulcro em alguma determinação legal expressa e específica,[8] cujo balizamento tem na *indisponibilidade do patrimônio público* um dos pilares do regime jurídico fiscal a observar, pois a regra é a cobrança de tributos, a qual será exercida mediante atividade administrativa *plenamente vinculada*, ou seja, sem qualquer margem discricionária.[9]

A concessão de "benefícios fiscais" como técnica interventiva socioeconômica, haja vista seu potencial indutor de comportamentos dos agentes de mercado, depende da adoção de *fórmulas legislativas que amparem de modo avesso o exercício das competências tributárias*, justamente porque o Poder Público se valerá do não pagamento dos tributos, ou mesmo de seu pagamento a menor, como instrumental adequado à realização de seus fins.[10]

Ressaltando que o sistema tributário terá impacto crucial nas intervenções estatais no domínio econômico, tanto no dimensionamento geral das incidências (montantes a arrecadar) quanto na especificação pontual das desonerações (montantes a renunciar), sendo entendidas as últimas a partir de uma perspectiva muito peculiar, quando os tributos não vêm utilizados da maneira tradicional, mas sim para induzir comportamentos considerados de interesse público, ainda que isso acarrete perdas sob o prisma da estrita fiscalidade arrecadatória.

Eis a *multifuncionalidade* inerente ao manejo estatal das imposições tributárias, pois a configuração jurídica de um tributo permitirá avaliar se a sua finalidade primordial será arrecadatória ou regulatória, mas em ambas serão identificáveis ingredientes *bidirecionais*, fiscais e extrafiscais, pois sempre haverá um fluxo de influências recíprocas.[11]

---

7 Cf. HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 314.

8 Vide a dicção do art. 150, § 6º da Constituição: "Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g."

9 Conforme a parte final do *caput* do art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN): "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."

10 Cf. CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo:* incentivos e renúncias fiscais no direito brasileiro. 2015. Tese (Doutorado) – FD/USP, São Paulo, 2012, p. 15-16.

11 Cf. ALABERN, Juan Enrique Varona. *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2009,

Desse modo, o fenômeno extrafiscal também contém claros ingredientes finalísticos, embora atípicos, uma vez que a regulação socioeconômica se dá pelo *fomento heterodoxo*, pois o tributo, seja ele criado, majorado, extinto ou reduzido, servirá de meio à consecução de uma finalidade pública, qual seja: intimidar alguma prática de mercado e/ou estimular outra, ainda que disso resultem, ao final, menores montantes arrecadados.

Da ótica estatal, tal perda arrecadatória, também chamada de "*gasto tributário*"[12], seria uma aposta de que esta intervenção institucional teria um concreto impacto no modo de agir dos contribuintes, ao menos daqueles pertencentes a um segmento socioeconômico específico, sendo amplamente justificada pela indução comportamental a que se destina, consonante com o escopo governamental perseguido em um dado contexto.

Nessa direção, a título de exemplo, imagine que a União decida aumentar a alíquota do imposto de importação para encarecer a aquisição de produtos estrangeiros, mas seu intuito não é incrementar a arrecadação, por meio da majoração do ônus incidente sobre a entrada daqueles no território nacional, em vez disso, é coibir a prática deste *fato gerador tributário*, pois o que se pretende é estimular o consumo de produtos nacionais similares, a fim de proteger a produção industrial interna. Portanto, o objetivo não é arrecadar, mas o inverso, isto é, desestimular importações, o que tem potencial para arrecadar menos do que antes do referido aumento da alíquota, contudo, tal redução no volume das receitas seria compensada pela mudança comportamental almejada pelo Poder Público.

Daí se falar que a técnica extrafiscal traz ínsita uma espécie de *função promocional*, manifesta pela existência de "sanções positivas", pois o Estado passa a premiar as condutas reputadas de interesse público, encorajando as reações vislumbradas.[13]

Entretanto, saliente-se que isso exige um primoroso *planejamento estatal*, assim entendido como um conjunto de ações racionais e coordenadas, capazes de antever os comportamentos futuros dos agentes de mercado, a fim de moldá-los aos objetivos previamente definidos como política pública.[14]

Advirta-se que, a despeito de sua relevância na atualidade, o fomento das atividades privadas de interesse público, por meio das desonerações fiscais, ainda carece de um robusto controle, em particular, porque elas figuram como

---

p. 11-13.

12 Tradução literal da expressão "tax expenditure", cunhada pelo autor da obra que inaugurou as discussões sobre esta temática: SURREY, Stanley S. *Pathways to tax reform*: the concept of tax expenditures. Cambridge: Harvard University Press, 1973.

13 Cf. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função:* novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Editora Manole, 2007, p. 23-32.

14 Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 309.

"despesas indiretas", sendo seus impactos estimados de forma muito vaga nas leis orçamentárias.

Ademais, nossos Tribunais de Contas fiscalizam a atividade financeira estatal a partir de uma perspectiva eminentemente formal, em vez de focarem nos resultados alcançados com assento nos estímulos fiscais concedidos.[15]

2. PLANEJAMENTO FINANCEIRO E BALIZAMENTO CONSTITUCIONAL DAS INDUÇÕES FISCAIS

Nossa ordem jurídica, desde longa data, adotou o *orçamento-programa* como modelo de planejamento da atividade financeira estatal,[16] segundo as leis vigentes em um ciclo fiscal, as quais conterão as previsões de receitas a arrecadar e as autorizações de despesas a realizar em cada esfera federativa, observada a tripartição orçamentária do art. 165 da Constituição: a) plano plurianual; b) lei de diretrizes orçamentárias; e c) lei orçamentária anual.[17]

Deve haver perfeita sintonia entre o que dispõem as referidas leis orçamentárias, pois a elaboração da lei orçamentária anual (LOA) será pautada pelo que estiver preestabelecido tanto na lei de diretrizes orçamentárias (LDO) quanto no plano plurianual (PPA).

No âmbito infraconstitucional, destaca-se a lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, conhecida como "Lei dos Orçamentos Públicos", que, em seu art. 2º, exige evidenciar não só a discriminação das receitas e despesas, mas também a política econômico-financeira adotada, isto é, o programa de trabalho governamental a implementar. No mais, a lei complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, também chamada de "Lei de Responsabilidade Fiscal" (LRF), pressupõe uma ação *planejada* e *transparente*, por parte dos gestores públicos, na condução da atividade financeira estatal, dedicando às leis orçamentárias a íntegra de seu Capítulo II (arts. 3º a 10), oportunamente denominado "Do planejamento".

Ademais, o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, ainda vigente por recepção constitucional, estabelece normas gerais aplicáveis à Adminis-

15 Cf. GUIMARÃES, Raquel Lamboglia. *O controle financeiro da atividade de fomento:* o TCU e a aferição de resultados. 2019. Dissertação (Mestrado) – FD/USP, São Paulo, 2019, p. 182-186.

16 A este respeito, vide a obra: SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

17 O *plano plurianual* (PPA) institui, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública, tanto para despesas de capital e outras delas decorrentes, quanto para os programas de duração continuada (art. 165, I e § 1º da CF). Já a *lei de diretrizes orçamentárias* (LDO) compreende as metas e prioridades da Administração Pública, conforme a trajetória sustentável da dívida pública, a fim de orientar a elaboração da lei orçamentária anual, dispondo sobre as alterações da legislação tributária e estabelecendo a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (art. 165, II e § 2º da CF). Por sua vez, a *lei orçamentária anual* (LOA), com validade para o exercício financeiro seguinte, compreenderá os seguintes orçamentos: fiscal, de investimentos das empresas estatais e da seguridade social (art. 165, III e § 5º da CF).

tração Federal, dedicando seu Título III (arts. 15 a 18) à gestão das finanças públicas pela via orçamentária, sendo intitulado "Do planejamento, do orçamento-programa e da programação financeira", o que, por si só, deixa muito claro o liame entre a vigência das leis orçamentárias e o planejamento da atuação estatal aplicada ao suporte financeiro existente.

Assim sendo, toda atividade financeira estatal (arrecadar, gerenciar e despender) está espelhada nas leis orçamentárias, que personificam as múltiplas formas de intervenção do poder político no âmbito socioeconômico, explicitando quais são as *necessidades públicas*.[18]

As metas governamentais são transpostas para as leis orçamentárias e assim ganham concreção, inclusive, prestando-se ao balizamento da atuação estatal no que tange à aplicação dos meios materiais disponíveis em cada ciclo orçamentário.[19]

Nessa direção, os gestores públicos precisam ter uma visão sistêmica sobre o substrato material existente, a fim de que haja a consecução das políticas públicas consubstanciadas nos programas e metas presentes nas leis orçamentárias, observadas as peculiaridades estruturais da nossa forma federativa de Estado, de modo a conciliar *interesses financeiros autônomos,*[20] bem como a *transversalidade dos impactos destas políticas*.[21] Contudo, sem perder de vista os *objetivos fundamentais da República*, fixados no art. 3º, incisos I a IV da Constituição.[22].

Dessa forma, na qualidade de fundamento de validade e eficácia de todo o nosso sistema normativo, emerge do texto constitucional uma diretriz básica, a saber: as leis orçamentárias, na qualidade de planos ou programas de atuação governamental, precisam ser observadas na medida em que materializem àquele conjunto de escopos prioritários.

A Constituição congrega as *decisões políticas fundamentais* de uma dada sociedade, com evidentes reflexos na gestão de seus meios materiais, a qual precisa ter adequação aos fins públicos. Com o advento do "Estado Providên-

18 Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 77-80.

19 Cf. ASSONI FILHO, Sérgio. *Processo orçamentário*. *In*: SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães; SILVA, Alessandra Obara Soares da (org.) *Teoria geral do processo administrativo*. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 680-682.

20 Cf. HARADA, Kiyoshi. *Direito tributário municipal: sistema tributário* municipal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 63-64.

21 Cf. CONTI, José Maurício. *O planejamento orçamentário da administração pública no Brasil*. São Paulo: Blucher, 2020, p. 249-256.

22 O art. 3º da Constituição vigente determina: "Constituem 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 a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.".

cia", os *direitos sociais* ganham primazia no atendimento das demandas coletivas, conforme o elenco do art. 6º de nosso texto magno.[23]

Nessa perspectiva, dotações orçamentárias resultam de *decisões políticas alocativas*, que só serão legítimas quando estiverem de acordo com o balizamento constitucional, é dizer, observadas tais prioridades, em particular, a garantia ao *mínimo existencial* de seus cidadãos, pois é inerente à *dignidade humana*, na forma do art. 7º, IV da Constituição, que o indivíduo consiga obter, com o produto de seu trabalho, um montante material mínimo, suficiente ao atendimento de suas necessidades vitais básicas e às de sua família, incluídos moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Observados os referidos parâmetros, em que a *dignidade humana* figura como valor supremo de nossa ordem constitucional, a propósito, sendo relacionada dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, *caput* e III da Constituição, as leis orçamentárias têm a função de concretizar os *direitos sociais fundamentais* à existência digna, servindo de instrumental jurídico à limitação da atuação discricionária dos gestores públicos.

Em suma, as leis orçamentárias encarnam a completude do planejamento financeiro estatal durante o período de suas vigências, pois contêm as previsões de receitas a arrecadar e as autorizações de despesas a realizar, as quais terão nos objetivos fundamentais insculpidos no art. 3º da Constituição os seus vetores de interpretação e aplicação.[24]

Dessa maneira, a garantia dos direitos sociais fundamentais deve nortear a tomada das *decisões de alocaç*ão ("despesas diretas" autorizadas nas dotações das leis orçamentárias).

Também é assim com relação aos *benefícios fiscais* concedidos por leis específicas, portanto, dentro dos limites admitidos pela própria ordem jurídica, uma vez que consonantes com o *princípio da indisponibilidade do patrimônio público* (art. 150, § 6º da Constituição), sendo suas quantificações materiais genuínas "despesas indiretas", pois *deixar de arrecadar*, em prol de uma categoria de contribuintes, é tentar realizar políticas públicas por meio de uma técnica de fomento incomum, que será factível se as induções comportamentais promovidas pelo Governo forem condizentes com as precípuas finalidades constitucionais.

Frise-se que a abdicação ao poder-dever de arrecadar precisa ser criteriosa e motivada, pois a "Lei de Responsabilidade Fiscal" estabelece um padrão,

23 Dispõe o art. 6º da Constituição brasileira: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

24 Cf. ASSONI FILHO, Sérgio; ASSONI FILHO, Sérgio. *Controle de constitucionalidade da lei orçamentária*. *In*: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (org.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33-38.

em seu art. 11, ao fixar como requisito essencial de uma gestão fiscal responsável o dever de cada ente federativo arrecadar todos os tributos da respectiva competência constitucional.[25]

O que fica ainda mais evidente quando se constatar um quadro geral de escassez de meios materiais, pois, nestes casos, os ordenadores das despesas públicas *diretas* e *indiretas*, invariavelmente, serão obrigados a fazer *escolhas trágicas,*[26] contudo, isso não lhes permitirá descurar da persecução aos objetivos constitucionais fundamentais.

As "despesas diretas" dizem respeito às autorizações legais para os *gastos financeiros*, ou seja, para utilizar os recursos das dotações, com destaque para as *subvenções econômicas*, como destinações de montantes orçamentários às entidades públicas e privadas, com ou sem fins lucrativos, cujas atividades sejam de interesse social.[27] Nestas circunstâncias, o fomento estatal decorre de uma convergência teleológica, quando os propósitos das referidas entidades são consentâneos com a persecução das demandas coletivas constitucionalizadas.

Para tanto, muitas vezes, são fixadas *metas de desempenho* como contrapartida ao recebimento das subvenções, observado o *caráter gerencial* da atual Administração Pública.[28] No mais, estes auxílios financeiros tendem à gradativa supressão em períodos de prosperidade econômica, para que a intervenção estatal indutora não venha a desprestigiar a livre iniciativa, bem assim a livre concorrência, nos termos do art. 170, *caput* e IV da Constituição.

Já as "despesas indiretas" concernem às medidas governamentais favoráveis aos contribuintes, concedidas em prejuízo da arrecadação, daí seu apelido de "*gastos tributários*". Tais medidas causarão impactos orçamentários mensuráveis por estimativa, para sua oportuna compensação. Ademais, elas ainda devem passar por um filtro de plausibilidade institucional, qual seja: cumprir finalidades públicas, preferencialmente de estatura constitucional.

Gastos tributários, visando à concretização dos *direitos sociais fundamentais*, serão bem-vindos mesmo quando seus efeitos alcançam diretamente uns poucos contribuintes, pois, pela sua natureza regulatória, constata-se um potencial indutor de comportamentos hábeis a difundir proveitos a toda coletividade, de forma indireta e impessoal, restando avalizada a técnica pelo crivo da *proporcionalidade* desta intervenção estatal no domínio econômico.[29]

---

25 Conforme a exata dicção do art. 11 da LRF: "Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação."

26 Sobre a temática, vide a obra: CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices:* the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

27 Cf. PASSEROTTI, Denis Camargo. *O orçamento como instrumento de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Blucher, 2017, p. 137-144.

28 A tal respeito, vide a obra: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (org.). *Reforma do estado e administração pública gerencial.* 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

29 Cf. NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*: contributo para a compreensão

Esse é o contexto da observância à conveniência e oportunidade dos gastos tributários, em que as autoridades fiscais declinam de seu direito de arrecadar em situações pontuais, tendo em vista a consecução de interesses públicos relevantes, embora extrafiscais, uma vez que congruentes com as diretrizes constitucionais.[30]

A atividade financeira estatal deve se desenvolver em meio às balizas constitucionais, sendo assegurada não só a *proteção patrimonial individual* contra a abusiva tributação, mas também a *proteção patrimonial coletiva*, uma vez que as desonerações fiscais, bem como as destinações dos montantes arrecadados, serão lídimas na medida em que tenham como seus fios condutores a busca pelo atendimento às demandas sociais prioritárias.

Desse modo, a atuação interventiva do nosso "Estado Democrático Fiscal" no domínio econômico, tanto na provisão quanto na alocação de meios materiais, há de pautar-se pela execução de políticas públicas que persigam a efetividade de seus objetivos fundamentais, conforme a expressa dicção do art. 3º constitucional.

Afinal, tributar ou deixar de tributar, ter o fim primordial de arrecadar ou de induzir comportamentos, mediante estímulos ou desestímulos fiscais, em última análise, são decisões tomadas para dar concreção às atribuições governamentais determinadas pela própria ordem jurídica. Neste sentido, tais decisões de caráter eminentemente político jamais poderão se apartar dos parâmetros jurídicos constitucionais, bem assim daquilo que preceituam as normas integrativas infraconstitucionais editadas para conferir eficácia aos dispositivos magnos.

Ressalte-se que os *gastos tributários* são identificados pelo nosso legislador positivo mediante uso metafórico da expressão "renúncia de receita",[31] tendo em vista que, a rigor, não é uma "renúncia" porque não há uma relação jurídica preexistente entre Fisco e contribuinte e, geralmente, sequer existe um crédito tributário constituído pelo procedimento do lançamento, assim como não é uma "receita", pois não chegou a ser efetivamente arrecadado um valor, isto é, não houve um ingresso de recursos nos cofres públicos com ânimo definitivo. Contudo, tal equivalência conceitual, que procura abranger diversas modalidades de benesses fiscais sob a mesma denominação, não pode ser impeditiva à apropriada mensuração de seus reflexos orçamentários, os quais são ensejados pela concessão de benefícios a algumas categorias de contribuintes escolhidas pelos legisladores.[32]

---

constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009, p. 648.

30 Cf. NÓBREGA, Marcos. *Renúncia de receita; guerra fiscal e "tax expenditure": uma abordagem do art. 14 da LRF*. Disponível em: https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/ 6/13526/marcosnobrega1.pdf. Acesso em: 07 abr. 2021.

31 A lei complementar nº 101/2000 (conhecida como "Lei de Responsabilidade Fiscal"), intitula a sua Seção II (art. 14, *caput* e §§), de seu Capítulo III, de "*Da Renúncia de Receita*".

32 Cf. CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais no direito brasi-*

Entretanto, a norma jurídica que fundamentar a *desoneração fiscal* conterá mais que uma mera expressão da discricionariedade legislativa, pois ela também representará um marco que os seus aplicadores deverão observar. Assim sendo, a lei concessiva deve especificar os limites aplicáveis às induções encetadas, a fim de mensurar o impacto orçamentário causado, que será justificável quando estiver a serviço da concretização dos objetivos constitucionais fundamentais, na qualidade de prioridades para a utilização do substrato material coletivo.

3. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS E CONTROLE DE SEU IMPACTO ORÇAMENTÁRIO

O dimensionamento do impacto orçamentário ocasionado pelas perdas arrecadatórias, em virtude da concessão de benefícios fiscais, apresenta-se como grande desafio a superar, como bem demonstram os esforços legislativos constitucionais e infraconstitucionais para balizar tal forma de fomento governamental.

Nesse sentido, salienta-se o que preceitua a Constituição, em seu art. 165, § 6º, cuja inteligência estabelece os parâmetros para conceder os referidos benefícios.

Com destaque para a determinação constitucional de apurar de forma consistente a repercussão orçamentária dessas benesses, na qualidade de genuínas *ações afirmativas fiscais*, inclusive, sendo observados os seus reflexos de modo *regionalizado*[33].

Nessa direção, a lei complementar nº 101/2000 ("Lei de Responsabilidade Fiscal"), em seu art. 5º, *caput* e inciso II, determina uma *adequação orçamentária* dos impactos fiscais, isto é, a demonstração de compatibilidade entre LOA, LDO e PPA, no sentido de que estas leis orçamentárias, em conjunto, suportarão os seus efeitos. Além disso, serão apresentadas as *medidas de compensação*, as quais correspondam à quantificação das regalias concedidas[34].

Ressaltando que todas as decisões atinentes à concessão de benefícios fiscais precisam estar consonantes com o detalhamento exigido pela própria "Lei

leiro. 2012. Tese (Doutorado) – FD/USP, São Paulo, p. 129-133.

33 Estabelece o art. 165, § 6º da Constituição: "O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia."

34 Dispõe a LRF, em seu art. 5º, *caput* e inciso II: "Art. 5º. O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar: (...). II - será acompanhado do documento a que se refere o § 6o do art. 165 da Constituição, bem como das medidas de compensação a renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado; (...)."

de Responsabilidade Fiscal", conforme o fixado no art. 14, *caput* e §§ 1º a 3º, deste diploma normativo.[35]

Essas são as diretrizes legais de um controle orçamentário das "desonerações fiscais", referentes à legitimidade das intervenções estatais no domínio econômico por seu intermédio, em nome da consecução dos objetivos constitucionais fundamentais.

Tais dispositivos trazem consigo um elenco de situações benéficas aos contribuintes, mas o rol apresentado tem nítido *caráter exemplificativo*, como se depreende da análise dos amplos termos utilizados pelos legisladores constitucional e infraconstitucional, que denotam o intento de generalizar suas aplicações aos casos concretos similares.

Em suma, a amplitude das expressões empregadas nos textos legais visa à superação das eventuais controvérsias conceituais. Disso resulta uma tentativa de *padronização*, a fim de abranger ao máximo as situações que possam ser reconhecidas como perdas propositais do Erário, ou seja, autorizações legais para a realização de verdadeiras "despesas indiretas".

Nessa direção, em certas circunstâncias escolhidas pelo legislador, as potencialidades arrecadatórias das *hipóteses de incidências*[36] serão relegadas ao segundo plano, a fim de materializar outros escopos públicos, igualmente amparados pelo ordenamento jurídico.

Aliás, de tão relevantes, os ditos objetivos "extrafiscais" ensejam um tratamento normativo diferenciado, embora dentro de uma *perspectiva isonômica*. Afinal, como ensinou Aristóteles, no longínquo século IV anterior à Era cristã, há que se tratar de forma igual aos iguais (isonomia na dimensão horizontal), bem como de maneira desigual aos desiguais, na exata medida desta desigualdade (isonomia na dimensão vertical).

---

35 Preceitua a LRF, em seu art. 14, *caput* e §§ 1º a 3º: "Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 1º. A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. § 2º. Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso. § 3º. O disposto neste artigo não se aplica: I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º; II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança."

36 A tal respeito, vide a obra: ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

A despeito das divergências conceituais relativas aos benefícios fiscais concedidos, algumas características comuns podem ser extraídas dos expressos exemplos legislativos, com destaque para as seguintes: a) a *excepcionalidade* na concessão destes benefícios, haja vista alcançarem apenas algumas categorias de contribuintes contempladas nas leis específicas; b) o predomínio da *finalidade extrafiscal* na utilização desta técnica, pois ela promove induções comportamentais que costumam ocasionar reduções nos volumes arrecadados; c) em geral, tais expedientes têm o condão de *aumentar a disponibilidade econômica dos contribuintes*, que são agraciados por estarem em situações peculiares (predefinidas legalmente).[37]

Além disso, as leis concessivas de benefícios fiscais devem ter suas eficácias jurídicas *limitadas no tempo*, não podendo ser estruturais, pois a *transitoriedade* nas suas aplicações é decorrente de sua natureza excepcional, não gozando assim do status de "benesses eternas".[38] No mais, isso se afina à própria efemeridade das previsões orçamentárias, bem como ao dever de mensurar e compensar os seus impactos materiais, tanto no exercício financeiro em que se inicia a sua vigência quanto nos dois seguintes (art. 14, *caput* e inciso II da LRF).

Até porque, o art. 41, *caput* e § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabelece que os "incentivos fiscais" concedidos pelos entes federativos precisam ser *periodicamente reavaliados*, inclusive, sendo considerados revogados, após dois anos, caso não sejam confirmados por lei.[39]

Identificar e mensurar corretamente os impactos orçamentários, oriundos da concessão de benefícios fiscais, possibilita conferir maior *visibilidade* às despesas (diretas e indiretas). Ademais, permite um melhor *controle dos resultados* obtidos na gestão dos recursos públicos, conforme os vetores constitucionais,[40] tanto pela exigência de *eficiência*, erigida à condição de princípio geral da Administração (art. 37, *caput* da Constituição), quanto pelo dever de *economicidade* na concessão desses benefícios, é dizer, buscando aliar os menores custos com a maior qualidade das prestações estatais aos contribuintes (art. 70, *caput* da Constituição).

---

37 Cf. VIOL, Andréa Lemgruber. *Renúncia tributária no Brasil*. Disponível em: https:// repositorio.cepal.org/ bitstream/handle/11362/34878/INT2192_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 abr. 2021.

38 Cf. PUREZA, Maria Emilia Miranda. Disciplinamento das renúncias de receitas federais: inconsistências no controle dos gastos tributários. *Cadernos Aslegis*, v. 08, nº 29, p. 66-69, maio/ago. 2006.

39 Eis a dicção do ADCT, em seu art. 41, *caput* e § 1º: "Art. 41. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis. § 1º. Considerar-se-ão revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei."

40 Cf. ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro de. A renúncia de receita como fonte alternativa de recursos orçamentários. *Revista do TCU*, v. 32, nº 88, p. 64-65, abr./jun. 2001.

A integração dos "gastos tributários" (despesas indiretas) no processo orçamentário é um imperativo na atualidade, pois uma gestão fiscal tida como responsável requer o cômputo das incidências e exonerações, ainda que por estimativa, na qualidade de expressões materiais quantitativas que pautarão as atividades financeiras estatais em todas as esferas federativas.

Na identificação dos benefícios fiscais tem prevalecido um critério jurídico-formal, qual seja: o *desvio da norma padrão*, uma vez que a incidência tributária é a regra, sendo excepcional a desoneração fiscal. Isso porque a fuga deste padrão normativo ("benchmark") precisa ser validada pela persecução aos anseios coletivos, a fim de demonstrar que existe um fomento heterodoxo hábil à implementação das respectivas políticas públicas, caso contrário, configura uma arbitrária intervenção estatal no domínio econômico, a qual não pode subsistir. Para quantificar os benefícios fiscais tem sido mais utilizado o *método da receita perdida*, em que é feita a previsão de arrecadação sem a concessão dos benefícios fiscais (receita padrão) e, na sequência, a previsão é feita considerando os benefícios fiscais que se pretende conceder ("gasto tributário"), sendo mensurado o impacto orçamentário pela "perda de receita", isto é, pela diferença dos montantes apurados nestas distintas projeções arrecadatórias.[41]

A consideração dos "gastos tributários" nas leis orçamentárias também é relevante para averiguar a *qualidade* das despesas indiretas, especialmente em um cenário de gestão fiscal responsável, nos termos das hodiernas exigências legais (planejamento e transparência), para tanto, cotejando as metas traçadas com os resultados obtidos (*performance budget*).[42]

O emprego dos meios materiais coletivos na garantia dos direitos sociais fundamentais atesta o grau de proficiência gerencial na condução do processo orçamentário. O que restará evidenciado nas *prestações de contas* dos gestores públicos (ordenadores de despesas), sendo estas submetidas ao crivo dos órgãos de controle interno (auditorias e ouvidorias), bem como aos órgãos de controle externo (Legislativos, com o suporte técnico dos Tribunais de Contas, e Judiciais, caso provocados), além do controle social (cidadãos e entidades representativas da sociedade civil), em razão do acolhimento, em nossa sistemática constitucional, do paradigma da *democracia participativa* (misto das democracias *representativa* e *direta*).[43]

A propósito, buscando racionalizar o fomento governamental das atividades privadas de interesse social, essencial é o papel do Tribunal de Contas, que, com sua expertise contábil, procura rastrear o destino dos recursos pela

41 Cf. HENRIQUES, Elcio Fiori. *O regime jurídico do gasto tributário no direito brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado) – FD/USP, São Paulo, 2009, p. 197-199.

42 Cf. CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. O controle interno na administração pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal. *Direito Público*, ano VIII, nº 37, p. 213-217.

43 A tal respeito, vide a obra: ASSONI FILHO, Sérgio. *Transparência fiscal e democracia*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2009.

via das despesas públicas diretas e indiretas, com o intento de verificar se estas intervenções estatais no domínio econômico, de fato, são afeitas à consecução dos fins públicos.

Contudo, há que se reconhecer que tal apuração é muito mais complexa com relação às despesas indiretas ("gastos tributários"), principalmente quando não existam contrapartidas prefixadas. Desta maneira, da perspectiva do controle dos resultados a alcançar, o fomento público por meio das *despesas diretas* deve ser considerado preferencial.[44]

Os conflitos entre entes federativos, em torno da concessão de benefícios fiscais com o fito de atrair investimentos para os respectivos territórios, também conhecidos pela alcunha de "guerra fiscal", precisam ser considerados, pois concernem às políticas públicas de fomento pela via das despesas indiretas e, na prática, negam indevidamente o ideal constitucional de federalismo cooperativo.

A ausência de uma política nacional desenvolvimentista acirra a disputa federativa por meio da concessão de desonerações fiscais, o que generaliza perdas de arrecadação, mas não acarreta os efeitos redistributivos necessários à superação das nossas assimetrias federativas, pois os entes federativos com melhor infraestrutura continuam atraindo mais investimentos.[45]

Nessa senda, a ordem jurídica precisa coibir tal competição predatória no âmbito do nosso federalismo fiscal, conforme intenta a "Lei de Responsabilidade Fiscal", como marco legal para a efetiva integração dos gastos tributários no processo orçamentário pátrio.

O controle do impacto orçamentário dos gastos tributários tem os parâmetros jurídicos delineados no art. 14 da "Lei de Responsabilidade Fiscal", que enfatiza a *compensação das perdas de arrecadação*, pois não pode haver comprometimento das metas de resultados fiscais constantes do relatório anexo à LDO, a fim de assim preservar o *equilíbrio fiscal*.[46]

No mais, gastos tributários são exonerações que se prestam à indução comportamental, conferindo tratamento diferenciado a categorias de contribuintes estrategicamente escolhidas, quando tendentes a gerar uma imediata redução arrecadatória, mas que se legitimam pela perspectiva de propiciar uma *eficácia social* mediata, a saber: conferir efetividade aos precípuos objetivos constitucionais.

---

44 Cf. GUIMARÃES, Raquel Lamboglia. *O controle financeiro da atividade de fomento:* o TCU e a aferição de resultados. 2019. Dissertação (Mestrado) – FD/USP, São Paulo, 2019, p. 187-188.

45 Cf. NÓBREGA, Marcos. *Renúncia de receita; guerra fiscal e "tax expenditure": uma abordagem do art. 14 da LRF*. Disponível em: https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/6/13526/marcosnobrega1.pdf. Acesso em: 07 abr. 2021.

46 Cf. CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais no direito brasileiro*. São Paulo: FD/USP (Tese de Doutorado), 2012, p. 204-210.

CONCLUSÃO

O advento das sociedades de massa e a insuficiência na autorregulação dos mercados deram ensejo às atuações estatais *regulatórias* das atividades econômicas. O mesmo se diga com relação à necessidade de *prestações positivas*, por parte do Estado, a fim de assegurar à coletividade padrões mínimos de bem-estar social.

Desponta nesse contexto a utilização *extrafiscal* dos tributos, como instrumental interventivo destinado primordialmente à indução comportamental dos agentes econômicos, o que nem sempre se coaduna com o intento de auferir montantes por meio das exações.

A concessão de *benefícios fiscais* para implementar políticas públicas passa a estar no cerne das discussões, na qualidade de fomento heterodoxo, pois está focado nas desonerações (montantes a renunciar ou "gastos tributários"), desde que tenham fulcro na estrita legalidade, sendo relegadas a segundo plano as incidências propriamente ditas (montantes a arrecadar).

O planejamento de toda atividade financeira estatal vem exposto em prospecto nas leis orçamentárias, as quais materializam distintas formas de intervenção do poder político no âmbito socioeconômico, de modo que os gestores governamentais executem políticas públicas congruentes com seus programas e metas, sendo observadas as singularidades federativas.

O fio condutor da tomada dessas decisões políticas de cunho financeiro-orçamentário emerge do texto constitucional, que fixa um conjunto de escopos prioritários, em seu art. 3º, intitulados "objetivos fundamentais" desta República, dos quais se extrai como primacial a garantia aos *direitos sociais*, pois inerentes à preservação da dignidade humana.

Tal norte alocativo diz respeito aos *gastos financeiros* ou "despesas diretas", relativos às autorizações legais para destinações de montantes previstos nas dotações orçamentárias, bem como aos *gastos tributários* ou "despesas indiretas", atinentes à concessão legal de benefícios fiscais para determinadas categorias de contribuintes, quando o intento indutor de comportamentos estiver mais afinado a outros interesses que o incremento da arrecadação.

A atuação estatal interventiva no domínio econômico, tanto na provisão quanto na alocação de meios materiais, há de pautar-se pela execução de políticas públicas que visem ao atendimento das *demandas sociais prioritárias*.

Desse modo, os gestores públicos utilizarão o substrato material coletivo conforme os parâmetros normativos, frisando que os respectivos *impactos orçamentários* se justificarão na medida em que estiverem a serviço da concretização dos precípuos objetivos constitucionais.

Daí destacarmos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que objetivam a manutenção do *equilíbrio orçamentário*, mediante identificação, quantificação e compensação de perdas arrecadatórias decorrentes das desonerações fiscais por aqueles autorizadas.

Para superar as divergências conceituais, a legislação de regência emprega um rol exemplificativo de situações, que, a nosso ver, estão contidas na expressão "benefício fiscal", da qual derivam características comuns: a) concessão excepcional; b) finalidade extrafiscal predominante; c) maior disponibilidade econômica do beneficiário; d) transitoriedade.

A apuração desse impacto orçamentário, resultante da concessão de benefícios fiscais, confere maior transparência ao conjunto das despesas públicas (diretas e indiretas), inclusive, tornando factível a análise *gerencial* a cargo dos órgãos de controle interno, externo e social, isto é, centrada na qualidade das despesas realizadas, em face das *metas de desempenho* antes estabelecidas e submetidas à execução prática, conhecida como "performance budget".

Nessa senda, cotejar as incidências potenciais com as exonerações concedidas permite constatar se os resultados obtidos pelos gestores no ciclo orçamentário (LOA, LDO e PPA), de fato, denotam eficiência e economicidade no manuseio dos meios materiais públicos.

A racionalização do fomento público fiscal requer a *prefixação de contrapartidas dos beneficiários*, devidamente inseridas em uma política nacional de desenvolvimento voltada para a *eficácia social*, ou seja, ao concreto atendimento das demandas coletivas. Até porque, isso também auxiliaria na coibição das disputas federativas predatórias ("guerras fiscais"), desestimulando entes federativos de se valerem do expediente de ofertar benefícios fiscais indiscriminadamente, mesmo quando incompatíveis com as suas reais condições financeiras.

Em suma, a condução do processo orçamentário pode revelar um aliado ou um vilão nas induções comportamentais engendradas, em particular, mediante autorização para realizar despesas indiretas ("gastos tributários"), servindo a garantia aos *direitos sociais fundamentais* como fiel desta balança, capaz de atestar o nível de proficiência atingido pela gestão fiscal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALABERN, Juan Enrique Varona. *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro de. A renúncia de receita como fonte alternativa de recursos orçamentários. *Revista do TCU*, v. 32, nº 88, p. 54-65, abr./jun. 2001.

ASSONI FILHO, Sérgio. Controle de constitucionalidade da lei orçamentária. *In*: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (org.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21-40.

ASSONI FILHO, Sérgio. Processo orçamentário. *In*: SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães; SILVA, Alessandra Obara Soares da (org.) *Teoria geral do processo administrativo*. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 677-702.

ASSONI FILHO, Sérgio. *Transparência fiscal e democracia*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2009.

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Incentivos fiscais em tempos de crise: impactos econômicos e reflexos financeiros. *Revista da PGFN*, v. 01, nº 01, p. 99-121, jan./jun. 2011.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BLIACHERIENE, Ana Carla. *Controle da eficiência do gasto orçamentário*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função:* novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Editora Manole, 2007.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (org.). *Reforma do estado e administração pública gerencial.* 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices:* the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime jurídico dos incentivos fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CONTI, José Maurício. *O planejamento orçamentário da administração pública no Brasil*. São Paulo: Blucher, 2020.

CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. O controle interno na administração pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal. *In*: *Direito Público*, ano VIII, nº 37, p. 201-220, jan./fev. 2011.

CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo:* incentivos e renúncias fiscais no direito brasileiro. 2012. Tese (Doutorado) – FD/USP, São Paulo, 2012.

ELALI, André. *Tributação e regulação econômica:* um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desi-

gualdades regionais. São Paulo: MP Editora, 2007.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Direito dos gastos públicos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2015.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário e suas classificações*. Disponível em: http://www.fiscosoft.com.br//pdfs/documentos/pids/147932_143188232_ 070421.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econ*ômica na C*onstituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUIMARÃES, Raquel Lamboglia. *O controle financeiro da atividade de fomento:* o TCU e a aferição de resultados. 2019. Dissertação (Mestrado) – FD/USP, São Paulo, 2019.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HARADA, Kiyoshi. *Direito tributário municipal:* sistema tributário municipal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HENRIQUES, Elcio Fiori. *O regime jurídico do gasto tributário no direito brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado) – FD/USP, São Paulo, 2009.

HIGA, Alberto Shinji. *Terceiro setor:* da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights:* why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

JUCÁ, Francisco Pedro. *Finanças públicas e democracia*. São Paulo: Atlas, 2013.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. 2. ed. Trad. Luis Gutiérrez Andrés. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994.

NÓBREGA, Marcos. *Renúncia de receita; guerra fiscal e "tax expenditure": uma abordagem do art. 14 da LRF*. Disponível em: https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/ 6/13526/marcosnobrega1.pdf . Acesso em: 07 abr. 2021.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PASSEROTTI, Denis Camargo. *O orçamento como instrumento de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Blucher, 2017.

PUREZA, Maria Emilia Miranda. Disciplinamento das renúncias de receitas federais: inconsistências no controle dos gastos tributários. *Cadernos Aslegis*, v. 08, nº 29, p. 41-74, maio/ago. 2006.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SURREY, Stanley S. *Pathways to tax reform:* the concept of tax expenditures. Cambridge: Harvard University Press, 1973.

UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. 2. ed. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIOL, Andréa Lemgruber. *Renúncia tributária no Brasil*. Disponível em: ttps://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/34878/INT2192_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 abr. 2021.

DISPUTE BOARDS COMO MEIO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMPLEXOS

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques[1]
Karim Regina Nascimento Possato[2]
Fabio Antunes Possato[3]

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende, em poucas linhas, resgatar a aplicação dos meios alternativos de resolução de disputas nos contratos administrativos complexos, com destaque para os *Dispute Boards*, considerando, nessa realidade, os prejuízos que podem ser gerados a partir dos atrasos, paralisações e rescisões contratuais, tendentes a guiar a resolução do conflito para a judicialização ou, eventualmente, a arbitragem, ambas fora do contrato.

Nesse sentido, utilizando-se do método dialético de produção científica, calcado em pesquisa bibliográfica e documental, buscar-se-á traçar um panorama do regramento legislativo constitucional e ordinário que rege os contratos da Administração Pública para, num segundo momento, caracterizar os contratos administrativos complexos, identificando os riscos e obstáculos que decorrem de sua execução.

Assim, tomando como referência de complexidade os contratos de obras e serviços de engenharia, o artigo abordará a adequabilidade dos meios alternativos à jurisdição e à arbitragem na resolução de controvérsias que surgem na execução contratual, ressaltando, nessa realidade, os *Dispute Boards*.

Admitindo-se a aplicação restrita do instrumento, serão identificados parâmetros internacionais de regramento para o instituto, mormente os concebidos na Câmara de Comércio Internacional e no Dispute Resolution Board Foundation, correlacionando-os com organizações brasileiras que, igualmente, desenvolvem a ferramenta, como a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Centro e Federação das Indústrias do Estado de São Paulo e o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá.

Por fim, com tais referenciais, o estudo abordará as vantagens econômicas e práticas em se efetivar os *Dispute Boards* nos contratos administrativos

1 Doutora e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora do Programa de Pós-graduação em Direito (Doutorado e Mestrado) da Universidade Nove de Julho (UNINOVE) e Advogada.

2 Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Advogada e Professora.

3 Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). É Oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo e professor da Academia de Polícia Militar do Barro Branco.

complexos e sua adequação a essa modalidade de negócio da Administração Pública.

1 O ALINHAMENTO CONSTITUCIONAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SEU REGRAMENTO ORDINÁRIO

Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil encontram-se sedimentados na Constituição Federal (CF) que, em seu artigo 3º, destaca a garantia do desenvolvimento nacional (inciso II) e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III) como desígnios do Estado.

Nesse sentido, a Administração Pública, em todos os níveis (federal, estadual e municipal) deve buscar a realização de tais objetivos, empregando o aparelho do Estado de forma racional e ordenada para garantir o desenvolvimento e diminuir as desigualdades.

É por isso que o princípio da eficiência, ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (artigo 37, *caput*, da CF), constituem balizas da Administração Pública, impondo ao administrador, ressalvados os casos específicos delineados em legislação, a obrigatoriedade de contratar por meio de licitação pública (artigo 37, inciso XXI, da CF).

Os contratos celebrados pela Administração Pública direta e indireta, portanto, devem seguir a regra disposta na Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da CF, instituindo normas para as licitações e contratos administrativos (Lei de Licitações e Contratos Administrativos). Não obstante, os fundos especiais, empresas públicas e sociedades de economia mista, igualmente, devem sujeitar-se ao regime legal estabelecido nesse diploma.

Os contratos administrativos (excluídos deste estudo os contratos de Direito Privado da Administração Pública), nessa realidade, representam a forma com a qual a Administração Pública se relaciona com as empresas, pessoas jurídicas de direito privado, com o fim de manter o seu próprio funcionamento ou de desenvolver atividade específica rumo aos objetivos estatais, promovendo o interesse público e o bem comum.

Tratam-se, assim, os Contratos Administrativos de uma relação jurídica revestida de consensualidade e travada entre a Administração Pública e terceiros, mas, com regramento estabelecido no Direito Administrativo, admitindo-se somente a aplicação supletiva de normas privadas, desde que compatíveis com a índole pública desse instituto, marcado, também, pela possibilidade de a Administração instabilizar o vínculo contratual com o terceiro contratado, alterando unilateralmente o que fora pactuado ou extinguindo unilateralmente a avença[4].

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 611.

Por sua vez, as alterações contratuais unilaterais, com acréscimos ou supressões de itens na execução do contrato administrativo, assim como a rescisão unilateral do ajuste pela Administração Pública, apesar de se voltar ao interesse público, pois parte da premissa de atender ao bem comum compulsoriamente, podem potencializar a discussão jurídica acerca dos contratos celebrados, muitas vezes tendentes à paralisação ou judicialização quanto mais altos forem os valores pactuados e a complexidade de sua execução.

2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMPLEXOS: RISCOS E VICISSITUDES

Note-se que eventuais divergências nas medições dos serviços prestados, que importarão alterações nos montantes a serem pagos, ou mesmo atrasos na execução do contrato, impactam o desenvolvimento do cronograma físico-financeiro e podem significar a imposição de penalidades. São circunstâncias de atrito entre a Administração Pública e o terceiro contratado que evidenciam o potencial de judicialização dos conflitos, muitas vezes precedida da suspensão ou paralisação da avença, especialmente em contratos complexos.

Apesar de a Lei de Licitações e Contratos Administrativos prever os tipos de contratos (obras, serviços, compras, alienações, locações, concessões e permissões), não se permite identificar, de plano, quais desses seriam complexos ou simples. Tal qual a Teoria Geral dos Contratos, regrada pelas normas de Direito Privado, permite-se subsumir determinadas situações às modalidades formais de contratos preexistentes, no entanto, diversos são os ajustes que demandam interconexão de fatores, tendo como vetores diferentes variáveis, como o tempo e a relação colaborativa entre as partes.

Assim, pode-se dizer complexo o contrato que, além de não se subsumir a uma tipicidade prévia específica, permita o abrigo de objetos diversos num mesmo instrumento, referindo-se "tanto ao número de elementos que compõem a relação quanto à possibilidade de inter-relações entre eles e/ou que deles derivam"[5].

Na mesma linha, permite-se caracterizar complexo o contrato quando:

> [...] 1) houver **elevado grau de incertezas**, ou **elevado número de contingências**, quanto ao seu cumprimento ou fruição das utilidades nele, contrato, previstas; 2) houver **dispersão ou variabilidade entre a magnitude das prestações e contraprestações** na dinâmica ou fluxo de seu cumprimento (caso típico dos contratos cuja consecução do objeto contratual se desenvolva em **ambiente de risco, ou aleatoriedade**); e 3) quando o entendimen-

5 GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos*: uma visão dos contratos coligados. 2016. 264 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 56.

> to do **conteúdo contratual demande conhecimento amplo ou profundo**.[6] (Destaques nossos)

Nessa direção, Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho[7] aborda os contratos complexos, dispondo que a pluralidade de prestações, a existência de estipulações contratuais que remetam a diversos tipos contratuais ou negócios autônomos, ou a impossibilidade de as cláusulas contratuais se alinharem a determinado tipo de contrato, constituem fator de interferência, como se verifica a seguir:

> Pode, com efeito, falar-se de "complexidade" em diversíssimos sentidos – complexidade "subjectiva" ou "objectiva", complexidade consubstanciada numa **pluralidade de declarações (ou de prestações)** ou numa pluralidade de negócios; complexidade traduzida na inclusão, num único contrato, de estipulações, que se reportam a diversos tipos contratuais ou na distribuição de tais estipulações, por vários negócios autônomos; complexidade traduzida naquela referência a **regimes legais de vários tipos contratuais** ou, inversamente, na impossibilidade de as estipulações ou prestações se reportarem claramente a determinado tipo contratual, devendo então recorrer-se a uma **nova e unitária matriz causal**; etc. Um conceito, pois ambíguo e sem unidade interna de circunstâncias, havendo, portanto, muitas (outras tantas) formas possíveis de complexidade – e essa medida não podendo fornecer um critério delimitativo seguro (entre o que é complexo e o que não é).

A partir desses aspectos, permite-se inferir, portanto, sem encerrar ou delimitar a classificação, que a complexidade dos contratos se relaciona (*i*) à exposição a variáveis que podem ser imprevisíveis, ou, se previsíveis, cujos efeitos sejam incalculáveis ou de difícil projeção, (*ii*) à consecução do objeto particionado em uma diversidade de etapas que demandem a inter-relação com outras partes, muitas vezes, alheias ao processo, (*iii*) à necessidade de regulação pautada em vários tipos contratuais, ou à formação de uma matriz própria, específica, (*iv*) à necessidade de sistematização de fases a serem cumpridas condicionalmente em relação ao desenvolvimento do objeto almejado, envolvendo pluralidade de prestações, enfim (*v*) à submissão a riscos e aleatoriedades que afetam o desenvolvimento do objeto ao longo da execução da avença, que podem fragilizar o resultado final.

Tais características não devem esgotar o delineamento do que se poderia classificar como sendo um contrato complexo, motivo pelo qual o estudo dessas condições deve ser efetivado pontualmente, conforme cada caso. No entanto, é possível identificar modalidades de contratos cujos objetos indicam

6 GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. *A onerosidade excessiva em contratos de engineering*. 2007. 146f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 31.

7 COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Contratos complexos e complexos contratuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 11-12.

a complexidade do tema, como é o caso do desenvolvimento de obras ou serviços de engenharia, que, a depender da magnitude, demandam o desenvolvimento de diversos subprodutos, ou etapas, até a composição final do escopo.

Nesse exemplo, as necessidades ligadas à engenharia e à infraestrutura, relacionadas diretamente aos empreendimentos de grande porte, como custos, planejamento, projetos, garantias, prazo, qualidade e responsabilidades, caracterizam e impulsionam novos sistemas contratuais, como os denominados contratos de *engineering*,[8] que evidenciam a complexidade sempre presente, resultante da "integração de várias disciplinas de engenharia e arquitetura, bem como financeira e administrativa", ressaltando-se, igualmente, "a qualidade do sujeito contratante, que deve ser dotado de formação técnica apropriada", assim como "a presença do risco na consecução do objeto".[9]

Nesse sentido, as obras exigem a elaboração prévia de uma gama de projetos destinados ao registro do método de construção sob o aspecto estrutural, hidráulico, elétrico, sanitário etc., além da indicação de custos do empreendimento por meio da elaboração de planilhas que sedimentem os referenciais dos preços de cada item a ser incorporado; há que se considerar, também, a necessidade de obtenção de diversos alvarás e autorizações do poder público, assim como se deve ponderar a possibilidade de adoção de medidas corretivas ao longo da execução, considerando, especialmente, a previsibilidade relativa, ou mesmo a imprevisibilidade, das variáveis que interferem nesse processo.

Uma vez elaborado o projeto completo de uma obra, ingressa-se na fase da construção civil propriamente dita, objetivando materializar o que, até então, foi pensado e planejado. Nessa nova etapa, a incidência de variáveis, como o clima, a oscilação dos preços, a disponibilidade dos itens da obra, entre outras, interferirão diretamente no custo e no prazo da execução previamente programada.

Além disso, as eventuais incorreções ou desacertos ocorridos na fase de projeto e planejamento, certamente, demandarão correções no curso da execução do cronograma, importando, necessariamente, revisões que deverão ser alvo de repactuação no âmbito do contrato.

Nesse sentido, em regra, os realinhamentos contratuais, quando a avença trata da consecução de um objeto complexo como o exemplo da construção civil, especialmente nos contratos de *engineering,* constituem pontos de atrito que demandam negociação e consenso, eis que o eventual dissenso poderá importar o atraso ou paralisação do contrato, ou mesmo sua eventual rescisão, potencializando, portanto, sua judicialização.

A fim de ilustrar esse problema, vale mencionar que o Tribunal de Contas da União (TCU) realizou, em 2020, um acompanhamento com o fim de avaliar

8 GOMES, *op. cit*., p.122.

9 GIL, *op. cit*., p. 27.

a evolução do cenário de paralização de obras públicas financiadas com recursos federais, identificando 7.689 (sete mil seiscentos e oitenta e nove) obras paralisadas de um total de 25.274 (vinte e cinco mil duzentos e setenta e quatro) contratos, somando mais de R$ 98 trilhões.[10] No Estado de São Paulo, há, atualmente, 1.141 (mil cento e quarenta e uma) obras atrasadas ou paralisadas, cujos valores iniciais dos contratos somam mais de R$ 46,5 milhões.[11]

Deve-se pontuar que o atraso, a paralisação, ou mesmo a rescisão contratual, afeta demasiadamente o andamento das obras, sendo que a paralisação ou rescisão geram ônus ao erário e reflexos negativos para a economia. Nesse sentido, "o impacto mais imediato da paralisação de obras sobre a economia se dá por meio do seu efeito sobre a demanda agregada",[12] refletido na atividade laboral de todos os trabalhadores, na atividade empresarial da contratada, na cadeia de subcontratados e fornecedores de bens e serviços e no recolhimento de tributos ao Estado, fatores esses que, por consectário, afetam outros setores da economia.

"Menos obras em andamento impactam o produto e a renda do país em termos agregados"[13], impondo o bloqueio médio, em curto prazo e sob o aspecto da demanda, de 1,8% do crescimento do PIB e, sob o aspecto da oferta e considerando o ganho duradouro, de 0,65%, perfazendo R$115,1 bilhões no primeiro caso e R$ 42,4 bilhões anuais no último, valores esses que indicam o quanto o país deixa de crescer em razão da paralisação de obras públicas.[14]

Portanto, é imperioso que sejam impostos modelos de gestão contratual que permitam o avanço contínuo da execução dos contratos complexos, como os contratos de obras e serviços de engenharia promovidos pela Administração Pública. Assim, considerando que essas avenças demandam grande flexibilidade na resolução de obstáculos que se apresentam ao longo da execução do objeto contratado, as soluções mais dinâmicas e adequadas são aquelas que permitem a continuidade do contrato, resolvendo-se as controvérsias no âmbito do próprio ajuste.

No caso, a prestação jurisdicional e a decisão por meio de arbitragem demandam a atuação em ambiente externo ao contrato, pois, busca-se a resolução das disputas após a instalação do conflito, o que, de uma forma ou de outra, importará na paralisação da execução. Portanto, as decisões consen-

10 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Fiscobras:*2020: fiscalização de obras públicas pelo TCU. Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo, 2020, p. 56.

11 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (TCESP). *Painel de obras atrasadas ou paralisadas*. Disponível em: https://paineldeobras.tce.sp.gov.br/pentaho/api/repos/%3Apublic%3AObra%3Apainel_obras.wcdf/generatedContent?userid=anony&password=zero. Acesso em: 15 fev. 2021.

12 CÂMARA BARSILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO (CBIC). *Impacto econômico e social da paralisação das obras públicas*. Brasília, DF: Gadioli Branding e Comunicação, p. 32.

13 *Idem*.

14 *Ibidem*, p. 56.

suais ou vinculantes dentro da própria avença são as medidas mais apropriadas. Primeiro porque não há interrupção ou suspensão do desenvolvimento dos serviços pactuados; segundo porque a atuação de terceiros na resolução dos conflitos, seja auxiliando na composição do consenso ou emitindo deliberações vinculantes, não se dá de forma amealhada ao contrato em si, pois se pressupõe que esses atores permanecem no acompanhamento da avença desde o início.

No entanto, quando se trata de obras públicas, a flexibilização do realinhamento do regramento contratual encontra óbice na sustentação legal de medidas essenciais, como a readequação do equilíbrio econômico-financeiro, ou a necessidade de acréscimos ou supressões, pois, necessariamente, devem ser balizados na norma legal, em especial a Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A esse respeito, a precitada norma não prevê, no bojo de contratos de obras ou serviços de engenharia, a possibilidade de adoção de meios alternativos de solução de conflitos no âmbito do ajuste, pois, parte-se do pressuposto da imposição do objeto pactuado ao edital de licitação que, por sua vez, vincula o próprio contrato administrativo celebrado entre a Administração Pública e o terceiro licitante. As exceções, nesse sentido, são admitidas somente diante de expressa previsão legal.

2.1 A POSSIBILIDADE DE EMPREGO DOS *DISPUTE BOARDS* É RESTRITA

Nessa hipótese, excepcionam-se os casos de concorrência de âmbito internacional (artigo 42, § 5º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos), em que haja recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral do qual faça parte o Brasil, hipótese em que poderão ser admitidas no processo licitatório as condições que decorrerem de acordos, protocolos ou demais tratados aprovados pelo Congresso Nacional, além de normas e procedimentos exigidos por aquelas entidades, admitindo-se, nesse caso, a incorporação ao contrato e ao edital de licitação de cláusulas condicionantes do objeto ao desenvolvimento de meios alternativos à jurisdição, como é o caso dos *dispute boards*.

> Lei federal nº 8.666/93
>
> Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.
>
> [...]
>
> § 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial

> de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior (BRASIL, 1993).

Nesse sentido, a exigência normativa de entidades internacionais de cláusula contratual que contemple a instalação de Comitês de Resolução de Disputas como condição para a concessão de financiamentos de obras de infraestrutura e outros projetos de investimento é verificada nos contratos em que, dentre outros, bancos de desenvolvimento, como o Banco Mundial[15] e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID),[16] figuram como agentes financiadores:

> BANCO MUNDIAL
>
> Regulamento de Aquisições para Mutuários de Operações de Financiamento de Projetos de Investimento
>
> Bens, Obras, Serviços Técnicos e Serviços de Consultoria
>
> [...]
>
> Foro e resolução de disputas
>
> 2.24 As condições contratuais das licitações públicas internacionais **conterão cláusula sobre legislação aplicável e foro para resolução de conflitos**. **Todos os contratos de licitação pública internacional deverão prever mecanismos adequados de resolução de conflitos com a intervenção de terceiros, seja por meio de Dispute Review Experts (Especialistas em Análise de Divergências) ou de Dispute Review Boards (Juntas de Análise de Divergências)**. (Tradução e destaques nossos)

Além disso, os contratos de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da CF, nos termos da Lei federal nº 8.987,

15 WORLD BANK. *Procurement Regulations for IPF Borrowers*: procuremente in investimento Project financing – goods, Works, non-consulting and Consulting services. 4. ed. Washington, D.C.: World Bank. Disponível em: https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-new-framework. Acesso em: 15 fev. 2021.

16 Como se verifica no Documento denominado "Contratação de Obras e Guia de Usuário", a inserção em contrato de cláusula sobre a instalação do "Dispute Avoidance and Adjudication Board" (DAAB, Comitê de Prevenção e Adjudicação de Disputas) do BID é uma condição imposta para autorização do financiamento pretendido. Disponível em: https://www.iadb.org/es/projects/adquisiciones-de-proyectos. Acesso em: 15 fev. 2021.

de 13 de fevereiro de 1995,[17] com as inclusões da Lei federal nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, admitem, também, a previsão do emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas decorrentes ou relacionadas à avença, enquadrando-se, nessa hipótese, os *dispute boards*:

> Lei federal nº 8.987/95
>
> Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Essa é a mesma possibilidade admitida nos contratos de Parcerias Público-Privadas, instituídas por meio da Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que, além da arbitragem, permite a aplicação de outros mecanismos privados de resolução de disputas:

> Lei federal nº 11.079/04
>
> Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:
>
> [...];
>
> III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.
>
> Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

Por fim, a normatização federal encerra a aplicação dos meios privados de resolução de disputas nos contratos administrativos com o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), instituído por meio da Lei federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, com a inclusão efetivada pela Lei federal nº 13.190, de 19 de novembro de 2015:

> Lei federal nº 12.462/11
>
> Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados.

17 Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da CF.

Identifica-se, nesse mesmo diploma legal, boa capacidade de abrangência do instituto em comento a diversos objetos pactuáveis por meio dos contratos administrativos, considerando o rol de aplicabilidade disposto no artigo 1º:

> Lei federal nº 12.462/11
>
> Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:
>
> [...]
>
> III - de **obras de infraestrutura e de contratação de serviços** para os **aeroportos das capitais dos Estados da Federação** distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.
>
> IV - das **ações** integrantes do **Programa de Aceleração do Crescimento** (PAC).
>
> V - das **obras e serviços de engenharia** no âmbito do **Sistema Único de Saúde** - SUS.
>
> VI - das **obras e serviços de engenharia** para construção, ampliação e reforma e administração de **estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo**;
>
> VII - das **ações** no âmbito da **segurança pública**;
>
> VIII - das **obras e serviços de engenharia**, relacionadas a melhorias na **mobilidade urbana** ou ampliação de **infraestrutura logística**; e
>
> IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A.
>
> X - das **ações** em órgãos e entidades dedicados à **ciência**, à **tecnologia** e à **inovação**.
>
> [...]
>
> § 3º Além das hipóteses previstas no **caput,** o RDC também é aplicável às licitações e aos contratos necessários à realização de **obras e serviços de engenharia** no âmbito dos **sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia**. (Destaques nossos)

Vale ressaltar, ainda, que se encontra em trâmite no Senado Federal, mas, já aprovado e aguardando encaminhamento à sanção presidencial, o Projeto de Lei (PL) nº 4.253, de 2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013), que institui a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Nesse novel diploma legal, haverá a institucionalização dos meios alternativos de resolução de controvérsias no âmbito dos contratos administrativos, destacando-se, nesse sentido, os Comitês de Resolução de Disputas, como se verifica no Capítulo XII, artigos 150 e 153, da redação final do PL nº 4.253/20:

> PL nº 4.253/20
>
> Art. 150. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, **o comitê de resolução de disputas** e a arbitragem.

> Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às **controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis**, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.
>
> [...]
>
> Art. 153. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes. (Destaques nossos)

É importante asseverar que as Leis federais nº 8.666/93 e 12.462/11, artigos 1º a 47-A, permanecerão vigentes por 2 (dois) anos a partir da publicação do novo diploma,[18] quando serão efetivamente revogadas, sendo facultada à Administração Pública a aplicação de uma ou outra legislação, que regerá a execução do contrato até o seu prazo final de validade.

Nas demais esferas do Poder Público, bem como nos demais entes federativos, não se identificam leis que expressamente autorizem a prática dos *dispute boards* nos contratos administrativos, exceto o Município de São Paulo, que, com a edição da Lei municipal nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018, reconheceu e regulamentou a instalação de "Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo", com o objetivo de dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis e cuja natureza pode ser revisora, adjuticativa ou híbrida, como se constata no extrato abaixo:

> Lei do Município de São Paulo nº 16.873/18
>
> Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo.
>
> [...]
>
> Art. 1º Os Comitês de Prevenção e Solução de Disputas para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos continuados da Administração Direta e Indireta do Município de São Paulo observarão as disposições desta lei e deverão, quando aplicáveis, estar previstos, respectivamente, no edital e contrato.

É perceptível, portanto, a tendência de a Administração Pública incorporar em seus contratos os meios alternativos de resolução de conflitos, com destaque aos *dispute boards*, ou comitês de prevenção e resolução de disputas.

18 Exceto os artigos 89 a 108 da Lei federal nº 8.666/93, que serão revogados na data de publicação da legislação alteradora.

3 REFERENCIAIS PARA O DESENVOLVIMENTO DE DISPUTE BOARDS OU COMITÊS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE DISPUTAS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Antes de tudo, é importante esclarecer que, como método extrajudicial de solução de conflitos, os *dispute boards* consistem em um comitê formado, em regra, por profissionais especializados em áreas técnicas correlacionadas ao objeto contratual que se pretende acompanhar e cuja execução se estenda no tempo, para analisar possíveis divergências, igualmente técnicas, que possam surgir durante o desenvolvimento do contrato, emitindo, conforme as cláusulas pactuadas, decisões vinculativas ou não aos contratantes. Configura-se, portanto, como um "método especializado e técnico de resolução de controvérsias, mediante a decisão neutra de um experto na matéria".[19]

Noutras palavras:

> Um Dispute Board é, numa descrição simplificada, uma junta de profissionais capacitados e imparciais formada, em geral, no início de um contrato para acompanhar seu progresso e resolver disputas que, eventualmente, venham a surgir ao longo de sua execução. Essa junta emite recomendações e/ou decisões em face de disputas que são a ela submetidas, apresentando-se, com cada modelo de Dispute Board adotado, uma equação diferenciada de obrigatoriedade para as partes.[20]

3.1 *DISPUTE BOARDS* NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Em termos normativos, não se identifica na Administração Pública (federal, estadual e municipal) regramento próprio estabelecido com o fim de parametrizar os *dispute boards*. Destaca-se, no entanto, a exceção do regulamento do Município de São Paulo, que, por meio do Decreto municipal nº 60.067, de 10 de fevereiro de 2021, dispôs sobre os Comitês de Prevenção e Solução de Disputas adotados pela Lei municipal nº 16.873/18.

Nota-se que a ferramenta se encontra alinhada à Política de Desjudicialização instituída na Capital Paulista por meio da Lei municipal nº 17.324, de 18 de março de 2020, e está direcionada aos contratos de obras públicas e de execução continuada, especificamente os contratos de concessão ou permissão que tenham como objeto, ou parte dele, a execução de obras, com valores iguais ou superiores a R$ 200 milhões.

19 CAIRNS, David J. A.; MADALENA, Ignacio. El reglamento de la ICC relativo a los dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.3, n.10, p. 179-189, jul-set., 2006, p. 180.

20 VAZ, Gilberto José. Breves considerações sobre os dispute boards no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.3, n.10, p. 165-171, jul-set., 2006, p. 166.

A natureza dos *dispute boards* paulistanos é, originariamente, revisora, podendo ser, excepcionalmente, adjudicativa ou híbrida, admitindo-se sua instalação e processamento de acordo com as regras de alguma instituição especializada, sendo que a cláusula contratual de adoção dos Comitês deve conter disposições mínimas, indicando-se sua composição tríplice, a forma de seleção de seus membros, sua natureza e forma de funcionamento.

3.2 OS *DISPUTE BOARDS* NA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

De outro lado, um dos modelos internacionais dos *dispute boards* encontra-se estabelecido por ato da Câmara de Comércio Internacional (ICC) de Paris e caracteriza o instrumento como uma fase que pode ser sucedida, eis que as decisões ou recomendações obtidas, apesar de poderem vincular as partes, não são terminativas e, portanto, podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário ou de alguma Câmara de Arbitragem eleita.

O Regulamento relativo aos *Dispute Boards* da ICC define a ferramenta como "um órgão permanente normalmente estabelecido na ocasião da assinatura ou no início da execução de um contrato de médio ou longo prazo para ajudar as partes a evitar ou superar quaisquer desentendimentos ou litígios que possam surgir durante a execução do contrato", ressaltando-se que são "utilizados de modo geral em projetos de construção", mas que, "também são encontrados em outras áreas, incluindo pesquisa e desenvolvimento, propriedade intelectual, acordos de acionistas e de partilha de produção".[21]

Nessa linha, a ICC informa que o *Dispute Board* poderá:

> [...] (1) encorajar as partes a resolvê-lo [o conflito] por conta própria. Se isso for impossível, ou o desacordo for tão entranhado, o Dispute Board poderá (2) intervir prestando assistência informal para ajudar as partes a resolver a questão por acordo, ou (3) resolver o conflito através de uma recomendação ou uma decisão emitida após um procedimento de remissão formal. Cada uma dessas funções é de igual valor no intuito de ajudar a reduzir o risco e o custo de ruptura do contrato entre as partes.[22]

A ICC admite, portanto, a composição de três tipos de *dispute boards*: os *Dispute Review Boards* (DRB), *Dispute Adjudication Boards* (DAB) e *Combined Dispute Boards* (CDB).[23]

---

21 CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (ICC). *Regulamento relativo aos Dispute Boards*: em vigor desde 1º de outubro de 2015, com os novos apêndices em vigor desde 1º de outubro de 2018. Março de 2019, p. 2.

22 *Ibidem*.

23 *Ibidem*, p. 15.

Nos DRB, a prevenção das disputas acontece por meio de assistência informal, com emissão de conclusões formalizadas de cunho recomendativo, cujo teor poderá, ou não, ser cumprido pelas partes. Nesse caso, o efeito será vinculativo somente se não houver contestação da recomendação em prazo superior a 30 (trinta) dias.[24]

Nos DAB, ao contrário dos DRB, há a emissão de decisões, ao invés de recomendações, de cunho obrigacional e vinculante, que serão finais e terminativas quando, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver contestação, notando-se que, na hipótese de judicialização da disputa, ou de sua resolução por meio de arbitragem, as deliberações deverão ser cumpridas até a eventual decisão judicial ou arbitral.[25]

Nos CDB há possibilidade de emissão de recomendações ou decisões. No entanto, o pedido de emissão de decisões deve ser precedido de concordância das partes. No caso de discordância, o CDB deve emitir uma decisão final levando em consideração fatores relacionados à cautelaridade da demanda, traduzida na prevenção de prejuízos significativos, da ruptura do contrato e a na preservação de provas, entre outros.[26]

Quantos aos membros dos *Dispute Boards*, o regulamento da ICC admite a possibilidade de composição por apenas um, por três, ou mais integrantes, sendo que, no silêncio, o Comitê será constituído de 3 (três) membros, dos quais 2 (dois) devem ser nomeados pelas partes e o terceiro proposto pelos dois primeiros, que exercerá a função de presidente. Nesse caso, se houver divergência ou omissão, a nomeação ocorrerá pelo Centro Internacional de ADR da ICC.[27]

Os integrantes do *Dispute Board* devem ser imparciais e independentes, revelando por escrito quaisquer circunstâncias que comprometam essa condição, cabendo à parte interessada decidir pela impugnação, cuja decisão é de responsabilidade do Centro Internacional de ADR da ICC; incide, também, salvo convenção contrária e escrita, impedimento no caso de participação do membro nomeado em processos judiciais, arbitrais ou semelhantes, como juiz, árbitro, perito, representante ou consultor de uma das partes.[28]

Além disso, há cláusula de confidencialidade, salvo estipulação contratual em contrário, que impõe ao membro do *Dispute Board* que as informações obtidas no exercício de sua função são confidenciais e devem ser utilizadas somente para as atividades convencionadas.[29]

24 *Ibidem*, p. 16-17.

25 *Ibidem*, p. 17-18.

26 *Ibidem*, p. 19-20.

27 *Ibidem*, p. 20-21.

28 *Ibidem*, p. 22-23.

29 *Ibidem*, p. 23,45.

Outro princípio que é reconhecido é o da cooperação, impondo-se às partes o dever de colaborar plenamente, fornecendo informações em tempo hábil e assegurando que o Comitê seja mantido informado sobre a execução do Contrato e sobre qualquer divergência que surja durante sua vigência, por meio de relatórios, em reuniões ou visitas, as quais deverão ocorrer, ao menos, três vezes ao ano.[30]

Destacam-se, ainda, que, no caso de omissões em contrato ou regulamento, o Comitê tem o poder de exigir a apresentação de documentos, convocar reuniões e audiências, visitar obras, decidir sobre procedimentos, inquirir as partes, seus representantes e testemunhas, nomear peritos, emitir conclusões e decidir cautelarmente, tomando todas as medidas necessárias ao cumprimento de suas funções.[31]

As conclusões do *Dispute Board* devem ser, preferencialmente, unânimes, admitindo-se a imposição pela maioria; no entanto, caso não haja maioria formada, a decisão será emitida pelo presidente.

3.3 OS *DISPUTE BOARDS* DE ACORDO COM A DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION

Outra referência para a aplicação dos *Dispute Boards* é a Dispute Resolution Board Foundation (DRBF), "uma organização sem fins lucrativos [criada em 1996 nos EUA] dedicada a promover a prevenção e resolução de disputas em todo o mundo usando o método exclusivo e comprovado do Dispute Board".[32]

No sítio eletrônico da Fundação é possível identificar um "Código de Conduta Ética" que, em suma, exterioriza os princípios dos *Dispute Boards* já explorados na ICC, como a imparcialidade, a confidencialidade, a independência e o dever mútuo de divulgação de informações.

Quanto às classificações, é possível traçar um paralelo com o que se encontra delineado na ICC, cujas denominações são semelhantes para o DAB e para o DRB, sendo que o CDB equivale, neste caso, ao Dispute Avoidance and Adjudication Board (DAAB).

No mais, os procedimentos são similares aos adotados pela ICC, destacando-se que, na DRBF, a qualificação e a experiência dos membros devem ser avaliadas, também, à luz de sua familiaridade com o projeto em si, no caso de contratos de construção, de parcerias público-privadas etc.[33]

30 *Ibidem*, p. 25-26.

31 *Ibidem*, p.28-29.

32 Dispute Resolution Board Foundation (DRBF). Disponível em: https://www.drb.org/about-us. Acesso em: 15 fev. 2021.

33 Dispute Resolution Board Foundation (DRBF). **Dispute board manual**: a guide to best pratices and procedures. North Carolina: Spark Publications, 2019, p. 40.

3.4 *DISPUTE BOARDS* NA INICIATIVA PRIVADA BRASILEIRA

No Brasil, é possível identificar diversas ofertas de *Dispute Boards* na iniciativa privada, normalmente vinculadas a câmaras de mediação e arbitragem. O regramento, de um modo geral, encontra-se parametrizado com o modelo internacional da ICC e DRBF, sendo adaptados somente os prazos dos procedimentos, normalmente mais curtos, e as denominações, como "Comitê de Recomendação e Comitê de Decisão",[34] ou "Comitê por Revisão, Comitê por Adjudicação e Comitê Híbrido",[35] mantendo-se, na essência, o referencial doutrinário comum.

De outro lado, os custos a serem despendidos para a contratação dessas câmaras com o fim de gerenciarem os comitês designados variam, sendo lançadas, normalmente, taxas de registro, taxas de administração mensais ou anuais e honorários mensais e extraordinários para os membros nomeados, sendo que os valores podem variar de acordo com o contrato a ser acompanhado.

Tomando como referência um contrato de até R$ 50 milhões e a tabela de despesas praticada pela Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem (CCMA) do Centro das Indústrias e Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP/FIESP), verificam-se os seguintes custos:

Tabela 1: Custos de implementação dos Dispute Boards

Taxa	Periodicidade	Valor R$
Taxa de registro	Na solicitação de formação do Comitê	5.000,00
Taxa de Administração	Mensal	1.500,00
Honorários por membro	Mensal	5.000,00
Honorários extraordinários	Por ato/diligência/ reunião/etc.	2.500,00

***Fonte**:* CCMA CIESP/FIESP, notando-se que os honorários podem ser estipulados diversamente no Contrato.

Todavia, deve-se destacar que, à guisa de diminuição dos custos, não se faz necessária a contratação de uma câmara especializada para se instalar ou designar um Comitê de Resolução de Disputas, bastando que, para tan-

34 CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. *Regulamento para o Comitê de Prevenção e Solução de disputas do CAM-CCBC*. Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/. Acesso em: 15 fev. 2021.

35 CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (CIESP). FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (FIESP). *Regulamento do Comitê de Prevenção e Solução de Controvérsias*. 2018. Disponível em: http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/dispute-boards/regulamento.html. Acesso em 15 fev. 2021.

to, haja regramento previamente estabelecido e pactuado entre as partes, indicando-se os procedimentos, funcionamento e formas de pagamentos de honorários aos membros designados, instruindo-se o edital de licitação com tal expediente.

De qualquer forma, estima-se que os custos dos *Dispute Boards* girem em torno de 1 a 1,5% do valor do contrato principal. No exemplo acima, portanto, haveria um custo médio de R$ 500 mil, considerando o valor contratual de R$ 50 milhões.

De outro lado, a eventual judicialização do conflito advindo da execução desse mesmo contrato, poderia ensejar a incidência de verbas honorárias sucumbenciais no importe mínimo de 10%, além das custas processuais, a 1% do valor da causa, no caso de petição inicial, e 4% do valor sentenciado, no caso de recurso (esses últimos limitados a 3.000 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo – UFESP),[36] fatores que significariam custos maiores do que os empregados nos *Dispute Boards*, especialmente se for considerada nessa equação os valores da depreciação no caso de paralisação da execução do contrato, que também, são elevados.

Mesmo considerando a isenção do recolhimento de custas processuais no caso de o litigante ser a Fazenda Pública, deve-se sopesar que uma decisão judicial desfavorável exigirá o recolhimento da verba honorária sucumbencial, que, também, tende a superar o custo do *Dispute Board*.

No caso da arbitragem, os valores praticados, considerando um contrato de R$ 50 milhões, também são altos, como se verifica na Tabela 2, abaixo:

Tabela 2: Custos de implementação da Arbitragem

Taxa	Periodicidade	Valor R$
Taxa de registro	Na solicitação de instauração do procedimento arbitral	5.000,00
Taxa de Administração	Na instauração do procedimento arbitral	2% do valor do conflito/Até 170.000,00
Honorários	Na sentença arbitral	A partir de 10.000,00 até 156.030,00 – depende do valor da causa

***Fonte**:* CCMA CIESP/FIESP, notando-se que os honorários podem ser estipulados diversamente no Contrato.

36 Taxa judiciária disposta no portal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/IndicesTaxasJudiciarias/DespesasProcessuais/TaxaJudiciaria. Acesso em: 15 fev. 2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, apontou-se a premissa de que os contratos administrativos devem estar alinhados aos objetivos da República Federativa do Brasil, em especial, voltando-se ao desenvolvimento nacional e à redução das desigualdades.

Para tanto, delimitados pela legislação ordinária e com regramento próprio, os contratos da Administração Pública são pautados em modalidades que, em alguns casos, podem indicar a complexidade no desenvolvimento do objeto pactuado, como no caso dos contratos de obras e serviços de engenharia, que se utilizou como referencial de contratos complexos.

Conclui-se que nesses tipos de contratos a diversidade de variáveis que recaem sobre o desenvolvimento do objeto fragiliza a relação entre as partes, eis que há reflexos nos custos do empreendimento e no tempo de execução, potencializados na medida em que ocorrem atrasos, paralisações ou mesmo rescisões, fatores que amplificam o conflito e tendem a guiar a resolução para fora da relação contratual, com a judicialização ou o procedimento arbitral.

Como solução a esse impasse, estudou-se a adequabilidade dos *Dispute Boards* e as diversas modalidades de Comitês que exaram recomendações ou decisões, buscando-se parâmetros internacionais e nacionais.

Considerando, portanto, que a resolução é técnica, em regra, colegiada, menos onerosa em relação ao processo judicial ou procedimento arbitral, mais célere e permite a continuidade da execução do contrato, minimizando os riscos de atraso ou paralisações, conclui-se ser o *Dispute Board* uma ferramenta necessária para a resolução de conflitos havidos no curso da execução de contratos complexos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID***). Contratación de obras e guia del Usuário***: Solicitud de Ofertas (SDO) mediante Licitación Pública Internacional. Disponível em: https://www.iadb.org/es/projects/adquisiciones-de-proyectos. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175

da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. *Lei federal nº 11.196, de 21 de novembro de 2005*. [...]; altera [...] as Leis nºs [...] 8.666, de 21 de junho de 1993, [...], 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11196.htm#art120. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. *Lei federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011*. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. *Lei federal nº 13.190, de 19 de novembro de 2015*. Altera as Leis nº 12.642, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13190.htm#art1. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. *Projeto de lei nº 4.253, de 2020* (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013). Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Parecer final. Senado Federal, 2021. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636. Acesso em: 24 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Fiscobras*:2020: fiscalização de obras públicas pelo TCU: 24º ano. Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo, 2020.

CAIRNS, David J. A.; MADALENA, Ignacio. El reglamento de la ICC relativo a los dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 179-189, jul.-set., 2006.

CÂMARA BARSILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO (CBIC). *Impacto econômico e social da paralisação das obras públicas*. Brasília, DF: Gadioli Branding e Comunicação.

CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (CIESP). FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (FIESP). *Regulamento do Comitê de Prevenção e Solução de Controvérsias*. 2018. Disponível em: http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/dispute-boards/regulamento.html. Acesso em: 15 fev. 2021.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. *Regulamento para o Comitê de Prevenção e Solução de disputas do CAM-CCBC*. Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-c-

cbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/. Acesso em: 15 fev. 2021.

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Contratos complexos e complexos contratuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

Dispute Resolution Board Foundation (DRBF). *Dispute board manual*: a guide to best pratices and procedures. North Carolina: Spark Publications, 2019.

FERNANDES, Michelle Cristina Santiago. *Dinâmica dos Dispute Boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil.* 2019. 331 f. Dissertação (Mestrado em Ciências; área de concentração: Inovação na Construção Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. *A onerosidade excessiva em contratos de engeneering*. 2007. 146f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos*: uma visão dos contratos coligados. 2016. 264 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

MACHADO, Matheus Oliveira. A aplicabilidade dos Dispute Boards no regime diferenciado de contratações públicas (RDC). *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Brasília, v. 110, n. 1, p. 12-31, jul-dez. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os dispute boards no Direito Brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 128-159, 2015.

SÃO PAULO (Município). *Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018*. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. Disponível em: http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

VAZ, Gilberto José. Breves considerações sobre os dispute boards no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 165-171, jul-set. 2006.

WORLD BANK. *Procurement Regulations for IPF Borrowers*: procuremente in investimento Project financing – goods, Works, non-consulting and Consulting services. 4. ed. Washington, D.C.: World Bank. Disponível em: https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-new-framework. Acesso em: 15 fev. 2021.

O princípio da precaução e a matriz de risco nos contratos das empresas estatais

Ana Maria Pedreira[1]
Vivian de A. Gregori Torres[2]

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo destacar a aplicação do princípio da precaução na atividade administrativa, demonstrando que assim como o princípio da prevenção, a sua aplicação é merecedora de positivação. De início, buscar-se-á apontar a distinção entre *precaução* e *prevenção*, muitas vezes utilizadas inadvertidamente como sinônimos, a seguir convém esclarecer o fenômeno da descentralização que será tratado como aspecto periférico, mas não menos relevante, que se impôs em face do gigantismo e complexidade do Estado brasileiro. A natureza das empresas estatais e o advento da Lei 13.303/2016 também serão destacados, para em seguida introduzir-se a essência do tema, a matriz de risco nos contratos administrativos como hipótese de aplicação prática, ainda que intuitiva do princípio da precaução.

Como é possível observar, a presente análise está pautada no método indutivo, pelo qual se partiu de uma premissa maior em direção da premissa menor, a fim de situar o leitor de forma precisa na questão de efetiva relevância. Em face à complexidade da temática aqui tratada, muitas dúvidas serão lançadas e permanecerá no imaginário do leitor, entretanto, é exatamente esse o objetivo desta análise, propor a reflexão assertiva e que possa prosseguir em passos firmes e coerentes.

---

1 Advogada, Professora universitária. Pós-doutoranda em Antropologia pela PUC-SP. Doutora em regime de dupla titulação na área de Direito de Estado pela Universidade de São Paulo (USP) e Universidade de Salamanca (USAL) ES. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito do Trabalho pela PUC-SP. MBA em Direito e Gestão Educacional pela Escola Paulista de Direito. Graduação em Letras e Direito. Autora de diversos artigos e livros na área jurídica e educacional.

2 Pós-Doutora pela Universidade de Salamanca. Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduada pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Advogada e Docente do Programa de Pós-graduação de Mestrado e Doutorado em Direito e Administração da Universidade Metodista de Piracicaba-UNIMEP.

O princípio da precaução, muito embora esteja conquistando maior espaço no campo da ciência do Direito, na medida em que é amplamente aplicado nas questões ambientais, não é um conceito que nasceu no ambiente jurídico como tantos outros institutos, mas foi transplantado com êxito. Para além das demandas ambientais, nas relações envolvendo o comércio internacional e no Direito do Consumidor e no Direito Sanitário, onde encontra terreno fértil para sua ampla e irrestrita utilização. A proposta deste artigo se consubstancia na adoção do referido princípio, também na seara do Direito Administrativo.[3]

A observância ao princípio da precaução recomenda a adoção de estratégias para lidar com a incerteza oriunda da impossibilidade de se antever consequências de determinada prática ou procedimento.

É comum haver certa confusão entre o *precaução* e *prevenção*, ou ainda o emprego das duas expressões como se fossem sinônimas. Para afastar tal equivoco, importante esclarecer que a diferença (ao menos na esfera jurídica) entre uma e outra está lastreada na certeza (ou incerteza) a respeito dos resultados de determinada ação ou decisão, a partir dos quais são oferecidos mecanismos legais, tanto no sistema jurídico quanto na sociedade para o tratamento do risco.

A evolução dos princípios de prevenção e precaução no Direito, pode ser encarada como um aprimoramento do sistema jurídico às condições em que opera a sociedade contemporânea. As comunidades mais antigas lidavam de forma diferente com relação a eventuais prejuízos no futuro, sob aquela perspectiva, o trato com o futuro no tempo presente adquiria feições religiosas, proféticas, divinatórias e estava vinculada muito mais a ideia de destino de que consequência das decisões tomadas no agora.

As sociedades modernas buscam de todas as maneiras evitar danos futuros, previsíveis ou não. A modernidade trouxe a ânsia pelo controle, assim resultados danosos não são aceitáveis e a relação com o futuro, e o inevitável desconhecimento sobre fatos que ainda não ocorreram, se estabelece por meio de advertências e medidas acautelatórias.

O emprego do princípio da precaução no Direito Administrativo, muito embora haja pouquíssima previsão normativa, intuitivamente já é empregado pelo legislador na adoção de conduta diligente das atividades do Estado. Exemplo disso é a adoção da matriz de risco prevista na Lei 13.303/2016, definida como Lei das Estatais.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE PRECAUÇÃO VS. PREVENÇÃO E RISCO

Ao longo do tempo a humanidade modificou a forma de encarar o porvir, e isto decorre do que Luhmann denominou de diferenciação funcional da

3 PEDREIRA, Ana Maria. *Responsabilidade do Estado por omissão - A aplicabilidade dos Princípios da prevenção e precaução e o Controle na Administração Pública*. Porto Alegre: Editoria Núria Fabris, 2016.

sociedade contemporânea. Dito de outra forma, diferentemente dos antigos, a sociedade atual opera, fundamentalmente, por meio de sistemas parciais (direito, economia, política, ciência, religião, educação, artes etc.), que tratam problemas específicos, nascidos no interior dos sistemas, cada qual desempenhando uma função exclusiva.

Destaque-se que cada sistema parcial sente as turbulências desencadeadas no seu entorno e elabora, com suas próprias operações e elementos, os respectivos problemas sociais. Não existem instâncias privilegiadas, que representem a sociedade como um todo, o que, evidentemente, traz problemas quando se trata de estabelecer premissas sobre o relacionamento entre sociedade e meio ambiente. A sociedade só pode observar o seu ambiente por meio dos seus sistemas: a observação, portanto, é sempre a fotografia de uma perspectiva que deixa algo de fora.[4]

Para Édis Milaré, "o princípio da prevenção tem como objetivo impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente, através da imposição de medidas acautelatórias, antes da implantação de empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras"; e sobre o princípio da precaução:

> [...] a invocação do princípio da precaução é uma decisão a ser tomada quando a informação cientifica é insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja condições de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido.[5]

A prevenção pressupõe meios para tratar resultados danosos emergentes do exercício de certas atividades consideradas como conhecidas e, portanto, antecipáveis, e nesta condição, são passíveis de serem evitados ou mitigados por meio de ações e decisões antecipadas. Já a precaução lida com o total desconhecido.

De outro lado, a concepção de precaução que não é originariamente de acepção jurídica, mas uma ideia comum ao alcance de todos. Segundo Cretella Neto,[6] "a precaução tem como substrato emocional, basicamente, o medo do desconhecido".

Precaução vem do latim *praecautio-onis*, derivando de *praecavere*, que significa ser cauteloso ou guardar-se; também pode significar prudência genérica com respeito a um perigo de dano ou risco. Pode, ainda, em aplicação mais concreta, indicar atos acautelatórios.[7]

---

4 LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*. Chicago: University of Chicago Press, 1989, p. 15 e 31.

5 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 264.

6 CRETELLA NETO, José. *Direito Processual na Organização do Comércio – OMC.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 224.

7 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quatier

O princípio da precaução está fundamentado na percepção de que qualquer dúvida deva ser considerada como elemento autorizativo para a implementação de providência a fim de afastar um perigo. Dito de outra forma, a mais remota possibilidade da existência de algum risco potencial à saúde ou ao meio ambiente, mesmo que não comprovada de forma científica, justifica a adoção de medidas que busquem evitar o evento potencialmente danoso.

Elena Esposito, referindo-se ao pensamento de Luhmann afirma que, para essa finalidade, o cálculo probabilístico, utilizado frequentemente na avaliação de riscos, controla a tensão entre dimensão temporal e social porque tem como característica positiva a possibilidade de oferecer, na hipótese que cria, uma orientação que a realidade já não consegue transmitir. De acordo com a autora, "[a] probabilidade é uma ficção, mas justamente por isso pode funcionar e fornecer aquelas orientações que a 'realidade real' não é mais em condições de transmitir".[8]

Importante destacar que precaução não propõe a proibição de atividades quando não houver certeza científica sobre suas consequências (diversamente do princípio da prevenção, que pode levar a essa proibição, quando as consequências assim recomendarem) e ressalva, ainda, o aspecto econômico das medidas a serem adotadas.

Pelo que se pode notar, o princípio da precaução enuncia, em si, a problemática do tratamento do risco: a tomada de decisões eficazes é, em si, um risco, de forma que não se sabe se essas medidas são efetivamente necessárias e podendo, ainda, se mostrarem extremamente custosas.

Exemplo típico dessa hipótese é o da radiação não ionizante das estações de rádio base para telefonia celular. O rápido progresso das atividades de telecomunicações provocou o aumento da demanda por telefonia celular, o que impõe a implementação de mais estações rádio base, assim como a proliferação de normas exigindo autorização ambiental específica para a instalação dessas estações em cada localidade.

A Lei Federal 13.116, de 20 de abril de 2015, que veio para estabelecer normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações, em seu artigo 19, § 2º, teve como objetivo de atribuir competência à Agência Nacional de Telecomunicações-ANATEL para tratar do assunto dispondo que, quando essas estações possuírem "*relatório de conformidade*" emitido pela a referida agência as empresas "não poderão ter a sua instalação impedida por razões relativas à exposição humana a radiação não ionizante".

No que diz respeito à liberdade de atuação da Administração Pública, note-se que ela se apresenta revestida de maior discricionariedade quando estiver

Latin, 2010, p. 99.

8 "[l]a probabilità *è* una finzione, ma próprio per questo può funzionare e fornire quegli orientamenti che la 'realtà reale' non *è* piú in grado di transmetere". ESPOSITO, Elena. *Probabilità improbabili:* la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Editora Meltemi, 2008, p. 41.

diante da aplicação do princípio da precaução, pois nessa situação não há possibilidade de categorizar de maneira precisa qual será o dano e sua extensão, nesse sentido a própria Administração terá várias maneiras de atuar, como por exemplo, liberando, proibindo, pesquisando etc.

Portanto, é correto afirmar que o princípio da precaução possui uma finalidade mais louvável em comparação com o princípio da prevenção, uma vez que esta vem relacionada à adoção de medidas que corrijam ou evitem danos previsíveis, enquanto aquela evita o próprio risco ainda imprevisto.

3. A DESCENTRALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para situar o tema central de forma precisa no contexto da atividade estatal, é importante compreender a ideia de descentralização da Administração Pública, por ser mais que um fenômeno que tem relação direta com a extensão territorial de uma nação, uma vez que é praticamente inviável administrar um país com dimensões continentais de forma centralizada, ou guarde o intuito de gerir e alocar recursos de forma otimizada, a fim de atender as demandas locais de forma rápida e adequada, nesse sentido é dividida em três modalidades: a descentralização por serviços, por colaboração e territorial (politica). No entanto, países com territórios menos extensos também vislumbraram na descentralização uma solução para um Estado mais eficiente.

Antes de qualquer consideração, vale destacar que a noção de *descentralização* com a conformação que atualmente é conhecida teve origem na Revolução Francesa (1789),[9] mas as várias correntes sobre o fenómeno descentralizador, surgiram, sobretudo, depois da Segunda Guerra Mundial. De acordo com a corrente imperante nos Estados Unidos, segundo a qual para se estar perante o fen**ô**meno da descentralização não é necessária a presença de entidades distintas com personalidade jurídica própria, podendo ocorrer o fenómeno descentralizador no âmbito de uma organização; no essencial fala-se de descentralização territorial em detrimento de outras formas, havendo, portanto, uma exigência de efetiva difusão de poder político.[10]

No Brasil, a Administração Indireta (Fundações, Autarquias, Empresas públicas e Sociedade de Economia Mista), que corresponde à descentralização de serviços, que se manifesta mediante a criação das entidades ligadas aos órgãos da Administração Direta, ocorrendo a transferência de execução ou

9 REBELO, Marta. *Descentralização e Justa Repartição de Recursos entre o Estado e as Autarquias Locais*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 24. Na França, a Revolução de 1789 e a motivação da descentralização deram origem à aprovação da Lei de 10 de agosto de 1871 (relativa aos departamentos) e à Lei de 05 de Abril de 1884 (relativa às comunas) contudo, entre 1781 e 1958 houve grande instabilidade política no território francês, tendo sido experimentados vários modelos desde a descentralização radical ao total centralismo.

10 CAUPERS, João. *A Administração Periférica do Estado:* Estudo de Ciência da Administração. Lisboa: Aequitas Editoral Noticias, 1994, p. 236.

titularidade de determinado serviço público, foi instituída no Brasil a partir do Decreto 200/1967.

Já a descentralização por colaboração se opera por meio de empresas concessionárias ou permissionárias, cujos serviços são explorados em virtude da celebração de contrato de gestão ou termo de parceria, nesse mesmo sentido, o terceiro setor que corresponde às entidades privadas que atuam em atividades de interesse público (Organizações Sociais – OS, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público-OSCIP, Entidades de Apoio e Serviços Sociais Autônomos).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define o instituto da descentralização como sendo "a distribuição de competências de uma para outra pessoa física ou jurídica"[11]. A autora destaca ainda que, com relação à descentralização administrativa não há uniformidade doutrinária no que diz respeito à classificação da descentralização administrativa (territorial ou geográfica; e por serviços funcional ou técnica), no entanto, para ela, vale incluir a esta categorização, a modalidade descentralização por colaboração.

A descentralização territorial ou política está relacionada ao sistema federativo, o Brasil adotou formalmente o federalismo, considerando sua enorme diversidade física do território e sua dimensão geográfica. Países de grande magnitude espacial raramente conseguem estabelecer uma ordem legítima sem o arranjo federativo. De acordo com esse modelo cada estado-membro ostenta a capacidade de editar suas próprias constituições, gerir suas próprias finanças e ter autonomia governamental.

José dos Santos Carvalho Filho, assevera que "Federação é a forma de Estado em que, ao lado do poder político central e soberano, vicejam entidades políticas internas componentes do sistema, às quais são conferidas competências específicas pela Constituição".[12]

Conforme ensina Fernando Abrucio:

> [...] Quanto mais um país de grandes dimensões é povoado e explorado, mais se coloca em evidência a necessidade de uma estrutura federal de divisão do poder (...)
>
> O fato é que, no momento da criação da Federação brasileira, outra heterogeneidade constitutiva teve maior relevância. Trata-se das diferenças políticas e sociais entre as diversas regiões do Brasil, fenômeno originado, em grande medida, da multiplicidade de formas colonizadoras pelas quais passou o território brasileiro, ainda que submetido a uma mesma metrópole colonial.[13]

11 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 519-520.

12 CARVALHO FILHO, José Santos**.** *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 445.

13 ABRUCIO, Fernando L.; FRANZESE, C.; SANO, Hironobu. Coordenação e Cooperação no Federalismo Brasileiro: avanços e desafios. *In*: CUNHA, Alexandre dos Santos; MEDEIROS, Bernardo Abreu de; AQUINO,

De acordo com o autor, o principal objetivo da Federação é compatibilizar o princípio da autonomia com a interdependência entre as partes, proporcionando aos cidadãos condições para a fruição dos serviços públicos de forma mais apropriada.

Para o presente artigo interessa, particularmente, destacar a descentralização administrativa, a qual se opera de duas formas: *por outorga* ou *por delegação*.

A outorga é utilizada para efetivar a descentralização administrativa para uma entidade da Administração Indireta de direito público (autarquia e empresa pública), criada por lei, outorgando-lhe a titularidade e execução do serviço.

Já a delegação transfere apenas a execução do serviço. Aos particulares a delegação é realizada por meio de contrato administrativo (concessão de rodovias), ou por ato administrativo unilateral editado pela Administração Pública (licença de funcionamento).

A delegação é realizada por meio de lei específica quando tratar-se de pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações públicas de direito privado).

Recorrendo à análise do ponto de vista do Direito Comparado, a Constituição da República Portuguesa consagrou o princípio da descentralização, conforme o artigo 6º, assumindo que Portugal é um Estado unitário, devendo, ainda, quanto à sua organização e funcionamento observar o princípio da subsidiariedade, o princípio da autonomia das autarquias locais e a descentralização democrática da Administração Pública.[14]

O artigo 267 n.º 1 e n.º 2 da Constituição da República Portuguesa consagra o Princípio da Descentralização Administrativa e começa por se afirmar que a Administração Pública deverá conter uma estrutura que evite a burocratização, aproxime os serviços das populações e assegure a participação dos interessados na gestão efetiva de tais serviços. Apresentam-se, deste modo, os objetivos das entidades descentralizadas estabelecendo que são estes objetivos que devem orientar a estrutura organizativa da Administração Pública e a sua atuação. Perante estes objetivos estipula a mesma Constituição as técnicas que o legislador ordinário deverá adotar, a saber, adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativa.

O processo descentralizador consiste na criação de pessoas jurídicas públicas para exercerem a função administrativa e prosseguir as atribuições que lhes são reconhecidas por meio de maior autonomia que permita que essas

Luseni Cordeiro de (org.). *Estado, Instituições e Democracia*: República. Brasília: IPEA, 2010, v. 1, p. 177-212.

14 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra Editora, 2005, p. 77.

entidades administrativas concretizem tais atribuições o que terá repercussão na minoria verificada dos poderes de superintendência e de tutela do mérito.

Nessa linha, a descentralização em sentido jurídico formal constitui uma realidade em que há transferência de competências e poderes para entidades infraestaduais, reconhecendo a existência de interesses próprios os quais devem ser dado o prosseguimento por estas entidades.

A Constituição portuguesa atribuiu ao legislador ordinário a competência para a concretização da descentralização, não sem lhe impor diretrizes com exceção, do devido respeito pela estrutura das autarquias locais e dos princípios basilares a que deve corresponder a descentralização sem esquecer a estrutura do Estado imposta pela Constituição.

Assim, cabe-lhe determinar as técnicas mais adequadas, devendo a prossecução do interesse público ser realizado de modo mais correto e devendo as questões locais ser resolvidas por órgãos descentralizados, pois são estes órgãos os que estão mais próximos das populações. Deste modo, com a invocação constitucional ao princípio da descentralização democrática pretendeu-se obter uma organização administrativa por intermédio de pessoas coletivas públicas diversas do Estado e com a participação dos cidadãos.[15]

4. EMPRESAS ESTATAIS E A IDEIA DE GOVERNANÇA CORPORATIVA

As empresas estatais, gênero do qual as empresas públicas e as sociedades de economia mista são espécies, têm previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro a partir da edição do Decreto 200/1967 e mais recentemente, pela Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

A edição da Lei 13.303/2016, também chamada de Estatuto das Empresas Estatais regulamentou o artigo 173 da Constituição Federal de 1988, que previa a possibilidade da criação de um estatuto para essas entidades, nos seguintes termos:

> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
>
> § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:
>
> I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

15 MIRANDA; MEDEIROS*, op. cit*., p. 79.

> II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
>
> III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
>
> V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A Constituição Federal brasileira vigente, cuja ideologia encampada é a *capitalista*, inclinou-se para a ideia de um mercado livre, no qual impera a lei da oferta e da procura. Um sistema onde a produção de riquezas é orquestrada pelo mercado, dando o tom de todo o sistema econômico.

As empresas estatais podem ser definidas como organismos que são, direta ou indiretamente, controladas pelo Estado e que executam atividade atribuída pela lei ao Poder Público, mas com personalidade jurídica de direito privado. Nesse aspecto, a nova lei manteve a previsão do Decreto 200/67, assim como a forma de criação e funcionamento dessas empresas para exploração de atividade econômica ou serviços públicos.

As mudanças promovidas pela nova lei (13.303/2016) seguiram no sentido de organizar de forma mais objetiva tais empresas, pormenorizando regras específicas, impondo requisitos de transparência, determinando que essas empresas tenham uma carta anual, assim como um estatuto social adequado à lei que autoriza sua criação.

Destaque-se que o dever de transparência está inserido expressamente no artigo 8º da Lei 13.303/2016, que também buscou organizar a gestão das estatais, impondo a obrigatoriedade de manter um Comitê de Auditoria Estatutário, composto de três a cinco membros, que irão atuar no controle interno sobre as atividades desenvolvidas. Serão dirigidas por um Conselho de Administração de, no mínimo sete e no máximo onze membros, dos quais três indivíduos comporão a Diretoria.

Irene Patrícia Nohara e Alessandro Octaviani, dissertando sobre a Lei 13.303/2016, destacam que:

> A Lei 13.303/2016 foi fruto de uma conjugação de fatores, como (a) uma sequência exaustiva de escândalos de corrupção ao logo de décadas, cujo ápice midiático e político deu-se com a denominada 'Operação Lava Jato' e seu contexto político, (b) a atuação diligente dos Estados Unidos na exportação de modelos jurídicos, nos mais diversos níveis, e (c) um estado constante de fragilidade do mercado de capitais brasileiro, que, ao não contar com uma base estável para a criação de empresas inovadoras e competitivas do setor privado, busca encontrar alta rentabilidade, segurança jurídica e pouco risco junto às estatais, desenvolvendo uma contínua luta política por subordinar as estatais a seus objetivos.

> [...]
>
> Tais são os fatores estruturais do contexto que fez surgir a Lei 13.303/ 16, que veio a se somar – necessariamente integrando-se, não se sobrepondo – ao regime jurídico do controle das estatais.[16]

A referida lei também impõe a implementação de um Conselho Fiscal, formado por pessoas idôneas com capacidade técnica para o desempenho de funções específicas. A escolha destes membros deve obedecer aos critérios trazidos no bojo da lei.

Uma das formas de garantir a persecução do interesse público pelas estatais é a imposição do dever de licitar, e nesse aspecto a nova lei proporcionou às empresas públicas uma forma diferenciada de realizar o procedimento licitatório, com maior flexibilidade, ponto alto da referida norma jurídica em relação à superada Lei 8.666/93.

A Lei 13.303/2016 não trouxe nenhuma nova modalidade licitatória, mas deixa claro que quando cabível dever-se-á dar preferência à modalidade do pregão, e também aumentando o limite de valores para contratação.

A lei em apreço foi editada ainda sob a vigência da anterior norma que tratava das licitações Lei. 8.666/93.[17] O Ministro Benjamin Zymler ao tecer considerações sobre a Lei 13.303/2016, afirma que:

> A Lei 8.666/1993 revelou-se um importante instrumento para a fixação de uma cultura geral – tanto entre os integrantes da Administração Pública quanto no setor privado – acerca da necessidade de realização de licitações e de cumprimento ao princípio constitucional da impessoalidade.
>
> [...]
>
> Não obstante, com o passar dos anos, os ritos previstos nessa lei mostraram-se muito rigorosos, provocando prazos excessivos para a conclusão de um certame licitatório. São exemplos do rigor processualístico da Lei 8.666/1993 a necessidade de exame de documentos de habilitação de todos os licitantes e não somente do vencedor (artigo 43) e a previsão de diferentes fases recursais durante o certame, v.g. quando da habilitação e da análise das propostas (artigo 109).[18]

Nesse sentido, a percepção sobre a necessidade de modernização legislativa acerca das contratações e prática das empresas estatais ganha reforço.

---

16 OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 164.

17 A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos em substituição às Leis 8.666/1993 (Lei de Licitações); 10.520/2002 (Lei do Pregão) e a 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC) e temas relacionados, foi editada somente em 1º de abril de 2021, contudo por dois anos, os órgãos públicos poderão optar entre a utilização das legislações antigas ou da nova, ao fim dos quais a nova lei passará a ser obrigatória para todos.

18 ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016). *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, mar./abr. 2017.

A presença das estatais no contexto brasileiro é essencial para a satisfatória prestação de serviços públicos, assim como para a manutenção de um mercado competitivo e capaz de atrair investimentos que proporcionem o desenvolvimento econômico. A boa governança das estatais assegura sua contribuição para a adequada qualidade e competitividade do sistema econômico.

Benjamin Zymler, demonstrando assertividade sobre o tema, pontua com precisão cirúrgica:

> As normas da Lei 13.303/2016 estão estruturadas basicamente em duas partes, que tratam de temas distintos entre si, mas que não deixam de se relacionar. Na primeira parte, há um conjunto de normas sobre governança corporativa, transparência na gestão e mecanismos de controle da atividade empresarial. Na segunda, encontramos normas sobre licitação e contratação a serem observadas pelas empresas estatais.
>
> Na verdade, referidos temas se inter-relacionam na medida em que a flexibilização das regras de licitação depende da efetiva adoção de instrumentos jurídicos e gerenciais que evitem práticas abusivas.[19]

Para garantir tal intento, um código de conduta e integridade deve ser elaborado pelo Conselho de Administração com o objetivo de minimizar os riscos de corrupção e fraude, o seu conteúdo deve indicar os princípios, valores e missão, orientações sobre a prevenção de conflito de interesses, e vedação de atos de corrupção e fraude, instancias responsáveis pela atualização e aplicação do código de conduta, canal de denúncias relativas ao descumprimento do código, mecanismos de proteção contra retaliação, sanções aplicáveis por violação às regras e previsão de treinamento periódico.

É importante que a empresa estatal mantenha um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e estimulando a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Nesse sentido, a governança corporativa se apresenta com um sistema pelo qual as organizações são dirigidas e monitoradas envolvendo os relacionamentos entre os sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle, assim como qualquer parte interessada.

Dito de outra forma, governança corporativa é um conjunto de práticas que determinada empresa adota para fortalecer sua estrutura e alinhar os interesses do negócio e de todos nele envolvidos, conciliando os respectivos interesses com os órgãos de fiscalização e regulamentação.[20]

---

19 ZYMLER*, op. cit.,* p. 19.

20 ALMEIDA, Vinícius Nóbile. *Governança Corporativa: o que é, para que serve e quais benefícios*, postado em 17/05/2018. Disponível em: https://www.euax.com.br/2018/05/entenda-o-que-e-governanca-corpo-

A governança corporativa assegura que os processos e estratégias sejam adequadamente seguidos, além de promover a cultura de prestação de contas. Escândalos de corrupção ou falhas nos processos são comuns hoje em dia, o que pode macular a imagem da empresa perante a sociedade em geral, corporações que amargam reputações ruins não atraem investimentos, fortalecer a governança garante a incolumidade da gestão e a imagem positiva do empreendimento.

Um termo bastante utilizado nos últimos tempos e que está relacionado à governança corporativa é o *compliance*. Esta expressão sempre vai aparecer ao lado da governança corporativa porque significa *estar em conformidade*. Ou seja, se refere a uma corporação que age de acordo com as leis, códigos internos e externos aos quais está subordinada.

Cristiana Fortini e Ariane Shermam, ao discorrer sobre a governança no setor público, formula ideia de grande coerência:

> O Banco Mundial, por exemplo, assim como a OCDE, possui recomendações sobre governança no setor público, abrangendo dimensões como controle, estruturas organizacionais, processos e *accountability*. Partindo da premissa de que a implementação da governança no setor público apresenta complexidades que não estão presentes no setor privado (ex.: a natureza e o tipo de relação estabelecida com os *stakeholders* ou interessado), as recomendações do Bando Mundial buscam assegurar o equilíbrio entre a liberdade de gestão, a *accountabilility* e os múltiplos interesses dos *stakeholders*.[21]

Portanto, a governança corporativa está lastreada em quatro princípios básicos: i) transparência; ii) equidade; iii) prestação de contas e; iv) responsabilidade corporativa. Nesse aspecto, o conceito de governança indica uma cultura de boas práticas de gestão que faz diferença e contribui para bons resultados, assim pode ser aplicado em outras áreas do negócio, para além da esfera organizacional.

5. A MATRIZ DE RISCOS DOS CONTRATOS DAS ESTATAIS

No momento em que a norma jurídica estipula a necessidade de implementação de uma matriz contratual, o faz tendo em vista a necessidade de se mapear e mitigar riscos potenciais e aferíveis em uma escala de priorização, portanto, não aceita que sejam lançados mapas de riscos ou tabelas de verificação, sob a máscara de matriz. Mapas de riscos (registros de riscos) e lista de

rativa/. Acesso em: 29 de setembro de 2021.

21 FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017, p. 33.

verificação são processos de identificação de riscos e não podem ser confundidos com matriz.

É bem verdade que existe a necessidade de priorização dos riscos contratuais, para que seja possível dar-lhes o tratamento adequado de forma oportuna, resta entender, de acordo com a metodologia de formação da matriz de riscos, qual aquela que se adequa melhor à realidade dos contratos firmados pelas estatais (e em larga escala, pela Administração Pública de maneira geral).

A inovação mais interessante trazida pela Lei Federal n. 13.303/2016, recai sobre a exigência de implementação de matriz de riscos nos contratos administrativos celebrados no âmbito das entidades estatais. A identificação e a alocação de riscos dos negócios são mais presentes no direito privado, terreno onde a Lei 13.303/2016 foi buscar inspiração, de maneira que a matriz de risco fosse introduzida nas transações das empresas estatais.

A escala de probabilidade, que determinará qual a frequência de ocorrência do evento de risco identificado, para que seja possível a melhor forma em enfrentá-lo, deverá ser pautada também por critérios objetivos, isto é, pelo número (real ou percentual) de acontecimentos de determinado evento de risco em razão do alcance do objeto pretendido.

Uma matriz de impacto *vs* probabilidade, como o próprio nome induz, irá medir e conjugar dois critérios para a obtenção do nível de riscos: um critério de impacto e outro de probabilidade. A conjugação destes dois critérios em um diagrama de cálculo de riscos, permitirá a confirmação do nível de risco da atividade verificada e, a depender do grau de incerteza suportável da entidade, determinará sua correção ou aceitação. A escala de impacto, que determina o nível de afetação do evento de risco no objetivo da entidade, pode ser qualitativa ou quantitativa, conforme o interesse e o nível de maturidade do gerenciamento de risco da entidade.

A matriz de impacto *vs* probabilidade, não só pelo seu fundamento em apuradas metodologias de gestão de riscos, mas por sua adequação à lógica dos riscos passíveis de enfrentamento em um contrato administrativo, parece ser aquela que melhor se adequa a esta nova exigência legal, qual seja, da previsão de uma efetiva matriz de risco como parte dos contratos celebrados.

É de clareza cristalina, portanto, que para a adequação legislativa pretendida, as estatais deverão, em sua área de governança corporativa: *compliance* e gestão de riscos, instituir um sistema efetivo de gerenciamento, que permita, não apenas a identificação dos riscos, mas para além disso, a alocação destes riscos em uma efetiva matriz, distante das listas de verificação e registros de riscos (mapas de riscos) até então utilizados, uma vez que apenas a matriz de riscos (fundada em critérios técnicos da ISO 31000 e outras normas correlatas) permite uma análise gerencial e evolutiva dos riscos e de sua mitigação.

Em larga medida, a ideia de implementação de matriz de risco na atividade estatal está intimamente ligada ao princípio da precaução.

> A possibilidade de aplicação do princípio da precaução à atividade estatal é perfeitamente viável, na medida em que o Estado deve utilizar-se de todos os recursos disponíveis como base para justificar a implementação de medidas de salvaguarda frente a uma hipotética ocorrência de dano irreparável.[22]

Ao nosso sentir, o princípio da precaução já está arraigado na Administração Pública, o que falta é o reconhecimento do valor e qualidade que a observância deste princípio representa.

6. CONCLUSÃO

De fato, o Direito Administrativo, de modo geral, é norteado bem mais por princípios e bem menos por normas jurídicas objetivas, o que lhe proporciona maior agilidade sem, contudo, livrá-lo das amarras da lei (princípio da legalidade).

O grande desafio dos administrativistas e da jurisprudência (contencioso e administrativo) é, justamente, desenvolver instrumentos que autorizem o Direito atuar não mais no terreno da conduta-resultado, mas em um contexto de probabilidades. Nesse sentido, a positivação do princípio da precaução como elemento norteador da atividade administrativa, seguindo os parâmetros do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, se aplica aos padrões legais que são exigíveis daqueles que exercem atividade administrativa.

A Lei 13.303/2016 buscou tornar mais ágil as empresas estatais, no instante que converte as regras de licitação mais flexíveis, também vincula as empresas estatais à implementação de instrumentos de moderna gestão, aperfeiçoando o controle interno em um Programa de Integridade.

O legislador ordinário, ao editar a Lei 13.303/2016, encontrava-se imbuído pelo espírito de remodelagem das empresas estatais, assim como dos contratos administrativos permeados a partir de então por valores e vetores do universo privado, conforme se verifica no texto do artigo 68 – *Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado.*

No caso dos contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes, característica típica desta espécie contratual, foram afastadas em nítida demonstração da intenção legislativa em aproximar das feições contratuais de direito privado.

Essa aproximação possui uma via mão dupla, ao mesmo tempo que torna as empresas estatais mais competitivas e próximas da realidade econômica,

22 PEDREIRA, *op. cit.*, p. 245.

também reclama parcimônia, pois a atividade administrativa por todo o arcabouço principiológico não pode ser colocada em perigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando L.; FRANZESE, C.; SANO, Hironobu. Coordenação e Cooperação no Federalismo Brasileiro: avanços e desafios. *In*: CUNHA, Alexandre dos Santos; MEDEIROS, Bernardo Abreu de; AQUINO, Luseni Cordeiro de (org.). *Estado Instituições e Democracia*: República. Brasília: IPEA, 2010, v. 1.

ALMEIDA, Vinícius Nóbile. *Governança Corporativa: o que é, para que serve e quais benefícios*, postado em 17/05/2018. Disponível em: https://www.euax.com.br/2018/05/entenda-o-que-e-governanca-corporativa/. Acesso em: 29 de setembro de 2021.

CARVALHO FILHO, José Santos**.** *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

CAUPERS, João. *A Administração Periférica do Estado: Estudo de Ciência da Administração*. Lisboa: Aequitas Editoral Noticias, 1994.

CRETELLA NETO, José. *Direito Processual na Organização do Comércio – OMC.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ESPOSITO, Elena. *Probabilità improbabili*: la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Editora Meltemi, 2008.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quatier Latin, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*. Chicago: University of Chicago Press, 1989.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I, Coimbra Editora, 2005.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PEDREIRA, Ana Maria. *Responsabilidade do Estado por omissão – A aplicabilidade dos Princípios da prevenção e precaução e o Controle na Administração Pública*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2016.

REBELO, Marta. *Descentralização e Justa Repartição de Recursos entre o Estado e as Autarquias Locais*. Coimbra: Almedina, 2007.

ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016). *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, mar./abr. 2017.

A PREVISÃO DA SANÇÃO TRIBUTÁRIA COMO FORMA DE EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA

Marcelo Campos[1]
Caroline Palermo[2]

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, gostaríamos de prestar nossa homenagem ao querido Professor Kiyoshi Harada, com quem temos o privilégio e a oportunidade de compartilhar os estudos sobre a realidade do direito tributário no Brasil.

A sua contribuição ao Direito Público brasileiro é extremamente valiosa e estamos muito honrados em participar desta obra coletiva.

Assim, a escolha do tema deste artigo também é uma forma de homenagem ao professor que já escreveu sobre o tema, de modo que pretendemos analisar a política fiscal sancionadora no Brasil, observando-se a divisão entre as infrações tributárias sancionadas pelo direito penal e as infrações punidas pelo direito tributário, o que por certo demonstraria que a previsão das sanções tributárias seria utilizada para atribuir eficácia à norma jurídica.

Como recurso didático, a doutrina costuma dividir a classificação das infrações à legislação tributária como sanções do "Direito Penal Tributário" ou do "Direito Tributário Penal", expressões que embora denotem certa similaridade, são utilizadas com significados distintos: (...) o Direito é, por natureza, um todo unitário que não pode ser fracionado, daí ser impossível aceitar a existência de um ramo do Direito que seja absolutamente independente e suficiente em si mesmo (...) Assim também ocorre com o chamado Direito Tributário Penal ou Direito Penal Tributário. Por essa razão é que toda tentativa de sistematização das normas penais relacionadas ao descumprimento de obrigação tributária, que apenas cogite na articulação de um ramo autônomo do

1 Advogado. Sócio de Dejalma de Campos Advogados. Professor em curso de pós-graduação da Universidad de Buenos Aires – UBA. Acadêmico e presidente do Conselho Diretor da Academia Brasileira de Direito Tributário – ABDT. Vice-Presidente do Conselho Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT. Coordenador e Membro do Conselho Editorial da *Revista Tributária e de Finanças Públicas* (RTFP)., Membro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos – CONJUR da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP.

2 Advogada, Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Professora de Direito Tributário em cursos de pós-graduação e em cursos preparatórios para concursos públicos e exame da Ordem dos Advogados do Brasil.

Direito Penal, para qualificá-lo de Direito Penal Tributário ou Direito Tributário Penal, certamente encontrará resistência da doutrina. Embora necessária para melhor compreensão da matéria, tal sistematização é aceitável unicamente como um recurso didático, pois de outra forma se poderia perpetrar um verdadeiro atentado contra a natureza do Direito, que, embora polifacético, constitui um todo indivisível.[3]

O "direito penal tributário" revelaria o direito de punir do Estado, posto que o bem jurídico da tutela penal é o direito do Estado de receber o tributo, de modo que esse direito poderia ser passível de lesão ou ameaça, o que ensejaria a aplicação de uma sanção criminal, enquanto o "direito tributário penal" decorre do poder de tributar, sendo a expressão utilizada para designar as sanções não criminais para determinadas condutas ilegais, denominadas como "infrações administrativas" ou "ilícitos administrativos", castigados com a aplicação de "sanções administrativas".[4]

De todo modo, independentemente de o ilícito tributário ser considerado como sanção penal ou sanção administrativa, o objetivo seria evitar a reincidência e trazer uma função educativa para que se proteja o interesse da arrecadação, ocasião em que abordaremos essa temática.

2. O CONCEITO DE SANÇÃO

Conforme preceitua o artigo 113, §1º do Código Tributário Nacional:

> Art. 113 (...) § 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Nessa seara, o descumprimento de uma obrigação tributária implicaria em uma infração à legislação, por força do princípio da legalidade, de modo que o sujeito passivo da relação jurídico-tributária precisaria atender ao disposto no ordenamento jurídico, ou seja, a sua conduta omissiva ou comissiva poderia resultar na aplicação de uma sanção.

A sanção tributária seria aplicada como forma de se evitar a prática das infrações à legislação tributária, podendo ser definida como

> (...) o meio de que se vale a ordem jurídica para desestimular o comportamento ilícito. Pode limitar-se a compelir o responsável pela inobservância da norma ao cumprimento de seu dever, e pode consistir num castigo, numa penalidade a ser cominada. A sanção de execução é sanção destinada a obter do responsável

3 FILHO, Edmar Oliveira Andrade. Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Atlas, 1995. *In*: HARADA, Kiyoshi; FILHO, Leonardo Musumecci; POLIDO, Gustavo Moreno. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94-95.

4 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 183-184.

> pela inobservância da norma o adimplemento de seu dever. A penalidade, por seu turno, pode ser pessoal ou patrimonial. No âmbito da tributação as penalidades pessoais podem ser consideradas obsoletas e inadequadas. São elas as restrições de direitos e as interdições de atividades.[5]

Outrossim, se existe uma norma jurídica, o seu consequente seria um dever jurídico, sendo que se esse dever é violado, aplica-se uma sanção.

Subjacente à essa ideia, pode-se afirmar que todo direito – enquanto ordem estatuidora de sanções – corresponderia ao princípio da retribuição, onde existiria pena para os atos ilícitos e prêmio para o merecimento.[6]

Quando se trata de sanção, deve-se observar os critérios temporal e espacial: (i) quanto ao critério temporal, o que é considerado lícito na atualidade, pode não ser no futuro, em razão da evolução do comportamento da sociedade; e (ii) quanto ao critério espacial, dada a quantidade de nacionalidades, culturas e etnias, evidente que pode existir divergências sobre a delimitação de deveres jurídicos, ou seja, cada país possui práticas reiteradas ou costumes específicos e o que é lícito em um determinado país pode ser impedimento em outro.

Feitas essas considerações, passamos à análise das sanções tributárias.

3. SANÇÕES TRIBUTÁRIAS

As sanções tributárias são patrimoniais e têm natureza nitidamente punitiva, tratando-se de elemento coercitivo do cumprimento das normas de incidência, tendo por pressuposto de legitimidade o descumprimento de obrigações tributárias (do interesse público de penalizar o inadimplente).[7]

De forma bastante ampla, pode-se dizer que as penalidades estão elencadas no Código Tributário Nacional nos seguintes dispositivos:

> **(i) Legislação Tributária (Título I):** art. 97, inciso V (a lei pode estabelecer a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas[8]); art. 100, parágrafo único (a observância das normas complementares exclui a imposição de penalidades[9]); art. 106, inciso II (mitigação do princípio da irretroatividade

5 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 375.

6 KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. 3. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 32.

7 CAMPOS, Marcelo. A inconstitucionalidade da majoração da aplicação de multa em razão da utilização do procedimento administrativo tributário. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho (coord.). Direito Tributário Contemporâneo. Estudos em homenagem a Luciano Amaro. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 132.

8 Art. 97 do Código Tributário Nacional. Somente a lei pode estabelecer: (...) V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

9 Art. 100. Parágrafo único do Código Tributário Nacional. A observância das normas referidas neste artigo

tributária – retroatividade benigna[10]); art. 112 (a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado[11]);

(ii) Obrigação tributária (Título II): art. 113, § 3º (a inobservância da obrigação acessória, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária[12]); art. 121 (sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária[13]); art. 134, parágrafo único (a responsabilidade de terceiros delimitada nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte só se aplica às penalidades de caráter moratório[14]); art. 138 (a denúncia espontânea exclui a imposição de multas punitivas ou moratórias[15]);

(iii) Crédito tributário (Título III): art. 142 (o dispositivo que conceitua o lançamento tributário dispõe que compete privativamente à autoridade administrativa propor a aplicação da penalidade cabível[16]); art. 149, inciso VI (o lançamento de ofício é efetuado quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária[17]); art. 155, incisos I e II (no caso de revogação de moratória será verificada a possibilidade de imposição de penalidade[18]); art.

---

exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

10 Art. 106 do Código Tributário Nacional. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: (...) II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

11 Art. 112 do Código Tributário Nacional. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: (...)

12 Art. 113, § 3º do Código Tributário Nacional. A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

13 Art. 121 do Código Tributário Nacional. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

14 Art. 134. Parágrafo único do Código Tributário Nacional. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

15 Art. 138 do Código Tributário Nacional. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

16 Art. 142 do Código Tributário Nacional. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

17 Art. 149 do Código Tributário Nacional. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: (...) VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

18 Art. 155 do Código Tributário Nacional. A concessão da moratória em caráter individual não gera direito adquirido e será revogado de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumprira ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora: I - com imposição da penalidade cabível, nos casos de dolo ou simulação do beneficiado, ou de terceiro em benefício daquele; II - sem imposição de penalidade,

157 (a imposição de penalidade não elimina o pagamento do tributo[19]); art. 161 (o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis[20]); art. 164, inciso I (quando o fisco recusa o recebimento ou subordina o crédito tributário ao pagamento de tributo ou penalidade, caberá a o ajuizamento de ação de consignação em pagamento[21]); art. 167 (é cabível o requerimento de repetição de indébito no caso de penalidade pecuniária indevida[22]); arts. 180 (a anistia abrange as infrações[23]).

Sob o aspecto funcional, as normas que estipulam sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias principais (como por exemplo, de pagar um tributo) visam a trazer efetividade às limitações constitucionais ao poder de tributar, especialmente ao princípios da legalidade, da capacidade contributiva e da isonomia.

Da mesma forma, as sanções aplicadas em decorrência do descumprimento de obrigações acessórias visam garantir o poder de fiscalização do sujeito ativo que está implícito nas normas atributivas do poder de tributar.[24]

Frise-se que a classificação das sanções tributárias encontra divergências na doutrina, motivo pelo qual vale abordar como exemplo as multas punitiva e moratória.

4. UMA ABORDAGEM SOBRA AS MULTAS PUNITIVA E MORATÓRIA

A multa punitiva ou também conhecida como multa por infração, "encontra-se como espécie de sanção tributária consistente numa prestação pecuniária, compulsória, que sobrevém como decorrência da prática de deter-

nos demais casos.

19 Art. 157 do Código Tributário Nacional. A imposição de penalidade não ilide o pagamento integral do crédito tributário.

20 Art. 161 do Código Tributário Nacional. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

21 Art. 164 do Código Tributário Nacional. A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos: I - de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;

22 Art. 167 do Código Tributário Nacional. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

23 Art. 180 do Código Tributário Nacional. A anistia abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede, não se aplicando: I - aos atos qualificados em lei como crimes ou contravenções e aos que, mesmo sem essa qualificação, sejam praticados com dolo, fraude ou simulação pelo sujeito passivo ou por terceiro em benefício daquele; II - salvo disposição em contrário, às infrações resultantes de conluio entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas.

24 FILHO, Edmar Oliveira Andrade. *Infrações e Sanções Tributárias*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 22.

minadas infrações, ação ou omissão do sujeito infrator contrária à lei fiscal. É, pois, típica sanção de ato ilícito, de caráter essencialmente intimidatório, aplicada tão só por ato jurídico próprio e observados os ditames do devido processo legal".[25]Enquanto a multa moratória ou assim denonimada como multa de mora "possui um intuito indenizatório pela contingência do Poder Público de receber a destempo".[26]

É curioso notar que a legislação não faz essa distinção entre multas punitivas e multas moratórias, porém a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já tratou do tema em uma decisão monocrática, esclarecendo que:

> (...) A simples mora de pagamento não deve ser considerada como infração. No Direito Tributário encontramos comumente a figura da chamada multa de mora. O contribuinte incide em multa de mora quando não paga ou vai pagar o imposto fora do prazo marcado e a lei tenha assim sancionado esse atraso. Incide então em um acréscimo. Essa multa de mora, entretanto, não tem o caráter de punição, mas antes o de indenização pelo atraso do pagamento. Quem está em mora, nada mais é que um devedor em atraso de pagamento. A multa de mora ocorre especialmente nos impostos de lançamento direto e lançamento misto ou por declaração, em que o fisco, tendo concluído o lançamento, remete notificação com prazo para o pagamento. Se o contribuinte não paga no prazo incorre em um acréscimo: seu ato constituiu a mora e não uma infração, pois o tributo já está lançado, não há risco fiscal, a falta de pagamento dará, nesse caso ensejo à execução e não ao auto de infração. No caso, porém, dos impostos de autolançamento ou lançamento por homologação, como são os casos do IPI e do ICMS, é preciso distinguir duas situações: se o contribuinte atrasa o recolhimento do imposto e antes de qualquer procedimento fiscal, ele procura a repartição para recolher o imposto em atraso, a legislação prevê a possibilidade de ele recolher o imposto com atraso. Aqui, entretanto, impostos com um acréscimo moratório escalonado de acordo estamos dentro da possibilidade da auto denúncia de infração que exclui a penalidade e permite a cobrança de juros moratórios (CTN, art. 138). Neste caso dos impostos autolançados, a falta de recolhimento nos prazos marcados constitui infração fiscal, porque embora sujeito a ulterior homologação, o quantum devido já existe e a falta de seu recolhimento aos cofres públicos põe em risco o pagamento. Por isso, se não recolhido, nem espontaneamente sanada a falta, essa omissão constituirá infração sujeita a multa punitiva e não apenas moratória porque não houve sequer lançamento".[27]

Sobre os limites de aplicação das multas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que são confiscató-

25 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 619.

26 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 622-623.

27 AI 180483, Relator(a): Min. Sydney Sanches, Decisão monocrática, julgada em 25/06/1999, DJ 28-09-99 P-00028.

rias as multas fixadas em 100% (cem por cento) ou mais do valor do tributo devido.[28]

Além de entender que a "multa moratória de 20% (vinte por cento) do valor do imposto devido, não se mostra abusiva ou desarrazoada, inexistindo ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco".[29]

5. O PROCESSO TRIBUTÁRIO SANCIONATÓRIO

O processo tributário sancionatório pode ocorrer na esfera administrativa ou judicial e o andamento é regulado de acordo com as normas federais, estaduais ou municipais.

De modo geral, na fase administrativa, o contribuinte é notificado por um auto de infração e imposição de multa ou pelo lançamento tributário, oportunidade em que poderá pagar ou apresentar defesa administrativa.

Frise-se que mesmo para a aplicação de sanções criminais, exige-se o lançamento definitivo do tributo. É o que se extrai da súmula vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo."

Um ponto de destaque reside no artigo 6º da Lei nº 8.218/91[30] que prevê a redução da multa de lançamento de ofício, caso o contribuinte efetue o pagamento, ou seja, condiciona a redução da multa à ausência de discussão

28 RE 748257 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 19-08-2013 PUBLIC 20-08-2013)

29 RE 239964, Relator(a): ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 15/04/2003, DJ 09-05-2003 PP-00062 EMENT VOL-02109-04 PP-00647.

30 Art. 6º. Ao sujeito passivo que, notificado, efetuar o pagamento, a compensação ou o parcelamento dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, inclusive das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, será concedido redução da multa de lançamento de ofício nos seguintes percentuais: I – 50% (cinquenta por cento), se for efetuado o pagamento ou a compensação no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que o sujeito passivo foi notificado do lançamento; II – 40% (quarenta por cento), se o sujeito passivo requerer o parcelamento no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que foi notificado do lançamento; III – 30% (trinta por cento), se for efetuado o pagamento ou a compensação no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que o sujeito passivo foi notificado da decisão administrativa de primeira instância; e IV – 20% (vinte por cento), se o sujeito passivo requerer o parcelamento no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que foi notificado da decisão administrativa de primeira instância.

§ 1º No caso de provimento a recurso de ofício interposto por autoridade julgadora de primeira instância, aplica-se a redução prevista no inciso III do caput deste artigo, para o caso de pagamento ou compensação, e no inciso IV do caput deste artigo, para o caso de parcelamento.

§ 2º A rescisão do parcelamento, motivada pelo descumprimento das normas que o regulam, implicará restabelecimento do montante da multa proporcionalmente ao valor da receita não satisfeita e que exceder o valor obtido com a garantia apresentada.

§ 3º O disposto no caput aplica-se também às penalidades aplicadas isoladamente.

administrativa, violando o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF[31]), do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF[32]), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CF[33]).

Seguindo o procedimento de cobrança, se o contribuinte não pagar ou apresentar defesa administrativa no prazo legal, o fisco poderá inscrever o débito em dívida ativa, extrair uma certidão de dívida ativa e ajuizar uma execução fiscal.

Na parte judicial, o instrumento adequado para a cobrança é a ação de execução fiscal disciplinada pela Lei nº 6.830/80.

Sobre as formas de cobrança, destacamos o protesto da certidão de dívida ativa (CDA) que encontra definição no artigo 1º da Lei nº 9.492/97, "protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida".

Existia uma discussão sobre esse ato configurar uma sanção política, porém o Supremo Tribunal Federal definiu que:

> O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.[34]

Vale destacar que quando alguém deixa de cumprir uma obrigação tributária, a legislação prevê penas de diversas naturezas e que muitas vezes ultrapassam o valor do dano que seria eventualmente causado pela ação ou omissão do infrator. É o que ocorre, por exemplo, quando são cumuladas multa pecuniária, juros de mora, penas privativas de liberdade e sanções políticas.[35]

A legislação tributária admite a imposição de uma sanção criminal e administrativa para uma mesma ação ou omissão que constitua infração tributária como na situação em que a falta de pagamento de tributo mediante fraude pode motivar a aplicação de duas penalidades pecuniárias (da lei tributária e da lei criminal) e a pena privativa de liberdade.[36]

---

31 Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

32 Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

33 Art. 5º (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

34 ADI 5135, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 06-02-2018 PUBLIC 07-02-2018.

35 FILHO, Edmar Oliveira Andrade. *Infrações e Sanções Tributárias*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 106.

36 FILHO, Edmar Oliveira Andrade. *Infrações e Sanções Tributárias*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 109.

Impende salientar que o recomendável seria aplicar apenas uma única sanção, considerando também a proporcionalidade, sob pena de "bis in idem".

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As sanções tributárias são reguladas e aplicadas como meio de proteção ao interesse da arrecadação estatal que é um bem jurídico a ser tutelado, não podendo se confundir com o mero intuito de prover recursos pela aplicação de uma sanção.

Porém, o que se observa no direito positivo brasileiro é que durante décadas, devido a fatores como o aumento da carga tributária e os efeitos de anos de inflação galopante, as sanções acabaram tendo um resultado oposto ao esperado, sem incentivar o cumprimento obrigações tributárias, mas resultando na perda de contribuintes para o mercado informal e a consequente perda de receitas.

Em oposição a esse movimento, intensificado ao longo dos anos, por um lado, foram instituídas as chamadas recuperações fiscais, que se tornaram a tendência adotada pelos entes federativos no sentido de recuperar os contribuintes perdidos.

Ressalte-se que a anistia de multas, a exclusão de juros e o parcelamento são os componentes comuns da legislação que trata dos chamados REFIS. Mais recentemente, um novo ingrediente foi adicionado a este caldeirão. Trata-se da transação tributária prevista em lei desde 1966, mas só recentemente foi implementada, por enquanto, na legislação federal e municipal. Ao contrário da anistia para estabelecer reduções no valor principal do crédito tributário.

Na direção oposta, se observa a legislação e a jurisprudência oscilando entre o rigor e a flexibilização na aplicação das sanções penais aos inadimplentes. Atualmente, o rigor interpretativo é evidente. Argumentos como a inexigibilidade de conduta diversa e estado de necessidade, deixaram de ser considerados pela jurisprudência que se encarregou de prorrogar interpretativamente os prazos prescricionais, compensando a morosidade da Administração Tributária na fiscalização da legalidade dos lançamentos em processos administrativos intermináveis.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CAMPOS, Marcelo. A inconstitucionalidade da majoração da aplicação de multa em razão da utilização do procedimento administrativo tributário. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho (coord.).

Direito Tributário Contemporâneo. Estudos em homenagem a Luciano Amaro. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Edmar Oliveira Andrade. Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Atlas, 1995. *In*: HARADA, Kiyoshi; FILHO, Leonardo Musumecci; POLIDO, Gustavo Moreno. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FILHO, Edmar Oliveira Andrade. *Infrações e Sanções Tributárias*. São Paulo: Dialética, 2003.

KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. 3. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DIÁLOGO COMPETITIVO – A NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO DA LEI 14.133/2021

Simone Zanotello de Oliveira[1]

1. INTRODUÇÃO

A Lei 14.133, de 1º. de abril de 2021, denominada "nova Lei de Licitações", em seu art. 28, tratou de disciplinar cinco modalidades de licitação, quais sejam, o pregão, a concorrência, o concurso, o leilão e o diálogo competitivo. E, ainda de acordo com § 2º, do mesmo artigo, está expresso que é vedada a criação de outras modalidades de licitação, ou a combinação entre elas, de modo que se refere, portanto, a um rol exaustivo.

Da leitura desse dispositivo, numa comparação com a legislação atual, verificamos que não mais haverá as figuras do convite e da tomada de preços, não obstante o art. 87, § 3º., prever que a Administração poderá realizar licitação restrita a fornecedores cadastrados, atendidos os critérios, as condições e os limites estabelecidos em regulamento, bem como a ampla publicidade dos procedimentos para o cadastramento. Verificamos que se trata de uma solução bem semelhante à tomada de preços ou a algumas situações do convite, que exigem o prévio cadastramento.

Segundo os ensinamentos de Joel de Menezes Niebuhr:

> A licitação pública é um procedimento administrativo, ou seja, uma cadeia de atos administrativos sucessivos, que devem ser cumpridos rigorosamente para que, ao final, se escolha o proponente com o qual a Administração Pública irá celebrar contrato. Esses atos praticados no curso da licitação pública retratam uma série de formalidades a que se sujeita a Administração Pública e que servem para legitimar as suas contratações, preservando o interesse público. Ocorre que há diversos tipos de contratos, que demandam formalidades distintas, adequadas cada qual à importância e à natureza do seu objeto. Portanto,

1 Advogada e consultora jurídica na área de contratações públicas. Doutora em Direito Administrativo pela PUC-SP. Mestre em Direito da Sociedade da Informação (ênfase em políticas públicas com o uso da TI) pela UniFMU-SP. Pós-graduada em Direito Administrativo pela PUC-SP. Possui Certificação CP³P-F (Certificado Profissional Internacional de Parcerias Público-Privadas). Professora de Direito Administrativo e Linguagem Jurídica do Centro Universitário Padre Anchieta – Jundiaí-SP. Gestora de Administração e Gestão de Pessoas da Prefeitura de Jundiaí-SP. Autora de diversas obras na área de contratações públicas. Integrante do Instituto Brasileiro de Direito Sancionador – IDASAN. Integrante da Academia Europeia de Alta Gestão.

> o legislador criou modalidades de licitação pública, por efeito das quais os procedimentos dela se diferenciam, de acordo com a conveniência de cada espécie, conforme juízo do legislador.[2]

Quando falamos em modalidades de licitação, devemos considerá-las como espécies dentro do gênero licitação. Elas se referem, na realidade, às diversas formas de regular o procedimento de seleção da proposta mais vantajosa, as quais deverão ser seguidas pelo Poder Público para a realização de suas aquisições.[3]

Marçal Justen Filho elucida que as diversas espécies de procedimentos se distinguem entre si, e essa distinção ocorre pela variação quanto à complexidade de cada fase do procedimento e pela variação quanto à destinação de cada uma dessas fases. Entretanto, qualquer que seja a espécie ("modalidade") de licitação, nela sempre será possível verificar a presença de determinadas etapas.[4]

Além das modalidades de licitação, a legislação fez previsão de diversos procedimentos auxiliares para as licitações e contratações, dispostos nos arts. 78 a 88, quais sejam: (i) credenciamento; (ii) pré-qualificação; (iii) procedimento de manifestação de interesse; (iv) sistema de registro de preços; e (v) registro cadastral.

Procedimentos auxiliares são aqueles criados com o objetivo de otimizar os processos licitatórios em geral, mas que não possuem vínculo com apenas uma licitação.[5]

Esses procedimentos auxiliares já contavam com previsão na Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações - RDC) e na Lei nº 13.303/2016 (Estatuto Jurídico da Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista), e agora foram trazidos para o regramento geral das licitações e contratos.

É importante salientar que não podemos confundir os procedimentos auxiliares com as modalidades de licitação, na medida em que estes são instrumentos acessórios colocados à disposição da Administração Pública, por expressa disposição legal contida no art. 28, § 1º.

Por fim, dentre essas cinco modalidades de licitação previstas na nova Lei, vamos promover um estudo aprofundado acerca do diálogo competitivo, em

2 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo.* Curitiba: Zênite, 2008, p. 103.

3 HIGA, Alberto Shinji; CASTRO, Marcos Pereira; OLIVEIRA, Simone Zanotello de. *Manual de direito administrativo.* São Paulo: Rideel, 2018, p. 160.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 440.

5 ALTOUNIAN, Claudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e Contratação Integrada na Prática – 250 Questões Fundamentadas.* 2. ed. Minas Gerais: Editora Fórum, 2014, p. 176.

razão de se configurar como um procedimento novo em nosso ordenamento jurídico.

2. DIÁLOGO COMPETITIVO

De acordo com a definição contida no art. 6º., inc. XLII, da Lei, o diálogo competitivo, como nova modalidade de licitação, é destinada a obras, serviços e compras, abrangendo, portanto, todas as naturezas de contratação. Por meio dela, a Administração Pública deverá promover diálogos com licitantes pré-selecionados, mediante critérios objetivos a serem previamente estabelecidos no edital. E o objetivo desses é diálogos é desenvolver uma ou mais alternativas para atender a uma necessidade da Administração Pública. Ao final, após o encerramento dos diálogos, haverá a definição de uma solução. Para Irene Nohara:

> Trata-se de modalidade cujo objetivo é atender às necessidades de obras, serviços e compras em que o Poder Público sabe de suas necessidades, mas não sabe, diante da variabilidade do mercado, como melhor supri-las. Como, atualmente, há muita inovação em prestações de serviços e produtos, nem sempre o Poder Público tem conhecimento do estado da arte de tudo o que existe no mercado em termos de soluções em prestações de serviços ou mesmo da gama de produtos e técnicas possíveis, assim, a ideia da nova modalidade é fugir do padrão imposto pelas modalidades mais rígidas nas licitações com o objetivo de possibilitar que a Administração Pública estruture uma contratação mais customizada e, portanto, mais apta a solucionar especificamente um problema seu.[6]

O diálogo competitivo sofreu influência do direito comparado, trazendo a premissa da negociação entre a Administração Pública e os particulares. Desse modo, o diálogo competitivo já é adotado pela União Europeia, sendo que lá recebeu a denominação de Diálogo Concorrencial. Para Marçal Justen Filho:

> A Lei 14.133/2021 adotou a modalidade de diálogo competitivo, influenciada pelo direito comparado. A solução encontra claro fundamento nas previsões da Diretiva 2014/24/EU, de 26.2.2014. (...) O modelo consagrado no art. 32 da Lei 14.133/2021 incorporou em grande parte as previsões do direito comunitário europeu. Mas também adotou inovações relevantes. Não seria incorreto presumir que as alterações introduzidas no direito brasileiro refletiram a desconfiança quanto à legitimidade de práticas restritivas de participação de possíveis interessados.[7]

6 NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova lei de licitações e contratos: comparada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 182-183.

7 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 456-457.

Essa modalidade de licitação diferencia-se bastante das modalidades tradicionais, em razão de possuir uma natureza dialógica. Ronny Charles apresenta as premissas relativas à Administração Pública dialógica:

> A administração pública dialógica é uma tendência identificada em algumas atividades administrativas, notadamente na prestação de serviços públicos e nas contratações de grandes empreendimentos. Ela consiste na abertura de diálogo com os administrados, permitindo que eles colaborem para o aperfeiçoamento ou a legitimação da atividade administrativa, diferenciando-se de um modelo de administração pública monológica, no qual os particulares não têm oportunidade de interferir, preventivamente, colaborando para a realização da atividade administrativa. Em uma concepção de administração pública dialógica, os particulares podem atuar para colaborar com o aperfeiçoamento da atividade administrativa, aperfeiçoando-a, prevenindo conflitos, agregando expertise e colaborando para uma atuação mais eficiente do Poder Público.[8]

Além da aplicação nas licitações comuns, o diálogo competitivo também poderá ser adotado nas concessões ordinárias da Lei Federal 8.987/95, ao lado da concorrência, para a delegação da prestação de serviços públicos precedidos ou não da execução de obra pública, de acordo com o art.179 da nova Lei, que promoveu alterações no art. 2º., incs. I e II, da Lei das Concessões e Permissões.

O mesmo ocorre com as concessões administrativas e concessões patrocinadas da Lei Federal 11.079/2004, que também poderão adotar o diálogo competitivo como modalidade de licitação, juntamente com a concorrência, de acordo com o art. 180 da nova Lei, que alterou o art. 10 da Lei das Parcerias Público-Privadas.

O diálogo competitivo é indicado para contratações específicas, inovadoras e complexas, especialmente aquelas que envolvam inovação tecnológica. Rodrigo Bordalo Rodrigues esclarece que:

> A modalidade é voltada a contratações mais complexas em que a Administração não detém de início as soluções e as características do futuro negócio a ser firmado. Assim, promove-se a participação do setor privado, cuja expertise contribuirá para a modelagem do negócio, inalcançável com a adoção dos métodos tradicionais de licitação.[9]

O art. 32 restringe a utilização da modalidade para duas hipóteses. A primeira delas, constante no inc. I, refere-se à contratação de objetos que

8 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021, p. 204.

9 RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. *Nova lei de licitações e contratos administrativos*: principais mudanças (e-book). São Paulo: Expressa, 2021, posição 47% do livro eletrônico.

envolvam as seguintes condições: (i) inovação tecnológica ou técnica[10]; (ii) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e (iii) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração. De acordo com a redação do dispositivo, podemos verificar que essas condições são cumulativas, por conta da conjunção aditiva "e", e deverão restar justificadas no processo administrativo que cuida da contratação, para embasar o enquadramento.

A segunda hipótese de utilização está relacionada à contratação em que se verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer as necessidades da Administração Pública, com destaque para os seguintes aspectos: (i) a solução técnica mais adequada; (ii) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; (iii) a estrutura jurídica ou financeira do contrato. A expressão "com destaque" presente nessa hipótese, resulta na definição de que os aspectos delineados na legislação são exemplificativos, permitindo a inclusão de outros.

Sem dúvida, trata-se de um importante canal de participação da iniciativa privada, pois teremos soluções externas provenientes dos interessados, que serão utilizadas para a formação da vontade estatal, notadamente nas situações para as quais não existem soluções "de prateleira" para a Administração. Nas lições de Marçal Justen Filho:

> A opção pelo diálogo competitivo reflete o reconhecimento da insuficiência da atuação isolada da Administração Pública ou de um determinado agente econômico privado para delinear as condições da contratação. A adoção do diálogo competitivo depende da inexistência de solução consagrada para o atendimento de necessidades ou a incerteza quanto às soluções a serem adotadas. Essas hipóteses ocorrem em contratações de grande complexidade e, usualmente, de vulto econômico significativo.[11]

É importante compreender o diálogo competitivo como uma modalidade de licitação de característica residual, aplicável onde não caibam as demais modalidades, em razão do reconhecimento de que a Administração não possui

10 Marçal Justen Filho promove uma diferenciação entre inovação tecnológica e inovação técnica: "A distinção formal entre tecnologia e técnica reflete a vontade legislativa de abranger amplamente as circunstâncias da realidade. A técnica consiste no modo de atingir um resultado pretendido. A técnica apresenta relevância crescente em vista da complexidade do objeto e da importância dos resultados pretendidos. Em situações relevantes, a técnica compreende um procedimento norteado por protocolos predeterminados, estabelecidos a partir do conhecimento teórico ou prático. A tecnologia é o modo de atingir um resultado pretendido, caracterizado pela utilização do conhecimento científico teórico para produção de determinado resultado prático" (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 460).

11 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 458.

condições de atuar de forma isolada para dispor as condições da contratação, necessitando da colaboração da iniciativa privada, inviabilizando a adoção de um procedimento de licitação ordinário.

Além disso, o diálogo competitivo acaba por modificar o cenário tradicional das licitações, que apresenta um modelo burocrático, fechado e por adesão dos interessados, representando uma oportunidade para o Poder Público debater com os licitantes como será o objeto contratual, alterando o cenário de direito positivo relacionado às licitações.

No entanto, conforme bem elucidado por Rafael Carvalho Rezende Oliveira, o diálogo entre a Administração Pública e o mercado durante a fase de planejamento da licitação não é algo tão estranho ao ordenamento jurídico, pois já contava com previsão no Enunciado 29 da I Jornada de Direito Administrativo realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF):

> A Administração Pública pode promover comunicações formais com potenciais interessados durante a fase de planejamento das contratações públicas para obtenção de informações técnicas e comerciais relevantes à definição do objeto e elaboração do projeto básico ou termo de referência, sendo que este diálogo público-privado deve ser registrado no processo administrativo e não impede o particular colaborador de participar de eventual licitação pública, ou mesmo de celebrar o respectivo contrato, tampouco lhe confere a autoria do projeto básico ou termo de referência.[12]

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União também já caminhava no reconhecimento dessa conduta:

> É licito à administração pública efetuar pesquisas na internet e utilizar-se de outros órgãos que já procederam outras licitações como referência para suas próprias. É igualmente lícito que empresas interessadas em contratar com a administração procurem seus responsáveis e apresentem modelos de contratação, dados de outras licitações e de suas empresas para fins de venda de produtos e serviços. Cabe ao gestor efetuar juízo da legalidade das propostas, avaliar a necessidade de licitação, bem como a conveniência e oportunidade de contratar tais serviço, tudo isso atentando para o interesse público.[13]

Na sequência, é imperioso destacar que o diálogo competitivo não se confunde com o procedimento de manifestação de interesse (PMI), que passa a ser um instrumento auxiliar na nova legislação, conforme os arts. 78, III, e 81. Segundo Rodrigo Bordalo Rodrigues:

12 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova lei comparada e comentada de contratos administrativos: Lei 14.133, de 1º. de abril de 2021.* Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 134.

13 TCU, Acórdão 217/2007, 2ª Câmara, Processo TC-010.110/2004-9, Rel. Min. Aroldo Cedraz.

> Observe-se que o diálogo competitivo não se confunde com o procedimento de manifestação de interesse (PMI), embora ambos tenham em comum a participação da iniciativa privada na etapa de estudos das contratações públicas. De fato, o PMI não constitui modalidade licitatória e sim um procedimento auxiliar da licitação. Nesse sentido, as contribuições trazidas pelos interessados ocorrem previamente à abertura de um certame licitatório. Já o diálogo competitivo representa uma modalidade licitatória, de modo que a verificação das possibilidades, as análises e a definição da modelagem da contratação são promovidas durante a licitação.[14]

Irene Nohara também discorre sobre a diferença entre os institutos:

> Nessa perspectiva, trata-se de instituto que se assemelha, no objetivo, ao Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), pois se intenta provocar o mercado a compartilhar de sua expertise para que o Poder Público tenha condições de engendrar contratações mais ajustadas às suas necessidades, mas, enquanto o PMI se realiza antes da licitação, o diálogo competitivo abrirá a interlocução, isto é, o debate (sobre possibilidades técnicas e de inovação) com os licitantes que já participaram da licitação, isto é, já existe uma situação de interesses postos na mesa, com uma provável futura contratação. Há, portanto, vantagens do diálogo competitivo em relação ao PMI, pois no diálogo competitivo os participantes já são *players*, isto é, já são licitantes integrados em uma competição, com possibilidade, na segunda etapa do certame, ainda, de lograrem vencer e conseguir, por conseguinte, a desejada contratação. Por outro lado, no caso de participação do PMI, nada garante que o interessado compartilhe de sua expertise e que venha a participar de uma futura licitação.[15]

Em suma, essa nova modalidade busca o desenvolvimento de alternativas objetivando atender às necessidades e interesses da Administração, tendo a participação de particulares para a elaboração de soluções para futuras contratações.

3. ETAPAS DO DIÁLOGO COMPETITIVO

O diálogo competitivo, em princípio, é uma licitação que deverá se desenvolver em duas etapas: a primeira etapa é a fase de diálogos propriamente dita e a segunda etapa é a fase competitiva.

A primeira etapa – fase de diálogo, começa com a publicação do primeiro edital, que trata da abertura de prazo para manifestação dos interessados em participar dos diálogos. Esse edital deverá contar com um prazo de divulgação de no mínimo 25 (vinte e cinco) dias úteis, contados de sua disponibilização.

---

14 RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. *Nova lei de licitações e contratos administrativos*: principais mudanças. São Paulo: Expressa, 2021, posição 49% do livro eletrônico.

15 NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Nova lei de licitações e contratos*: comparada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 183.

Na sequência, deverá haver um procedimento de pré-seleção dos licitantes, de acordo com os critérios objetivos que estarão estabelecidos no edital.

O próximo passo é dar início ao diálogo com os licitantes pré-selecionados, por meio de reuniões, até que haja a definição de uma solução ou de soluções adequadas.

Com isso, encerra-se a primeira etapa e inicia-se a segunda etapa – fase competitiva. Haverá a publicação de um novo edital para a contratação da solução identificada pela Administração, sendo que sua divulgação deverá ser de no mínimo 60 (sessenta) dias úteis. Nessa fase competitiva, feita com todos aqueles licitantes pré-selecionados, deverá haver a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, de acordo com critério de julgamento estabelecido no edital.

4. PROCEDIMENTOS PARA A REALIZAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO

O rito para a realização do diálogo competitivo compreende:

4.1. INSTAURAÇÃO DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

De acordo com o art. 32, inc. XI, o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta por pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração. Logo, deverá ser expedida Portaria pelo órgão ou entidade, dispondo sobre essa nomeação.

Admite-se, também, a contratação de profissionais para o assessoramento técnico da comissão, sendo que esses profissionais deverão assinar termo de confidencialidade e deverão se abster de atividades que possam configurar conflito de interesses.[16]

Não obstante a legislação tenha se silenciado com relação aos requisitos de capacidade técnica para a designação dos componentes dessa comissão, não restam dúvidas de que a complexidade do procedimento exige a indicação de membros que possuam conhecimento e experiência com relação ao objeto do certame, para que possam promover um debate igualitário com a iniciativa privada.

4.2. PUBLICAÇÃO DO EDITAL DA 1ª. ETAPA – FASE DE DIÁLOGO

O edital da 1ª Etapa deverá contar com um prazo mínimo de publicidade de 25 (vinte e cinco) dias úteis, a fim de que haja a manifestação dos interes-

16 Marçal Justen Filho orienta que, para a contratação desses profissionais, a Administração poderá se valer da concorrência de técnica e preço (art. 37, § 1º., inc. II) ou da dispensa de licitação para a contratação de assessores dotados de notória especialização (art. 75, inc. III) (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 462).

sados. Indica-se o preenchimento de um formulário de interesse, que deverá estar anexo ao edital, a ser assinado pelo representante legal do licitante, o qual deverá ser entregue juntamente com os documentos para seleção.

O edital deverá contar com as necessidades de demanda da Administração, bem como com as exigências para a pré-seleção dos licitantes, por meio de critérios objetivos.

Com relação às necessidades de demanda, a Administração deverá apresentar seu detalhamento, contendo, no mínimo: os problemas a serem solucionados; as necessidades públicas a serem atendidas; as políticas públicas a serem contempladas; o que a Administração pretende com a contratação; as exigências da Administração; dentre outras.

No que tange ao procedimento de pré-seleção dos licitantes, esse deverá ser estabelecido de acordo com critérios objetivos definidos no edital. E as exigências para essa pré-seleção, em nosso entendimento, poderão ser divididas em duas partes. Na primeira delas, a Administração deverá definir quem poderá e quem não poderá participar do procedimento. Com relação àqueles que poderão participar, é possível estabelecer, de acordo com a natureza do objeto da demanda, pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, individualmente ou na forma de consórcio. No tocante às vedações, é possível estipular, também de acordo com a natureza do objeto da demanda, que não poderão participar da licitação: (i) pessoas que tenham sido declaradas inidôneas pela Administração Pública; (ii) pessoas que estejam punidas com a suspensão do direito de licitar ou impedidas de contratar com a Administração; (iii) pessoas em regime de falência;[17] (iv) pessoas que sejam cônjuge ou companheiro dos agentes públicos e de contratação responsáveis pela condução do certame, ou que tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

Na segunda parte, embora o procedimento de pré-seleção não se refira especificamente a condições habilitatórias, é nosso entendimento que poderão ser utilizados como base, conforme o caso, os requisitos de habilitação previstos nos arts. 62 a 70 da nova Lei. Nesse contexto, deverá ser analisada a documentação do interessado, a fim de verificar se ele está apto a participar da fase de diálogos, ou seja, se possui requisitos jurídicos, fiscais, sociais, trabalhistas, econômico-financeiros e técnicos para poder contribuir para com a Administração. Nesse caso, o edital poderá contar com a solicitação de documentos de habilitação jurídica, de regularidade fiscal, social e trabalhista (certidões de

17 De acordo com a Súmula 50, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: "Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital."

regularidade[18]), de qualificação econômico-financeira (balanço, certidão negativa de falência, etc.), e de qualificação técnica (registro ou inscrição na entidade profissional competente, certidões ou atestados (capacidade operacional), atestado de responsabilidade técnica de profissional, indicação de pessoal técnico, instalações e aparelhamento, etc.). Além disso, poderão ser solicitadas declarações, tais como de que está ciente e concorda com as condições contidas no edital e seus anexos; de que cumpre os requisitos para a pré-seleção definidos no edital; de que inexistem fatos impeditivos para a sua pré-seleção no certame, ciente da obrigação de declarar ocorrências posteriores; de que não emprega menor de 18 (dezoito) anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e que não emprega menor de 16 (dezesseis) anos, salvo menor, a partir de 14 anos, na condição de aprendiz, nos termos do art. 7º, XXXIII, da CF; etc.

Em adendo, Marçal Justen Filho reconhece a possibilidade de promoção de outras exigências, diferenciadas e especiais, para essa pré-seleção, além daquelas já previstas na nova Lei:

> A pré-seleção deve ser realizada segundo critérios objetivos. No entanto, isso não elimina a possibilidade jurídica de exigências distintas daquelas previstas no art. 62 e seguintes da Lei 14.133/21. As complexidades inerentes ao objeto impedem admitir que um sujeito destituído de atributos diferenciados e especiais participe do diálogo. Isso significa que o edital do diálogo competitivo deverá adotar os requisitos de habilitação genéricos, previstos para toda e qualquer licitação. Mas os requisitos de pré-seleção para o diálogo competitivo não se restringem a isso. Além daqueles requisitos exigíveis para uma licitação ordinária, devem ser adotados outros, que envolvam atributos diferenciados e especiais. (...) Cabe à Administração a autonomia para fixar os requisitos de pré-seleção, os quais deverão ser proporcionais à complexidade e às dificuldades do objeto a ser licitado. A escolha da Administração deverá ser justificada de modo satisfatório, mediante razões de ordem técnica e econômica.[19]

O licitante responderá pela veracidade das informações prestadas, sendo que eventual declaração falsa relativa ao cumprimento de qualquer condição sujeitará o licitante às sanções previstas na Lei e/ou no edital, sem prejuízos de apurações de ordem penal e/ou civil.

Sempre importante destacar que se a Administração permitir a participação de empresas sob a forma de consórcio, também deverá definir as regras, de acordo com o art. 15 da nova Lei.

O edital deverá contar com o detalhamento dos procedimentos de seleção dos interessados e autorização para participação dos diálogos. Diante disso, as

18 De acordo com a Súmula 283, do Tribunal de Contas da União: "Para fim de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade."

19 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 463-464.

manifestações de interesse e os documentos apresentados serão examinados pela Comissão de Contratação, a qual emitirá decisão sobre os pré-selecionados, ou seja, aqueles que cumpriram as exigências do edital, autorizando-os a participar dos diálogos; e sobre aqueles que não cumpriram as exigências de seleção, que não irão participar dos diálogos. Com relação a esse procedimento de pré-seleção, todos os interessados que preencherem os requisitos deverão ser admitidos, não sendo possível a fixação do número mínimo ou máximo de admissão. Irene Nohara alerta:

> Assim, para não se transformar numa "festa fechada", reitere-se que o diálogo admitirá todos os interessados que preencham requisitos objetivos, sendo vedada, ainda, nos termos do inciso III, do § 1º, do art. 32 da nova lei, a "divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante.[20]

Embora haja um silêncio legislativo a respeito, o edital deverá dispor sobre a forma de divulgação do resultado, bem como sobre os procedimentos de recurso contra a decisão adotada pela Administração com relação à admissão ou não de interessados. A princípio, para essa ocorrência, seria cabível o pedido de reconsideração previsto no art. 165, inc. II.[21] No entanto, em nosso entendimento, a melhor alternativa seria a aplicação do procedimento do recurso hierárquico, conforme art. 165, inc. I, com 3 (três) dias úteis para a apresentação de razões e 3 (três) dias úteis para a apresentação de contrarrazões, inclusive com a previsão do efeito suspensivo desse recurso. Ademais, a decisão sobre ele deverá ocorrer no prazo de até 3 (três) dias úteis por parte da autoridade recorrida, se o caso, ou então este deverá ser remetido à autoridade superior, para decisão no prazo de até 10 (dez) dias úteis.

Após esse procedimento, inicia-se o diálogo com os licitantes pré-selecionados, por meio de reuniões. Durante esses diálogos, a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas dadas por um licitante, sem o seu consentimento, que deverá ser específico (e não um consentimento genérico). Além disso, a Administração também não poderá divulgar informações de modo discriminatório, que possa caracterizar vantagem para algum licitante.

A fase de diálogos poderá ser mantida até a identificação da solução. Entendemos que a dificuldade reside justamente em se comparar objetivamente propostas com soluções não idênticas, razão pela qual é fundamental fortalecer e capacitar aqueles que irão promover essas análises.

---

20 NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Nova lei de licitações e contratos*: comparada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 186.

21 Art. 165. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem: II - pedido de reconsideração, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação, relativamente a ato do qual não caiba recurso hierárquico.

Poderão ser realizadas tantas reuniões quantas forem necessárias, as quais deverão ser registradas em atas e gravadas mediante a utilização de áudio e vídeo. O edital também poderá prever a realização de fases sucessivas de diálogos, sendo que cada fase poderá restringir ou selecionar as soluções ou as propostas que serão discutidas na próxima fase. Conforme ensinamentos de Marçal Justen Filho:

> A Lei 14.133/2021 admite a previsão pela Administração de que essa etapa complementar se desdobre em diversas etapas específicas, versando sobre questões distintas. Em tais hipóteses, a evolução do procedimento conduz ao exaurimento da discussão sobre determinado aspecto e a instauração da avaliação de um tema daí decorrente. Será obrigatório respeitar as condições já atingidas anteriormente.[22]

É muito importante que o edital estabeleça regras claras e isonômicas para os diálogos, que propiciem um processo concorrencial. São princípios basilares dessa etapa: isonomia, impessoalidade, transparência, julgamento objetivo, publicidade, moralidade, supremacia do interesse público, economicidade, eficiência, eficácia, competitividade, motivação, vinculação ao edital, segurança jurídica, razoabilidade, proporcionalidade e desenvolvimento nacional sustentável.

A discussão para a identificação da solução deverá envolver: definição do objeto, condições de execução, fases de desenvolvimento do projeto, critérios de julgamento das propostas, condições de recebimento do objeto, formas de remuneração e de pagamento, condições de fiscalização e de gestão contratual, garantias, avaliação de impactos e riscos, custos envolvidos, dentre outros elementos. Com isso, será possível definir uma modelagem para a solução, abrangendo aspectos técnico-operacionais, econômico-financeiros, jurídicos, de engenharia, etc. (conforme o caso).

Na conclusão do diálogo, por meio de decisão fundamentada, deverá haver a definição da solução mais adequada. Para isso, indica-se a elaboração de um relatório final por parte da Comissão. Os registros e as gravações da fase dos diálogos deverão ser juntados aos autos do processo licitatório, para que se inicie a 2ª. etapa – fase competitiva. Irene Nohara observa que mesmo com os registros e as gravações, a Administração deverá manter em sigilo as soluções propostas pelos licitantes na fase de diálogos, as quais somente poderão ser repassadas aos demais licitantes se houver o consentimento.[23]

Nesse momento, também há um silêncio legislativo com relação a um eventual recurso. No entanto, mantemos nosso entendimento acerca da ne-

22 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 462.

23 NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Nova lei de licitações e contratos*: comparada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 184.

cessidade de o edital prever um procedimento recursal, a exemplo do ocorrido por ocasião da pré-seleção dos interessados.

4.3. PUBLICAÇÃO DO EDITAL DA 2ª ETAPA – FASE COMPETITIVA

Para a 2ª etapa – fase competitiva, haverá a publicação de um novo edital, objetivando agora a efetiva contratação da solução desejada, que atenda às necessidades do caso concreto, a qual foi obtida por meio da fase de diálogos. O prazo mínimo de divulgação desse edital é de 60 (sessenta) dias úteis.

Elementos objetivos deverão ser utilizados para a seleção da proposta mais vantajosa, dentre os licitantes pré-selecionados, conforme critério de julgamento estabelecido no edital. Logo, esses licitantes deverão apresentar suas propostas, que atendam técnica e economicamente às exigências do instrumento convocatório. Sendo assim, a proposta vencedora será definida pela Administração de acordo com as condições que foram divulgadas no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa. Nessa etapa, não temos a possibilidade de ingresso de novos interessados, mas somente aqueles que foram pré-selecionados na primeira etapa. Segundo Marçal Justen Filho:

> Podem participar da disputa os licitantes pré-selecionados. Isso significa que não haverá a oportunidade para terceiros, que não tenham participado da fase de diálogo, disputarem a contratação. Deve-se ter em vista a possibilidade de exclusão dos pré-selecionados durante a fase de diálogo, em vista da comprovação da ausência de requisitos necessários à participação na disputa.[24]

A Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação ou distorçam a concorrência entre elas.

Após a seleção da proposta mais, também entendemos ser necessário se dispor uma fase recursal, em face da decisão tomada, a exemplo do que ocorreu nas etapas anteriores.

Por fim, destacamos o veto presidencial ocorrido no art. 32, § 1º., inc. XII, o qual previa que órgão de controle externo poderia acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, opinando, no prazo máximo de 40 (quarenta) dias úteis, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade da licitação, antes da celebração do contrato. Entretanto, sem dúvida, remanesce a competência para os órgãos de controle, tanto internos como externos, poderem exercer sua fiscalização sobre o procedimento do diálogo competitivo.

---

24 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 468.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, não restam dúvidas de que o diálogo competitivo refere-se a uma modalidade de licitação que ainda ensejará muitas discussões por parte da doutrina e da jurisprudência para a sua aplicabilidade, em razão de sua recente introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, por outro giro, certamente representará uma mudança significativa na forma de licitar e contratar por parte da Administração Pública, em razão de sua natureza dialógica, que permite que a iniciativa privada participe da construção do objeto da licitação, contribuindo com sua expertise.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTOUNIAN, Claudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim**.** *RDC e Contratação Integrada na Prática – 250 Questões Fundamentadas.* 2. ed. Minas Gerais: Editora Fórum, 2014.

HIGA, Alberto Shinji; CASTRO, Marcos Pereira; OLIVEIRA, Simone Zanotello de. *Manual de direito administrativo***.** São Paulo: Rideel, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo.* Curitiba: Zênite, 2008.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Nova lei de licitações e contratos*: comparada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova lei comparada e comentada de contratos administrativos*: Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. *Nova lei de licitações e contratos administrativos*: principais mudanças (e-book). São Paulo: Expressa, 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas.* 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/jurisprudencia-selecionada. Acesso em: 19 julho 2021.

A QUALIDADE PRESTACIONAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS EM FOCO: ANÁLISE A PARTIR DA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E DA INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

Alexandre Betini[1]
Ciro di Benatti Galvão[2]

INTRODUÇÃO[3]

O presente texto cuida da importância de se tutelar e promover a qualidade da prestação dos serviços públicos. Para tanto, optar-se-á pelo tratamento do tema a partir de duas perspectivas: a primeira, relacionada à importância da atuação institucional das agências reguladoras e sua vocação técnico-normativa. A segunda, a partir da edição da Lei 13.460 de 2017, relacionada à participação cidadã, defendendo-se, nessa parte, a ideia de "democratização da qualidade dos serviços públicos".

A título de contextualização do tema, há que se resgatar, no entanto, a compreensão do que venha a ser "serviço público", de maneira a justificar a necessidade de se buscar formas da garantia e promoção da sua qualidade prestacional junto à sociedade.

O tema dos serviços públicos é considerado, pela dogmática do direito administrativo nacional e estrangeiro, de grande complexidade em razão de sua associação a várias transformações socioeconômicas e políticas, com nítida repercussão no comportamento do Estado e, consequentemente, na sua função público-administrativa.[4]

---

1 Doutorando e Mestre em Processo Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Processo Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Juiz de Direito titular da Vara do Júri e Execuções Criminais da comarca de Santos/SP.

2 Doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor de Teoria do Estado; Direito Administrativo e Direito Constitucional. Advogado e consultor jurídico em Minas Gerais.

3 Os autores agradecem aos organizadores da obra pelo honroso convite feito e expressam o seu contentamento com a possibilidade de contribuir para a justa homenagem ao grande jurista Prof. Dr. Kiyoshi Harada, fonte de inspiração para toda uma geração de estudiosos do Direito Público.

4 Para aprofundamento dessa ideia, cf. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 123-125; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrati-*

Tradicionalmente, a caracterização de um serviço como sendo público parte de uma abordagem baseada na análise de três elementos tidos como "essenciais": a necessidade da presença estatal em sua prestação (elemento subjetivo); a sua submissão a normas próprias de direito público (elemento formal) e, finalmente, a sua conexão com a necessidade de se atender a algum interesse coletivo (elemento material).

Críticas ao apego a tais elementos não faltam, conforme observado, por exemplo, por Carvalho Filho,[5] Di Pietro[6] e Duarte e Ibrahim Júnior,[7] destacando-se entre elas a assimilação gradativa, pelo Estado, de atividades cada mais numerosas e complexas, relevantes em certos aspectos para a vida social e que, de certa maneira, acabaram colocando em xeque a persistência de algum desses elementos caracterizadores[8] ou, ao menos, a maneira com que devem ser interpretados, compreendidos.

Em razão da coerência de tais críticas, cujo aprofundamento não cabe no presente texto, a compreensão da expressão "serviço público" a ser adotada aproximar-se-á mais das visões apresentadas, por exemplo, por Justen Filho e Duarte e Ibrahim Júnior, a seguir transcritas, entendendo-as mais em sintonia/correspondência com o quadro de desafios sociais que se coloca à mencionada categoria conceitual:

> **Um serviço é público porque se destina à satisfação de direitos fundamentais** e não por ser de titularidade estatal e nem por ser desenvolvido sob regime de direito público. Essas duas são consequências da existência de um serviço público[9] (destaque nosso)

---

vo. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 337-338; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 127; REBOLLO, Luís Martín. De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. *Revista de Administración* **Pública**, 1983, p. 2491.

5 Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 337.

6 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 131-132.

7 Cf. DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; IBRAHIM JÚNIOR, Marcio Antônio Deotti. Serviços públicos e direitos fundamentais. *In*: DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades (org.). **Inovações no Direito** *Administrativo*: uma revisão dos alicerces teóricos do Direito Administrativo após os impactos do pós-positivismo jurídico. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2016, p. 169-170.

8 Conforme observado por Duarte e Ibrahim Júnior, classicamente o cenário doutrinário costuma oscilar entre estes três critérios de identificação e compreensão do que venha a ser interesse público, sendo que todos, segundo os autores, são "permeados por uma lógica conceitual autoexcludente", gerando a sua crise, ocasionando para o próprio Estado, portanto, um grave dilema em torno de seu papel prestacional. Cf. DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; IBRAHIM JÚNIOR, Marcio Antônio Deotti. Serviços públicos e direitos fundamentais. *In*: DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades (org.). *Inovações no Direito Administrativo*: uma revisão dos alicerces teóricos do Direito Administrativo após os impactos do pós-positivismo jurídico. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2016, p. 163.

9 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 637.

> **O conceito de serviço público não fica desafeto à noção de direitos fundamentais,** uma vez que eles legitimam todo o atuar estatal e que são a própria razão de ser do Estado. Portanto, **deve-se considerar serviço público basicamente como o atuar estatal apto à garantia do *status* positivo dos direitos fundamentais dos** seus **administrados**[10] (destaque nosso).

É perceptível que a abordagem adotada pelos autores parte da conexão entre a atividade de prestação de serviços públicos e a necessidade de se tutelar e/ou promover, por seu intermédio, a fruição de certos direitos fundamentais (individuais ou não), visão também compartilhada por Aragão[11] ao observar que embora não sejam tidos como direitos fundamentais, os serviços públicos se apresentam como meios de realização de direitos assim caracterizados.

Essa linha argumentativa se aproxima da desenvolvida por Moreira Neto[12] ao atribuir aos serviços públicos uma **função instrumental de realização dos direitos fundamentais**, afirmando-se, com isso, a necessidade de se fazer um recorte conceitual nitidamente baseado no processo de constitucionalização do Direito (particularmente, do direito administrativo) em que a normatividade atribuída aos direitos fundamentais reflete na atuação estatal, impondo-lhe deveres que repercutem na qualidade de vida das pessoas, individual ou coletivamente consideradas. Um desses deveres, a cargo da Administração Pública e, oriundo da carga imperativa das normas relativas a direitos fundamentais, é o **dever de bem prestar serviços públicos** aptos a aperfeiçoar e/ou garantir a qualidade de vida das pessoas em sociedade.

Reconhecendo que a ideia de "qualidade" sofre variações de sentido em razão de fatores e conjunturas político-econômicas e sociais que acabam lhe impactando, apresentando-se, assim, como conceito nitidamente dinâmico[13] e, em razão da missão atemporal das instituições públicas em atender o interesse público que as vinculam, o compromisso com a efetivação e/ou aperfeiçoamento dos direitos fundamentais, por meio dos serviços públicos prestados, será o fator mais determinante para a verificação prática ou concreta de sua qualidade prestacional.

A partir dessas considerações, fica justificada a preocupação com a promoção e/ou defesa da **qualidade da prestação** dos serviços públicos, ganhando

---

10 Cf. DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; IBRAHIM JÚNIOR, Marcio Antônio Deotti. Serviços públicos e direitos fundamentais. *In*: DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades (org.). *Inovações no Direito Administrativo*: uma revisão dos alicerces teóricos do Direito Administrativo após os impactos do pós-positivismo jurídico. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2016, p. 173.

11 Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 506-507.

12 Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 474.

13 NOVAES, Cristina; LASSO, Sarah; MAINARDES, Emerson Wagner. Percepções de qualidade do serviço público. *Revista Pensamento Contemporâneo em Administração - RPCA*, v. 9, n. 1, Rio de Janeiro, jan./mar., 2015, p. 108-109.

destaque não apenas o cumprimento desse objetivo por intermédio da atuação das agências reguladoras (especialmente, mas, não exclusivamente, a partir de seu *poder normativo-técnico*) e, ainda, mediante a participação dos usuários dos serviços públicos, especialmente no sentido de fiscalização ou controle, em conformidade com a lei 13. 460 de 2017, em nítida caracterização do que aqui irá se denominar de "democratização da qualidade dos serviços públicos".

Passemos ao tratamento das agências reguladoras (parte 1), entendendo o seu contexto de surgimento e suas atribuições, caracterizando a capacidade promocional de garantia da qualidade dos serviços públicos, para em seguida (parte 2) tratarmos da exposição da Lei 13.460 de 2017 e de sua relação com a sua qualidade prestacional, mediante a participação social.

1 ESTADO REGULADOR: CONTEXTO TEÓRICO DE INSERÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

É inegável que o processo de desenvolvimento das sociedades tem tido, cada vez mais, repercussão no *modus operandi* do Estado que tem absorvido, desde o período do Estado Social, numerosas e complexas demandas por serviços públicos. Se, durante essa época, eles eram prestados diretamente e em regime de monopólio pelas entidades estatais[14], à medida que esse processo evolutivo persiste, a forma de atendimento das múltiplas necessidades sociais, conexas às mais diversas áreas, se altera justamente para ter que corresponder à expectativa social relativa à obtenção de adequado atendimento prestacional. Há, portanto, transformações sociais que passam a moldar o perfil comportamental e organizacional do Estado, forçando-o a adequar-se a elas.

As mais diversas atividades antes realizadas quase que exclusivamente pelo Poder Público passaram a exigir certa descentralização, de maneira que a diminuição do tamanho do Estado[15], em certos aspectos, se tornou necessária, muitas vezes. Assiste-se, assim, ao deslocamento da responsabilidade de atendimento dessas demandas para outras entidades, notadamente o setor privado, a partir da adoção de instrumentos de Direito Administrativo de delegação de funções executivas e prestacionais, a exemplo dos modelos de concessão de muitos serviços públicos, que tem se tornado tema de inegável e, por vezes, divergente análise reflexiva.

---

14 Cf. BLANCHET, Luiz Alberto; BACELLAR, Roberto Ramos. Desafios do direito administrativo no estado regulador. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v.12, n.3, 3º quadrimestre de 2017, p. 1126- 1131.

15 Carvalho Filho associa à ideia de Estado Regulador a mitigação da necessidade de intervenção estatal no ambiente de exploração de atividades econômicas, assumindo postura intermediadora no sentido de não ser totalmente ausente em termos de intervenção socioeconômica, mas, igualmente, não exageradamente presente a ponto de asfixiar, digamos assim, a intervenção de outros atores no ambiente de desenvolvimento de atividades econômicas e/ou de prestação de serviços públicos. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Estado mínimo x Estado máximo: o dilema. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, ano 1, n. 1, Belo Horizonte, jan./dez. 2011, p. 89 e 94.

Nisso consiste a compreensão parcial do que seria o Estado regulador, ou seja, a constatação de que ausente o Estado na prestação **direta** dos serviços públicos, nas mais variadas áreas de importância social, delegando-a a outros atores, a exemplo da iniciativa privada, incumbe-lhe, em contrapartida, outros papéis, reservando para si, especialmente, o de assegurar a qualidade de sua prestação a partir de parâmetros como universalidade e modicidade tarifária de acesso ao serviço a ser prestado à população.[16]

Admitindo não somente a existência, mas, muitas vezes, a necessidade dessa manifestação do processo de desestatização na área de prestação de serviços públicos, acredita-se, porém, que ao passarem para as mãos de atores privados, por exemplo, e, em razão de sua relevância público-social, acabam pressupondo certo controle[17] estatal, justamente em razão da relação instrumental que têm com os direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, conforme observado por Blanchet e Bacellar.[18]

É nesse contexto que se aborda o fenômeno da regulação econômico-social como forma de intervenção indireta do Estado sobre o comportamento de atores/sujeitos como a inciativa privada, com a pretensão de se implementar não apenas as políticas estatais, mas, principalmente, a realização dessas espécies de direitos.[19] Às agências reguladoras se aplicam esse raciocínio, devendo ser vistas como vias institucionais pelas quais a mutação do papel do Estado se apresenta em relação à ordem econômica[20] e social,[21] às quais se atribui autonomia e competências próprias, particularmente a fixação de diretrizes para a prestação dos serviços públicos vinculados à necessidade de sua criação e, também, à gestão e controle dessa mesma prestação.[22]

---

16 Cf. BLANCHET, Luiz Alberto; BACELLAR, Roberto Ramos. Desafios do direito administrativo no estado regulador. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v.12, n.3, 3º quadrimestre de 2017, p. 1133.

17 Conforme apontado por Carvalho Filho, o reconhecimento do afastamento do Estado de certas atividades como a de prestação de serviços públicos, configura a ideia de desestatização e não de privatização, já que sua transferência ao setor privado não desnatura a sua condição de relevância ao interesse púbico-social. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Estado mínimo x Estado máximo: o dilema. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, ano 1, n. 1, Belo Horizonte, jan./dez. 2011, p. 99.

18 Cf. BLANCHET, Luiz Alberto; BACELLAR, Roberto Ramos. Desafios do direito administrativo no estado regulador. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v.12, n.3, 3º quadrimestre de 2017, p. 1131-1132.

19 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 585.

20 Cf. BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *In*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 192.

21 Conforme observado por Justen Filho, toda forma de regulação é simultaneamente econômica e social, já que toda qualquer forma de intervenção estatal no âmbito econômico acaba correspondendo à promoção de valores sociais. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 585-586.

22 Exemplo típico foi a criação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – pela Lei n. 9.472,

Na consecução de tais objetivos, a atividade regulatória deve ser eficiente no sentido de que deve se apresentar apta a atender os direitos fundamentais em sua dimensão multifuncional,[23] Além disso, a função regulatória das agências deve buscar mecanismos aptos a proteger o cidadão de abusos e prever instrumentos eficazes que garantam aos usuários meios de exigir a qualidade na prestação dos serviços públicos delegados.

Esse é o propósito desta primeira parte do texto: deixar claro ao leitor que, institucionalmente, as agências reguladoras, especialmente a partir do seu poder normativo, contribuem, preventivamente, para a adequabilidade dos serviços públicos, especialmente quando prestados pela iniciativa privada, que tem se tornado um ator-chave para o Estado, auxiliando-o, a partir da delegação da atividade prestacional destes serviços, no atendimento do objetivo de garantia do bem-estar de toda a sociedade, em conformidade com o disposto no art. 3, IV do texto constitucional.

1.1 NOTAS SOBRE A ORIGEM, COMPREENSÃO E ATRIBUIÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O tema das agências reguladoras é, atualmente, objeto de tratamento globalizado, ou seja, o estudo sobre essas entidades, em razão de sua ligação com áreas como a Economia, a Política e, o Direito, por exemplo, abrange muitas realidades estatais, responsabilizando-se essas figuras administrativas pela regulação de áreas sensíveis dos contextos sociais, conforme observado por Binenbojm.[24]

O fenômeno da "agencificação" concretiza ou reafirma a pretensão dos Estados com perfis reguladores de atender, por intermédio de atores sociais diversos do Estado, às necessidade sociais, suprindo as deficiências da intervenção direta do Poder Público, ou seja, a sua impossibilidade e/ou incapacidade técnica de corresponder às expectativas sociais sobre a qualidade da prestação dos serviços públicos e, também, sobre a atuação do setor privado no âmbito econômico, evitando-se abusos que prejudiquem certos valores sociais, juridicamente reconhecidos.

Decorrente da política de transferência para o setor privado da execução dos serviços públicos, por exemplo, mantendo a Administração Pública o

---

de 16 de julho de 1997, com o fim de organizar os serviços de telecomunicações, de modo a regular esse setor específico da economia, ditando regras técnicas a serem observadas pelos prestadores desses serviços, o controle dessa atividade, a forma de cobrança das tarifas, as condições para o desenvolvimento do setor, fortalecendo o papel regulador do Estado.

23 Cf. BLANCHET, Luiz Alberto; BACELLAR, Roberto Ramos. Desafios do direito administrativo no estado regulador. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v.12, n.3, 3º quadrimestre de 2017, p. 1127.

24 Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 259 e 268.

poder de controlar e fiscalizar a prestação desses serviços[25], a sua relevância prática para a gestão pública tem origem nas realidades anglo-saxônica e norte-americana,[26] sendo que é a partir delas que a sua utilidade será estendida, ganhando maior destaque, para as realidades continentais da Europa nos anos de 1970, alcançando também a realidade latino-americana, particularmente o Brasil, a partir de 1990, época da chamada reforma administrativa do Estado, baseada, fortemente, nas pretensões da Emenda Constitucional nº 19 de 1998.[27]

Em sentido amplo, as agências reguladoras podem ser compreendidas como qualquer entidade da Administração Direta ou Indireta que tenha a função de regular determinada área ou matéria própria a ela atribuída por lei,[28] de maneira que quando se tratar de entidade da Administração Indireta, deve observar o princípio da especialidade, ou seja, cada uma das agências reguladoras deve exercer e se especializar na área que lhe foi determinada por lei.[29]

Instituídas por lei, avocam para si três possíveis atribuições: podem exercer poder de polícia administrativa (de fiscalização e sanção administrativa); poder normativo (prerrogativa de editar atos com conteúdo normativo) e, ainda, poder "judicante" (resolução de conflitos entre os agentes regulados), lembrando que as duas últimas hipóteses não são exercidas em caráter estrito, já que: i) não expedem normas primárias, de maneira genérica e abstrata, próprias do Poder Legislativo e ii) não revolvem litígios de maneira definitiva em razão da norma do art. 5º, XXXV da CF/88, relativa à unidade de jurisdição

25 Cf. GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 341. Em sentido semelhante, Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas/GEN, 2018, p. 518.

26 Na Inglaterra, desde 1834 foram criados, pelo Parlamento, entes para a consecução de medidas previstas em lei e para decidir controvérsias resultantes da aplicação desses mesmos documentos legais. Os Estados Unidos, influenciados pela Inglaterra, em 1887, a partir da criação da *Interstate Commerce Commission*, passara a tratar das chamadas *agencies* para regular algumas atividades. Na realidade norte-americana, a intensificação ou ênfase dada às agências se deu no período do *New Deal*, de maneira que, conforme observado por Binenbojm, passaram a se firmar como entidades de propulsão da publicização de determinados setores da atividade econômica, "mitigando as garantias liberais clássicas da propriedade privada e da autonomia da vontade", ou seja, passaram a atuar de maneira instrumentalizada para a garantia de políticas governamentais de recuperação econômica e de proteção e promoção do bem-estar social, especialmente dos menos favorecidos diante das oscilações dos mercados desregulados. Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 280-281 e p. 283-284.

27 Embora não apresentando essa denominação, já existiam, na realidade brasileira, no período de 1930 a 1945, entidades que exerciam essa função para certos assuntos, tais como Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), Instituto do Açúcar e do Álcool (1933) e Instituto Nacional do Sal (1940), todos com natureza de autarquias econômicas, com função de regular a produção e o comércio, além de outros órgãos com função normativa e de fiscalização, tais como Banco Central, Conselho Monetário Nacional e Comissão de Valores Mobiliários. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 434.

28 *Idem*.

29 *Idem*.

que autoriza a apreciação e discussão de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos perante o Poder Judiciário.

São consideradas "autarquias de regime jurídico especial", de maneira que essa característica é muito importante para o seu bom funcionamento. O conteúdo desse regime especial engloba as ideias de maior autonomia com relação à Administração Pública Direta,[30] de estabilidade de seus dirigentes[31], assegurada pelas leis que as instituem, mediante a previsão de mandato fixo (a perda do cargo é passível em hipóteses expressamente previstas, afastada, assim, a previsão da exoneração *ad nutum*) e, finalmente, o caráter final de suas decisões que não estão sujeiras à revisão pelos demais órgãos ou entidades da Administração Pública, conforme observado por Di Pietro.[32]

A mesma linha de pensamento é desenvolvida por Meirelles[33] ao salientar que o regime especial corresponde ao conjunto de privilégios específicos, previstos nas leis instituidoras, para que elas atinjam os seus objetivos, de maneira que essa autonomia administrativa (representada pela estabilidade de seus dirigentes, com mandato fixo), a autonomia financeira e, por fim, o emprego do poder normativo para regular tecnicamente as matérias de sua competência, sintetizam o conteúdo desse regime especial.[34,35]

Do conteúdo do regime jurídico especial que lhes é atribuído pela lei, destaca-se o poder ou competência normativa, ponto de atenção especial para o tratamento do tema abordado nesse texto. Partir-se-á da ideia de que o seu bom uso deve reverter positivamente para a tutela e/ou promoção da qualidade dos serviços públicos prestados pelo setor privado, especialmente a partir dos contratos de concessão administrativa, por exemplo.

---

30 Conforme observado por Marcos Juruena Villela Souto, a autonomia pertencente a qualquer autarquia e, portanto, a qualquer entidade da Administração Pública Indireta é entendida, quando aplicada às agências reguladoras, como a independência de que dispõem para se blindarem, em suas decisões técnicas, da interferência do poder político, eventualmente manifestado pela cúpula da estrutura da Administração Pública Direta. Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 75.

31 Os dirigentes das agências reguladoras são livremente escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, sujeita à aprovação do Senado Federal, escolhidos dentre brasileiros, de reputação ilibada e de notório conhecimento no campo de sua especialidade (Constituição Federal, art. 52, III, f; Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000, art. 5º).

32 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 436. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 276.

33 Cf. MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 347.

34 Tais poderes são indispensáveis para a consecução de seus objetivos, em razão da relevância dos serviços por elas regulados e fiscalizados, bem como para evitar o envolvimento de poderosos grupos econômicos nessas atividades. Cf. MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 347.

35 Essa condição de autarquia especial é ressaltada pelo art. 3º da Lei n. 13.848/19, que a caracteriza pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições dessa lei ou de outras específicas voltadas à sua implementação.

Vejamos.

Apesar da atividade regulatória precisar de forte e bem articulada base legal, conforme exposto por Marques Neto,[36] é preciso reconhecer que é impossível que todo o trabalho regulatório seja realizado pelo Legislativo, justificando-se, com isso, a transferência de competência ou atribuição normativa, por exemplo, para entidades como as agências, principalmente em razão da especialização, complexidade e velocidade com que novas questões regulatórias apresentam, conforme observado pelo autor.[37]

A competência normativa atribuída às agências reguladoras pressupõe o **poder de editar atos administrativos de cunho normativo** e de **conteúdo técnico**, estabelecendo certos *standards,* por exemplo, para os prestadores privados de certos serviços públicos. Conforme observado por Oliveira,[38] o intuito é despolitizar o correspondente setor, excluindo essa atribuição do âmbito político, transferindo-a ao corpo técnico das agências, de maneira que se tenha de fato, padrões/parâmetros de comportamento prestacional que favoreçam o interesse público.

Apesar da divergência doutrinária sobre a extensão ou amplitude desse poder normativo, inclusive colocando-se em dúvida a sua constitucionalidade,[39] é interessante focarmos a atenção na necessidade de se buscar orientações técnicas para que a qualidade dos serviços públicos prestados, por exemplo, esteja garantida, evitando-se sujeitá-la à total vontade do prestador privado e de eventuais distorções que possam comprometer direitos fundamentais conexos aos serviços prestados aos cidadãos-usuários.

A extensão da competência normativa, amparada na ideia de juridicidade e voltada, efetivamente, à finalidade máxima de atendimento das expectativas sobre a qualidade prestacional dos serviços públicos, não expõe em risco a ideia de legalidade e de separação dos poderes, desde que o esmero técnico, presente na atividade regulatória e em suas decisões, expresse essa pretensão maior, de maneira que a motivação administrativa, nestas situações, se apresenta como elemento não apenas de legitimidade da decisão regulatória a ser tomada, mas de sua própria validade. É por intermédio dela, motivação admi-

36 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 82.

37 *Idem*.

38 Cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método/GEN, 2018, p. 106.

39 Acerca dos riscos para o exercício da própria função legislativa em sentido estrito e, consequentemente, sujeitando a risco a ideia de separação de poderes a partir da incidência de um amplo e irrestrito poder normativo atribuído às agências reguladoras, cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.177. Mencionando uma possível tensão real entre a ampliação do poder normativo das agências e a ideia de legalidade, posicionando-se contrariamente à tese da "deslegalização" enquanto fenômeno justificativo da autonomia normativa a elas atribuída, cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 280.

nistrativa, que poderá ser verificada a utilidade do conteúdo técnico-normativo da atividade regulatória à proteção e/ou aperfeiçoamento da qualidade dos serviços públicos a serem prestados aos cidadãos, justificando, assim, eventual extensão do poder regulatório das agências.

A partir da exposição da importância do poder normativo pertencente às agências reguladoras, interessante sobrelevar a sua conexão com uma das principais atribuições que julgamos pertencer a essas figuras administrativas, quando atuam junto à atividade de prestação de serviços públicos: a de prevenção da qualidade prestacional, abordada no próximo tópico, mas que não ficará restrita, apenas, a atividade normativa das agências, devendo ser mencionadas outras formas de se preveni-la por intermédio da atuação das agências.

1.2 PREVENÇÃO DA QUALIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS A PARTIR DA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Chegamos à questão central desta parte do estudo: abordar a atuação institucional das agências reguladoras, por exemplo, no controle da qualidade dos serviços públicos quando houver a sua delegação prestacional a atores não estatais, realizando-o, principalmente, mas não exclusivamente, a partir da sua atividade normativa (poder normativo), exercida a partir de critérios técnicos correspondentes à área de sua atuação institucional.

Na hipótese de prestação de serviços públicos por atores privados em razão da celebração de contratos de concessão, por exemplo, em que pese a expectativa de que sejam prestados satisfatoriamente junto à sociedade em razão de um pretenso *know-how* especializado e, em tese, maior que o detido pelo Estado, muitas vezes, há possibilidade de irregularidades, relativas à insuficiência ou inexistência de qualidade prestacional, em desalinhamento com os interesses dos usuários desses serviços.

Nesse sentido, a preocupação com a fixação de parâmetros técnicos, a partir da atividade normativa das agências e dos quais se possa extrair maior assertividade prestacional, sentida de maneira universal[40] por todos os cidadãos-usuários dos serviços públicos, acaba assumindo um significativo papel na prevenção da qualidade dos serviços. Se não houver esse compromisso téc-

40 Dinorá Grotti observa que a universalidade consiste na "**possibilidade** de que o **serviço** possa **ser exigido e usado por todos**. Significa que o mesmo deve **atender indistintamente a todos que dele necessitam**, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para a sua obtenção. **Sua manutenção se constitui num dever legal**, **podendo ser exigido tanto daqueles que tenham competência para instituí-los quanto daqueles que o executem**". Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Teoria dos serviços públicos e a sua transformação. *In*: SUNFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 55-56. A regulação técnica, promovida pelas agências, especialmente mediante a atividade normativa, auxilia no atendido da universalidade enquanto princípio norteador dos serviços públicos. Uma boa regulação almeja fazer com que haja facilidade de acesso aos serviços públicos por parte de todos, especialmente quando prestados pelo setor privado, requerendo-lhe, por exemplo, atenção para com a política tarifária fixada norteada pela ideia de modicidade.

nico em prol da qualidade prestacional, de nada adiantará, sequer, a existência da própria agência reguladora, segundo nos parece óbvio.

Para além da busca de aperfeiçoamento da eficiência prestacional dos serviços públicos a partir da atividade normativa das agências reguladoras, a ponto de estimular a existência de postura de prevenção da qualidade, há que destacar outras vocações apresentadas pelas agências reguladoras que também convergem para esse propósito.

Vejamos.

A Lei 13.848/19, entendida como uma legislação geral sobre as agências reguladoras federais, dispõe em seu art. 15, incisos I e II, por exemplo, que elas devem pautar as suas atividades em razão de um plano estratégico e um plano de gestão anual, disciplinados, respectivamente, pelos arts. 17 e 18 e considerados base para a elaboração de relatório anual circunstanciado sujeito à análise do controle externo de suas atividades a cargo do Congresso Nacional e do Tribunal de Contas da União, de acordo com a redação do caput do art. 14 do mesmo diploma legal.

Os mencionados planos, em conformidade com o conteúdo do art. 15, §1º, terão como um de seus objetivos a promoção e o incremento da satisfação dos interesses da sociedade, com foco nos resultados (inciso III), a partir da própria atividade desempenhada pelas agências, ou seja, do seu trabalho, especialmente executado perante o setor privado regulado, devem ser extraídos elementos que comprovem que a satisfação dos cidadãos-usuários existe, de maneira que esses elementos constarão da própria avaliação de desempenho da entidade reguladora (tanto que essa informação, supostamente presente em formato estatístico, deverá consta do relatório anual, além de ser levado em consideração quando da elaboração dos planos mencionados (estratégico e de gestão anual). Trata-se, portanto, de documentos que tendem, justamente por serem elaborados a partir da verificação dessa informação, que auxiliam na prevenção da qualidade, especialmente projetando melhorias nesse índice (grau de satisfação) caso os dados de que elas disponham sinalizem algum grau de insatisfação com a qualidade prestacional, particularmente quando feita pelo setor privado regulado.

O aspecto preventivo é ressaltado, ainda, quando a lei dispõe sobre a necessidade de que seja implementado pelas agências reguladoras um plano de comunicação, de caráter informativo e educativo, voltado à divulgação de suas atividades e dos direitos dos usuários perante a agência reguladora e as empresas que compõem o setor regulado, conforme previsto pelo art. 16 da Lei nº 13.848/2019.

Entendemos que se trata de uma atribuição que, por seu caráter de transparência republicana, contribui para a questão da garantia da qualidade dos serviços públicos prestados, justamente por compartilhar com a sociedade os resultados de seu trabalho, lembrando-a, ainda, dos direitos que seus membros

têm diante delas e das entidades reguladas, para que possam, caso entendam ser necessário ou pertinente, buscar formas de correção de eventuais insatisfações com a adequabilidade dos serviços públicos usufruídos perante, por exemplo, o Poder Judiciário.

Comunicando-se a sociedade acerca dos direitos de que dispõe perante as próprias agências e os entes regulados, bem como dos resultados de sua própria atuação, as agências reguladoras, por meio deste documento, se comprometem com o esmero no exercício de sua atividade, notadamente a normativa, que inevitavelmente terá reflexo na atividade de prestação de serviços públicos pelos entes regulados. Os planos de comunicação obrigam-nas, em razão da transparência informativa que carregam consigo, a exercerem bem o seu papel e a exigirem que os entes regulados também atuem com eficiência e qualidade, em razão de futuro controle social sobre si mesmas, inclusive perante o Poder Judiciário.

Em termos exemplificativos, os planos de comunicação, assim como os planos estratégico e de gestão anual, a serem formulados pelas agências reguladoras, evidenciam que elas devem atuar em prol do cidadão mediante a busca pela prestação de um serviço público de qualidade, de maneira que, ao sinalizarem postura preventiva da atuação das agências, não excluem outras formas de controle da qualidade que paralela e complementarmente possam existir, a exemplo da atuação direta dos cidadãos ou da órgãos da sociedade civil que, amparados pelo Código de Usuário do Serviço Público, regulado pela Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, de importância significativa na pretensão de zelar pela qualidade prestacional dos serviços públicos, conforme será visto no próximo tópico.

Ambas as formas de controle não se excluem, ao contrário, se complementam e reforçam o exercício da cidadania com o fito de exigir qualidade e presteza na prestação do serviço público realizado pelas agências reguladoras.

2 A DEMOCRATIZAÇÃO DA TUTELA E PROMOÇÃO DA QUALIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS A PARTIR DA LEI 13.460 DE 2017

Prestigiada a relação de instrumentalidade entre a generalidade dos serviços públicos e muitos direitos fundamentais titularizados pelos cidadãos, conforme apontado na introdução do presente texto, a preocupação com a qualidade e eficiência de sua prestação se torna evidente, de maneira que tanto a intervenção da atividade de regulação, quanto a participação social ou cidadã, especialmente a denominada "participação-fiscalização", direcionam o seu olhar para esse propósito.

Analisada a importância da atividade regulatória, especialmente mediante a fixação de normas técnicas que "direcionam" a atividade a ser prestada, por exemplo, pelo setor privado vinculado ao Poder Público por meio de contratos

de concessão, como forma de prevenção da qualidade prestacional, compromete-se, agora, com o tratamento de sua defesa e promoção a partir da segunda perspectiva da participação do usuário/cidadão, contextualizando-a à edição da Lei 13.460 de 2017[41], lembrando que **há entre a pretensão legislativa e as normas técnico-regulatórias** uma verdadeira **relação de complementariedade** em termos de **tutela e promoção da qualidade** dos serviços públicos, conforme, inclusive, pode ser depreendido da análise de seu art. 1º, §2º, I.

O ideal de participação social aplicado à atuação das funções estatais, inclusive à atividade da Administração Pública, conforme observado por Moreira Neto[42] (2009, p. 86-87), está relacionado "à expansão da consciência social", bem como à natural e desejável expectativa do cidadão com relação à possiblidade de influenciar nas decisões públicas, especialmente quando há, potencialmente, impacto em seus interesses e/ou esfera de direitos[43].

A mesma linha de raciocínio é seguida por Jacques Chevallier,[44] observando que a Administração Pública tem se tornado um "ponto de ancoragem privilegiado para uma democracia participativa". Ainda de acordo com o autor, a concessão de poder interventivo no funcionamento dos serviços prestados por ela tem como pretensão, de certa maneira, preencher lacunas da democracia representativa, baseada no princípio da delegação, atribuindo aos cidadãos interessados a possiblidade de controle concreto sobre assuntos públicos, de maneira que passa-se a verificar o surgimento de uma "democracia do dia-a-dia", mediante o envolvimento social no funcionamento dos serviços com os quais estão em contato, por ocasião de sua prestação.[45]

Tem-se, a partir disso, a ocorrência da chamada "cidadania administrativa", expressão utilizada por Paulo Otero[46] e responsável por conferir ao ser

41 O dispositivo legal é claro em dizer que: art. 1º [...] §2º, I: A aplicação desta Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto: "I - em normas regulamentadoras específicas, quando se tratar de serviço ou atividade sujeitos a regulação ou supervisão".

42 Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 86-87.

43 Em sentido semelhante, cf. NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Procedimentalização e Participação: imposições jusfundamentais à atividade administrativa. *In*: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; NETO, Eurico Bitencourt. Direito Administrativo e Direitos Fundamentais: diálogos necessários. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 232.

44 Cf. CHEVALLIER, Jacques. De l'administration démocratique à la démocratie administrative. *Revue française d'administration publique*, n. 137-138, 2011, p. 225-226.

45 No original: "L'administration est donc devenue un point d'ancrage privilégié d'une nouvelle « démocratie participative » : l'octroi aux citoyens d'un pouvoir d'intervention dans la marche des services est censé combler les lacunes de la démocratie représentative, fondée sur le principe de délégation, en redonnant aux intéressés une emprise concrète sur la chose publique; on voit ainsi se profiler l'image d'une « démocratie au quotidien », passant par l'implication des administrés dans le fonctionnement des services avec lesquels ils sont en contact, à l'occasion de la fourniture de prestation." Cf. CHEVALLIER, Jacques. De l'administration démocratique à la démocratie administrative. *Revue française d'administration publique*, n. 137-138, p. 225-226, 2011.

46 Cf. OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2013, p. 325.

humano a condição de participante político ativo e legitimador tanto da organização quando da atividade administrativa, construindo-se, então, segundo o autor, "um modelo de Administração Pública baseado no diálogo e na **cooperação decisória** ou mesmo de **codecisão administrativa**"[47] (destaques nossos).

A Lei 13.460 de 26 de junho de 2017 segue essa lógica e confirma essa tendência democrática, aplicando-a a um dos campos de atividade da Administração Pública. Lembrando que as decisões públicas, dentre elas as administrativas relacionadas à prestação de serviços públicos, resultam de um processo e que este não se restringe à etapa de elaboração, a incidência da participação democrática pode ocorrer "a posteriori" no momento de verificação de sua afinidade com o interesse público. Nesse sentido, a lei fez previsão de instrumentos que, ao contribuírem para a verificação do grau de satisfação e/ou utilidade dos serviços prestados para os cidadãos, acabam, afinal, expressando essa pretensão de cooperação no iter de desenvolvimento das decisões sobre os serviços públicos.

Precedida de grande expectativa social, em razão de flagrante carência com relação à mínima e satisfatória qualidade dos serviços públicos em geral no país, a Lei 13.460 foi editada, tecnicamente, para melhor densificar o disposto no **§ 3º do art. 37** da CF/88, especialmente após a modificação promovida pela Emenda Constitucional – **EC nº 19/98**, cujo **art. 27**[48] impôs ao Congresso Nacional, no prazo de 120 dias, a elaboração de lei que tratasse da defesa do usuário de serviços públicos. Trata-se de legislação que atende, igualmente, ao disposto no **art. 175, II e IV** [49] da CF/88, referente à necessidade de que haja, por intermédio de lei, a previsão dos direitos dos usuários dos serviços públicos, bem como a garantia da manutenção de sua adequada prestação.[50]

A lei faz referência à tendência democrática, no âmbito do agir público-administrativo, por exemplo, ao tratar da avaliação das prestações públicas, seja pela inserção democrática direta através da oitiva e assimilação das **manifestações dos cidadãos** (capítulo III, art. 9º e 10 da lei), seja pela obrigatorieda-

47 *Idem*.

48 Cf. art. 27 da EC 19/98, cuja redação dispõe que: "O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos".

49 CF. art. 175 da CF/88, cuja redação dispõe que: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: [...] **II - os direitos dos usuários**; [...] **IV -a obrigação de manter serviço adequado**".

50 A adequabilidade e, consequentemente, a qualidade do serviço pode ser entendida, de acordo com o **art. 4º** da Lei 13.460 de 2017, a partir de princípios norteadores das atividades prestadas tidas como serviços públicos, quais sejam: a regularidade, a continuidade, a efetividade, a segurança, a atualidade, a generalidade, a transparência e a cortesia para com o usuário.

de de criação, pelos prestadores dos serviços públicos, de estruturas funcionais que canalizam essas manifestações e/ou demandas, otimizando, com isso, a cidadania participativa, a exemplo do que se passa com os **órgãos de ouvidora** (capítulo IV, arts. 13 a 17) e com os **conselhos de usuários** (cap. V, art.18 a 22).

A partir dessa explicação inicial, fica evidenciado que um dos principais focos da Lei 13.460 de 2017 está na promoção e/ou tutela da qualidade das atividades administrativas consideradas serviços públicos, notadamente a partir da participação dos usuários de tais serviços, conforme já desejado pelo inciso I do mencionado §3º do art. 37 da CF/88.[51] A defesa e/ou promoção da qualidade dos serviços públicos, especialmente a partir da análise interpretativa deste dispositivo constitucional, dar-se-á, especialmente, mediante **mecanismos de participação dos usuários dos serviços públicos**, em que se possa, periodicamente, avaliar as condições do fornecimento dos serviços públicos, por exemplo, pelas entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta.

A participação social, viabilizadora do ideal de tutela e promoção da qualidade prestacional dos serviços públicos, poderá ser identificada, de acordo com o conteúdo da Lei 13.460, a partir de **manifestações diretas** promovidas pelos usuários, conforme capítulo III da lei, para a garantia dos direitos que a legislação lhes atribui no art. 6º, cujo atendimento ou observância, por parte dos prestadores dos serviços, deve ser feita a partir das diretrizes constantes do art. 5º da lei.

Para além da intervenção direta do cidadão-usuário e, de maneira a potencializá-la, inclusive, em prol da adequabilidade dos serviços públicos a ser-lhes prestados, a legislação cuida, ainda, da participação social por intermédio de **órgãos de ouvidoria**, que também passam a ter papel fundamental no monitoramento da qualidade do serviço usufruído ou à sua disposição.

O Capítulo IV, em seus art.s 13 a 15, detalha a atuação destes órgãos, que se responsabilizam não apenas pela canalização das demandas dos usuários com relação aos serviços disponibilizados, respondendo-as, mas, também, pela elaboração de um **relatório de gestão**, em que se deve **apontar as falhas** ou **insuficiências** (identificadas a partir do apontamento do número de manifestações recebidas dos usuários, e das razões que as motivaram, inclusive para se verificar a sua eventual recorrência – cf. art. 15, I, II, II), **bem como a sugestão de melhorias** a serem devidamente encaminhadas à entidade prestadora do serviço, conforme estabelecidos pelos incisos I e II do art. 14.

---

51 Cf. art. 37 da CF/88, cuja redação dispõe: "[...] § 3º **A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente**: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998):

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e **a avaliação periódica,** externa e interna, **da qualidade dos serviços**; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (destaques nossos).

Nesses casos, essas entidades desempenham uma função estratégica, atuando como "ferramentas" colaborativas para que seja **potencializado o grau de satisfação social com os serviços prestados** e, portanto, com a qualidade que se espera obter com relação a eles.

Contribuindo para concretização do raciocínio sobre a democratização do controle da qualidade dos serviços públicos prestados ou a serem prestados, a legislação foi cuidadosa em também fazer menção a outra "figura" institucionalizada apta a resguardar e promover a qualidade prestacional: os **conselhos de usuários**.

Trata-se de figuras instrumentais, cuja heterogeneidade na composição pretende obter certo equilíbrio representativo na relação jurídica de prestação dos serviços públicos (**art. 19**) feita pelas entidades que assumem essa incumbência e a sociedade. Tal como ocorrer com os órgãos de ouvidoria e, a partir da interpretação da lei, se apresentam como estruturas intermediárias entre o cidadão-usuário e as estruturas competentes pela prestação, atuando, de forma **consultiva**, a partir do que dispõe o **parágrafo único** do **art. 18**: a) no acompanhamento da prestação dos serviços; b) na intervenção no processo de avaliação dos serviços; c) na proposição de melhorias à forma como são prestados; d) no auxílio na definição das diretrizes para o adequado atendimento ao cidadão-usuário e, finalmente, e) no acompanhamento e avaliação da atuação das ouvidorias instituídas, tendo papel consultivo, inclusive, na indicação do ouvidor, conforme previsto, inclusive, pelo **art. 20** da lei.

Da análise do conteúdo normativo dos capítulos III a V da Lei 13.460 de 2017, portanto, pode ser derivada, em termos compreensivos, a seguinte linha de pensamento: se na cadeia de formulação das decisões administrativas, em Estados de Direito, tem sido sobrelevada a importância da participação administrativa em todo iter das decisões públicas – inclusive, portanto, as relacionadas aos serviços públicos e sua prestação – aproximando-se, assim, o agir estatal do cidadão e, consequentemente, dos interesses sociais[52], nada mais coerente que haja estímulo ao engajamento social no percurso decisório ou de escolha pública de prestação desses serviços, tão importantes para a melhoria e autonomia do bem-estar social como um todo.

Nesses termos, entendemos que a abordagem inovadora da Lei 13.460/2017 acerca da fiscalização da qualidade da prestação dos serviços públicos esteja na institucionalização da participação social ou cidadã no que diz respeito às atividades prestacionais de serviços públicos, fomentando ou estimulando , ao final, maior **engajamento** ou **empoderamento dos cidadãos-usuários dos serviços públicos na aferição de sua qualidade**, colocando-lhe à disposição

52 Sobrelevando a integração participativa do cidadão na atuação administrativa do Estado, Odete Medauar observa que, na atualidade, têm sido ressaltadas tentativas de tornar coincidentes, na maior medida possível, a realidade social e o conteúdo das decisões administrativas, especialmente para se poder obter, com isso, maior adesão cidadã ao agir público-administrativo (2017, p. 296).

"instrumentos" que, paralelamente à intervenção cidadã direta, lhe auxiliam na garantia e/ou promoção de diversos direitos fundamentais para cuja realização há vinculação à prestação de serviços públicos. Nesse caso, o conteúdo da lei, ao ser esclarecido e exposto à sociedade, acaba viabilizando que a participação social se robusteça na área de prestação dos serviços públicos, contribuindo para a materialização do pensamento de Moreira Neto[53] ao se reportar à ideia de que o controle social, antecedido de preparação cívica baseada na devida informação, acaba compondo uma terceira vertente de democracia material.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema dos serviços públicos, invariavelmente, é foco de atenção doutrinária, nacional e estrangeira, justamente em razão de sua importância social, pois, afinal, muitos deles estão relacionados não a apenas objetivos dos Estados (muitas vezes, previstos expressamente nos textos constitucionais, a exemplo do que ocorre na Constituição Federal brasileira de 1988 - art. 3º), mas, especialmente, conforme pretendeu deixar delineado na introdução do tema, pela sua inegável conexão com a tutela e promoção de muitos direitos fundamentais titularizados pelos cidadãos, notadamente os chamados diretos sociais.

Foi a partir desse recorte que se estruturou toda a linha de pensamento delineada ao longo das páginas anteriores, preocupando-se em expor ao leitor, a necessidade de se proteger e promover o alcance ou a manutenção da sua qualidade prestacional.

A primeira, de caráter institucional, focou a sua atenção na figura das agências reguladoras e da importância de seu poder técnico-normativo autônomo como elemento de nítida vocação preventiva dessa qualidade, notadamente quando o serviço público é prestado por atores do setor privado, a exemplo dos contratos de concessão de serviço público.

Partimos da ideia de que se se torna praticamente inegável a busca por um modelo de Estado Regulador (ao menos, em certos aspectos), a delegação de atribuições antes exercidas diretamente e exclusivamente pelo Estado, na condição de fenômeno concretizador desse perfil estatal, não pode ser vista como um comportamento absolutamente destituído de condicionantes, em razão de se deixar o mercado atuar de maneira dominante sobre as decisões de caráter público-governativo, sujeitando a risco a própria ideia de interesse público.

Nesse sentido, para sintonizar as pretensões de interesse público à atuação privada, em certos domínios de prestação de serviços públicos, por exemplo, há se atentar para o poder normativo atribuído às agências reguladoras de maneira que as decisões técnicas tomadas possam contribuir para essa harmonização, priorizando-se, ao final, a satisfação do cidadão-usuário com a

53 Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125.

qualidade do serviço a ele disponibilizado. A observância das normas técnicas emanadas pelos órgãos técnicos das agências reguladoras, deve refletir a preocupação com o interesse público inerente aos serviços públicos prestados, impedindo abuso da atuação privada do setor, tendo, portanto, forte papel preventivo da qualidade prestacional dos serviços.

Paralelamente à atuação institucional das agências reguladoras, optamos pela abordagem da proteção e promoção da qualidade prestacional dos serviços públicos por intermédio da participação cidadã/social, a partir dos mecanismos democráticos trazidos pela Lei 13.460 de 2017.

Acreditamos que a preocupação com a qualidade dos serviços públicos requer engajamento democrático, de maneira que a cidadania participativa não irá substituir a preocupação com a adequada prestação de serviços públicos manifestada pelas agências reguladoras ao exercerem seu poder técnico-normativo. Na verdade, há uma relação de complementaridade entre ambas as abordagens, com a vantagem de que mediante a incidência da Lei 13.460 de 2017, passa-se a evidenciar a importância da integração de atores tão importantes para a garantia do interesse público: os próprios cidadãos, que individualmente ou mediante a atuação de órgãos que vocalizam o seu interesse, acabam se inserindo em assuntos que diretamente repercutem em suas vidas, como os relacionados aos serviços públicos.

A abertura do Estado, ou melhor, a sua sensibilidade em viabilizar que a qualidade dos serviços públicos possa ser objeto de preocupação direta da própria sociedade representa sinal de maturidade republicana, conforme se pretendeu deixar claro a partir dessa segunda perspectiva compreensiva do tema escolhido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *In*: MOREIRA NETO, Diogo de Fi-

gueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 280-281 e p. 283-284.

BLANCHET, Luiz Alberto; BACELLAR, Roberto Ramos. Desafios do direito administrativo no estado regulador. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 12, n. 3, 3º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 18 fev. 2022.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL. *Lei 13.848 de 25 de junho de 2019*. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.460 de 26 de junho de 2017*. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em: 26 jan. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Estado mínimo x Estado máximo: o dilema. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPG-MJF,* Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./dez. 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas/GEN, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHEVALLIER, Jacques. De l'administration démocratique à la démocratie administrative. *Revue française d'administration publique*, n. 137-138, 2011. Disponível em: https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2011-1-page-217.htm?contenu=citepar. Acesso em: 10 fev. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense/GEN, 2018.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; IBRAHIM JÚNIOR, Marcio Antônio Deotti. Serviços públicos e direitos fundamentais. *In*: DUARTE, Luciana

Gaspar Melquíades (org.). *Inovações no Direito Administrativo*: uma revisão dos alicerces teóricos do Direito Administrativo após os impactos do pós-positivismo jurídico. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2016.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Teoria dos serviços públicos e a sua transformação. *In*: SUNFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Procedimentalização e Participação: imposições jusfundamentais à atividade administrativa. *In*: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; NETO, Eurico Bitencourt. *Direito Administrativo e Direitos Fundamentais*: diálogos necessários. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NOVAES, Cristina; LASSO, Sarah; MAINARDES, Emerson Wagner. Percepções de qualidade do serviço público. *Revista Pensamento Contemporâneo*

em Administração – RPCA, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, jan./mar., 2015. Disponível em: https://periodicos.uff.br/pca/article/download/11206/8001/45097. Acesso em: 02 fev. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método/GEN, 2018.

OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2013.

REBOLLO, Luís Martín. De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. *Revista de Administración* **Pública**, n. 100-102, enero-diciembre, 1983. Disponível em: http://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/233321983100-1022471.pdf. Acesso em: 07 fev. 2022.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: ENTRE A INTERFERÊNCIA DA COVID-19 NO FLUXO DA FORMAÇÃO ACADÊMICA E A TRANSMUTAÇÃO DA OFERTA EDUCACIONAL COMO GARANTIA DE DIGNIDADE DOS ESTUDANTES UNIVERSITÁRIOS

José Eduardo de Miranda[1]
Andréa Corrêa Lima[2]

PANDEMIA II: SOMOS QUEM SOMOS[3]

Não quero mais contar os óbitos,
Que crescem em números assustadores,
E induzem-me a refletir sobre quem será
A próxima vítima da pandemia moral
Que cega a civilidade da vida,
Em prol da polarização da ideologia política,
De um povo
Que enterra a solidariedade
Para dividir a nação
Em grupos estanques,
Que se identificam
Como uns e outros
Matando, todos os dias,
O sentido maior do ser
Brasileiro.

1 Pós-Doutor em Direito. Doutor em Direito. Mestre em Direito. Reitor do UNIBRASÍLIA. Professor Pesquisador da AIDC-IEC, da Universidade de Deusto, e da Cátedra Euro Americana de Protección Jurídica de los Derechos de los Consumidores, da Universidad de Cantabria. Membro da Cátedra UNESCO de Formación de Recursos Humanos para América Latina. Professor convidado da Universidad de Deusto e da Universidad de Cantábria, ambas na Espanha. Consultor Jurídico e Educacional. Advogado e Parecerista fundador de Miranda & Corrêa Lima. E-mail: jemiranda@mirandacorrealima.com

2 Mestra em Direito. Professora e supervisora acadêmica do UNIBRASÍLIA. Consultora jurídica e educacional. Pesquisadora da Cátedra Euro Americana de Protección Jurídica de los Derechos de los Consumidores, da Universidad de Cantabria. Membro da Cátedra UNESCO de Formación de Recursos Humanos para América Latina. Advogada fundadora de Miranda & Corrêa Lima. E-mail: aclima@mirandacorrealima.com.

3 MIRANDA, José Eduardo de Miranda. *Palavras ao vento em tempos de pandemia.* Brazil Publishing: Curitiba, 2021, p. 59.

1. INTRODUÇÃO

Resta absolutamente confirmado que a pandemia do novo coronavírus desterrou os padrões de normalidade da vida humana, alquebrando as condições existenciais de famílias situadas em diferentes rincões do globo terrestre. Seja em consequência da fragilidade no atendimento à saúde, ou mesmo por conta das implicações econômicas, derivadas da supressão de postos de trabalho, a dignidade humana, se não foi completamente corrompida, foi parcialmente adulterada.

O fato, lamentável, foi notório, e marcou traumaticamente a história da humanidade. A ausência de leitos nos hospitais, a carência de medicamentos, a falta do mínimo necessário à subsistência, deixaram milhões de pessoas numa condição de precariedade indescritível.

Paralelamente, as aulas físicas foram proibidas por conta das medidas de isolamento social, e, repentinamente, faculdades e universidades espalhadas em todo o território brasileiro depararam-se com seus corredores vazios e as salas de aula entregues ao abandono, privadas da presença de alunos e professores.

Não obstante a complexidade desse cenário, a educação superior brasileira vivenciou uma situação paradoxal. Enquanto, de um lado, as instituições nacionais travaram uma ferrenha batalha para minimizarem o impacto dos índices de inadimplência e de evasão, conseguiram, de outro, suplantar os obstáculos pandêmicos que oprimiram as aulas presenciais, evitando que um caos formacional se instalasse no país.

Imediatamente após decretada a pandemia, o Ministério da Educação editou estratégias de contingência que viabilizaram às IES darem prosseguimento ao fluxo do calendário acadêmico, permitindo que os alunos não tivessem obstruído o tempo mínimo e máximo para a integralização curricular. Tirante questões pontuais correlacionadas à prática de estágios para alunos de determinados cursos na área da saúde, surgidas em virtude do fechamento dos próprios campos de estágio, as intempéries operacionais foram administradas, e logrou-se, inclusive, alternativas para antecipar-se a colação de grau dos alunos de determinados Cursos.

O MEC, ao provocar uma metamorfose atitudinal das IES para a entrega do serviço educacional, permitiu o emprego de novas tecnologias da informação e da comunicação no processo de ensino e aprendizagem. Se outrora os computadores e a rede virtual de comunicação e compartilhamento de dados virtuais eram utilizados de forma secundária, repentinamente este conjunto de artefatos passou a ser empregado como meio adequado ao trânsito pelo longo caminho que leva os estudantes universitários à obtenção de um grau acadêmico em nível de formação superior.

Vista esta realidade, e sem desprezo de todos os traumas provocados pela pandemia no novo coronavírus, o presente trabalho tem o propósito de exami-

nar se, no âmbito da formação universitária, a dinâmica instaurada pelas medidas ministeriais não apenas resguardou a dignidade dos acadêmicos, como intensificou a promoção social, a partir de um exercício efetivo pelas instituições de ensino superior.

Para tanto, a análise percorrerá pelos seguintes tópicos: realçando o sentido da dignidade humana; a pandemia do novo coronavírus no Brasil e a 'transmutação' do processo de formação universitária por força da Covid-19; educação remota, efetividade formacional e dignidade da pessoa humana: a roda gira, a vida segue e os objetivos podem, sim, ser realizados...; e, a título de últimas palavras.

2. REALÇANDO O SENTIDO DA DIGNIDADE HUMANA

Ponderar o sentido da dignidade humana exige o resgate reflexivo da filosofia kantiana, para que se logre compreender a máxima axiológica que orienta no sentido de que o homem possui um fim em si mesmo. Partindo dessa premissa, Kant é veemente ao aduzir que "no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade."[4]

Releva-se, aqui, o fato de que "a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade."[5]

Sobre este aspecto, merece recordar que Imannuel Kant assinou a suposição de que a existência de um imperativo categórico, ou da conformação de uma lei prática, estava condicionada à existência em si mesma, de uma 'coisa' com valor absoluto. Nesta linha de raciocínio, Kant foi taxativo ao afirmar que:

> (...) de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim. [6]

Sequente por este caminho, não se pode ocultar que a ideia universal de dignidade pressupõe "a somatória da razão e autonomia do ser humano na formação de preceitos morais universais, não podendo ser usado como instru-

4 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 52.

5 *Ibidem*, p. 52.

6 KANT, 2004, p. 52.

mento do interesse alheio, mas como já dito, um fim em si mesmo."[7] Tem-se, pois, que a dignidade de pessoa humana é um atributo exclusivo do próprio ser humano, o qual, pela sua gênese e significado, cria a expectativa de alcançar o máximo de respeito e consideração do Estado e de seus comuns.

Este fato, ou fenômeno, implica na construção de um conjunto de direitos e deveres fundamentais que protegem a pessoa contra "todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos". [8]

Por conta da direta relação com a necessidade de respeitar-se a condição humana de cada indivíduo, protegendo-o contra tudo o que possa afetar sua integridade e originalidade, a dignidade da pessoa humana perfaz a "proteção da liberdade, igualdade, paz e desenvolvimento, não sendo apenas citados nesta oportunidade ações positivas do Estado, como a efetivação de direitos, mas, também, sua atuação de abstenção, o que se verifica quando de tratamentos que geram situações degradantes em relação ao indivíduo"[9].

Observando-se a causa e efeito de consagração do sentido e importância, a dignidade da pessoa humana foi consagrada como um princípio constitucional, que apresenta uma dupla concepção: "Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes."[10]

É, quem sabe, por esta razão que a dignidade forja a certeza de que homem em si mesmo pode exigir que a sociedade e o Estado lhe ofereçam as condições necessárias para que sua existência seja provida de maneira augusta, de forma que alcance os meios adequados ao seu desenvolvimento enquanto pessoa.

> Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual [...] a sua proteção envolve tanto um aspecto de garantia negativa, no sentido de a pessoa humana não ser ofendida ou humilha-

7 VAILATTI, Diogo Basilio; SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de. A influência do pensamento de Imannuel Kant para a construção dos conceitos de ética e de dignidade da pessoa humana*. Revista (Re)pensando Direito,* v. 8, n. 15, 2018.

8 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* São Paulo: Atlas, 2002, p.129

9 SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de; MIRANDA, José Eduardo de. A reforma do código de processo civil, a constitucionalização do processo e o acesso à justiça como referência na busca da concretização da dignidade humana*. In*: MIRANDA, José Eduardo de; HUPFER, Haide Maria. *A dignidade da pessoa humana:* entre a representatividade do significado jurídico e a efetividade no mundo da existência. Curitiba: Brazil Publishing, 2019, p. 69.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 88.

> da, quanto outro de afirmação do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. [11]

Dessa feita, a dignidade da pessoa humana passa a fundamentar "todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que devem aqueles ser interpretados."[12]

Impossível, portanto, olvidar que o "princípio da dignidade humana ganhou o *status* de pedra fundamental do sistema jurídico. Seus preceitos devem refletir em todo o conjunto legal para promover a unidade do ordenamento e, deste modo, seus preceitos não entrarão em choque com a proteção dos direitos humanos".[13]

Consequentemente, a dignidade da pessoa humana deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele "direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássico e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma do mais subido teor axiológico, irremissivelmente". [14] **"**A dignidade da pessoa humana passa então a ser considerada como condição fundamental de vida dos indivíduos, o que a torna um fenômeno absolutamente respeitado pelo direito. Seus valores, imperativos ou universais, orientam à proteção do homem em sua singularidade."[15]

3. A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS NO BRASIL E A 'TRANSMUTAÇÃO' DO PROCESSO DE FORMAÇÃO UNIVERSITÁRIA POR FORÇA DA COVID-19

A despeito da Lei da Quarentena ter sido sancionada em 10 de fevereiro de 2020, o Brasil conheceu seu primeiro caso oficial de contágio pelo Sars-CoV-2, causador da Covid-19, apenas em 26 de fevereiro de 2020, no Estado de São Paulo. Sete dias depois, o país já computava 8 indivíduos positivados e 636 suspeitas de contaminação. No dia 16 de março, os brasileiros aterrorizavam-se pela confirmação de 234 casos de contágio pelo novo coronavírus, e com o monitoramento de 2.064 suspeitos de contaminação.

---

11 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos:* a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 47.

12 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 549.

13 SOUZA JUNIOR; MIRANDA, 2019, p. 69.

14 BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 231.

15 SOUZA JUNIOR; MIRANDA, 2019, p. 69.

Para conter a multiplicação acelerada dos contágios, o poder público agiu rapidamente, promovendo determinações como a definição de um horário especial para atividades não essenciais, a suspensão das atividades acadêmicas nas escolas e nas instituições de ensino superior, medidas de *lockdown*, com drásticas restrições de mobilidade social.[16]

> Como causa dos preceitos estatuídos pela Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que instituiu as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, o Estado brasileiro passou a conformar toda a estrutura e medidas necessárias ao enfrentamento e combate da disseminação do novo coronavírus. Dentre tantas providências passíveis de implementação, o art. 3º da Lei n. 13.979/2020 dispôs sobre a possibilidade de isolamento e quarentena, a determinação de realização compulsória de exames, o uso obrigatório de máscaras de proteção individual, o estudo ou a investigação epidemiológica, os procedimentos de exumação, necrópsia, cremação e manejo de cadáver, e a restrição excepcional e temporária de entrada saída e locomoção no país por rodovias, portos ou aeroportos.[17]

Relativamente ao ambiente universitário, o Ministério da Educação editou a Portaria n. 343,[18] de 17 de março, autorizando a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais, com o emprego excepcional de meios e tecnologias de informação e comunicação.[19]

Ademais, e com o propósito, inclusive, de contribuir com a colocação de profissionais da saúde no mercado, para incrementar o auxílio no combate à pandemia, o Governo brasileiro publicou a Medida Provisória n. 934, desobrigando que as IES cumprissem os duzentos dias letivos, e legitimando, pelo art. 2º, a abreviação dos cursos de Medicina, Farmácia, Enfermagem e Fisioterapia, desde que observadas as regras a serem editadas pelo respectivo sistema de ensino, e que o aluno cumpra, no mínimo: "I - Setenta e cinco por cento da carga horária do internato do curso de medicina; ou II - Setenta e cinco por cento

16 BRASIL. *Lei n. 13.979, 6 de fevereiro de 2020.* Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *Diário Oficial da União,* Brasília, DF, 6 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

17 MIRANDA, José Eduardo de; CORRÊA LIMA, Andréa. O direito do consumidor em tempos de pandemia: a casuística do contrato de prestação de serviços educacionais em decorrência da transmutação do modelo de oferta das atividades acadêmicas. *In*: MIRANDA, José Eduardo de; RUBIO, Julio Alvarez. *O direito do consumidor em tempos de pandemia.* Curitiba: Brazil Publishing, 2021, p. 83.

18 BRASIL. *Portaria n. 343, de 17 de março de 2020.* Dispõe sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus – covid-19. *Diário Oficial da União,* Brasília, DF, 17 mar. 2020. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-343-de-17-de-marco-de-2020-248564376. Acesso em: 19 ago. 2020.

19 MIRANDA; CORRÊA LIMA, 2021, p. 81.

da carga horária do estágio curricular obrigatório dos cursos de enfermagem, farmácia e fisioterapia".[20]

Em virtude da complexidade do quadro pandêmico, em 15 de abril o MEC publicou a Portaria n. 395, prorrogando por mais trinta dias a substituição das aulas presenciais por atividades remotas.[21] Seguidamente, em 12 de maio, há uma nova prorrogação de trinta dias, legitimada pela Portaria n. 473.[22]

> O MEC, para ajustar o exercício das entidades educacionais ao mandamento legal emitido pelos municípios ao determinar práticas de isolamento social, publicou a Portaria n. 544, de 16 de junho, pela qual tanto estendeu a suspensão das aulas presenciais até 31 de dezembro de 2020, como permitiu que as instituições de todos os níveis educacionais suspendessem suas atividades pelo mesmo período. Para assegurar a regularidade da ação educativa, o Ministério da Educação atribuiu às IES a responsabilidade pela "definição dos componentes curriculares que serão substituídos, a disponibilização de recursos aos alunos que permitam o acompanhamento das atividades letivas ofertadas, bem como a realização de avaliações durante o período da autorização de que trata o caput". [23]
>
> Vislumbrando consecutar uma 'fórmula apropriada', inclusive, para a fluência das práticas profissionais de estágios e práticas que exigem laboratórios especializados, o Ministério da Educação não negou sua operacionalização remota, desde que observada as "Diretrizes Nacionais Curriculares aprovadas pelo Conselho Nacional de Educação – CNE, ficando vedada a substituição daqueles cursos que não estejam disciplinados pelo CNE". Nesse direcionamento, também se buscou não oprimir a fluidez formativa no âmbito dos Cursos de Medicina, de maneira que o próprio MEC permitiu que as "disciplinas teórico-cognitivas do primeiro ao quarto ano do curso e ao internato, conforme disciplinado pelo CNE", migrassem ao ambiente remoto.

As instituições adequaram-se à nova realidade num tempo recorde. Aprimoraram o emprego das ferramentas de tecnologia de informação, otimizando

20 BRASIL. *Medida Provisória n. 934, 1 de abril de 2020.* Estabelece normas excepcionais sobre o ano letivo da educação básica e do ensino superior decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1 abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv934.htm. Acesso em: 19 dez. 2021.

21 BRASIL. *Portaria n. 395, de 15 de abril de 2020.* Prorroga o prazo previsto no § 1º do art. 1º da Portaria n. 343, de 17 de março de 2020. *Diário Oficial da União,* Brasília, DF, 15 abr. 2020. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-395-de-15-de-abril-de-2020-252725131. Acesso em: 19 dez. 2021.

22 BRASIL. *Portaria n. 473, de 28 de julho de 2020.* Dispõe sobre a composição da Rede Nacional de Postos Aplicadores (RNPA) para a aplicação de testes em plataforma digital dos Exames e Avaliações no âmbito do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). *Diário Oficial da União,* Seção 1, Brasília, DF, 31 jun. 2020. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-544-de-16-de-junho-de-2020-261924872. Acesso em: 19 dez. 2021.

23 MIRANDA; CORRÊA LIMA, 2021, p. 83.

"a criação de novos ambientes de aprendizagem e de novas dinâmicas sociais a partir do uso dessas novas ferramentas"[24].

> Independentemente de todos os transes subjetivos e mesmo emocionais que a pandemia já começava a provocar na população brasileira, as equipes pedagógicas das Instituições de Ensino Superior aturam com arrojo incansável, sem desprezo a valores e princípios norteadores da formação acadêmica. Assim, em menos de uma semana após a determinação do primeiro *lockdown*, um número considerável de faculdades, centros universitários e universidades já havia migrado seu exercício acadêmico para o ambiente on-line, e passaram a desenvolver atividades síncronas e assíncronas, que deram vazão ao cumprimento do calendário acadêmico e da carga horária prevista para o período letivo.[25]

Muito embora credite-se o emprego das tecnologias de informação e comunicação no processo de ensino e aprendizagem à pandemia do novo coronavírus, "diversos estudos têm sido realizados com o objetivo de identificar estratégias e consequências dessa utilização".[26] Deve-se, com isso, ponderar que:

> [...] a transformação digital (TD) é um processo no qual as tecnologias digitais criam rupturas, gerando respostas estratégicas para as organizações que buscam alterar seus processos de criação de valor enquanto gerenciam as mudanças estruturais e as barreiras organizacionais que afetam de forma positiva e negativa as saídas dos processos. O autor afirma que a transformação digital é uma resposta para as mudanças no ambiente utilizando tecnologias digitais para alterar o processo de criação de valor. Devido ao COVID-19, o uso das tecnologias foi acelerado e potencializado para responder de forma rápida os novos desafios dos processos.[27]

É preciso, mais do que nunca, compreender que as tecnologias digitais de informação e comunicação "são potencializadoras da mídia que está associada à visão de mundo dos indivíduos contemporâneos, redefinindo valores e comportamentos sociais, consolidando o domínio da comunicação e do entretenimento no jogo institucional de cada sociedade concreta".[28] Hodiernamente, jovens, adultos, e inclusive crianças em idade educacional, utilizam-se

---

24 GERALDI, Luciana Maura Aquaroni; BIZELLI, José Luís. Tecnologias da informação e comunicação na educação: conceitos e definições. *Revista On-line de Política e Gestão Educacional*, n. 18, 2015, on-line. Disponível em: http://www.periodicos.fclar.unesp.br. Acesso em: 17 dez. 2021.

25 MIRANDA; CORRÊA LIMA, 2020, p. 87.

26 BACICH, Lilian. Ensino Híbrido: Proposta de formação de Professores para uso integrado das tecnologias digitais nas ações de ensino e aprendizagem. *Anais do Workshop de Informática na Escola,* 2016, p. 679. Disponível em: https://www.br-ie.org/pub/index.php/wie/article/view/6875. Acesso em: 17 dez. 2021.

27 SANTOS, Anna Celia Affonso dos *et al.* Como o coronavírus acelera a transformação digital. *In*: *Congresso Transformação Digital 2020*. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ocs/index.php/ctd/ctd2020/paper/view/7634/0. Acesso em: 17 dez. 2021.

28 GERALDI, Luciana Maura Aquaroni; BIZELLI, José Luís, *op. cit*.

das ferramentas virtuais como meio alternativo de complementação de seus estudos.[29]

4. EDUCAÇÃO REMOTA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A EFETIVIDADE NA RESPOSTA DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR PARA MAIS ALÉM DA CONTINUIDADE DO ANO LETIVO

Firmes pela passarela que conduz a humanidade ao terceiro ano pandêmico, e sem desprezo à aflição provocada pela variante Ômicron, é imperioso afirmar que as atividades acadêmicas, nas faculdades e nas universidades prosseguem dentro de um padrão de regularidade que se ajusta ao momento disruptivo.

A ininterrupção das aulas, mesmo que de forma remota, evitou qualquer déficit temporal ou pedagógico inerente à formação dos estudantes.

> Salienta-se, sobre esse aspecto, que a ausência de um prejuízo temporal resulta do fato singular de que as aulas não foram interrompidas, a carga horária foi devidamente cumprida, permitindo o cômputo e o aproveitamento completo do período letivo desenvolvido durante a pandemia. De outra forma, a inocorrência de um dano pedagógico decorre de dois fatores particulares: **i)** a participação direta do professor, intervindo nas atividades síncronas e direcionando o desenvolvimento das atividades que precisavam ser cumpridas nos ambientes virtuais de aprendizagem; **ii)** o efetivo, efusivo e prévio relacionamento dos estudantes com as tecnologias, transitando com habilidade e intimidade pelas mídias sociais, o que, por si só, revelava-se plausível para sua adaptação e aproveitamento da oferta remota, implementada por força do novo coronavírus.[30]

Assim sendo, e ao considerar-se que a dignidade humana pressupõe um atributo exclusivamente humano, que, associado à noção de moralidade, enaltece o respeito que o indivíduo espera por parte do Estado e da própria sociedade, a transmutação operada no cenário das entidades universitárias elevou em patamares significativos o resguardo da dignidade dos estudantes.

É crucial entender que "a continuidade do ano letivo, com o cumprimento integral do processo de ensino e aprendizagem, e efetiva aplicação dos mecanismos de avaliação da aprendizagem",[31] impediu que os estudantes universitários sofressem qualquer desconforto pedagógico que pudesse alterar a expectativa de cumprimento do calendário, de alcance do grau acadêmico, e mesmo de ingresso no mercado de trabalho.

---

29 SOARES, Deyse Mara Romualdo *et al.* As tecnologias digitais da informação e comunicação (TDICS) na prática Docente: formação de Professores universitários. *In*: Congresso *Internacional de Educação e Tecnologias e Encontro e Encontro de Pesquisadores em Educação a Distância.* São Carlos: UFSCAR, 2018.

30 MIRANDA; CORRÊA LIMA, 2021, p. 89.

31 *Ibidem*, p. 90.

Ademais, as tecnologias digitais de informação e comunicação "são potencializadoras da mídia que está associada à visão de mundo dos indivíduos contemporâneos, redefinindo valores e comportamentos sociais, consolidando o domínio da comunicação e do entretenimento no jogo institucional de cada sociedade concreta".[32]

Não totaliza exagero, com isso, assinalar que o próprio processo de desenvolvimento social está condicionado à sua capacidade de produzir, transferir, processar, armazenar e resgatar informações com eficiência.

> A comunicação torna-se mais e mais sensorial, mais e mais multidimensional, mais e mais não-linear. As técnicas de apresentação são mais fáceis hoje e mais atraentes do que anos atrás, o que aumentará o padrão de exigência para mostrar qualquer trabalho pelos sistemas multimídia. O som não será um acessório, mas uma parte integral da narrativa. O texto na tela aumentará de importância, pela sua maleabilidade, facilidade de correção, de cópia, de deslocamento e de transmissão.[33]

Além de terem resolvido um problema significativo num traumático momento, as tecnologias digitais de informação e comunicação instigam o desenvolvimento da capacidade cognitiva dos estudantes, estimulando a celeridade do pensamento, a postura crítico-reflexiva e a busca devotada pela resolução dos problemas que assolam o contexto social em que se encontra inserido.

Ademais, o emprego das tecnologias de informação e comunicação auxilia a celebração de uma postura atitudinal responsável, criativa, e convergente ao interesse pela construção, transmissão e socialização do conhecimento. É prudente observar que "a relação entre tecnologia e educação se concretiza em princípios e processos de ação educativa, gerando produtos educativos, todos resultantes da aplicação do conhecimento científico e organizado à solução ou encaminhamento de problemas e processos educacionais".[34]

Por oportuno, destaca-se que as tecnologias digitais de informação e comunicação se conjugam com uma "gama de bases tecnológicas que possibilitam a partir de equipamentos, programas e das mídias, a associação de diversos ambientes e indivíduos numa rede, facilitando a comunicação entre seus

32 AQUARONI, Luciana Maura; BIZELLI, José Luis. Tecnologias da informação e comunicação na educação: conceitos e definições. *Revista on line de Política e Gestão Educacional.* Abril/2016, p. 02. Disponível em http://www.periodicos.fclar.unesp.br. Acesso em: 17 dez. 2021.

33 MORAN, José Manuel. Relatos de experiências: como usar a internet na sala de aula. *Ciência e Informação*, Brasília, v. 26, n. 2, May/Aug, 1997. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19651997000200006. Acesso em: 17 dez. 2021.

34 AQUARONI, Luciana Maura; BIZELLI, José Luis. Tecnologias da informação e comunicação na educação: conceitos e definições. *Revista on line de Política e Gestão Educacional.* Abril/2016, p. 02. Disponível em http://www.periodicos.fclar.unesp.br. Acesso em: 17 dez. 2021.

integrantes, ampliando as ações e possibilidades já garantidas pelos meios tecnológicos".[35]

Vê-se, pois, que a inserção das tecnologias de informação e comunicação no cenário educacional, especialmente da educação superior, muito além de viabilizar que os alunos prosseguissem com seus estudos, oportunizou-lhes a expansão de suas aptidões cognitivas e relacionais.

5. A TÍTULO DE ÚLTIMAS PALAVRAS

Enquanto uma condição exclusiva do ser humano, a dignidade se mostra como uma espécie de imunidade existencial necessária à expansão plena das capacidades humanas, que encontra campo fecundo na educação.

Por isso, nunca se deve olvidar que a educação em si mesma é o caminho pelo qual as pessoas transitam em busca da compreensão do mundo e da autopercepção.

> A medida em que a educação colabore no avanço individual de cada ser humano, a pessoa passa a progredir na sua capacidade de entendimento do mundo que a cerca, circunstância que lhe possibilita ser autônomo em suas escolhas e consciente do transcurso que deve percorrer na realização de seus propósitos.[36]

Sobre este aspecto, deve ser relevado que o ato educativo é crucial ao desenvolvimento do indivíduo, enquanto pessoa, pois encaminha e orienta o estudante à vida, capacitando-o a perceber as peculiaridades do seu meio, e de si próprio.[37] "A educação, portanto, enquanto rito contínuo que oportuniza à pessoa humana, sistematicamente, um entendimento holístico de si e de seu entorno, colabora na construção de sua existência e na fluência de um convívio humano mais profícuo".[38]

Definitivamente, deve-se observar que a educação tem "o condão de favorecer a adaptação do homem ao seu ambiente de vida, adequando-o ao convív-

35 SOARES, Simária de Jesus *et al. O uso das tecnologias digitais de informação e comunicação no processo de ensino-aprendizagem.* 2015. Disponível em: http://www.abed.org.br/congresso2015/anais/pdf/BD_145.pdf Acesso em: 18 jul. 2021.

36 MIRANDA, José Eduardo de; CORRÊA LIMA, Andréa. O direito à educação como pressuposto de desenvolvimento da personalidade e de garantia da dignidade humana. *In*: MIRANDA, José Eduardo de; HUPFER, Haide Maria. *A dignidade da pessoa humana:* entre a representatividade do significado jurídico e a efetividade no mundo da existência. Curitiba: Brazil Publishing, 2019, p. 202.

MIRANDA, 2017, p. 211.

37 MIRANDA, José Eduardo de. *Maldita facul*: tô dentro e agora? Curitiba: Primas, 2017.

38 MIRANDA, José Eduardo de; CORRÊA LIMA, Andréa. O direito à educação como pressuposto de desenvolvimento da personalidade e de garantia da dignidade humana. *In*: MIRANDA, José Eduardo de; HUPFER, Haide Maria. *A dignidade da pessoa humana:* entre a representatividade do significado jurídico e a efetividade no mundo da existência. Curitiba: Brazil Publishing, 2019, p. 202.

vio com os demais".[39] Distante de evasiva, esta ponderação encontra guarida no vaticínio kantiano de que particularidades próprias de cada pessoa exsurgem, além de todo empenho individual, do ímpeto realizacional, que a própria educação transmite de uma geração para outra.[40]

Ressalta-se, com isso, que a transmissão geracional de conhecimento tanto contribui para o desenvolvimento humano como para assegurar a integração social, condição basilar para promoção da personalidade humana e para realização pessoal.

Nesse sentido, Aristóteles afirmara que, dada sua natureza gregária, o homem necessita conviver com seus comuns seja para o seu desenvolvimento pessoal, seja para a preservação e evolução de sua própria espécie.[41] Portanto, a índole política e sociável do homem o conduz ao estabelecimento de ações inerentes ao trato com seus pares, que se perfectibilizam, invariavelmente, por meio da educação.[42]

É preciso, mais do que nunca, avançar no debate qualificado acerca da finalidade precípua da educação, e não das formalidades burocráticas que envolvem sua forma. Essa gestão tem sido marcada pelos avanços e pelo estímulo à inovação, pela busca da modernização e do aprimoramento do contexto regulatório no âmbito do sistema federal de ensino.

Pertinente, portanto, inclusive aqui, e neste momento, que se discuta sobre a impertinência relacionada com a distinção das modalidades de oferta da educação superior, presencial e a distância, mera formalidade que engessa o princípio constitucional da Liberdade de aprender e de ensinar

A pandemia mostrou, de forma muito clara, que essa dicotomia formal não se coaduna com a modernidade da prática educacional de qualidade.

É preciso avançar, agora, com a percepção de que a qualidade da educação não está ligada à divisão formal entre educação presencial e educação a distância, mas sim à proposta metodológica efetivamente adotada, ao uso consciente e produtivo dos recursos tecnológicos na mediação do processo de ensino-aprendizagem.

A pandemia teve o condão de catalisar esse debate, que já se mostrava necessário, mas que agora é, antes de tudo, urgente.[43]

Em vigília ao anterior, e hoje, na iminência de ingressar-se no terceiro ano de convívio com a pandemia do novo coronavírus, a sociedade global procura caminhar num fluxo de restabelecimento econômico, político e sanitário. In-

39 MIRANDA, 2017, p. 44.

40 KANT, Immanuel. *Sobre a pedagogia.* 3. ed. Piracicaba: Editora da Unimep, 2002.

41 ARISTÓTELES. Ética a *Nicômaco. Poética.* Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Nova Cultural: São Paulo, 1991.

42 MIRANDA; CORRÊA LIMA, 2019, p. 213.

43 Ofício 002/2022, de 20 de janeiro de 2022, da Associação Nacional das Universidades Particulares (ANUP), redigido pela Presidente da entidade, Elizabeth Guedes.

dependentemente das dores, e dos dissabores que todavia existem, observa-se que, depois do flagelo, por assim dizer 'planetário', há uma fagulha de esperança que renova as expectativas para o ano de 2022.

Apesar das ameaças provocadas pelo avanço dos números de contágio pela variante Ômicron, espera-se que, mesmo de forma gradativa, a humanidade consiga reencontrar oportunidades gerais que conduzam o Planeta Terra ao resgate do desenvolvimento econômico e ao equilíbrio social.

Dentro da mais variada gama de setores que conformam a ordem social, hoje, pode-se dizer que a educação se solidifica dentro de um modelo de entrega que usa a tecnologia para beneficiar o crescimento das pessoas, tanto na sua extensão individual, singular, como na sua dimensão social, coletiva.

Inversamente de sofrerem os traumas provocados pelo distanciamento de seus pares e professores, os estudantes universitários encontraram nas salas remotas, e nos fóruns virtuais, o *locus* que lhes permitiu exercer sua liberdade, incrementando sua capacidade perceptiva, sem perder, com isso, o sentimento de pertencer a um nicho indispensável à sua realização pessoal.

Independentemente do futuro pós-pandemia, o fato das aulas terem prosseguido, mesmo que de forma remota, não oprimiu a existência individual e coletiva dos alunos. Houve uma superação de obstáculos e um reajustamento no uso das redes sociais para que a sociabilidade humana, e a relação das pessoas com o conhecimento, avançasse num caótico momento da história.

Isso, por si só, já resguarda que o incremento do uso das tecnologias de informação e comunicação no ambiente da educação superior preservou, absolutamente, a dignidade de alunos, professores, colaboradores das instituições, e da sociedade como um todo, antecipando uma tendência que já se avizinhava, que exigia cada vez mais o desenvolvimento de competências digitais importantes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUARONI, Luciana Maura; BIZELLI, José Luis. Tecnologias da informação e comunicação na educação: conceitos e definições. *Revista on line de Política e Gestão Educacional*. Abril/2016, p. 02. Disponível em: http://www.periodicos.fclar.unesp.br. Acesso em: 17 dez. 2021.

BACICH, Lilian. Ensino Híbrido: Proposta de formação de Professores para uso integrado das tecnologias digitais nas ações de ensino e aprendizagem. *In: Anais do Workshop de Informática na Escola,* 2016, p. 679. Disponível em: https://www.br-ie.org/pub/index.php/wie/article/view/6875. Acesso em: 17 dez. 2021.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa.* São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Lei n. 13.979, 6 de fevereiro de 2020.* Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *Diário Oficial da União,* Brasília, DF, 6 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. *Medida Provisória n. 934, 1 de abril de 2020.* Estabelece normas excepcionais sobre o ano letivo da educação básica e do ensino superior decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a BRASIL. *Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv934.htm. Acesso em: 19 dez. 2021.

BRASIL. *Portaria n. 395, de 15 de abril de 2020.* Prorroga o prazo previsto no § 1º do art. 1º da Portaria n. 343, de 17 de março de 2020. *Diário Oficial da União,* Brasília, DF, 15 abr. 2020. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-395-de-15-de-abril-de-2020-252725131. Acesso em: 19 dez. 2021.

BRASIL. *Portaria n. 473, de 28 de julho de 2020.* Dispõe sobre a composição da Rede Nacional de Postos Aplicadores (RNPA) para a aplicação de testes em plataforma digital dos Exames e Avaliações no âmbito do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). *Diário Oficial da União,* Seção 1, Brasília, DF, 31 jun. 2020. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-544-de-16-de-junho-de-2020-261924872. Acesso em: 19 dez. 2021.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos:* a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996.

GERALDI, Luciana Maura Aquaroni; BIZELLI, José Luís. Tecnologias da informação e comunicação na educação: conceitos e definições. *Revista On-line de Política e Gestão Educacional*, n. 18, 2015, on-line. Disponível em: http://www.periodicos.fclar.unesp.br. Acesso em: 17 dez. 2021.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Tradução Paulo Quintela. 70. edição. Lisboa: Textos Filosóficos, 2004.

KANT, Immanuel. *Sobre a pedagogia.* 3. ed. Piracicaba: Editora da Unimep, 2002.

LACAN, Jacques. *Outros escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

MIRANDA, José Eduardo de Miranda. *Palavras ao vento em tempos de pandemia.* Curitiba: Brazil Publishing, 2021.

MIRANDA, José Eduardo de. *Maldita facul:* tô dentro e agora? Curitiba: Primas, 2017.

MIRANDA, José Eduardo de; CORRÊA LIMA, Andréa. O direito do consumidor em tempos de pandemia: a casuística do contrato de prestação de serviços educacionais em decorrência da transmutação do modelo de oferta das atividades acadêmicas. *In*: MIRANDA, José Eduardo de; RUBIO, Julio Alvarez. *O direito do consumidor em tempos de pandemia.* Curitiba: Brazil Publishing, 2021.

MIRANDA, José Eduardo de; CORRÊA LIMA, Andréa. O direito à educação como pressuposto de desenvolvimento da personalidade e de garantia da dignidade humana. *In*: MIRANDA, José Eduardo de; HUPFER, Haide Maria. *A dignidade da pessoa humana:* entre a representatividade do significado jurídico e a efetividade no mundo da existência. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* São Paulo: Atlas, 2002.

MORAN, José Manuel. Relatos de experiências: como usar a internet na sala de aula. *Ciência e Informação*, Brasília, v. 26, n. 2, May/Aug, 1997. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19651997000200006. Acesso em: 17 dez. 2021.

SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de; MIRANDA, José Eduardo de. A reforma do código de processo civil, a constitucionalização do processo e o acesso à justiça como referência na busca da concretização da dignidade humana. *In*: MIRANDA, José Eduardo de; HUPFER, Haide Maria. *A dignidade da pessoa humana:* entre a representatividade do significado jurídico e a efetividade no mundo da existência. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

VAILATTI, Diogo Basilio; SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de. A influência do pensamento de Imannuel Kant para a construção dos conceitos de ética e de dignidade da pessoa humana. *Revista (Re)pensando Direito*, v. 8, n. 15, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOARES, Deyse Mara Romualdo *et al.* As tecnologias digitais da informação e comunicação (TDICS) na prática Docente: formação de Professores universitários. *In*: *Congresso Internacional de Educação e Tecnologias e Encon-*

tro e Encontro de Pesquisadores em Educação a Distância. São Carlos: UFSCAR, 2018.

SOARES, Simária de Jesus *et al. O uso das tecnologias digitais de informação e comunicação no processo de ensino-aprendizagem*. 2015. Disponível em http://www.abed.org.br/congresso2015/anais/pdf/BD_145.pdf. Acesso em: 18 jul. 2021.

A natureza paritária da relação obrigacional tributária

José Casalta Nabais[1]

É uma honra para nós podermos nos associar à justa homenagem prestada ao grande jurista, Professor Kiyoshi Harada. Fazemo-lo através de um pequeno texto, em que nos pronunciamos pela natureza paritária da relação obrigacional tributária, não obstante esta ser uma inequívoca relação de direito público como todas as relações em que se analisa ou decompõe o complexo e multifacetado direito dos impostos.

Pois bem, um dos problemas ou aspetos nucleares para a adequada compreensão do actual direito dos impostos é, em nosso parecer, aquele que se prende com as diversas relações em que a relação de imposto labirinticamente se desdobra. Relação esta que, como vimos ensinando, comporta uma extrema complexidade e até uma visível sofisticação, tantas e tão diversas são as relações que a integram. Uma realidade de que não vamos cuidar aqui até porque isso exigiria uma análise tão profunda quanto extensa que não estamos em condições de realizar nem quadra minimamente com os limitados propósitos destas nossas despretensiosas reflexões.[2]

Por isso mesmo, como resulta do título a que subordinamos estas reflexões, vamos aludir apenas às relações tributárias em que a relação de imposto se analisa, que sejam detetáveis no quadro da perspetiva que tem em conta os níveis normativos pelos quais se distribuem as normas do atual direito fiscal. E tudo isto apenas para assinalar que, dentro destas relações, que em princípio não podem deixar de constituir relações de supra/infra ordenação, pois estamos indiscutivelmente perante relações de direito público, temos, todavia, uma relação – a relação obrigacional fiscal – que se apresenta como uma relação de natureza paritária.

1. AS RELAÇÕES EM QUE A RELAÇÃO TRIBUTÁRIA SE ANALISA

Ora bem, tendo em conta a complexidade que ostenta a relação tributária, mas no respeitante apenas às detetáveis segundo a perspetiva macro dos

1 Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

2 Para V. o nosso *Direito Fiscal.* 11. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 233 e ss.

níveis normativos pelos quais se distribui o direito fiscal, podemos dizer que temos uma relação de direito constitucional, uma relação de direito administrativo e uma relação de direito obrigacional. Num tal quadro temos, antes de mais, a relação de imposto perspetivada a partir do direito constitucional fiscal (*Steuerverfassungsrecht*), isto é, a *relação de direito constitucional*, em que, de um lado, temos os titulares do *poder tributário*, que é o poder de criar e de disciplinar ao mais alto nível os impostos, ou seja, o Estado e demais entes de que constitucionalmente disponham deste poder, e, de outro lado, os contribuintes, que, como os sujeitos que praticam os factos tributários ou factos geradores dos impostos, são os destinatários do dever de todos contribuírem para as despesas públicas em conformidade com a sua capacidade contributiva. Uma relação que, dadas as especiais exigências decorrentes do princípio da legalidade fiscal, tem por protagonista o legislador parlamentar, estando, consequentemente, a sua juridicidade, como é fácil de compreender, à guarda da jurisdição constitucional cujo órgão máximo é o Tribunal Constitucional.

Depois, temos a verdadeira relação operacional do direito fiscal, que é a relação perspetivada a partir do direito administrativo fiscal (*Steuerverwaltungsrecht*), a *relação de direito administrativo* que faz do direito fiscal um ramo especial ou um subramo do direito administrativo[3] e se traduz no exercício da *competência tributária* por parte da administração tributária e na sujeição ao exercício dessa mesma competência dos administrados como contribuintes ou sujeitos passivos da relação de imposto. Uma *relação de direito administrativo* que, à semelhança da relação de direito constitucional, é uma relação de *supra/infra ordenação*, em que a administração tributária se apresenta munida de poder administrativo (poder funcional ou poder-dever) para aplicar as leis fiscais, praticando os correspondentes atos de autoridade ou atos administrativos, isto é, os atos tributários, que são os atos de liquidação dos impostos,[4] nos quais se incluem naturalmente os próprios atos da competência da administração tributária enquanto responsável pelo processo de execução fiscal. O que não admira, pois trata-se de atos de execução dos próprios atos tributários.

Finalmente temos a relação a que se reporta a epígrafe deste ponto, que é a relação perspetivada a partir da relação obrigacional ou da relação de crédito

3 Que é a posição que vimos defendendo e que mantemos, porquanto para nós, não obstante o peso do direito constitucional e do direito obrigacional fiscal no domínio nacional, e o direito internacional, supranacional e transnacional fiscal no domínio extranacional, continua a ser o direito fiscal operacional o que deve relevar para a caracterização e a localização relativa do direito fiscal no ordenamento jurídico. V., a este respeito, o que dizemos no nosso livro *Problemas Nucleares de Direito Fiscal.* Coimbra: Almedina, 2020, p. 73 e ss., bem como os autores citados na nota 106 dessa mesma obra.

4 Liquidação em sentido amplo que integra todas as operações de identificação do contribuinte e de determinação do imposto a apagar, em que temos: 1. lançamento (subjetivo = identificação do contribuinte; e objetivo = determinação da matéria tributável e determinação da alíquota ou taxa, se for o caso); 2. liquidação em sentido estrito (aplicação da alíquota ou taxa à matéria tributável) cujo resultado é a coleta); e 3. deduções à coleta, se for o caso. V. o nosso *Direito Fiscal*, cit., p. 58 e ss.

que a relação fiscal também é. Ou seja, a relação fiscal vista a partir do direito das obrigações (*Steuerschuldrecht*), a *relação de direito obrigacional*, em que temos, de um lado, o titular da *capacidade tributária ativa* própria do sujeito ativo ou credor que é a administração tributária[5] e, de outro lado, o sujeito passivo ou devedor do imposto que, embora, em princípio, seja o contribuinte, pode ser – e cada vez mais é – um terceiro, em virtude seja da figura da substituição tributária em sentido amplo, seja da responsabilidade tributária.

É óbvio que se tanto a relação de direito constitucional, como a relação de direito administrativo se configuram como típicas relações de supra/infra ordenação, já a relação de direito obrigacional apresenta-se, a nosso ver, como constituindo uma relação de natureza paritária.

2. A NATUREZA PARITÁRIA DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL FISCAL

De facto, como vimos entendendo, ao contrário das outras duas relações referidas, a relação obrigacional fiscal é uma *relação paritária*. O que vale exclusivamente para a obrigação tributária principal ou obrigação de imposto e, bem assim, para as obrigações acessórias que sejam obrigações pecuniárias como as relativas a juros compensatórios e juros de mora a favor da entidade credora, na medida em que tanto uma como as outras já tenham sido objeto de liquidação e este ato tributário se tenha tornado inimpugnável, ou seja, na medida em que já se tenha esgotado a correspondente relação de supra/infra-ordenação de direito administrativo, mantendo-se apenas a relação obrigacional ou de crédito entre o credor – a administração tributária ou, melhor dizendo, a fazenda pública – e o devedor – o contribuinte ou outro sujeito passivo adstrito ao cumprimento da obrigação de imposto.[6]

Uma ideia contra a qual não pode argumentar-se com a natural prevalência do interesse público na eficaz e atempada arrecadação das receitas fiscais face aos interesses dos contribuintes, com o facto de a obrigação tributária ter por base uma relação jurídica pública, ser uma obrigação especialmente garantida e de dispor de um processo, em larguíssima medida, administrativo para a sua execução forçada. Assim e no respeitante à prevalência do interesse público, diremos que essa prevalência em sede da relação obrigacional fiscal não tem qualquer suporte legal, pois não consta de qualquer lei, nomeadamente fiscal, para além de que essa prevalência não é desconsiderada em sede da relação fiscal entendida na sua globalida-

5 Que nós preferíamos que continuasse e reportar-se à Fazenda Pública, que era a entidade tradicional (designada de resto por Fazenda Nacional até meados do século passado) para referir a administração tributária na qualidade de entidade credora da obrigação de imposto. Entidade que, todavia, se mantém em sede do processo de execução fiscal, processo em que a atuação da administração tributária nas duas vestes – como autoridade administrativa e como credora – é particularmente muito visível.

6 V. o nosso *Direito Fiscal*, cit., p. 233 e ss. e 238 e ss.

de, porquanto foi devidamente acautelada pelo ordenamento jurídico fiscal tanto ao nível da relação fiscal de direito constitucional como ao nível da relação fiscal de direito administrativo que, como vimos, são indiscutíveis relações de supra/infra ordenação.

Depois, quanto ao facto de se tratar de uma obrigação baseada em uma relação jurídica pública, basta referir que a circunstância de estarmos perante uma relação obrigacional pública apenas significa que as normas que a disciplinam integram o direito público, pois, como é sabido, este sempre comportou e comporta relações de natureza paritária, sendo que presentemente uma parte cada vez mais significativa das relações de direito público constituem justamente relações de natureza paritária. De facto, embora as relações de direito público de supra/infra ordenação continuem a ser, indiscutivelmente, como não pode deixar de ser, o núcleo duro do direito público, as relações disciplinadas por este sector do ordenamento jurídico estão longe até de serem as relações mais frequentes. De resto, o desenvolvimento e expansão que vem tendo o direito público, com destaque naturalmente para o direito operacional, o direito administrativo, tem sido feito, em larga medida, no domínio das relações de natureza paritária, ou seja, de relações em que a administração pública se encontra desprovida de poderes de autoridade e dos correspondentes instrumentos de atuação.

Por fim, a circunstância de a obrigação tributária ser uma obrigação especialmente garantida e de dispor de um processo, em larguíssima medida, administrativo para a sua execução forçada, nada diz quanto ao seu carácter paritário ou de supra/infra ordenação. Pois, no respeitante ao primeiro dos aspetos, basta referir que também os credores privados podem rodear-se de importantes garantias para assegurar o cumprimento do seu direito à realização doe crédito e, no respeitante ao segundo, pode aludir-se à circunstância de o processo de execução fiscal poder ser desencadeado a favor dos próprios particulares como acontece com o sub-rogado no instituto da sub-rogação nos direitos da fazenda pública.

Uma solução que, como vimos defendendo, devia ser alargada ao exercício do direito de regresso por parte dos responsáveis tributários quando, no caso de diversos responsáveis tributários, há um vínculo de solidariedade entre eles e um deles arcou com a responsabilidade tributária por inteiro. Direito de regresso cujo exercício, importa assinalar, será levado a cabo sob a tutela dos tribunais judiciais, porquanto são estes tribunais os competentes para os litígios que esse exercício origine.[7]

Assim, no que respeita ao instituto da sub-rogação, compreende-se que, nos termos dos arts. 29.º, n.º 1, e 41º da Lei Geral Tributária (LGT) e dos art.s 91.º e 92.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT), o

7 V., a respeito, o nosso *Direito Fiscal*, cit., p. 388 e s.

sub-rogado disponha justamente dos mesmos direitos que assistiam à Fazenda Pública antes de se operar a transmissão pelo lado ativo da obrigação fiscal concretizada na sub-rogação, seja no concernente às específicas garantias do crédito, seja quanto ao direito à instauração ou prosseguimento do correspondente processo de execução fiscal. Execução fiscal que, na medida em que é levada a cabo pela Administração Tributária, cabe a esta a prática dos correspondentes atos de execução, os quais, para além de serem expressão do poder de autoridade, apresentam-se para o sub-rogado como atos legalmente devidos, que aquela pode ser condenada a praticar.[8]

Por outro lado, do mencionado carácter paritário da relação obrigacional fiscal temos deduzido a ideia de, em termos *de iure condendo*, fazer sentido que o exercício do direito de regresso dos responsáveis tributários que, após a correspondente reversão da execução fiscal, tenham, voluntária ou coercivamente, satisfeito o crédito tributário, possa beneficiar do processo de execução fiscal como deste processo beneficiam os sub-rogados nos direitos da Fazenda Pública. Efetivamente, o relevante interesse público na correta e atempada cobrança dos impostos, não deixa de ter nesta situação, a seu modo, um significado idêntico ao desempenhado pelo instituto da sub-rogação.[9]

Pois, pela nossa parte não vemos qualquer objeção a uma tal extensão da sub-rogação, uma vez que os argumentos que têm sido invocados contra uma tal solução não nos convencem. Com efeito, quanto ao argumento de que o legislador, ao instituir o regime de sub-rogação, visou incentivar o pagamento dos impostos por terceiros, podemos responder com o relevante interesse público que está na base da cobrança dos impostos em geral. A que acresce o facto de o pagamento do imposto pelos responsáveis fiscais não deixar, a seu modo, de ser também um pagamento de impostos por terceiros. Por sua vez, relativamente ao argumento de que assim se estariam a colocar os titulares do direito de regresso numa posição privilegiada face aos demais credores do sujeito passivo, é de chamar a atenção para a profunda diferença existente entre os créditos fiscais e os créditos comuns,[10]

8 Por isso mesmo, cabendo ao sub-rogado a iniciativa processual e todos os demais direitos que antes da sub-rogação pertenciam à Fazenda Pública, no caso de a Administração Tributária, depois de ser solicitada a instaurar ou a prosseguir a execução fiscal, não responder à solicitação ou recusar dar seguimento ao pedido, assiste ao sub-rogado o direito de pedir ao tribunal tributário competente para a execução fiscal a condenação à prática de ato legalmente devido, como são os atos próprios do órgão de execução, instaurando o adequado processo de intimação previsto no art. 147º do CPPT.

9 V. o nosso livro, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., p. 489, e a nossa anotação ao acórdão do STA de 24 de outubro de 2007 - Proc. nº 01095/05, publicada sob o título Juros de mora a favor do contribuinte. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 138, p. 51 e ss, 2008/09.

10 V. estes argumentos em José Manuel Cardoso da Costa. *Curso de Direito Fiscal.* 2. ed. Coimbra: Atlântida, 1972, p. 309 e s. Quanto à solução do texto, já por nós apontada em *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., p. 489 e s., v. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão. A substituição e a responsabilidade fiscal no direito português. *Ciência e Técnica Fiscal*, 388, p. 129, outubro-dezembro de 1997.

Aliás, no sentido desse carácter paritário, podemos invocar a evolução de que foram objeto os juros de mora a favor do contribuinte no sentido de os aproximar dos devidos à Fazenda Pública. Primeiro, foi a alteração operada pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro[11] (LOE/2012) traduzida no aditamento do n.º 5 ao art. 43.º da LGT, onde se estabeleceu que juros moratórios a favor dos contribuintes relativos ao período decorrente entre o termo do prazo de execução espontânea da decisão judicial transitada em julgado e a data da emissão da nota crédito são de montante idêntico ao dos devidos à Fazenda Pública. Embora seja de referir que o perímetro de situações, em que a lei prevê juros de mora a favor dos contribuintes, seja significativamente menor do que o correspondente aos juros de mora a favor da Fazenda Pública.

Depois, mais recentemente, veio o Supremo Tribunal Administrativo (STA) com a orientação jurisprudencial constante do Ac. 4/2017, de 18/9, uniformizar a jurisprudência relativa ao entendimento do n.º 5 do art. 43.º da LGT, na redação dada a este preceito legal pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro (LOE/2013), no sentido de que é admissível a atribuição cumulativa de juros indemnizatórios e de juros moratórios calculados sobre a mesma quantia e respeitantes ao mesmo período de tempo. O que, muito embora aquela cumulação de juros não seja tão ampla quanto a relativa aos juros devidos pelos contribuintes à Fazenda Pública, compara melhor com a cumulação de juros compensatórios e juros moratórios que tradicionalmente têm sido reconhecidos a esta, aproximando ainda mais os juros moratórios devidos ao contribuinte dos devidos à Fazenda Pública.

Todavia e em sentido contrário ao acabamos de referir, importa assinalar, nesta sede dos juros moratórios a favor da Fazenda Pública, aspetos que não podem deixar de ser objeto de viva crítica. Estamos a pensar, de um lado, no montante relativamente elevado da taxa dos referidos juros e, de outro e sobretudo, na contagem desses juros de mora sem qualquer limite temporal, nos termos resultantes da alteração sofrida pelo n.º 2 do art. 44.º da LGT, operada também pela referida LOE/2012, que eliminou o limite aí estabelecido de três anos para a contagem dos juros de mora de dívidas fiscais a favor da Fazenda Pública. Uma solução que temos por manifesta inconstitucionalidade atento o inadmissível desequilíbrio que essa solução materializa na relação entre o Estado e os contribuintes.[12] Inconstitucionalidade que, pela brutalidade que a solução legal revela, impõe que lhe dediquemos algumas palavras em especial.

11 Lei do Orçamento do Estado para 2012 (LOE/2012).

12 Refira-se que neste sentido nos pronunciámos no nosso *Direito Fiscal*, cit., p. 278, embora à maneira de um qualquer *obiter dictum*, sem proceder a qualquer aprofundamento mínimo como a matéria exigia.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DOS JUROS DE MORA SEM LIMITE TEMPORAL

Desde logo, estamos perante uma solução que, para além de ir totalmente ao arrepio do que foi acontecendo no passado e, sobretudo, do que foi sendo a evolução legislativa devidamente enquadrada num tal domínio, base da instauração e desenvolvimento do Estado de Direito suportado na atual Constituição, não comporta qualquer fundamento ou razão bastante que a possa sustentar em termos de legitimidade jurídica. Pelo contrário, trata-se de uma solução que afronta diretamente os princípios constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

De facto, a contagem de juros de mora por dívidas fiscais sem qualquer limite temporal a favor da Fazenda Pública viola inequivocamente a Constituição por implicar e se concretizar em limitações ou restrições jusfundamentais sem o menor respeito pelas pertinentes exigências constitucionais. Pois o n.º 2 do art. 44.º da LGT, na redação que lhe foi dada pelo artigo 149.º da LOE/2012, ao estabelecer uma contagem de juros de mora a favor da Fazenda Pública sem qualquer limite, afronta a Constituição. Tanto mais que esta alteração pôs termo à solução legal anterior, em que essa contagem tinha por limite três anos, no que representava um regime especial, traduzido num limite à contagem de juros de mora para as dívidas tributárias maior do que vigente para a contagem de juros de mora da generalidade das dívidas ao Estado e outras entidades de direito público e até para a contagem de juros de mora relativos a dívidas a entidades privadas. O que fazia, e faz, indiscutível sentido, designadamente tendo em conta o fortificadíssimo regime das dívidas tributárias.

Desde logo, importa ter presente o que se encontra estabelecido em geral no respeitante à contagem de juros de mora de dívidas ao Estado e outras entidades de direito público. Pois bem, nesta sede, prescreve o n.º 1 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 73/99, de 16 de Março, "[a] liquidação de juros de mora não poderá ultrapassar os últimos cinco anos anteriores à data do pagamento da dívida sobre que incidem, não contando para este efeito os períodos durante os quais a liquidação de juros fique legalmente suspensa"[13]. Um limite de contagem de juros de mora que se aplica também às dívidas por contribuições e quotizações à Segurança Social, por força do disposto nos art.s 211.º e 212.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, em que este último, com a epígrafe "Taxa de Juros de Mora", prescreve: "[a] taxa de juros de mora é igual à estabelecida no regime geral dos juros de mora para as dívidas ao Estado e outras entidades públicas e é aplicada nos mesmos termos". [14]

13' Dispondo o n.º 2 desse artigo: "O disposto no número anterior não prejudica o disposto em legislação especial que fixe prazo diverso."

14 Refira-se que, atendendo ao disposto no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 103/80, de 9 de Maio, e no

Uma solução que, importa sublinhá-lo, vem de muito antes, porquanto constava já do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 49.168, de 5 de Agosto de 1969, em que se prescrevia: "[a] liquidação de juros de mora não poderá ultrapassar os últimos cinco anos anteriores à data do pagamento da dívida sobre que incidem", a qual, em rigor, constava já do Decreto com força de lei n.º 16731, de 13 de Abril de 1929, em que no § 3º do seu art. 139.º, se estabelecia: "[é] aplicável aos juros de mora o prazo de cinco anos estabelecido no artigo 543.º do Código Civil" (de 1867)].[15] Um regime de limitação de contagem de juros de mora das dívidas ao Estado que bem se compreende, porquanto com ele se pretendeu, designadamente, evitar que o credor retardasse a exigência do crédito, tornando demasiado onerosa a prestação do mesmo por parte do devedor.

Daqui decorre que todas as dívidas ao Estado e a outras pessoas coletivas de direito público, com exceção das dívidas tributárias desde a LOE/2012, se encontram sujeitas ao "regime geral" constante do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 73/99. O que significa que a liquidação dos juros de mora não pode ultrapassar os últimos cinco anos anteriores à data de pagamento da dívida sobre que incidem. Sendo certo que a exceção das dívidas fiscais também se verificava antes da LOE/2012, mas com um sentido oposto, pois concretizava-se num limite à contagem de juros de mora maior do que o do regime geral, já que o n.º 2 do art. 44.º da LGT prescrevia que o prazo máximo de contagem de juros de mora era de três anos, salvo nos casos em que a dívida tributária fosse paga em prestações, situação em que aqueles juros seriam contados até ao termo do prazo do respetivo pagamento, sem exceder oito anos.

Pelo que a solução agora contemplada no n.º 2 do art. 44.ºda LGT, para além de quanto se possa dizer contra a mesma, constitui, desde logo, um intolerável retrocesso jurídico sem paralelo em quaisquer soluções do passado, pois que, mesmo recuando até ao Código Civil de 1867, quando obviamente a dinâmica da vida em sociedade era diametralmente oposta à atual, não encontramos semelhante solução. Porventura será preciso remontar ao Estado Absoluto para encontrar tão anómala solução legal.

Mas atento o exposto e, sobretudo, o quadro jurídico em que assentava a exceção relativa às dívidas tributárias com o sentido que tinha antes da alteração levada a cabo pela LOE/2012, existiam razões lógicas para que o legislador tivesse reduzido o prazo de contagem de juros de cinco para três anos em ma-

---

ofício-circulado n.º 940, de 12 de Junho de 1991, da Direção de Serviços de Justiça Tributária da (então) Direção Geral das Contribuições e Impostos (DGCI), o prazo de liquidação dos juros de mora era de 10 anos. Todavia, em face da norma do n.º 2 do artigo 63.º da Lei n.º 17/2000, de 8 de Agosto, revogada pela Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, o prazo de liquidação dos juros de mora passou a ser de cinco anos. O n.º 3 do artigo 60.º desta Lei estipula um prazo de cinco anos para a prescrição das contribuições e quotizações em dívida às instituições de Segurança Social, pelo que, em face deste normativo o prazo máximo de contagem de juros de mora passou a ser de cinco anos, situação que foi consolidada pelos normativos dos artigos 211.º e 212.º do Código Contributivo.

15 Diploma legal que contém a conhecida Reforma Fiscal de 1929 – v. o nosso *Direito Fiscal*, cit., p. 452.

téria de dívidas tributárias, pois a certidão de dívida tributária era emitida pela própria administração fiscal e o processo judicial tributário deve ser decidido no prazo de dois anos, como se prescreve no n.º 2 do art. 96.º do CPPT, pelo que não se consegue descortinar um fundamento minimamente lógico e razoável para se ter fixado um regime diametralmente oposto. Parece haver uma intenção clara de constranger os contribuintes a, desde logo, efetuarem o pagamento das dívidas tributárias sempre que pretendam discutir a sua legalidade, em vez de apresentarem garantias de bom pagamento[16].

Independentemente, porém, da intenção que possa estar por detrás de uma alteração tão radical e desprovida de sentido, atendendo ao lugar ocupado pelo direito fiscal no ordenamento jurídico em geral e, especificamente, no ordenamento jurídico público, não há dúvidas é de que o estabelecimento de uma regra de contabilização de juros de mora, relativa às dívidas tributárias, sem qualquer limite temporal, face à regra de limitação temporal de contagem de juros de mora para as outras dívidas ao Estado e às demais entidades de direito público, de cinco anos, viola claramente os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, como é óbvio. Senão vejamos.

Quanto ao princípio da igualdade estamos perante, desde logo, uma diferenciação arbitrária entre os devedores de dívidas tributárias, face aos restantes devedores do Estado e demais entidades de direito público. Diferenciação esta sem fundamento sério e razoável, não se descortinando um fim legítimo, nem tendo por base uma diferenciação objectiva de situações, uma vez que a alegada necessidade de reparação dos danos causados ao Estado pela perda da disponibilidade de quantias que não foram pagas, e durante o período em que durar essa indisponibilidade, é a mesma tanto nas dívidas tributárias como nas demais.

Por outro lado, esta alteração à regra de contabilização de juros de mora revela-se claramente desproporcionada, principalmente atendendo à demora administrativa na resolução dos litígios tributários e à elevada pendência dos processos judiciais. O contribuinte passa, assim, a ser onerado com juros de mora até ao pagamento da dívida tributária, quando o atraso na resolução do litígio onde prestou garantia não lhe é imputável.[17] O facto de a atual redação do n.º 2 do art. 44.º da LGT impelir os contribuintes que pretendam, no exercício das garantias fundamentais, discutir a legalidade da liquidação dos tributos, a efetuarem o pagamento da mesma, em detrimento da prestação de garantia, de forma a evitar o risco de ver a dívida aumentar desmesuradamente por motivo que não lhes é imputável, constitui uma restrição de todo des-

16 Neste sentido, v. Rui Ribeiro Pereira, Arrecadação de receita tributária *versus* garantias dos contribuintes. *III Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2013, p. 502.

17 Quando muito, nos casos em que se verifique que a demora se prende com facto imputável à própria administração fiscal poderia aplicar-se o regime previsto nos artigos 814.º, n.º 2, e 815.º, n.º 1, ambos do Código Civil.

proporcionada dos direitos fundamentais de acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efetiva, sendo, nessa medida, violadora dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 20.º, e do art. 268.º, n.º 4, da Constituição.

Pois, na anterior redação da norma em análise, o contribuinte que obtivesse uma garantia para suspender a execução na pendência do litígio sobre a legalidade da liquidação, ou a penhora produzisse o mesmo efeito, sabia, de antemão, quanto é que teria de obter para satisfazer o montante em dívida e os acrescidos, caso o litígio viesse a ser julgado improcedente. Uma situação que, de todo, não ocorre agora, porquanto o contribuinte que recorra à justiça tributária, no exercício legítimo e normal dos direitos fundamentais referidos, corre o elevado risco de ter de arcar com um montante de juros de mora não só muito elevado, mas também imprevisível, o que compromete, de forma preocupante, a segurança jurídica e proteção da confiança legítima.

Parece, de facto, que o legislador se esqueceu que nestas situações a dilação na resolução dos litígios tributários e o consequente atraso na cobrança das quantias exequendas não pode ser imputável ao contribuinte, pelo que se encontra a impor o pagamento de juros por uma mora cujo termo não pode dominar, o que é contrário à própria lógica deste tipo de juros, que têm natureza claramente ressarcitória ou indemnizatória.[18] Cabia, assim, ao legislador sopesar os motivos por que foi estabelecida na lei uma limitação à contagem de juros de mora (limitação essa também existente nas relações entre privados – artigo 310.º, al. *d*) do Código Civil) e ponderar quais as circunstâncias que, atualmente, impõem a consagração de uma solução totalmente oposta, não apenas à imediatamente anterior, mas à solução legal vigente desde pelo menos de 1929.

Mais, competia ao legislador avaliar o porquê de se ter estabelecido no artigo 44.º, n.º 2, da LGT a limitação da contagem de juros de mora a três anos para as dívidas tributárias, em vez do prazo de cinco anos, como foi a solução durante décadas e décadas, não se esquecendo que tal diferença se justificava, e continua a justificar, por as outras entidades de direito público não disporem dos meios de, por si próprias, efetuarem a cobrança das suas dívidas, ao contrário da Administração Tributária. Uma evolução no sentido do encurtamento dos prazos que teve, de resto, outras expressões que vão em idêntico sentido,

18 Pois visam exclusivamente a reparação das perdas e danos sofridos pelo credor decorrentes do atraso do devedor no cumprimento da obrigação tributária, uma vez que a função compulsória, invocada a respeito dos juros de mora, justamente para justificar prazos de contagem menores, como o anteriormente vigente de três anos, não tem mais qualquer suporte. No sentido do texto, v., por todos, Gian Carlo Messa, *L'Obligazione degli interessi e le sue fonti: teorie generali, interessi di mora, interessi compensativi, interessi convenzionali, il contratto di mutuo*, Società Editrice Libraria, Milano, 1911, p. 21 e ss. e 162 e ss., bem como o acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo n.º 4/2017, publicado no Diário da República (DR) n.º 180/2017, Série I de 2017/09/18. No sentido da natureza também compulsória dos juros de mora tributários, v., designadamente, José Manuel Cardoso da Costa. *Curso de Direito Fiscal.* 2. ed. Coimbra: Atlântida, 1972, p. 321 e ss.; e Jorge Lopes de Sousa. *Código de Procedimento e de Processo Tributário Anotado e Comentado.* 6. ed., vol. I. Áreas Editores, 2011, p. 703 e ss.

como as relativas à diminuição dos prazos gerais de caducidade da liquidação dos impostos e da prescrição das dívidas fiscais, que foram reduzidos para quatro e oito anos, respetivamente, como constam do n.º 1 do art. 45.º e do n.º 1 do art. 48.º da LGT.[19]

A necessidade de consolidação das contas públicas e o estado de necessidade económico-financeiro vivido aquando da alteração legislativa em análise, que, a seu modo, parecem ter estado na base da solução em causa, não podem obviamente sobrepor-se à ablação dos direitos dos contribuintes que uma tal medida representa, nem permitem apagar as fundadas razões que justificaram a limitação especial da contagem dos juros de mora ficais a três anos, face ao limite vigente para os juros de mora das outras dívidas ao Estado e demais entidades de direito público.

Uma diferenciação do limite da contagem de juros de mora das dívidas fiscais que fazia e faz todo o sentido manter intocada. Pelo que, a admitir-se a mera hipótese de, por força da difícil situação económico-financeira então vivida, se alterar esse limite, no sentido de aumentar o prazo da contagem de juros de mora, e uma vez ultrapassado com êxito, que temos como muito difícil para não dizer impossível, o primeiro dos três testes do princípio da proporcionalidade – relativo ao subprincípio da necessidade, demonstrando que esse aumento era, de entre todas as medidas possíveis a escolher, a menos lesiva dos interesses do contribuinte devedor que não controla o termo da mora – então faria sentido que o legislador tivesse aumentado o período em causa, uniformizando-o para o período de cinco anos previsto no Decreto-Lei n.º 73/99, mas obviamente nunca optar por uma medida que elimina por completo o limite da contagem então vigente. De resto, nunca se pautará por uma ideia de proporcionalidade, tenha esta a concretização ou conformação que tiver, uma medida que passa de oito para o oitenta, sem qualquer justificação e sem a mínima expressão de gradualismo.

Para além da total desproporcionalidade da eliminação do prazo de contagem dos juros de mora nas dívidas tributárias e da violação do princípio da igualdade, na sua vertente de proibição do arbítrio, que essa medida comporta, não deixa esta igualmente de penalizar o direito de acesso à justiça tributária, uma vez que, atendendo à elevada pendência e demora na resolução judicial dos litígios, com muita probabilidade o contribuinte verá aumentar desmesuradamente a sua dívida, pelo simples facto de ter a ousadia de aceder à justiça, o que o desmotiva e penaliza. Uma penalização que se revela ainda maior relativamente aos contribuintes que não disponham de meios financeiros para solver uma dívida tributária com a qual não concordam, que consideram ilegal e que, por isso mesmo, pretendem contestar, uma vez que nesses casos a

19 Pois os anteriores prazos de cinco anos, para a caducidade da liquidação, e de dez anos, para a prescrição da obrigação tributária, foram reduzidos para os atuais pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro, que aprovou a LGT.

contagem de juros de mora *sine die* pode inviabilizar em absoluto o direito fundamental de acesso ao direito e à justiça.

Impõe-se assim a conclusão no sentido de que, desta forma, a norma constante do n.º 2 do art. 44.º, da LGT, na redação introduzida pelo artigo 149.º da LOE/2012, que permite a cobrança de juros de mora sem limite temporal, restringe o *direito à igualdade*, na sua vertente de *proibição do arbítrio* (artigo 13.º da Constituição), discriminando negativamente os devedores fiscais face aos demais devedores do Estado e de outras entidades de direito público e, dentro dos próprios contribuintes, os detentores de menores recursos, e o *direito de acesso ao direito e aos tribunais*, na medida em que limita este direito em função das condições económicas dos contribuintes (artigo 20.º da Constituição). Restrições que se revelam inconstitucionais por violação dos limites aos limites dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, em concreto o *princípio da proporcionalidade em sentido amplo*, nos seus subprincípios da *necessidade* e *da proporcionalidade em sentido estrito* (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição).

Uma inconstitucionalidade que mais se reforça se tivermos em conta que a estas restrições dos direitos, liberdades e garantias dos contribuintes corresponderá, com toda a probabilidade, um efetivo enriquecimento sem causa da Fazenda Pública, dado que os juros de mora, a ser cobrados, atingirão um montante muito superior ao exigido pela natureza ressarcitória ou indemnizatória de tais juros. Enriquecimento sem causa a implicar a restituição do que injustamente foi obtido, que, embora não fosse necessária a sua consagração no direto público, bastando portanto a sua consagração geral no Código Civil,[20] tem, todavia, a sua previsão específica na alínea *m)* do n.º 1 do artigo 37.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Por conseguinte, a contagem de juros de mora a pagar pelos contribuintes em sede das obrigações tributárias sem um qualquer prazo limite máximo conduz a um resultado de todo inaceitável que, obviamente, viola de forma drástica os princípios constitucionais que foram referidos, revelando-se em total dissintonia com a própria ideia de Estado de Direito.

20 Que encontramos em diversos preceitos constantes dos artigos 473.º a 482.º.

A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

Jorge Miranda[1]

I - A FORMAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

1. 45 anos após a sua aprovação e através de múltiplas vicissitudes internas e externas, políticas, culturais, económicas e sociais, a Constituição de 2 de abril de 1976 tornou-se a Constituição portuguesa mais duradoura a seguir à Carta Constitucional, de 1842 a 1910.

Começada a elaborar em tempo de radicalismo revolucionário em Lisboa, acabaria por ser conformada em tempo de pacificação política tornada possível pelos acontecimentos de 25 de novembro de 1975. Continha, no texto inicial, formulações ideológicas próximas do marxismo (em sete ou oito artigos dos trezentos e doze) e mantinha ainda, a título transitório, o Conselho da Revolução.

Nada disso poderia prevalecer sobre:

- a afirmação da dignidade da pessoa humana como base da República, o Estado de Direito democrático e o pluralismo de expressão e organização políticas (artigos 1.º e 2.º);
- o primado dos direitos fundamentais em face da organização económica (Parte I do texto constitucional);
- extenso e rigoroso enunciado de direitos, liberdades e garantias e de direitos económicos, sociais e culturais (artigos 24.º e segs. e 58.º e segs.);
- a interpretação e a integração de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 16.º, n.º 2);
- o jus-internacionalismo, traduzido no princípio da equiparação de direitosdos não portugueses (artigo 15.º), na proibição de extradição quando o Direito do Estado requisitante preveja pena de morte ou outra de que resulte lesão irreparável da integridade física (artigo 33.º,

1 Professor Catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da UniversidadeCatólica Portuguesa.

n.º 6), o respeito dos direitos do homem nas relações internacionais (artigo 7.º, n.º 1);
- a prescrição da aplicação imediata dos direitos, liberdades e garantias e de direitos de natureza análoga (artigo 18.º, nºs 1 e 2);
- o princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, entre outros);
- a garantia de setores cooperativo e privado na economia (artigos 84.º e 85.º);
- a consagração de princípios gerais de Direito eleitoral (artigo 113.º);
- a institucionalidade dos partidos políticos e do direito de oposição democrática (artigo 114.º);
- a independência dos tribunais e a sua sujeição apenas à lei (artigo 204.º);
- o desenvolvimento da fiscalização da constitucionalidade (artigos 277.º esegs.).[2]

Este entendimento esteve, porém, longe de ser o único aduzido.

2. Com efeito, se a Constituição trouxe a estabilização política segundo um modelo institucional idêntico ou análogo ao das democracias ocidentais, a sua entrada em vigor não significou o apaziguamento ou o consenso constitucional no país. Pelo contrário, desde o início, o debate à volta da Constituição assumiu um relevo inédito, por vezes excessivo e, em 1980, quase dramático. Nem isso surpreende a quem evoqueo paralelo com outras épocas da nossa história contemporânea e, mais de perto, as vicissitudes e as sucessivas atitudes políticas que acompanharam a feitura da Constituição.[3]

Esse debate centrou-se sobre aspetos globais da obra constitucional: sobre o sentido normativo fundamental da Constituição, e em especial da Constituição económica;[4] sobre o seu caráter definitivo ou transitório; sobre os limites materiais de revisão constitucional; e sobre o modo de fazer a primeira revisão.

3. Quanto ao sentido fundamental da Constituição, desenharam-se quatro posições.

Para uns, o que haveria a realçar na Constituição seria o socialismo (ou a transição para o socialismo), o rumo para uma sociedade sem classes, o poder democrático das classes trabalhadoras, o controlo de gestão, a apropriação coletiva, a eliminação dos monopólios e dos latifúndios, as nacionalizações, o plano, a reforma agrária, as organizações populares de base[5].

2 V., sobretudo, *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura, princípios fundamentais*. Lisboa,1978.

3 Segundo o que consta do *Manual de Direito Constitucional*, I, 10. ed. Coimbra, 2014, p. 211 e segs.

4 Principalmente na perspetiva da adesão às Comunidades Europeias.

5 Assim, LUÍS CARVALHO OLIVEIRA. *A Constituição:* alguns conceitos fundamentais. Lisboa, 1976, e a orientação geral da revista *Fronteira,* editada no Porto, durante alguns anos, pela "Cooperativa de Defesa da Constituição".

Para outros, seria também o socialismo e, mais do que o socialismo, o caráter marxista[56] e a ditadura do proletariado;[67] mas, exatamente por isso, pronunciavam-se contra o texto de 1976.

Uma terceira leitura da Constituição, reconhecendo nela tanto um elementodemocrático quanto um elemento socialista, afirmava-os incompatíveis (senão por princípio, pelo menos pelo modo como se disporiam ou sobreporiam, sem coordenação, no articulado constitucional). A Constituição seria internamente contraditória e, naprática, ou não poderia funcionar ou poderia conduzir a qualquer tipo de soluçãopolítica e económica.[78]

Uma quarta maneira de ver era a dos que encontravam na Constituição igualmente esses elementos – a democracia ou a democracia política, pluralista e representativa, e o socialismo ou a democracia económica, social e cultural – como frutos de um determinado compromisso político e os procuravam interpretar e integrar sistematicamente através dos processos próprios do trabalho jurídico. Mas ainda aqui podiam distinguir-se cambiantes.[9]

Foi sempre esta última posição a que sempre defendi, apoiando-me no ponto firme que era e é a legitimidade democrática da Constituição. E foi ela que constantemente veio a ser adotada pela Comissão Constitucional.

4. A Constituição não fala em "período de transição".[10] No entanto, por a Plataforma de Acordo Constitucional entre o Conselho da Revolução e os partidos políticos de 26 de fevereiro de 1976 ter sido fonte imediata da parte III e da parte IV e por a Constituição prever um regime da primeira revisão diferente do das revisões ulteriores (menos difícil), estar-se-ia diante de uma Constituição transitória,[11] diante de uma Constituição destinada a vigorar por um período curto até essa primeira revisão ou novação constitucional.

---

6 MARCELLO CAETANO. *Constituições portuguesas.* 4. ed. Lisboa, 1978, p. 140.

7 PEDRO SOARES MARTINEZ. *Comentários* à *Constituição portuguesa de 1976.* Lisboa, 1978, *maxime* p. 14.

8 Foi a tese sustentada por MANUEL DE LUCENA. *O Estado da Revolução;* mais mitigadamente, por ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA. Da revisão constitucional ao "compromisso impossível"*, in Expresso,* de 19 de janeiro de 1980; e, mesmo após 1982, por RUI MACHETE. Os princípios estruturantes da Constituição e a próxima revisão constitucional. *Revista de Direito eEstudos Sociais*, 1987, p. 346, 357, 359 e 360, e, em termos radicais, por FRANCISCO LUCAS PIRES. *Teoria da Constituição de 1976,* cit., *maxime* p. 132 e segs., 184 e segs., 292 e segs. e 388.

9 Cfr., acentuando mais o elemento socialista, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit., maxime* p. 8, 50 e segs. e 189 e segs.; ou, inversamente, tendo-o por não cogente, ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO. Sistema financeiro e Constituição financeira no texto constitucional de 1976*. In*: *Estudos sobre a Constituição,* obra coletiva, III, p. 567 e segs.

10 E ao contrário do primeiro texto preparado pela 5.ª comissão da Assembleia Constituinte, em correspondência com a 1.ª Plataforma, de 13 de abril de 1975 (artigo 2.º, n.º 1).

11 ANDRÉ THOMASHAUSEN. Constituição e realidade constitucional. *Revista da Ordem dos Advogados*, 1977, p. 473 e segs.

Doutro prisma, a Constituição seria transitória, por incindível da transição para osocialismo a que ela própria se referia; seria uma Constituição para a transição para o socialismo e, logo que este objetivo estivesse alcançado, haveria de ser substituída por outra, determinada pelas relações sociais de produção que então viessem a prevalecer.[12]

Estas opiniões não eram suficientemente fundadas.

Por um lado, o ter sido a Plataforma uma das fontes da Constituição e o falar em "período de transição" só poderia implicar (como veio a implicar) uma consequência: a extinção do Conselho da Revolução na primeira revisão constitucional (correspondente ou subsequente ao período dito de transição). E essa consequência apenas prova (e provou) que a Constituição continha em si um princípio definitivo, o princípio democrático, em relação ao qual o Conselho da Revolução representava um desvio.

Por outro lado, regras específicas da primeira revisão eram a exigência de maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções (artigo 286.º, n.º 1), em vez de maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções (artigo 287.º, n.º 3); e a aproximada coincidência da atribuição à Assembleia da República de poderes de revisão com os termos da primeira legislatura e do primeiro mandato presidencial(artigos 286.º, n.º 1, 299.º, n.º 1, e 296.º). Mas estas regras justificavam-se por a primeira fase de vigência de qualquer Lei Fundamental equivaler a um tempo de experimentação e por a extinção do Conselho da Revolução exigir a reponderação do sistema de governo. Não permitiam concluir que se fosse passar de uma Constituição a outra.[13]

Quanto à "transição para o socialismo" tão pouco ela conferia à Constituição índole transitória, apenas lhe conferia (parcialmente) caráter programático. A transição não era exterior à Constituição formal e alterações de preceitos que viessem a ocorrer, por virtude disso, não afetariam a Constituição material.[14]

5. Tanto a Constituição não era transitória que enumerava explícitos limitesmateriais da revisão constitucional – quer dizer, princípios substantivos que deviam ser respeitados em ulterior modificação do seu texto. E à volta do preceito a eles referente(o artigo 290.º) uma larga polémica doutrinal (e política) se estabeleceu.

12 Divisa-se aqui um direto afloramento das conceções estalinistas da Constituição-balanço e Constituição-programa. Mas não foram só setores identificados com tais conceções que se serviram do argumento.

13 Significativo é ainda o facto de a matéria da revisão constitucional, que no parecer da Comissão de Sistematização da Constituinte era colocada em "Disposições finais e transitórias" (v. *Diário,* n.º 13, p. 272), no fim ter ficado a constituir o título II da parte IV.

14 Para maior desenvolvimento deste assunto, v. *A Constituição de 1976,* cit., p. 215 e segs.

O lugar indicado para analisar o problema, extremamente complexo, não pode ser, porém, este.[15] Por agora apenas se diga que cláusulas de limites materiais se encontram em várias Constituições (como na nossa de 1911, no seu artigo 82.º, § 2.4,a respeito da forma republicana de governo); o que distingue a Constituição de 1976 é prever um copioso elenco, abrangendo também princípios da organização económica.

6. Portugal pôde ratificar, dois anos depois da aprovação da Constituição, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e os seus Protocolos Adicionais.

Mais tarde, aderiu ou ratificou numerosos tratados internacionais de proteção da pessoa humana; ingressaria nas Comunidades Europeias, antecessoras da União Europeia; ratificaria o Tratado institutivo do Tribunal Penal Internacional.

A Constituição portuguesa influenciaria, em alguns pontos, as Constituições espanhola de 1978 e brasileira de 1988 e pode considerar-se largamente fonte das Constituições de Cabo Verde, da Guiné-Bissau, de São Tomé e Príncipe, de Angola e deMoçambique, ocorrida nesses países a democratização dos anos noventa, tal como fonte principal da Constituição de Timor independente.

7. O modo como se deveria fazer a primeira revisão constitucional foi, de todas as questões, a mais agitada. A despeito de a Constituição se ocupar *ex professo* do assunto, cometendo tal poder à Assembleia da República [artigos 164.º, alínea *a),* 169.º, n.º 1, e 286.º e segs.], houve quem invocasse a possibilidade ou a necessidade derecorrer ao povo através de referendo; foram apresentados um projeto de lei e uma proposta de lei de autorização legislativa tendentes à organização do referendo;[16] e a campanha eleitoral relativa à eleição presidencial em 1980 teve-o como tema primacial.

O referendo serviria para resolver o problema dos limites materiais da revisão constitucional, pois só o povo, titular da soberania, os poderia ultrapassar; ou paravencer o bloqueamento ideológico que a Constituição traria consigo; ou para eliminar a regra da maioria qualificada de dois terços para a aprovação de alterações à Constituição; ou ainda, na hipótese de não se formar na Assembleia da República a maioria qualificada exigida no artigo 286.º, para viabilizar a própria revisão.

Sendo, embora, diversas as funções esperadas do referendo, era comum a fundamentação: o princípio democrático – por o povo, por direito

15 V. *Teoria da Constituição.* Coimbra, 2020, p. 198 e segs.

16 V. *Diário da Assembleia da República,* I legislatura, 4.ª sessão legislativa, 2.ª série, n.ºs 69 e 74, p. 1140 e segs. e 1284 e segs., respetivamente; cfr. as impugnações que lhes foram dirigidas, *ibidem,* n.ºs 71 e 76, p. 1214 (2) e 1312.

natural (segundo alguns), estar acima da Constituição e esta mesma apelar para a participação direta e ativa dos cidadãos na vida pública (artigos 48.º e 112.º).

Mas a fraqueza jurídica dos argumentos era notória, à face dos cânones gerais de interpretação e das regras básicas do constitucionalismo ocidental (em que todo o poder público tem de estar previsto e contido em regras jurídicas e em que prevalecem os mecanismos representativos[17] e pluralistas).

No fundo o que estava em causa era ainda a oposição à Constituição; era, não já um processo para a modificar – o que pressupunha a aceitação das suas regras – mas umprocesso para a substituir; era saber se deveria ou não dar-se, e de que forma, rutura da ordem constitucional de 1976.

8. Os resultados da eleição presidencial de dezembro de 1980 resolveram este problema no sentido da inadmissibilidade do referendo (com risco de degenerar em plebiscito, na pior aceção do termo) e do respeito das regras constitucionais sobre revisão.[18]

9. A primeira revisão constitucional, em 1981 e 1982, efetuar-se-ia, pois, no respeito pela Constituição, em ambiente de participação. E extinto o Conselho da Revolução, os militares, pela primeira vez desde 1822, deixaram de intervir na vida política.

As revisões constitucionais subsequentes continuariam nessa linha.

Assim como um papel importante seria desempenhado pela jurisprudência, primeiro da Comissão Constitucional, de 1976 a 1980 e, depois, pelo Tribunal Constitucional, semelhante aos de vários países europeus, e posto a funcionar em 1982.

II - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, FUNDAMENTO DA REPÚBLICA

10. Por circunstâncias históricas de vária índole, a ligação jurídico-positiva entredireitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com os grandes textos internacionais e as Constituições subsequentes à Segunda Guerra Mundial.[19]

Surge na Carta das Nações Unidas (no preâmbulo); na Declaração Universal, ao afirmar-se que "o desconhecimento e o desprezo dos direitos do

17 V., por todos, o colóquio sobre revisão constitucional em que intervieram FRANCISCO LUCASPIRES, ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, JOSÉ MIGUEL JÚDICE e MARCELO REBELO DE SOUSA, *in Democracia e Liberdade,* n.º 16, novembro de 1980, p. 9 e segs.

18 Do mesmo modo que, em todas as eleições realizadas desde 1976, nunca o partido cujos deputados votaram contra a Constituição obteve maioria; ficou sempre abaixo dos 18%.

19 *Direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra, 2020, p. 225 e segs.

homem" tinham conduzido "a atos de barbárie que revoltaram a consciência da Humanidade e que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo" (preâmbulo); nos Pactos Internacionais de Direitos Económicos, Sociais e Culturais e dos Direitos Civis e Políticos (também nos preâmbulos); ou na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (preâmbulo e artigo 1.º).

Surge em resposta "aos regimes que tentaram sujeitar e degradar a pessoa humana" (preâmbulo da Constituição francesa de 1946) e quando se proclama que "a dignidade da pessoa humana é sagrada" (artigo 1.º da Constituição alemã de 1949). E vai constar depois das Constituições mais recentes.

11. Não foi, porém, nessa esteira das Constituições do segundo pós-guerra que a Constituição do regime autoritário de 1933 introduziu, na revisão constitucional de 1951, a expressão "dignidade humana" ao acrescentar ao artigo 6.º, como uma das incumbências do Estado "zelar pela melhoria das condições das classes sociais mais desfavorecidas, procurando assegurar-lhes um nível de vida compatível com a *dignidade humana*" (n.º 3); e a revisão de 1945 iria consagrar a "dignidade das pessoas"como limite à liberdade dos cultos (artigo 45.º). Apesar de representar um progresso, parecia prevalecer aí uma linha principalmente assistencialista e paternalista.

Bem diferente viria a ser a Constituição atual, ao declarar logo no artigo 1.º, a República "*baseada na dignidade da pessoa humana*". Ao dizer que "todos os cidadãos têm a mesma *dignidade social* e são iguais perante a lei" e ao reiterá-lo no artigo 26.º, n.º 2: "A lei estabelecerá garantias efetivas contra a utilização abusiva ou contrária à *dignidade humana*, de informações relativas às pessoas e famílias." No artigo 26.º,n.º 3: "A lei garantirá a *dignidade pessoal* e a identidade genética do ser humano…". No artigo 59.º, n.º 1, alínea *b)*: "Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: (…) *b)* À organização do trabalho em *condições socialmente dignificantes*, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar." No artigo 67.º, n.º 2, alínea *e)*: "Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: (…) *b)* Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a *dignidade da pessoa humana.*" Ou no artigo 206.º, ao admitir limites à audiência dos tribunais para *salvaguarda dadignidade das pessoas*.

12. A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na conceção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Pelo menos, de modo direto e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de *todas as pessoas*. No entanto, os demais direitos, ainda quando projetados em instituições, remontam também à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial.

Por outro lado, o princípio da participação democrática na vida coletiva – quer enquanto subjetivado em direitos individuais, os direitos políticos (artigos 48.º e segs.), quer enquanto elevado a um dos objetivos da educação (artigo 73.º, n.º 2), quer enquanto princípio estruturador da organização económica no tocante aos trabalhadores,aos empreendedores e aos consumidores [artigos 80.º, alínea *g)*, e 60.º, n.º 3], quer, finalmente, enquanto condição do sistema democrático (artigo 109.º) – alicerça-se no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais (artigos 2.º e 9.º). Não se prevê a participação pela participação; prevê-se e promove-se como expoente da realização das pessoas.

Para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa. A conjugação dos diferentes direitos e das normas constitucionais, legais e internacionais aeles atinentes torna-se mais clara a essa luz assim como o caráter inalienável e imprescindível dos direitos fundamentais.

O "homem situado" do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino.

Enfim, a jusfundamentalidade como critério para a admissibilidade de outros direitos afora os inseridos no texto constitucional pode ainda associar-se à ideia de respeito pela dignidade da pessoa humana.

13. O artigo 1.º da Declaração Universal precisa e explicita a conceção de pessoa da Constituição, recolhendo as inspirações de diversas filosofias e, particularmente, de diversas correntes jusnaturalistas: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência devemagir uns para com os outros em espírito de fraternidade."

Dotados de razão e de consciência – eis o denominador comum a todos os homens e mulheres em que consiste essa igualdade. *Dotados de razão e consciência* – eis o que, para além das diferenciações geográficas, económicas, culturais e sociais, justifica o reconhecimento, a garantia e a promoção dos direitos fundamentais. *Dotados de razão e de consciência* – eis por que os direitos fundamentais, ou os que estão no seu cerne, não podem desprender-se da consciência jurídica das pessoas e dos povos.

Devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade – eis o horizontede esperança aberto ou proposto a todos os seres humanos.

III - O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

14. Não basta enumerar, definir, explicitar, assegurar só por si direitos fundamentais; é necessário que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientados para a sua garantia e a sua promoção. Assim como não basta afirmar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade popular em qualquer momento; é necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade do futuro[20].

Em suma: é necessário que se não verifique incompatibilidade entre o elemento subjetivo e o elemento objetivo da Constituição; que os direitos fundamentais tenham um quadro institucional de desenvolvimento; que (na linha que, afinal, remonta a MONTESQUIEU) a garantia da liberdade se faça através da divisão do poder. A síntese destes princípios, o modelo ou a ideia em que se traduzem vem a ser o Estado de Direito.

Estado de Direito não equivale a Estado sujeito ao Direito, porque não há Estado sem sujeição ao Direito no duplo sentido de Estado que age segundo processos jurídicos e que realiza uma ideia de Direito, seja ela qual for. Estado de Direito só existe quando esses processos se encontram diferenciados por diversos órgãos, de harmonia com um princípio de divisão do poder, e quando o Estado aceita a sua subordinação a critérios materiais que o transcendem; só existe quando se dá limitação material do poder político; e esta equivale a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Citando de novo uma fórmula lapidar da Declaração Universal (do seu preâmbulo): "É essencial a proteção dos direitos do homem através de um *regime de direito* para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão."

Há elementos inerentes ao Estado de Direito que antecedem a formulação da ideia e até o constitucionalismo moderno, porque são essenciais à civilização jurídica (ou a *qualquer* civilização jurídica); a publicidade das leis, a sujeição dos governantesàs leis em vigor enquanto não sejam modificadas, a imparcialidade dos tribunais, a salvaguarda dos casos julgados.

Mas o artigo 16.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão identificaria os direitos individuais e a separação dos poderes com o cerne da Constituição e seria a partir daí que se desenvolveria o Estado de Direito ao longo do século XIX: a segurança como base da Constituição a par da liberdade e da propriedade (assim, entre nós, logo o artigo 1.º do texto de 1822), as garantias da liberdade e da segurança pessoal, a não retroatividade das leis, ou, pelo menos, das leis penais incriminadoras, o primado da lei e o princípio da

20 *Direitos fundamentais*, cit., p. 257 e segs.

legalidade da Administração, a ressalva dos atos administrativos constitutivos de direitos, a independência dos tribunais.

A seguir à Segunda Guerra Mundial surgiria aquilo a que se tem chamado *Estado de Direito material*, contraposto ao *Estado de Direito formal* do positivismo jurídico. Um Estado de direitos fundamentais e orientado para a justiça, em que avultam o princípio da constitucionalidade e a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade dos atos do poder, a consideração dos direitos fundamentais nos termos da Constituição e não nos termos da lei, o caráter restritivo das restrições a direitos fundamentais, os princípios da proporcionalidade, da tutela da confiança e da tutela jurisdicional efetiva,a reserva (absoluta) de jurisdição dos tribunais, a obrigatoriedade de execução das sentenças dos tribunais administrativos, a responsabilidade civil do Estado por danos causados pelos seus órgãos e agentes.

Como as coordenadas do Estado de Direito se desenvolvem todas segundo a linha dos direitos fundamentais, ele agora desenvolve-se a par do Estado social.

15. No caso português, se muitos dos elementos acabados de indicar aparecem, sob feições e em graus variáveis, ao longo das sucessivas Constituições, certo é que, em nenhuma, elas os ressaltam de uma forma tão clara e tão completa quanto na Constituição de 1976.

Para isso terão contribuído, por um lado, as deficiências e insuficiências manifestadas pela Constituição de 1933 e, sobretudo, a denúncia das perversões na sua aplicação prática, bem como, por outro lado, depois de 25 de abril de 1974, a resistênciaa graves desvios verificados em 1974 e 1975 e a necessidade de evitar a sua repetição. Terão concorrido ainda a convicção, que subsistiu sobretudo entre os advogados, dos princípios do Estado de Direito e, embora menos, o ensino e a investigação nas Universidades.

O texto inicial da Constituição procurou ser, pois, extremamente minucioso e cuidadoso no domínio dos direitos fundamentais e na organização do poder – não obstante só falar em Estado de Direito, em Estado de Direito democrático no preâmbulo e encerrar algumas normas controversas à sua luz. A revisão constitucional de 1982, por seu turno, definiu o regime político como Estado de Direito democrático (artigo 2.º), alargou ainda mais o quadro dos direitos, liberdades e garantias e os mecanismos de fiscalização e criou um Tribunal Constitucional. Enfim, as revisões de 1989 e de 1997 persistiram nessa linha, com especial incidência nos direitos dos administrados.[21]

À face do texto inicial da Constituição chegou a ser contestada a qualificação do Estado português como Estado de Direito, nomeadamente, por causa da atribuição ao Conselho da Revolução da competência para declarar a

21 V. os Autores indicados *in Fiscalização da constitucionalidade*, Coimbra, 2017, p. 20.

inconstitucionalidade de normas jurídicas com força obrigatória geral (artigo 281.º), da subsistência da Lei n.º 8/75, de 25 de julho (artigo 309.º), e da constitucionalização do Decreto-Lei n.º 621-B/74, de 15 de novembro (artigo 308.º).

Todavia, apesar de conter essas normas e de a aplicação retroativa de sanções criminais cominadas pela Lei n.º 8/75 ser, como sempre sustentei indiscutivelmente, violadora de princípios do Estado de Direito[22], tal não era suficiente para inquinar a qualificação. Não só as referidas normas apareciam com alcance e duração limitados como eram amplamente compensadas – se é lícito pensar em compensação nesta matéria – por importantíssimos avanços na consagração dos direitos fundamentais e no reforço dos meios jurisdicionais de garantia.

Entre os progressos no sentido do Estado de Direito (muitos deles desconhecidos da generalidade das Constituições e dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos do homem) trazidos logo em 1976 avultavam (frisando, de novo, alguns pontos já aflorados atrás) os princípios sobre a força jurídica dos direitos, liberdades e garantias(artigo 18.º) e o regime da sua suspensão (artigo 19.º), os limites materiais e a jurisdicionalização da extradição (artigo 23.º, n.º 4; hoje artigo 33.º, n.os 3 a 6), as garantias de direito e processo penais (artigos 27.º e segs.), a definição do conteúdo do *habeas corpus* (artigo 31.º), as garantias relativas à utilização da informática (artigo 35.º), o direito à objeção de consciência (artigos 41.º, n.º 5, e 276.º, n.º 3), a interdição dos despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos [artigo 52.º, alínea *b);* hoje artigo 53.º], a afirmação dos tribunais administrativos como verdadeiros tribunais (artigo 212.º), valendo para eles os princípios gerais sobre a execução das sentenças (artigo 210.º, n.º 2; hoje artigo 205.º, n.º 3), a consagração do Conselho Superior da Magistratura como órgão constitucional (artigo 223.º; hoje artigo 218.º), o princípio da imparcialidade da Administração (artigos 267.º, n.º 2; hoje 266.º, n.º 2), os princípios e regras sobre polícia (artigo 272.º), a inexistência de garantia administrativa (artigo 271.º, n.º 1).

16. Reportando-nos à Constituição, no articulado atual, firmam o Estado deDireito:

a) O sentido restritivo das restrições a direitos, liberdades e garantias(artigo 18.º, n.os 2 e 3);

b) Os princípios da segurança jurídica (artigos 18.º, n.º 3, 32.º, n.º 9, 102.º,n.º 3, 266.º, n.º 2, 280.º, n.º 3, e 282.º, n.º 4), da proporcionalidade (artigos 18.º, n.º 2, 19.º, n.os 4 e 8, 30.º, n.º 5, 50.º, n.º 3, 65.º, n.º 4, 266.º,n.º 2, 267.º, n.º 4, 270.º e 272.º, n.º 2) e da tutela jurisdicional efetiva dos direitos (artigos 20.º e 268.º, n.os 4 e 5);

22 Como sempre entendi: v. *A Constituição de 1976,* cit., p. 481 e segs., e *Manual...,* VI, 4. ed. Coimbra, 2013, p. 21-22.

c) O princípio de separação e interdependência dos órgãos de poder [artigos 2.º,112.º, n.º 1, e 288.º, alínea *j)*]; a distribuição de competências entre os órgãos governativos tendo em vista não apenas a prática de atos próprios, mas também o exercício de funções de fiscalização recíproca (entre outros, artigos 133.º, 134.º, 135.º, 136.º, 161.º, 162.º, 195.º, 231.º e 233.º); a competência legislativa genérica da Assembleia da República [artigo 161.º, alínea *d)*] e reservada, nomeadamente sobre direitos, liberdades e garantias, direito e processo penais, tribunais e magistratura (artigos 164.º e 165.º); a proibição de dissolução da Assembleia da República e de atos de revisão constitucional na vigência de estado de sítio ou de emergência (artigos 172.º,n.º 1, e 289.º) e a obediência das Forças Armadas aos órgãos competentes nos termos da Constituição e da lei (artigo 275.º, n.º 3);

d) A reserva aos tribunais da função jurisdicional, visto que eles são "os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo" (artigo 202.º)[23], e, assim, cabe-lhes defender os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados (artigo 202.º e ainda artigos 20.º, n.º 1, e 113.º, n.º 7); a independência dos tribunais [artigos 203.º e 288.º, alínea *m)*] e a obrigatoriedade das suas decisões para todas as entidades públicas e privadas (artigo 205.º, n.º 2); e a competência reservada dos tribunais judiciais, salvo em tempo de guerra a dos tribunais militares, para aplicar a lei criminal (artigos 27.º, n.º 2, 28.º,n.ºs 1 e 3, 30.º, n.º 2, 31.º, n.º 1, e 212.º); a proibição de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes(artigo 209.º, n.º 4); a inamovibilidade, a irresponsabilidade e as demais garantias dos juízes (artigos 216.º);

e) O exercício do poder político, a nível do Estado, das regiões autónomas e do poder local, com sujeição à Constituição [artigo 3.º, n.º 2 – inicial 115.º – e artigos 10.º, n.º 1, 108.º, 110.º, n.º 2, 111.º, n.º 1, 114.º, n.º 2, 223.º, n.º 2, alínea *f),* 225.º, n.º 3, 227.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b),* 234.º, n.º 1, e 241.º], dependendo a validade dos seus atos da conformidade com a Constituição (artigo 3.º, n.º 3); o poder de apreciação pelos tribunais da existência de inconstitucionalidade nos feitos submetidos a julgamento (artigo 204.º); a competência de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral pelo Tribunal Constitucional (artigo 281.º); o direito de resistência a ordens que ofendam os direitos, liberdades e garantias (artigo 21.º), o direito de não pagar impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição (artigo 103.º, n.º 3) e o direito de petição para defesa da Constituição (artigo 52.º, n.º 1); a fiscalização de inconstitucionalidade por ação ou por omissão de normas jurídicas como limite material da revisão constitucional [artigo 288.º, alínea *l)*];

23 Cfr. acórdão n.º 41 da Comissão Constitucional, de 9 de novembro de 1977, *in* apêndice ao *Diário da República* de 30 de dezembro de 1977.

f) A subordinação dos órgãos e agentes administrativos à Constituição e à lei com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé (artigo 266.º, n.º 2); os direitos e garantias dos administrados, designadamente a necessidade de fundamentação expressa dos atos que afetem direitos ou interesses legalmente protegidos (artigo 268.º, n.º 3) e a garantia do acesso à justiça administrativa (artigo 268.º, n.ºs 4 a 5); a observância das regras gerais sobre polícia e o respeito dos direitos, liberdades e garantias na prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado (artigo 272.º, n.º 3);

g) A responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes,por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem (artigo 22.º); em especial, o dever de indemnizar o lesado, em caso de privação de liberdade contra o disposto na Constituição e na lei (artigo 27.º, n.º 5) e de condenação criminal injusta (artigo 29.º, n.º 6); a responsabilidade civil e criminal dos titulares de cargos políticos (artigos 117.º, 130.º e 196.º); a responsabilidade civil, criminal e disciplinar dos funcionários e agentes pelas suas ações ou omissões de que resulte violação dos direitos ou de interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a ação ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica (artigo 271.º, n.º 1).[24]

17. Além destas regras, a jurisprudência formulou outras, deduzidas da própria ideia ou do conteúdo do Estado de Direito, tais como:

- A extensão ao ilícito de mera ordenação social e às sanções disciplinares, inclusive em Direito do trabalho, do princípio da proporcionalidade e mesmode alguns dos princípios fundamentais de Direito criminal *(v. g.*, *nulla poena sine lege)* e das garantias essenciais de defesa;
- A aplicação judicial das medidas de reeducação privativas da liberdade;
- Os princípios da igualdade processual das partes e do contraditório;
- A proibição de lei retroativa – para lá de lei restritiva de direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 3), de lei penal incriminadora (artigo 29.º, n.º 2) e de lei definidora de competência do tribunal (artigo 32.º, n.º 9) – que viole deforma intolerável a segurança jurídica e a confiança das pessoas, designadamente de lei tributária retroativa nessas condições;

24 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra, 2004, p. 243 e segs.; JORGE REIS NOVAIS. *Os princípios constitucionais da República Portuguesa*. Coimbra, 2004, p. 161 e segs.; MARIA LÚCIA AMARAL. *A forma da República.* Coimbra, 2005, p. 179 e segs.; JORGE BACELAR GOUVEIA. *Manual de Direito constitucional*, II, 5. ed. Coimbra, 2013, p. 697 e segs.

- A inadmissibilidade de privação retroativa do direito de interposição derecurso de decisões judiciais;
- O princípio da publicidade dos atos.

18. Quanto a *Estado de Direito democrático*, a expressão traduz a confluênciade Estado de Direito e democracia. Se, historicamente, surgiram sob influências e em momentos diversos, hoje uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de Direito – por imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e de respeito dos direitos das pessoas. O poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com a regra da maioria (artigos 2.º, 3.º, n.º 1, 10.º, n.º 1, 108.º, 114.º, n.º 1, 187.º,etc.), mas está subordinado – material e formalmente – à Constituição (citados artigos 3.º, n.º 2, 108.º, 110.º, n.º 2, 225.º, n.º 3, 266.º, 288.º etc.), com a consequente fiscalização jurídica dos atos do poder (artigos 3.º, n.º 3, 204.º, 268.º, n.º 4, 278.º e segs.).[25]

Há uma interação de dois princípios substantivos – o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais – e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão jurídica sobre a sua modelação. O equilíbrio (ou, se se preferir, a síntese, obtém-se através da harmonia sistemática de valores e princípios, bem como através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas.

À luz desta conceção, justifica-se definir o constitucionalismo como a teoria segundo a qual a maioria deve ser restringida para proteção dos direitos individuais. Já não configurar os direitos como trunfos contra a maioria. Nem os direitos fundamentais podem ser assegurados e efetivados plenamente fora da democracia representativa, nem esta se realiza senão através do exercício de direitos fundamentais. E se ocorrem tensões ou desvios, hão de ultrapassar-se no âmbito da Constituição e dos seus mecanismos de garantia.

19. Em segundo lugar, porém, Estado de Direito democrático parece quererssignificar um pouco mais. Pode significar Estado social de Direito.

Ele liga-se especificamente também à democracia económica, social e cultural, cuja realização é objetivo da democracia política (artigo 2.º, 2.ª parte); reporta-se ao relevo assumido pelos direitos económicos, sociais e culturais e pelas condições da sua efetivação [artigo 9.º, alínea *d)*, e artigos 58.º e segs.]; torna-se indissociável da vinculação das entidades privadas aos direitos, li-

25 *Direitos fundamentais*, cit., p. 266 e segs. Mas é bem melhor dizer *ordem constitucional democrática*, como diz o citado artigo 19.º, n.º 2.

berdades e garantias (artigo 18.º, n.º 1, *in fine*) e da subordinação do poder económico ao poder político democrático [artigo 80.º, alínea *a),* e artigo 81.º, alínea *e)*]; pretende-se um modelo mais exigente (não necessariamente mais original) de Estado de Direito – no confronto do dos países da Europa ocidental – quer no tocante aos direitos sociais quer no que tange aospróprios direitos de liberdade.

Afirmando a decisão de assegurar o primado do Estado de Direito democrático,a Constituição reitera do mesmo modo o primado do Direito – do Direito que justifica e organiza um Estado democrático e, concomitantemente, reflete e conforma uma sociedade que se aspira de pessoas livres e iguais. O Estado e a sociedade são, assim, qualificados pela sua integração pelo Direito e este é, por seu turno, posto perante a vivência dos fatores de vária ordem decorrentes daquela perspetiva.

Não é uma harmonia preestabelecida que se pretende conservar a todo o custo, é uma sociedade imperfeita que se pretende transformar no respeito de certas regras e com vista a certos objetivos. Não se negam os contrastes, os conflitos e os antagonismos de classes, de grupos, de gerações, de setores e de regiões; mas inserem-se tais contrastes numa visão dinâmica do processo social em que se espera a sua superação através de níveis crescentes de participação e desalienação – tudo dentro dum rigoroso quadro constitucional e na permanência dos valores que imprimem caráter e razão de ser à comunidade política.

IV - O SISTEMA DE GOVERNO SEMIPRESIDENCIAL

20. O sistema de governo de 1976 foi moldado com a preocupação maior de evitar os vícios inversos do parlamentarismo de assembleia da Constituição de 1911 eda concentração de poder da Constituição de 1933, e tendo como pano de fundo a situação institucional pós-revolucionária.

O ponto mais delicado dizia respeito ao lugar do Presidente da República, às suas competências e ao seu modo de eleição. Ele não devia ser um Presidente meramente representativo, nem um Chefe de Estado equivalente ao do regime autoritário, nem tão pouco (o que contrariaria a tradição constitucional portuguesa) um Presidente chefe do Poder Executivo. Mas tanto poderia ser um Presidente arbitral, embora com capacidade de intervenção efetiva, no âmbito de um parlamentarismo racionalizado, como um Presidente mais forte, regulador do sistema político, de tipo semipresidencial.

Optou-se pela segunda alternativa, desde logo, pela necessidade de compensar ou equilibrar o Conselho da Revolução, que iria subsistir durante alguns anos. E ainda por mais duas razões: pela dificuldade de instauração de um governo parlamentar após 50 anos sem Parlamento democrático e pela prefiguração de um modelo misto pela Lei n.º 3/74 (com Presidente da República, Governo e um Conselho de Estado, que fazia as vezes de assembleia).

Acrescia o modo de eleição, que não podia deixar de ser (após o desvio traduzido na 1.ª Plataforma de Acordo Constitucional) a eleição por sufrágio direto e universal, de resto prevista já no Programa do Movimento das Forças Armadas (C, 1). A sua reivindicação fazia parte desde 1958-1959 do património das reivindicações democráticas em Portugal. Só ela daria ao Presidente da República suficiente legitimidade para presidir ao Conselho da Revolução e, se fosse caso disso, para se lhe impor.[26] Ela serviria de contraponto de unidade em face da eventual fragmentação parlamentar resultante do princípio da representação proporcional – decorrente este, por seu turno, de uma exigência de garantia do pluralismo e de integração numa sociedade tão dividida como se apresentava a portuguesa.

Sobre tudo isto formara-se um consenso difuso na Assembleia Constituinte, nos principais partidos e na opinião pública nos últimos meses de 1975 e nos primeiros de 1976. E estas orientações viriam a ser consagradas na 2.ª Plataforma e no texto constitucional.

21. Os aspetos fundamentais a considerar eram, pois, os seguintes:

a) Existência de quatro órgãos políticos de soberania – Presidente d a República, Conselho da Revolução, Assembleia da República e Governo (artigo 113.º);

b) Atribuição ao Presidente da República, também presidente do Conselho da Revolução, sobretudo de poderes relativos à constituição e ao funcionamento de outros órgãos do Estado e das regiões autónomas, do poder de promulgação e veto e do poder de declaração do estado de sítio ou do estado de emergência (artigos 136.º e 137.º);

c) Condicionamento dos principais atos do Presidente da República pelo Conselho da Revolução (artigos 145.º e 147.º);

d) Sujeição a referenda ministerial apenas de certos atos do Presidente da República (artigo 141.º);

e) Atribuição à Assembleia da República, Parlamento unicameral (artigos 150.ºe segs.), sobretudo do primado da função legislativa (artigos 164.º, 167.º, 168.º e 172.º) e de funções de fiscalização do Governo e da Administração pública (artigo 165.º);

f) Consideração do Governo como o órgão de condução da política geral do país (artigo 185.º), sendo o Conselho de Ministros presidido pelo Presidente da República apenas a solicitação do Primeiro-Ministro [artigo 136.º, alínea *h*)];

g) Eleição direta do Presidente da República (artigo 124.º), com candidatos propostos por grupos de cidadãos (artigo 127.º) e em data nunca coincidente com a da eleição dos Deputados (artigo 128.º);

26 Mas isso explica, por outra parte, a circunstância de o primeiro Presidente eleito ter sido um militar.

h) Exigência de maioria absoluta para a eleição do Presidente da República (artigo 129.º);

i) Eleição dos Deputados à Assembleia da República segundo o sistema proporcional e o método de Hondt (artigo 155.º) e com candidaturas reservadas aos partidos (artigo 154.º);

j) Duração diferenciada do mandato presidencial – cinco anos (artigo 131.º) – e da legislatura – quatro anos (artigo 174.º) – e inelegibilidade do Presidente para terceiro mandato consecutivo e durante o quinquénio subsequente a segundo mandato consecutivo (artigo 126.º);

l) Incompatibilidade das funções de Deputado e de membro do Governo (artigo 157.º);

m) Sujeição da Assembleia da República a dissolução pelo Presidente da República, verificados certos requisitos, designadamente parecer favorável do Conselho da Revolução [artigos 136.º, alínea *e*), e 175.º];

n) Formação do Governo por ato do Presidente da República "tendo em contaos resultados eleitorais" (artigo 190.º), seguido da apreciação do seu programa pela Assembleia da República (artigo 195.º);

o) Responsabilidade política do Governo perante ambos os órgãos (artigo 193.º), não sendo, porém, necessária a confiança positivamente afirmada (pelo menos, da Assembleia) para que ele subsista, e bastando a não desconfiança explícita, exceto quando seja o próprio Governo a pedir umvoto de confiança (artigos 195.º a 198.º);

p) Proibição de dissolução da Assembleia da República por efeito de rejeição do programa do Governo, salvo no caso de três rejeições consecutivas (artigo 198.º, n.º 2) e, em contrapartida, dissolução obrigatória quando aAssembleia haja recusado a confiança ou votado a censura ao Governo, determinando por qualquer destes motivos a terceira substituição do Governo (artigo 198.º, n.º 3).[2627]

Da Plataforma de Acordo Constitucional viriam as regras correspondentes àsalíneas *a*), *b*) (em parte), *c*), *g*), *m*), *n*), *o*) (em parte) e *p*).

Dos trabalhos da Assembleia Constituinte as regras correspondentes às alíneas

b) (em parte), *d*), *e*), *f*), *h*), *i*), *l*) e *o*) (em parte).

22. É interessante fazer uma comparação com a Constituição da república francesa.

Entre as semelhanças contam-se a conceção do Presidente como órgão dinamizador das instituições e a do Governo como órgão de condução da política geral do país, o poder de dissolução do Parlamento, a tipicidade dos atos sujeitos à referenda e a eleição presidencial direta.

27 V. os Autores citados *in Manual de Direito Constitucional*, I, 2, 10. ed. Coimbra, 2014, p. 198 e segs.

As diferenças apresentam-se, porém, mais significativas:

a) Em Portugal, a eleição do Presidente da República não pode efetuar-se nos sessenta dias anteriores ou posteriores à data das eleições para a Assembleia da República; na França, desconhece-se esta regra de não simultaneidade das duas eleições e, portanto, dos seus resultados políticos;

b) Em Portugal, o Governo responde tanto perante o Presidente como perante o Parlamento e o Primeiro-Ministro pode ser demitido pelo Presidente; não na França, juridicamente (mas politicamente sim, salvo em período de "coabitação");

c) Na França, o Presidente preside ao Conselho de Ministros e nomeia osfuncionários civis e militares; em Portugal só pode presidir ao Conselho de Ministros a pedido do Primeiro-Ministro (o que assegura uma mais completaseparação entre os dois órgãos);

d) Na França, o Presidente tem poder de decisão de referendo e pode tomar medidas extraordinárias em estado de necessidade; não em Portugal;

e) Em Portugal, existe um órgão de condicionamento do Presidente da República; não na França.

23. Na primeira revisão constitucional, para lá da extinção do Conselho daRevolução, mencionem-se:

- A não reelegibilidade do Presidente da República, em caso de renúncia, nas eleições que se realizem no quinquénio imediatamente subsequente (artigo 126.º, n.º 2);
- O alargamento de sessenta para noventa dias da regra de não simultaneidade da eleição do Presidente da República e das eleições para a Assembleia da República (artigo 128.º, n.º 2);
- A criação do Conselho de Estado como órgão consultivo do Presidente da República [artigos 136.º, alínea *a*), e 144.º e segs.];
- A dependência da dissolução da Assembleia da República apenas de audiçãodos partidos e de parecer do Conselho de Estado [artigo 136.º, alínea *e*)], em vez de parecer *favorável* do Conselho da Revolução (como era dantes), e a supressão das regras atinentes a crises ministeriais (anteriores n.os 2 e 3 do artigo 198.º); mas, em contrapartida, a proibição de dissolução nos seismeses posteriores à eleição da Assembleia e nos seis últimos do mandato do Presidente (artigo 175.º, n.º 1);
- A demissão do Governo pelo Presidente da República só quando tal se torne necessário para assegurar "o regular funcionamento das instituições democráticas" [artigos 136.º, alínea *g*), e 198.º, n.º 2];
- A regulamentação mais precisa do poder de veto (artigos 139.º e 235.º);
- A transferência para a Assembleia da República ou para a sua Comissão Permanente da competência para autorizar a declaração de guerra

e do estado de sítio ou do estado de emergência [artigos 138.º, alínea *c*), 141.º e 164.º, alíneas *j*) e *l*)];

- A limitação do Governo, antes da apreciação do seu programa pela Assembleia, à prática dos atos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos (artigo 189.º, n.º 5) e a possibilidade de ele solicitar a aprovação de um voto de confiança a quando dessa apreciação (artigo 195.º, n.º 3);
- A definição geral das relações entre o Governo e o Presidente da República em termos de "responsabilidade", e não já de "responsabilidade política" (artigos 193.º e 194.º);
- A prescrição da demissão do Governo por virtude do início de nova legislatura e de aprovação de uma moção de censura, e não já de duas (artigo 198.º, n.º 1);

24. Na prática, o sistema tem-se traduzido em:

a) Nenhum Governo se tem podido formar ou subsistir senão como emanação ou expressão da situação parlamentar, tendo sido sempre respeitados os resultados eleitorais (artigo 187.º, n.º 1 da Constituição, inicialmente 190.º, n.º 1);

b) O Presidente tem reservado, porém, para si a definição das condições e do termo da subsistência dos Governos (numa posição ativa, e não meramente declarativa, como seria em sistema parlamentar);

c) Salvo uma única vez, o Presidente da República nunca deixou de nomear Primeiro-Ministro o dirigente político indicado pelo partido com maioria absoluta ou relativa;

d) Tal não significa, porém, que, em casos extremos de impossibilidade de formação de Governo com base num partido ou numa coligação ou concertação de partidos, o Presidente não possa nomear um Governo de "iniciativa presidencial", como sucedeu em 1978 e 1979 – só que tendo esse Governo sempre de não ter o seu programa rejeitado pela Assembleia;

e) Embora não seja a isso constitucionalmente obrigado, o Presidente da República tem quase sempre nomeado os membros do Governo propostos pelo Primeiro-Ministro e só, em raríssimos casos, tem provocado a demissão de um membro do Governo;

f) Formado qualquer Governo e salvo em caso de crise, o Presidente, mais preocupado com o equilíbrio político geral, tem guardado sempre perante ele um maior ou menor distanciamento;

g) Este último ponto, assim como a menor afirmação do Parlamento (por causas históricas antigas e por dificuldades atuais de funcionamento), têm contribuído para o avultar do papel do Governo, órgão de direção da política geral do país (artigo 182.º da Constituição) e, quando de Governo maioritário, para a tendência para uma "governamentalização" do sistema.

V - AS AUTONOMIAS REGIONAIS E LOCAIS

25. Sem prejuízo de Portugal continuar a ser um Estado unitário (art. 6.º), a Constituição eleva os Açores e a Madeira a regiões autónomas, dotadas de estatutos político-administrativos e de órgãos de governo próprios.

As duas regiões gozam de largos poderes legislativos e executivos fundados nas suas características geográficas, económicas, sociais e culturais e nas históricas aspirações autonómicas das suas populações (arts. 225.º e segs.). Poderes exercidos por assembleias legislativas eleitas por sufrágio universal e por governos regionais perante elas responsáveis (arts. 231.º e segs.).

Noutro âmbito – só administrativo – situam-se os princípios da subsidiariedade e da autonomia das autarquias locais e municípios, freguesias, regiões administrativas (estas, lamentavelmente ainda não criadas, quando seria possível aproveitar as áreas das comissões de coordenação e desenvolvimento regional do Continente).[28]

26. No texto inicial da Constituição, mantinha-se a fiscalização concreta, difusae incidental vinda da Constituição de 1911 (artigo 63.º) e da Constituição de 1933 (artigo 122.º, depois 123.º).[29]

Todavia, ele só valia plenamente para normas não inseridas em leis, decretos regulamentares e diplomas equiparáveis (artigo 282.º, n.º 3). Para as outras normas, as mais importantes do ordenamento jurídico, a fiscalização difusa sofria a compressão decorrente da existência da Comissão Constitucional – a fiscalização difusa, não a fiscalização jurisdicional, pois que a Comissão, como órgão de julgamento, era um verdadeiro tribunal (artigos 282.º e 283.º, n.º 3).

Quanto à fiscalização abstrata pelo Conselho da Revolução, o seu regime diferenciava-se bem do regime do artigo 91.º, n.º 2, da Constituição de 1933 (no texto de 1971) em dois pontos do maior vulto. Enquanto que, na Assembleia Nacional de1971 (ou no Conselho de Estado de 1974 ou no Conselho da Revolução de 1975), qualquer dos membros a promovia, agora o Conselho não tinha iniciativa, tinha de decidir a instância de certos órgãos (dotados de um direito de ação *latissimo sensu*) – o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Provedor de Justiça, o Procurador-Geral da República e, no tocante aos direitos constitucionais das regiões autónomas, as assembleias regionais.

Enquanto que na Constituição de 1933 (quer no artigo 91.º, n.º 2, quer no artigo 123.º, § único, depois § 2.º), a Assembleia fixava ela própria os efeitos da inconstitucionalidade (salvo o respeito dos casos julgados), agora

28 Sobre toda esta matéria, v. *Manual de Direito Constitucional*, III, 6. ed. Coimbra, 2010, p. 301 e segs. e 219 e segs., e autores citados.

29 Sigo aqui *Fiscalização da constitucionalidade.* Coimbra, 2017, p. 155 e segs. e 279 e segs.

ao Conselho da Revolução era vedado fixar tais efeitos – isso competia às autoridades com poder de decisão no caso concreto e, em última palavra, aos tribunais;[30] o Conselho limitava-se a declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral; e algo de semelhante se passava com a Comissão Constitucional (artigo 44.º, n.º 1, do estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 503-F/76, de 30 de junho).

Enfim, fiscalização *a posteriori* vinha a ser também a nova figura de fiscalização (não de inconstitucionalidade, naturalmente) criada pela Constituição: a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (artigo 279.º), cujo processo era de iniciativa do Conselho da Revolução, compreendia um parecer da Comissão Constitucional e terminava, quando fosse caso disso, com uma recomendação do Conselho ao órgão legislativo competente.

27. Comissão Constitucional foi o primeiro órgão especifico de garantia daConstituição, o primeiro órgão instituído apenas para isso, em todo o constitucionalismo português[31] e a sua composição avizinhava-se da composição corrente em Tribunais Constitucionais, pois, dos seus nove membros, quatro eram juízes, designados pelo Supremo Tribunal de Justiça (um) e pelo Conselho Superior da Magistratura (três); e cinco, não juízes, designados pelo Presidente da República (um), pelo Conselho da Revolução (três) e pela Assembleia da República (um).

Não se tratava, porém, de um tribunal constitucional. Em primeiro lugar, porque desempenhava funções auxiliares de outro órgão, aliás de grande importância como se sabe. Em segundo lugar, porque, mesmo enquanto tribunal com concentração de competência em matéria de inconstitucionalidade, não estava investido de um poder exclusivo (ou prevalecente), nem de um poder genérico de decidir sobre a inconstitucionalidade de normas jurídicas: coexistia a par dos tribunais e só conhecia da inconstitucionalidade de certas normas.

Por causa da sua circunscrita intervenção houve quem tivesse afirmado que a Comissão não teria por razão de ser tanto defender a Constituição quanto defender o poder legislativo contra o "governo dos juízes". A explicação bem podia, contudo, ser diversa. O que se visaria seria essencialmente submeter a uma instância especializada as questões mais relevantes de inconstitucionalidade; e, para lá disso, abrir caminho, através da conjugação com o artigo 281.º, n.º 2, à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das correspondentes normas de Direito ordinário.

30 V. a demonstração no parecer n.º 3/78, de 19 de janeiro, da Comissão Constitucional, *in Pareceres*, IV, p. 229 e segs.

31 Para uma visão geral, v. *Recordando a Comissão Constitucional*. Lisboa, 2019.

28. Nem por isso deixaria a Comissão Constitucional de vir a desempenhar um papel centralíssimo no sistema:

- porque o Conselho da Revolução seguiu, na imensa maioria dos casos,[32] os seus pareceres (em 213 só não seguiu em 13);
- e porque, despertada finalmente a fiscalização difusa, subiram à Comissão centenas de recursos (e ela viria a emitir 481 acórdãos entre 1976 e 1983).

Adotando uma linha interpretativa moderada da Constituição económica (de integração sistemática com a Constituição política), deslindando, pela primeira vez, as normas de competência legislativa e formulando uma jurisprudência aberta no domínio dos direitos fundamentais, a Comissão contribuiu, significativamente, para o desenvolvimento constitucional e para a salvaguarda das instituições democráticas em período ainda marcado por contrastes pós-revolucionários.

29. O tema da fiscalização da constitucionalidade foi dos temas mais discutidos da revisão constitucional de 1981-1982, em virtude de a prevista extinção do Conselho da Revolução obrigar a reponderar o sistema e haver uma mais ou menos clara consciência de que o equilíbrio dos órgãos do poder e o sentido das normas constitucionais iriam depender do modo como a garantia viesse a ser estruturada e postaem ação.

Em teoria, o legislador da revisão gozava de uma grande margem de liberdade para escolher o sistema que considerasse mais adequado, salvo o imperativo de conservação da fiscalização tanto da inconstitucionalidade por ação quanto da inconstitucionalidade por omissão [citado artigo 290.º, alínea *m)*]. Na prática, encontrava-se condicionado (como não podia deixar de ser) pelo sistema vindo de 1976 e pelos seus resultados.

Não se regressou, pois, pura e simplesmente, ao modelo da fiscalização difusa, nem se substituiu o Conselho da Revolução por um novo órgão político. Entendeu-se que era altura de formar um Tribunal Constitucional como órgão de contencioso de normas jurídicas que receberia as competências do Conselho, da Comissão Constitucional e, relativamente a atos respeitantes às regiões autónomas (segundo a Lei n.º 15/79, de 19 de maio), do Supremo Tribunal Administrativo. Mas não se recortou o acesso ao Tribunal Constitucional na fiscalização concreta em termos idênticos aos que são adotados na generalidade dos países em que existe concentração por reenvio prejudicial.

30. Se a criação do Tribunal Constitucional foi aceite quase pacificamente – até por constar de dois projetos de revisão subscritos por Deputados de

32 E não apenas *com frequência* (como escreve CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Justiçaconstitucional*. 2. ed. Coimbra, 2011, p. 1441).

partidos que atingiam a maioria de dois terços[33] – algumas questões graves dividiam, à partida, os projetos de revisão submetidos a discussão da Assembleia da República.

Eram elas:

a) A manutenção ou não da fiscalização preventiva;

b) A manutenção ou não da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão;

c) A manter-se a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão saber se deveria competir a um Conselho da República, ouvido o Tribunal Constitucional, por analogia com o sistema de 1976, ou se devia competir ao Tribunal Constitucional, por analogia com a fiscalização abstrata sucessiva;

d) O regime de intervenção do Tribunal Constitucional na fiscalização concreta,se se preferir manter, ou manter com alterações, o regime de recursos de 1976.

No tocante à composição do Tribunal Constitucional, havia diferenças entre os projetos de revisão constitucional, e um ponto comum: a diversidade de origem ou de designação dos juízes. Mais tarde, porém, quase nos termos da revisão, a situação modificar-se-ia por via de acordo extraparlamentar; e, à volta deste ponto, abrir-se-ia também largo debate.

31. Estas cinco questões básicas viriam a ser decididas dos seguintes modos:

a) Manteve-se a fiscalização preventiva, com algumas modificações – por, na experiência do primeiro período constitucional, as suas vantagens se terem revelado superiores aos inconvenientes;

b) Manteve-se a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão – de resto, limite material da revisão constitucional;

c) Organizou-se a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão por via de decisão declarativa do Tribunal Constitucional – por aproveitamento do esquema paralelo da fiscalização sucessiva de normas e por o Conselho de Estado então criado ou restaurado não ter senão funções consultivas doPresidente da República (novo artigo 148.º do texto constitucional);

d) Para efeito de fiscalização concreta, configurou-se o Tribunal Constitucional como tribunal de recursos, mas em moldes bastante mais abertos do que, antes, a Comissão Constitucional – por compromisso entre os diversos projetos de revisão;

e) Estabeleceu-se uma composição deste Tribunal com 10 membros eleitos pela Assembleia da República, por maioria de dois terços de Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade

33 Projetos da Aliança Democrática e da Frente Republicana e Socialista, além do projeto (depoisretirado) da Ação Socialdemocrata Independente.

de funções, e 3 outros cooptados por aqueles – e devendo 6 dos juízes ser escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas.

Imediatamente a seguir à revisão, foi aprovada a lei relativa à organização, ao funcionamento e ao processo do Tribunal: a Lei n.º 28/82, de 15 de novembro,[34] já alterada várias vezes.

É este, no essencial, o sistema que perdura até hoje.

32. A revisão constitucional de 1989 também atingiu alguns aspetos da justiça constitucional, quer no tocante ao Tribunal Constitucional, quer no tocante ao próprio regime substantivo e processual de fiscalização.

Uma primeira modificação foi de ordem sistemática: entendeu-se que se justificava autonomizar o seu estatuto e transferir para aí as normas organizatórias até então localizadas na parte IV (de "Garantia e revisão da Constituição").

Nesse novo título (o VI da parte III da Constituição), as principais inovações trazidas pela revisão constitucional frente ao texto anterior a 1989 foram as seguintes:

- A definição do Tribunal Constitucional (artigo 223.º, hoje 221.º);
- A possibilidade de a Assembleia da República eleger como juízes do Tribunal Constitucional mais de três juízes dos restantes tribunais, e não apenas três como acontecia desde 1982 (artigo 224.º, n.º 2, hoje 222.º, n.º 2);
- A constitucionalização das competências de jurisdição eleitoral e de partidos e a extensão aos referendos nacionais da competência já prevista para os referendos locais [artigo 225.º, n.º 2, alíneas *c)*, *e)* e *f)*];
- A explicitação da possibilidade de funcionamento por secções não especializadas não só para efeito de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade mas também para o exercício de outras competências, salvo a fiscalização abstrata (artigo 226.º, n.º 2, hoje 224.º, n.º 2);
- A previsão de recurso para o plenário do Tribunal Constitucional de decisões contraditórias no domínio da mesma norma (artigo 226.º, n.º 3, hoje 224.º, n.º 3) – inovação, como é evidente, destinada a propiciar a harmonia de julgados, superando uma anterior omissão ou deficiência do regime do Tribunal.

Por outro lado, em sede de direitos fundamentais, ficaria consignado – numa perspetiva de certa abertura – que "para defesa dos direitos, liberdades

34 Os textos relativos à elaboração desta lei foram publicados pela própria Assembleia da República, *Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional*. Lisboa, 1984. Cfr. de BARBOSA DE MELO e CARDOSO DA COSTA. *Projecto de lei sobre a Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional*. Coimbra, 1985.

e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e pela prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaça ou violação desses direitos" (novo artigo 20.º, n.º 5). É uma norma da mesma *ratio* da apreciação judicial da prisão preventiva (artigo 28.º da Constituição) e do *habeas corpus* (artigo 31.º).

33. A revisão constitucional de 2001 (provocada pelo Tribunal Penal Internacional) não tocou na matéria da fiscalização da constitucionalidade e também não a de 2005, só respeitante aos tratados da União Europeia. Já não a de 2004, em que as alterações feitas no sistema das regiões autónomas implicaram:

a) Por se ter deixado de consagrar (pelo menos explicitamente) a figura de leis gerais da República (anterior artigo 112.º, n.º 5), o desaparecimento do controlo pelo Tribunal Constitucional da conformidade dos decretoslegislativos regionais com os seus princípios fundamentais [anteriormente, artigo 280.º, n.º 2, alínea *b)*, e artigo 281.º, n.º 1, alínea *c)*];

b) Também, por arrastamento, o desaparecimento da fiscalização preventivados decretos regulamentares de regulamentação das leis gerais da República (artigo 278.º, n.º 2).

34. A lei orgânica do Tribunal Constitucional admite dois tipos de recursos tendo por objeto as relações de desconformidade entre normas internas e normas internacionais [artigo 70.º, n.º 1, alínea *g)*]:

- recursos das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento em mera contrariedade comuma convenção internacional ou, como se vai dizendo, em inconvencionalidade;
- recursos das decisões dos tribunais que apliquem uma norma constante deato legislativo em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional.

A primeira hipótese é homóloga da da alínea *a)* do artigo 280.º, n.º 1, da Constituição.

A segunda aproxima-se do caso previsto no artigo 280.º, n.º 5, mas com uma diferença: no artigo 280.º, n.º 5, há a aplicação de uma norma anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional; aqui, a decisão do Tribunal Constitucional tanto pode ter sido no sentido da contrariedade como da não contrariedade entre lei e convenção.

35. Desde a dissertação *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, passando por projetos constitucionais apresentados em 1975 e em 1980 e por várias intervenções parlamentares e académicas, tenho propendido para o sistema europeu de reenvio prejudicial.

No entanto, vários autores reconhecem que o sistema misto vigente desde 1976 tem funcionado de modo globalmente positivo e que se tornou paradigmático dos principais Estados de língua portuguesa. A introduzirem-se reformas de fundo na fiscalização da constitucionalidade há outras áreas em que elas se mostram mais prementes.

Impressionam-me, sobretudo, o seguinte: 1.º) o sistema propicia o acesso direto dos cidadãos à garantia da Constituição, através do direito de invocação de inconstitucionalidade e da obtenção de uma decisão em qualquer tribunal (um verdadeiro direito, liberdade e garantia, insista-se); 2.º) torna, por isso, todos os juízes corresponsáveis pela Constituição, juízes constitucionais.

Em contrapartida, não podem ser ignorados os abusos de recursos e reclamações para o Tribunal Constitucional, banalizando-os para além do razoável ou aproveitando-os para dilação de processos. Mas a isso cabe atalhar através do agravamento dos requisitos e das sanções contra litigantes de má-fé e através de uma eventual reconsideração da regra geral do efeito suspensivo. E cabe ainda perguntar se um sistema de reenvio – com decisão da questão pelo Tribunal Constitucional, sem a filtragem decorrente de os recursos previstos no artigo 280.º, n.º 1, alínea *b)*, apenas serem admitidos depois de esgotados os recursos ordinários (artigo 70.º, n.º 2, da Lei n.º28/82) – não levaria a muitos mais processos naquele Tribunal do que presentemente sucede.

36. De resto, parecem-me mais convincentes do que os argumentos a favor:

1) Através do direito de petição e queixa perante o Provedor de Justiça (artigo 23.º da Constituição), órgão de iniciativa da fiscalização da inconstitucionalidade por ação e por omissão [artigos 281.º, n.º 2, alínea *d)*, e283.º, n.º 1], os cidadãos podem levar ao Tribunal Constitucional quaisquer questões de direitos fundamentais; de certo modo, a filtragem operada na Provedoria funciona como equivalente à que é feita nos Tribunais Constitucionais com "recurso de amparo" e "queixa constitucional";

2) A experiência mostra que a grande maioria das decisões do Tribunal

CONSTITUCIONAL VERSA SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

37. A dificuldade está em que, não obstante o entendimento alargado que tem sido dado a normas jurídicas,[35] não se torna possível impugnar no Tri-

35 Ao invés, a queixa perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por importante que seja na perspetiva da proteção internacional, não é sucedâneo daquele recurso ou daquela queixa, visto que o Tribunal Europeu não anula, nem revoga as decisões dos tribunais internos; apenas julga se houve ou não violação de direitos consignados na Convenção Europeia e nos seus Protocolos adicionais e, em caso positivo, concede à vítima uma reparação razoável.

bunal Constitucional nem atos da Administração nem decisões jurisdicionais ofensivas de direitos fundamentais.

Quanto aos atos da Administração, porém, os remédios contenciosos oferecidos pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos afiguram-se satisfatórios, sejamas intimações (artigos 97.º e segs.), sejam as providências cautelares (artigos 112.º e segs.). E quanto às decisões dos tribunais em geral as vias de recurso igualmenteprestam suficientes garantias. Restam as decisões dos Supremos Tribunais e as decisões de outros tribunais que não admitam recurso ordinário; e tem havido casos em que, chocantemente, a sua falta é manifesta[36].

Por isso, tenho propugnado desde há alguns anos pela consagração de um recurso – chame-se extraordinário ou não – de tais decisões para o Tribunal Constitucional, quando arguidas de violação de direitos, liberdades e garantias ou de direitos de natureza análoga.

36 Cfr., por exemplo, o caso do acórdão n.º 357/2009, de 8 de julho, *in Diário da República*, 2.ª série, de 17 de agosto de 2009.

Kiyoshi Harada - la Scienza Giuridica Tributaria

Ana Claudia Barbuda - Giornalista[1]

Partecipare a questa opera letteraria è un grande onore, perché se tratta di un riconoscimento a uno dei maggiori giuristi dell'America Latina.

Nel processo *tributario,* Kiyoshi Harada ha sempre riconosciuto l'importanza al ruolo dei giuristi come analisti sociali e come forza razionalizzatrice della società. Per questo il suo continuo discorrere in pubblico, nei convegni giuridiche, nelle riunioni politiche, nei dibattiti giornalistici, dei temi dello Stato e della società. Harada è innanzitutto, uno studioso prestato alla politica, è stato progettista di molte nuove leggi, consulente ascoltato, legislatore, ed ha aperto una nuova stagione di riforme tributaria.

Una vita tra lo studio e l'impegno civile, con oltre 50 anni di esperienza, Kiyoshi Harada è uno dei nomi più famosi nel diritto tributario e nel diritto finanziario dell'America Latina. È stato Capo della Consulenza Giuridica della città di San Paolo in Brasile. È autore di numerosi lavori giuridici e Professore Ordinario di diritto Amministrativo, Finanziario e Tributario presso diversi istituti di istruzione superiore. È membro dell'Academia Paulista di Lettere Giuridiche, dell'Academia Paulista di Diritto, dell'Academia Brasiliana di Diritto Tributario, della Rete Internazionale di Eccellenza Giuridica e Presidente dell'Istituto Brasiliano di Studi in Diritto Amministrativo, Finanziario e Tributario – IBEDAFT.

Autore di non meno 36 opere individuale e più di 50 collettiva di diritto amministrativo, tributario e finanziario, in modo didattico e completo, affronta i quattro principale oggetti del diritto finanziario: spesa pubblica, entrate pubbliche, bilancio e credito pubblico. Il sistema tributario nazionale, nonché le materie connesse, come quelle amministrative e procedimenti tributari giudiziari e reati tributari, mettendo sempre in evidenza aspetti controversi. Harada aggiunge sempre la sua analisi al dovere di pagare le tasse - implicito nella Costituzione; riesamina il pertinente concetto di esenzione alla luce della moderna dottrina; aggiorna la giurisprudenza delle giurisdizioni superiori, in particolare l'STF, che addirittura ha modificato la sua concezione della segre-

1 Presidente dell'Istituto di Diplomazia Europea e Sudamericana.

tezza dei dati, determinando un impatto sulle indagini penali. Sempre aggiornato e migliorato nella visione critica della realtà sociale che influenza l'ordinamento giuridico nel suo insieme, con la sua proposta di Riforma Tributaria. E proprio per questo è considerato un luminare sia come maestro universitario del diritto finanziario, sia quando dialoga con l'opinione pubblica in un ambito più vasto.

Un grande giurista ispiratore della Riforma Tributaria, nel campo degli studi Kiyoshi Harada ha aperto nuovi orizzonti, ampliato l'area delle analisi, moltiplicato i punti di vista, invogliato ad usare tecniche nuove. Ha dato un colpo definitivo al formalismo e al concettualismo. La scelta degli scritti risponde a più di un criterio, e ognuno di questi criteri presenta temi l'opera di un giurista che ha spaziato in quasi tutti i campi del diritto amministrativo, finanziario e *tributario*, che messo sullo stesso piano scritti maggiori e scritti minori, studi impegnativi e lavori redatti in modo cursorio.

Harada è sempre stato convinto dell'unità del diritto e del carattere sostanzialmente sistematico del lavoro scientifico. Quasi tutti gli scritti sono divisi in paragrafi, le pagine tratte dal libro "Direito Financeiro e Tributario" e "*Sistema tributário na constituição de 1988*: *tributação progressiva*", che consente di comprendere bene il passaggio da un argomento ad un altro. Entrambi i libri, promuove un'analisi critica del Sistema Tributario Nazionale Brasiliano, analizzando ciascuno dei principi costituzionali tributari, soffermandosi sugli aspetti controversi e proponendo la soluzione più attendibile per ciascuna problematica evidenziata. Osservando sotto questo aspetto le *opere letterarie* di Kiyoshi Harada, possono *essere considerati* le nuove frontiere o tendenze metodologiche del diritto finanziario o del diritto tributario.

LA SCIENZA GIURIDICA TRIBUTARIA

Per comprendere quale può essere, il ruolo e la funzione dei giuristi tributari che si dedicano allo studio scientifico dei tributi. Partiamo dal metodo che riguarda l'individuazione dell'oggetto proprio della conoscenza scientifica degli studiosi di diritto tributario, e che pervenne alla conclusione che tale oggetto fosse rappresentato dai "tributi", che però erano studiati nell'ambito di altre discipline sia economiche che giuridiche. A questo punto, c'è da domandarsi come mai l'attività finanziaria e i tributi fossero stati studiati dalla scienza delle finanze e dal diritto finanziario, ossia da una scienza economica e da una scienza giuridica, e perché queste due discipline si trovavano abbinate nello stesso insegnamento universitario.

Quindi, partiamo dal fatto che nella tradizione dottrinale ottocentesca delle "Scienze dello Stato" si riteneva che lo "Stato" dovesse essere oggetto di studio da parte di tutte quelle conoscenze, perciò essere studiata, con un approccio interdisciplinare da più scienze di natura filosofica, economica,

sociale, giuridica, statistica, ecc., e quindi risultava investigata tanto dall'economista quanto dai giuristi del diritto pubblico e del diritto amministrativo e poi del diritto finanziario. Per tal via, si era arrivati così a sommare "la scienza delle finanze e il diritto finanziario" in un unico insegnamento.

L'evoluzione disciplinare in termini etici e funzionali è avvenuta di pari passo con quella del tipo di stato. Dalle tasse-corrispettivo dello stato liberista ottocentesco si è passato, infatti, al compiuto e complesso sistema tributario dello stato sociale del secondo Novecento. Quando il tributo ha trovato, nella successione storica, diverse giustificazioni a seconda che le politiche economiche statali siano improntate all'uno o all'altro dei due tradizionali filoni dell'ideologia liberale: il filone, appunto liberista, più incline a privilegiare in un'ottica contrattualistica i diritti proprietari a fronte dell'interesse pubblico al prelievo fiscale e a svalutare, di conseguenza, l'intervento regolatore e di mediazione dello stato; il filone, all'opposto, egualitario, solidaristico e welfaristico, repulsivo del modello dello "stato minimo" e rivalutativo delle regole fiscali (re)distributive rispetto alla primazia dei medesimi diritti proprietari. Ed è da questo secondo filone che dovrebbe ricavarsi una più aggiornata e meditata definizione del tributo nell'era contemporanea.

In un contesto distributivo e solidaristico, quale è quello che caratterizza il modello dello stato sociale, i tributi dovrebbero essere considerati, infatti, non più con esclusivo riferimento al loro impatto sulla proprietà privata e agli effetti di tali impatto, ma quale parte inestricabile di un moderno sistema complessivo di diritti proprietari e di regole di mercato, che le stesse norme tributarie concorrono a creare, limitare o, a seconda dei casi, ad espandere e tutelare nel rispetto dei principi fondamentali di legalità, solidarietà e uguaglianza formale e sostanziale. In questo contesto, giustizia o ingiustizia nella tassazione dovrebbe, perciò, significare giustizia o ingiustizia in quel sistema "convenzionale" di diritti proprietari ed economici, quale risulta anche dal regime legale di tassazione.

L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO TRIBUTARIO

L'idea di tributo è strettamente connessa con la civilizzazione della società, i tributi sono sempre esistiti, sotto altri nomi e in forme diverse, presso tutti i popoli e gli Stati dell'antichità, dunque che li possiamo ritrovare anche in epoche remotissime; prima ancora dei siriani, gli ateniesi, gli ebrei, i romani, ecc., avrebbero praticato i "tributi" e conosciuto un "sistema tributario".

Nel delineare il sistema tributario del periodo romano è necessario capire l'idea stessa di *tributum*, che, naturalmente, era alla base della struttura fiscale ed amministrativa romana. A Roma la cassa pubblica era alimentata in larghissima misura dalle entrate derivanti dai beni che lo Stato acquisiva o come bottino di guerra, o in seguito a donazioni, eredità, ecc. Da ciò ne consegue che

il bilancio di Roma attingesse a tali beni, segnatamente dai redditi provenienti da questi, per far fronte ai fondamentali bisogni dello stato. L'idea che fosse il cittadino romano a dover contribuire in prima persona, e commisuratamente al suo census, alle casse dello stato, si affermò solo gradualmente e soprattutto dopo una lunga fase in cui tale contributo fu visto e presentato come misura emergenziale dal carattere spiccatamente temporaneo. Furono infatti le campagne militari del IV secolo a.C., particolarmente prolungate, a portare il senato di Roma ad istituire una tassa, il *tributum* appunto, che i singoli cittadini dovevano pagare, in proporzione alle proprie ricchezze.

Nel tempo dell'antico Egitto, i cittadini egiziani presentavano una sorta di odierna dichiarazione dei redditi nella quale doveva essere indicata la rendita di tutti i beni e di tutte le attività commerciali. Il popolo versava al Faraone la quinta *proventum,* un tributo applicato alle terre fertili nella misura della quinta parte di tutti i guadagni. In caso di falsa dichiarazione non era previsto alcun modello integrativo o l'istituto del ravvedimento operoso, e nei casi più gravi si applicava anche la pena di morte.

Nell'antica Grecia Le autorità accanto alle imposte ordinarie per soddisfare i **bisogni dei cittadini**, introdussero anche quelle straordinarie per le necessità derivanti dalle numerose **guerre**.

Le entrate ordinarie erano date dalle tasse sulle **terre produttive**, dalle rendite derivanti dai **beni degli schiavi** e degli stranieri, dai tributi degli alleati e dalle prestazioni ricavate da beni pubblici come **foreste e miniere**. Le imposte straordinarie erano costituite dai prestiti e dalle **tasse sulla proprietà** applicate in caso di guerra e di crisi finanziarie. È curioso pensare che Solone nel VI secolo a.C. abbia disciplinato la figura dei **sicofanti**, cittadini che di propria iniziativa denunciavano alle autorità chiunque avesse violato la legge e, di conseguenza, avesse danneggiato gli interessi di tutta la comunità.

Perciò, pensare che il tributo che noi conosciamo attualmente sia sempre esistito e che, ai giorni nostri, abbia solo raggiunto l'elaborazione logica più perfetta è un'illusione. Al contrario, ci si deve capacitare della sua storicità. Per il suo contenuto giuridico, il tributo non può pretendere di essere pensato al di fuori di qualsiasi relazione spaziotemporale, ha piuttosto una validità che gli è attribuita dalle circostanze storiche e dal mutamento dell'ordinamento giuridico della società.

I tributi nella storia degli antichi manoscritti aztechi fanno risalire le prime forme di manifestazione del sistema tributario ai *Tequiàmatl,* carte o registri fiscali in cui era annotata la riscossione delle imposte. I primi esattori, definiti *Calpixqueh*, erano fiduciari dell'Amministrazione imperiale ai quali era affidato l'incarico di gestire un registro in cui erano riportati i territori soggetti a imposizione e le tasse periodicamente riscosse. I tributi erano suddivisi in varie tipologie: di guerra, religiosi e servizi speciali. In particolare, questi ultimi gravavano sulle popolazioni conquistate. Quando Hernan Cortés giunse in

Messico, alla testa dei conquistadores spagnoli, rimase colpito dall'organizzazione amministrativa del popolo azteco. Per questo motivo decise di utilizzare il sistema tributario vigente apportando soltanto piccole modifiche alle modalità già collaudate di riscossione dei tributi.

Gli ordinamenti storici delle comunità di sussistenza ed economia naturale non conoscevano i tributi monetari. Stabilivano in via consuetudinaria che fossero tributate al capo della comunità e al suo apparato amministrativo determinate prestazioni di derrate alimentari o di oggetti e talune prestazioni di servizi personali, ad esempio, nell'esercito o in tribunale, o di opere, come costruire ponti, riparare le strade, ecc.

Nel riscattare le terre in nome del re di Spagna Cortès utilizzò le liste dei tributi aztechi che, attraverso una serie di modifiche successive, furono trasformate nel 1540 nella *Matricola dei Tributi*, uno dei documenti più importanti del codice amministrativo. Tra le prime operazioni compiute da Cortés anche l'elaborazione periodica di una relazione (il primo documento fiscale sull'andamento del gettito) redatta grazie anche al contributo determinante che derivò dalla nomina di un ministro locale, un tesoriere e vari contabili incaricati delle operazioni di riscossione e custodia del *Quinto Real* (la quinta parte dei beni che veniva corrisposta al Re di Spagna). Nel 1573 nasce la *gabella* e di lì a poco tempo il *pedaggio*, il diritto di passaggio sui territori conquistati.

Con lo sviluppo del capitalismo mercantile: le prestazioni consuetudinarie in natura furono dapprima convertire in denaro contante e chieste al posto di esse e poi gradualmente trasformate in prestazioni pecuniarie. I contemporanei notarono subito che il pagamento di una determinata somma di denaro in sostituzione delle prestazioni in natura era da considerarsi in modo non dissimile dall'usura e per la morale cristiana andava condannato. Tenendo conta che il denaro è un bene fungibile per cui, di fronte alla pretesa di riscossione, non c'è altra scelta che obbedire e pagare.

Peraltro, l'esazione del tributo comportava l'impiego di molti uomini armati e la necessità di frequenti ispezioni in loco che arrecano molestie alla libertà personale e che compromettevano la stessa sicurezza della proprietà. Perciò la radice del concetto di tributo si consolida dunque l'idea della pena, dell'"incomodo", del sacrificio o del dolore sofferto dall'obbligato in conseguenza del pagamento di date quantità di denaro.

Dunque, i contemporanei vissero quelle prestazioni in denaro come una oppressione e spesse volte tentarono di resistervi. Sta di fatto, che oltre ai teologi, anche i giuristi, si posero il problema di trovare una legittimazione ad un pagamento in denaro che non si fondava né nelle Sacre scritture né nel Corpus iuris civilis ed era reputato né più né meno che una forma di rapina. Il diritto romano classico contemplava solo la possibilità di riscattare in denaro ogni prestazione personale, ma in tali casi la prestazione pecuniaria appariva portatrice di liberazione per l'obbligato e non già di coercizione.

Si disse allora che il tributo in denaro seppure riscosso con la forza, era dal punto di vista giuridico causa sui. Era legittimo e non arbitrario perché, seppure non avesse la dignità di ciò che si basava su un diritto preesistente, era fornito di una giustificazione interna poiché era valido unicamente nelle occasioni consuetudinarie o in occasione di bisogni straordinari (ad es. la guerra). Altra motivazione che fu addotta per affermare legalmente il tributo monetario era che esso veniva richiesto dal capo come "aiuto" o donativo e acconsentito dal "paese" nei Parlamenti o Cortes, ossia attraverso le assemblee dove si riunivano i ceti o "stati" rappresentativi della comunità. L'acconsentimento riguardava nuove imposte o l'aumento di quelle esistenti e la rinnovazione di imposte periodiche.

Poteva però accadere, come capitò a Pietro IV re di Aragona, che gli stati da lui convocati per acconsentire all'imposta gli replicassero che fino ad allora non valeva la consuetudine di concedere del denaro e che i suoi sudditi cattolici erano pronti a servirlo con la loro persona, ma dare denaro era cosa da Ebrei e da Mori. Al consenso (eventuale) sul tributo, si accompagnava il controllo che gli stati e i loro apparati operavano su come il capo spendeva il denaro che aveva sollecitato ed ottenuto, ossia il diritto dei ceti al bilancio e dunque di approvare le spese stanziate e anche la facoltà di ricusarle.

Quando, alla fine, il principe riuscì a conquistare la supremazia su tutti i ceti, avvalendosi degli apparati militari e fiscali da lui direttamente dipendenti, accantonò il diritto approvazione delle imposte e del bilancio e s'inventò nuove forme di tributi istituiti con sue ordinanze o ordini esecutivi. Escogitò pure modi e canali di esazione gestiti direttamente da uomini a lui serventi che lo misero in grado di monopolizzare i tributi su tutto il territorio.

Si era arrivati al punto che occorreva trovare una diversa giustificazione alle imposte, i giuristi, a questo delicato compito si dedicarono i fisiocrati e i cameralisti con l'interpolazione degli studiosi di economia politica. I primi che professavano essere la terra l'unica sorgente della ricchezza e la produzione agricola il mezzo per moltiplicarla, trovarono la legittimazione formale dell'imposta nel diritto naturale e nella proprietà immobiliare da esso stabilita.

Il tributo è un diritto personale del principe, come "privata" era la spesa che egli sosteneva per gli apparati amministrativi a lui serventi, ma la prestazione pecuniaria si motiva ora con l'esigenza comune dei grandi proprietari fondiari di permettere la costituzione della "rendita pubblica", ossia la provvista del denaro necessario all'autorità sovrana per sostenere le spese della sua funzione tutelare, essenzialmente necessaria a garantire la sicurezza della proprietà fondiaria senza la quale non si creerebbe il sovrappiù di ricchezza e a mantenere gli apparati amministrativi non più di tasca sua. L'imposta, in definitiva, è quella porzione della proprietà che va sacrificata per la sicurezza dell'altra. Nel pensiero fisiocratico più maturo, l'imposta non costituisce un sacrificio patrimoniale, non ha nulla di affliggente perché è la natura stessa a

creare attraverso la terra quel sovrappiù di ricchezza, la rendita fondiaria, da cui è prelevata. In effetti, l'imposta non prelevava nulla dalla proprietà immobiliare di chicchessia, bensì era una quota del flusso di nuova ricchezza che la produzione agricola annualmente generava. Della parte residua di tale reddito, peraltro, si potevano avvantaggiare non solo i proprietari delle terre, ma anche i lavoratori agricoli e tutti i membri della società.

Dalla fine del sec. XVIII è l'industria a rivelarsi il settore economico dinamico per eccellenza e, di fronte a questo plusvalore in continua crescita per lo sviluppo tecnico-industriale, essi si domandano a chi si debba la creazione di tanta ricchezza e chi ne sia il legittimo distributore. Sono tutti problemi che richiedono una risposta politica ed economica. Quindi la finanza tronca i legami con l'economia privata, cessa di essere la finanza privata del capo e viene a essere considerata come attività pertinente alla distinta entità statale. Osservano come la finanza vada svolta in stretta relazione e proporzione con il fine d'interesse generale, ossia proprio di tutti, dello Stato di procurare il "ben essere" di ciascuno degli individui che si sono associati nella società civile e si sono sottomessi volontariamente alla sovranità dall'ente per convivere in ordine e pace.

A questo punto, il connubio tra il tributo (imposta) e lo Stato è cosa fatta. L'attività finanziaria pubblica è strumentale rispetto ai fini dello Stato e il tributo costituisce lo strumento per l'adempimento dei fini dello Stato, cioè diviene mezzo finanziario. Questa è la giustificazione del tributo. Sfuma di rilevanza un elemento tutt'altro che trascurabile. L'entità autonoma, che ha il nome di Stato, si caratterizza per la separazione e progressiva sostituzione dell'amministrazione personale del sovrano con amministrazioni di governo composte da un corpo di lavoratori intellettuali specializzati e stipendiati per l'attività che precipuamente svolgono.

La necessità di assicurare l'esistenza e il funzionamento di tali apparati "burocratici" pone comunque il problema di dover finanziare i relativi costi, a prescindere dalla effettiva e concreta realizzazione del mutevole contenuto dei fini pubblici che lo Stato si propone di perseguire mediante l'attività esplicata dalle amministrazioni in questione.

L'affermazione dello Stato di diritto, il tributo troverà la sua base non più nella volontà del capo dello Stato, bensì nella legge e dovrà essere applicato in modo conforme al modello legislativo. La sua "causa" sarà allora la legge del Parlamento. È vero anche che potrà mutare in senso organistico la concezione dello Stato e che si attribuirà a questo ente superiore la personalità giuridica.

Il fondamento del pagamento del tributo non sarà più fatto risiedere nella sua natura di corrispettivo dell'azione statale volta al soddisfacimento dei bisogni dell'individuo, bensì puramente e semplicemente nel diritto soggettivo che ha lo Stato di istituire imposte e nella soggezione, ossia nella mera situazione in cui si trovano gli individui di subire l'iniziativa dello Stato in quanto sudditi.

Potrà accadere, come, in effetti, è stato, che, per fronteggiare i conflitti sociali, lo Stato diventi pure gestore di servizi pubblici e quindi il prelievo coattivo di ricchezza sarà volto a finanziare la spesa di taluni di questi servizi pubblici, quelli generali, sganciandosi in tal modo il concetto di tributo da ogni rapporto di scambio di utilità e assumendo pienamente un carattere contributivo.

L'imposta affiancherà pure allo scopo del finanziamento della spesa pubblica quello di poter essere una misura di politica economica. È chiaro che la conclamata natura "politica" del gruppo sociale esclude dalla nozione di tributo ogni libero calcolo utilitaristico individuale in nome del rapporto di forza che lega tutti i cittadini allo Stato. Pertanto, oggidì può darsi come acquisto che lo Stato e altri enti pubblici hanno la potestà costituzionale d'imperio di prelevare una porzione di ogni specie di ricchezza monetaria, reddito o capitale, che si produce sul territorio. A fronte di tale posizione giuridica che autorizza lo Stato a restringere la libertà dei singoli in ragione del bene comune, sta il dovere tributario del contribuente, cioè una situazione passiva in cui il soggetto non è tenuto a un comportamento specifico necessario per l'esercizio della potestà pubblica.

La ripartizione della quota di contribuzione tra ciascun contribuente è rimessa alla legge d'imposta e dunque alla valutazione discrezione del legislatore, il quale si attiene per il riparto a certi criteri di costituzione formale oppure politici ed etico-sociali. In presenza del presupposto tributario previsto dalla legge, il dovere tributario cede e sorge l'obbligazione tributaria di prestare il denaro a carico di tutti coloro che vengono a trovarsi con il presupposto stesso in una certa relazione parimenti ipotizzata dalla legge oppure nasce la potestà dell'amministrazione di imporre il pagamento del tributo, insieme ad altri obblighi del contribuente.

A conclusione di tutto, quale riflessione possiamo trarre in un mondo disuguale quale il nostro, esso è soprattutto uno strumento di attuazione del principio fondamentale di giustizia distributiva che, secondo le diverse opzioni politiche e di politica economica, lo stato e gli enti dotati di autonomia politica e finanziaria hanno in concreto a disposizione per superare le emergenze, per travalicare le opportunità del mercato e per correggerne le distonie e le imperfezioni, a favore delle libertà individuali e collettive. Il tributo deve essere, dunque, valutato in funzione anche della sua diretta efficacia distributiva nel perseguire scopi sociali ed economici legittimi e di rafforzamento della "cittadinanza"; che è come dire di realizzazione di un ordine proprietario e socioeconomico.

In un contesto di "uguaglianza di capacità" e di "equa differenziazione" esso, quasi paradossalmente, limita la libertà, i diritti proprietari e le stesse potenzialità economiche dell'individuo, e in ciò sta indubbiamente un sacrificio individuale; per aumentare le libertà positive, e in ciò sta l'ulteriore sua funzione promotrice nell'ottica dell'equo riparto. In altri termini, se si ritiene che la libertà si espande in senso positivo nella società solo se la si associa ad obiettivi di uguaglianza, deve ritenersi anche che nelle moderne democrazie il tributo, legittimato dal

consenso dei consociati espresso dalle leggi, è lo strumento più idoneo per perseguire concretamente questa associazione. È proprio sull'uguaglianza di risorse e di opportunità ovvero di capacità che si fonda, in ultima analisi, la legittimità etica dello stato sociale impositore e la sua funzione mediatrice e distributiva. Se, infatti, per uguaglianza si intende l'eguale interesse che lo stato deve provare per ogni cittadino da cui pretende il rispetto delle leggi, va da sé che la sua legittimità non dipende altro che dalla uguale cura che, attraverso le leggi medesime, esso mostra per la sorte e la libertà di ciascuno dei suoi cittadini e, di conseguenza, dal suo trattarli come uguali e con uguale rispetto.

BIBLIOGRAFIA

ABBAMONTE, G., Principi di Diritto Finanziario, Liguori, Napoli, 1975.

ALONSO GONZALEZ, L.M., Anàlisis crìtico de los impuestos autonòmicos actuales, Instituto de Estudios Econòmicos, Madrid, 2004.

AMATUCCI, A., L'Ordinamento giuridico della finanza pubblica, Vili edizione, Jovene Editore, Napoli, 2007. - El concepto de tributo in Tratado de Derecho Tributario, Tomo II, Temis, Bogotà,2001. - L'interpretazione della norma di Diritto Finanziario, Jovene, Napoli, 1965. Qualità della vita, interessi diffusi e capacità contributiva in Riv.Dir.Fin.Sc.F., vol. I, 1975. - L'intervento della norma fiscale nell'economia: profili costituzionali in Seis Estudios de Derecho Constitucional e Internacional Tributario, Edersa, Madrid, 1980. - Misure per lo Sviluppo Economico in XXI Giornate Latinoamericane di Diritto Tributario, Voli, Parte I, Barcellona-Genova, 2002. La questione del metodo nella scienza giuridica tributaria italiana e l'origine della nozione di tributo. INGROSSO Manlio.

CAZORLA PRIETO, L.M., Derecho Financiero y Tributario. Parte General, Aranzadi, Pamplona, 2004. - Derecho Financiero y Tributario. Parte General, Aranzadi, Pamplona, 2002. Federico Russo Il sistema tributario romano e come esso contribuì alla grandezza di Roma. Bibl.: J. Marquardt, *Römische Staatsverwaltung*, II, 2ª ed., Lipsia 1887, p. 162 segg.; trad. franc., Parigi 1888 (vol. X di Th. Mommsen e J. Marquardt, *Manuel des Antiquités romaines*); J. Beloch, *Die Bevölkerung der griechisch-römischen Welt*, Lipsia 1886 (trad. del Barbagallo nel vol. IV della *Biblioteca di storia economica* di V. Pareto), p. 347 esgg.; E. De Ruggiero, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, II, Roma 1900, p. 176 segg., s. v. *Census* (*C. Il census provincialis*); C. Lecrivain, in Daremberg e Saglio, *Dictionn. des antiq. gr. et rom*., s. v. Tributum; G. De Sanctis, *Storia dei Romani*, III, i, Torino 1916, p. 196 segg.; IV i, (1923), p. 571 segg.; cfr. roma, XXIX, p. 659 segg. L'Enciclopedia del diritto e l'evoluzione del diritto tributario Giur. comm. 2009, 03, 553 Franco Gallo.

AS VANTAGENS DO CONSÓRCIO PÚBLICO PARA A EXECUÇÃO DE ATIVIDADES PÚBLICAS DE INTERESSE COMUM PARA OS MUNICÍPIOS, EM ESPECIAL PARA A EXECUÇÃO DO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO

Toshio Mukai[1]

I – Os consórcios públicos e os aspectos principais a serem observador na Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

A referida Lei supra referida dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos.

Segundo o seu artigo 1º, as suas normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos são destinadas à realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.

O § 1º do Art. dispõe que o consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.

O § 2º dispõe que a União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados.

O Art. 2º dispõe que os objetivos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciaram, observados os limites constitucionais.

O § 1º do Art. 2º reza que, para o cumprimento dos seus objetivos, o consórcio público poderá:

I – firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;

II – nos termos do contrato de consórcio público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública ou interesse social, realizada pelo poder púbico; e

III – ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.

O § 2º admite que os consórcios públicos poderão emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públi-

1 Mestre e Doutor em direito do Estado (USP).

cos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado.

Os consórcios públicos poderão outorgar concessão, permissão ou autorização de obras, serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor.

O Art. 3º dispõe que o consórcio público será constituído por contrato, cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções, que estabeleçam:

I – a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio;

II – a identificação dos entes da Federação consorciados;

II – a indicação da área de atuação do consórcio;

IV – a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos econômicos;

V – os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo;

VI – as normas de convocação e funcionamento da assembleia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;

VII – previsão de que a assembleia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;

VIII – a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado;

IX – o número, a forma de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público;

X – as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão em termo de parceria;

XI – a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:

> a) As competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;
>
> b) Os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;
>
> c) Autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação de serviços;
>
> d) As condições a que deve obedecer o contrato do programa, do caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entres da Federação consorciadas;

> e) Os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos bem como para seu reajuste ou revisão; e

XII – o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplentes com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público.

O § 3º do Art. 4º dispõe: É nula a cláusula do contrato de consórcio que previa determinadas contribuições financeiras ou econômicas de ente da Federação ao consórcio público, salvo a doação, destinação ou cessão do uso de bens móveis ou imóveis e a transferência ou cessão de direitos operadas por função de gestão associada de serviços públicos.

O § 4º reza: Os entes da Federação consorciados, ou os com ele conveniados, poderão ceder-lhe servidores na forma e condições da legislação de cada um.

O § 5º determina a publicação do Protocolo de Intenções no Diário Oficial.

O Art. 5º reza que o contrato de consórcio público, será celebrado com a ratificação, mediante lei, de protocolo de intenções.

O Art. 6º dispõe que o consórcio público adquira personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II – de direito privado, mediante a atendimento dos requisitos da legislação civil.

E o § 1º do Art. 6º prevê que o consórcio público em personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

E o § 2º dispõe que se o consórcio público revestir se de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitações, celebração de contatos, prestação de contas a admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis de Trabalho – CLT.

O § 4º obriga que os consórcios públicos atendam a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, ou seja, a Legislação atinente às normas de Responsabilidade Fiscal.

O § 9º dispõe que a execução das receitas e despesas do consórcio público deverá obedecer às normas de direito financeiro aplicáveis ás entidade públicas.

O Art. 10 reza que os agentes públicos incumbidos da gestão de consócio não responderão pessoalmente pela obrigação contraída pelo consórcio público, mas responderão pelos atos praticados em desconformidade com a lei ou com as disposições dos respectivos estatutos.

O Art. 13 dispõe que deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programas, como a condição de sua validade, as obrigações que com ente da

Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito da gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

O § 1º dispõe sobre as condições e observações que o contrato de programa deverá observar.

O Art. 14 dispõe que a União poderá celebrar convênios com os consórcios públicos em escalas adequadas.

O Art. 15 dispõe que: "No que não contrariar esta Lei a organização e financiamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis."

O Art. 17 dispõe que os arts. 23,24,26 e 112 da Lei nº 8.666/93 passam a vigorar com novas redações e a Lei dos Consórcios Públicos já esclarece que a Lei 8.666/93 já transpôs os dispositivos alterados para o seu texto.

O Art. 18 dispõe que o Art. 10 da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) passa a vigorar com os seguintes incisos:

> Art. 10 (...) Os incisos previstos no Art. 10 não foram alterados pela Lei nº 14.230/2021 e portanto os incisos acrescidos estão em vigor.
>
> XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objetivo a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;
>
> XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem eficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

Vistas essas normas, as mais relevantes, é óbvio que outras normas da Lei 11.107/2005 não devem ser ignoradas, dado o princípio da legalidade.

II – AS VANTAGENS DA ADOÇÃO DO CONSÓRCIO PÚBLICO PARA A EXECUÇÃO DE ATIVIDADES PÚBLICAS DE INTERESSE COMUM, EM ESPECIAL, DOS MUNICÍPIOS.

Existem várias atividades que referem a associação de Municípios e outras entidades públicas que executam serviços públicos de interesse comum, e que requerem, muitas vezes, a complementação e ou a adoção dos consórcios públicos; será possível a execução completa dessas atividades e que beneficiam a todos os componentes do consórcio público.

Somente para anotar, indicamos que § 1º do Art. 54 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos reza;

"§ 1º - Sem prejuízo do disposto no caput, é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou no caso de consórcio público do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal de grande circulação."

Como exemplo do interesse comum (p. ex., dos Munícipios) atendido por completo pelos consórcios públicos, podemos indicar o art. 181 da Lei

de Licitações e Contratos Administrativos, de nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que reza:

> Art. 181 – (...)
>
> Parágrafo único – No caso dos Municípios com até 10.000 (dez mil) habitantes, serão preferencialmente constituídos consórcios públicos para a realização das atividades previstas no caput deste artigo, nos termos da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

(Observação: o Art. 181, caput, dispõe: "Os entes federativos instituirão centrais de compras, com o objetivo de realizar compras em grande escala, para atender a diversos órgãos e entidades sob sua competência e atingir as finalidades desta Lei").

Eis aí uma grande vantagem dos consórcios públicos se adotados por Municípios com até 10.000 (dez mil) habitantes, para efetuar compras da espécie, de interesse comum desses Municípios.

Porém, a maior vantagem que os consórcios públicos nos oferecem está na execução das atividades de interesse comum na execução daquelas que vêm dispostas na Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020 (Lei que se constitui no Novo Marco Legal do Saneamento Básico).

Verifica-se que a referida Lei é expressa com relação à utilização dos consórcios públicos.

O Artigo 8º da Lei nº 14.026 dispõe:

> Art. 8º - Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:
>
> I – Os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local;
>
> II – O Estado, em conjunto com os Municípios que compartilhem efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.

E o § 1º, expressamente se refere ao consórcio público para o exercício das atividades referidas nos incisos I e II:

> § 1º - O exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação nos termos do art.241 da Constituição Federal, observadas as seguintes disposições:
>
> I – fica admitida a formalização de consórcios intermunicipais de saneamento básico, exclusivamente composto de Municípios, que poderão prestar o serviço aos seus consorciados diretamente pela instituição de autarquia intermunicipal (elas não se confundem com os consórcios públicos).
>
> II – os consórcios intermunicipais de saneamento básico terão como objetivo exclusivamente, o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sa-

> nitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais, vedada a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório.

O § 2º reza: "Para os fins desta Lei, as unidades regionais de saneamento básico devem apresentar sustentabilidade econômico – financeira e contemplar preferencialmente, pelo menos 1 (uma) região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento."

O § 3º reza: "A estrutura de governança para as unidades regionais de saneamento básico seguirá o disposto na Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (ESTATUTO DA METRÓPOLE)."

O 4º reza: "Os chefes dos Poderes Executivos da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão formalizar a gestão associada para o serviço de funções relativas, aos serviços públicos de saneamento básico, ficando dispensada, em casa de convênio de cooperação, a necessidade de autorização legal."

O 5º reza: "O Titular dos serviços de saneamento básico deverá definir à entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços, independentemente da modalidade de prestação."

E o Art. 8º - B reza: "No caso de prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico, as responsabilidades administrativas, civil e penal são exclusivamente aplicadas aos titulares dos serviços púbicos de saneamento, nos termos do art. 8º desta Lei."

O Art. 10 A da Lei nº 14.026/20 dispõe:

> Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básicos deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995, além das seguintes disposições:
>
> I – metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada da qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, na energia e de outros recursos naturais, do reuso de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados;
>
> II – possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, incluindo, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de afluentes sanitários para a produção de água de reuso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e contratado, caso aplicável;
>
> III – metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não autorizados por sido da extinção do contrato; e
>
> IV – repetição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do princípio e área econômica extraordinária.

O § 1º do Art. 10 – A dispõe:

"Os contratos que envolvem a prestação de serviços públicos de saneamento básico poderão prever mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionados, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1.996."

Com relação à utilização dos consórcios públicos diretamente, a Lei nº 14.026/20 trouxe tais critérios, exigências e disposições. Porém, outras normas, mais gerais, deverão ter relacionamento com a gestão dos serviços públicos para a execução da titularidade dos serviços de saneamento básico de interesse comum, e que constam do referido Marco Legal do Saneamento Básico, previsto na Lei nº 14.026 de 2020.

Temas tributários controversos: Local da incidência dos impostos sobre serviços – Direitos de o consumidor questionar tributo contido no preço – Cobrança anual dos impostos sobre a propriedade

Eduardo Marcial Ferreira Jardim[1]

1. INTRODUÇÃO

Preliminarmente, é de mister esclarecer que o presente estudo versa sobre três tópicos da tributação sob a óptica do Direito Brasileiro, convindo assinalar que alguns aspectos dizem respeito à Teoria Geral do Direito Tributário, abrigando, assim, desdobres universais, em especial a abordagem sobre o local em que é devido o imposto sobre prestação de serviços, bem assim veementiza o direito do consumidor no sentido de questionar os tributos contidos no preço, caso, logicamente, sejam de legalidade duvidosa, senão também insurge-se contra a cobrança anual dos impostos sobre a propriedade.

Outrossim, o item relativo ao local da incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza pressupõe uma reflexão sobre o componente espacial da norma jurídica tributária que, a seu turno, reveste também caráter comum a qualquer direito nacional.

Afora os matizes pontuais do tema objeto deste trabalho, é necessário tecer breves comentos sobre a tributação no Brasil, a qual apresenta peculiaridades que a tornam singular e única se confrontada com o direito comparado.

Deveras, como sabido e ressabido, a Constituição dos Estados Unidos ou as europeias ou quaisquer outras versam minimamente sobre tributação, a exemplo da norte-americana, prefalada, ou a da França ou a da Alemanha, entre outras. Destarte, exceptuado o caso brasileiro, o Texto Magno de qual-

1 Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor Titular de Direito Tributário da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Docente no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico da UPM (aposentado). Membro fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário-IBEDAFT. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas Cadeira n. 62. Sócio de Eduardo Jardim e Advogados Associados. Autor de livros de Direito pelas editoras Saraiva, Noeses e Mackenzie, bem como estudos publicados em revistas especializadas e congressos, tanto nacionais, como internacionais. Palestrante e conferencista.

quer país atribui ao legislador a missão de gizar o sistema tributário no plano infraconstitucional.

No Brasil, ao contrário de alhures, a Constituição Federal tratou do assunto de forma intensa e exaustiva, conforme modelo instalado no ano de 1965 por meio de Emenda à Carta de 1946, a qual modernizou a tributação, fazendo-o com o desígnio de aprimorar o sistema tributário como requisito e pressuposto para o país criar condições de avanço e desenvolvimento do mercado interno e, também, como ponto de partida para competir no mercado internacional.

A feição do sistema constitucional tributário brasileiro, concebida em 1965, restou mantida nas Cartas de 1967, 1969 e 1988, esta, a bem ver, preservou o arquétipo original e ampliou sobremaneira a tributação entre nós.

O referido sistema tributário no plano constitucional hospeda basicamente a virtude de instrumentar os múltiplos planos de governo a utilizarem a tributação como meio de obter as receitas necessárias à consecução do bem comum e, ao mesmo tempo, limitar o poder do Estado, protegendo assim o cidadão e o contribuinte que suportam a despesa pública por meio dos tributos.

Ademais, a citada intensidade com que o constituinte trata da tributação comunica clareza solar ao direito tributário, otimizando, assim, a segurança jurídica, a qual, todavia, não é respeitada pela legislação tanto ordinária quanto complementar, sem contar as incontáveis emendas constitucionais que, não raro, atritam o Texto original.

É dizer, há um descompasso entre o figurino constitucional e uma série de Emendas e, sobretudo, com a legislação, o que, decididamente, afigura-se reprochável, merecendo, pois, críticas incisivas e contundentes de estudiosos, doutrinadores e da Universidade.

À guisa de exemplo, a Emenda n. 33/2001 estabeleceu a cobrança de imposto mercantil sobre bens, o que é um rematado despropósito, pois tributo desse jaez só pode incidir sobre mercadorias! Outra absurdez inconcebível é aquela contida na Emenda n. 3/1993, que autoriza a criação de fato gerador futuro!

A mesma Emenda n. 3/1993 instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade, segundo a qual determinados agentes políticos e algumas entidades dispõem do condão de bater às portas do Supremo Tribunal Federal (STF), podendo, pois, na seara tributária, por exemplo, postular seja declarada a conformidade de um dado tributo com a Constituição. O grande problema é que a decisão comumente favorável ao Governo faz coisa julgada *erga omnes* e o contribuinte que não pode participar do pleito é instado a curvar-se ao *decisum* e jamais pode reabrir o assunto em juízo, num flagrante ultraje ao primado constitucional da universalidade da jurisdição!

Não se pode olvidar, ainda, a instituição da estrambótica *Taxa de Serviço Público Específico e Indivisível*, cobrada sobre o serviço de iluminação pública, a qual *é* obviamente inconstitucional, na medida em que o art. 145, inciso II,

da Constituição Federal somente autoriza a criação de taxas de serviços *divisíveis* .À época da instituição desse tributo o Governo deu conta desse desconcerto e não hesitou em encontrar uma solução incredível, qual seja, deu-lhe o nome de batismo de Contribuição de Iluminação Pública, consoante estampa o art. 149-A da Constituição!

No plano da legislação não é diferente, pois as teratologias despontam à saciedade, a exemplo de alíquota máxima de 25% do ICMS cobrado na venda e compra de energia elétrica que, dada a sua natureza imprescindível para toda a população, deveria ser gravado com percentagem mínima, conforme determina a seletividade inserta no § 2º, inciso III, do art. 155, da Carta Magna.

Semelhante descompasso se verifica, por vezes, na área do imposto sobre produtos industrializados (IPI), também pautado pela seletividade prevista no § 3º, inciso I, do Texto Constitucional. Exemplifica o descumprimento, por exemplo, a alíquota de aeronaves particulares – jatinhos – gravada em torno de 10%, ou seja, muito menos que o automóvel popular!

Incredível, também, a contradição segundo a qual os automóveis são gravados pelo Imposto sobre Propriedades de Veículos Automotores (IPVA), ao passo que, *a contrario sensu*, aeronaves e embarcações aquáticas não se sujeitam ao mencionado imposto, tudo por força de decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal, que circunscreveu esse imposto aos veículos de circulação terrestre.

A taxa de pedágio representa modalidade de tributo e, por isso, submetida ao postulado da estrita legalidade, afirmação, aliás, consagrada num antigo julgado do Pretório Excelso. Todavia, sob o equivocado pretexto de tratar-se de preço público e não taxa, o mencionado gravame é instituído por ato administrativo e cobrado na contramão do citado primado constitucional.

Em suma, os comentos trazidos à colação não exaurem as vicissitudes do direito tributário brasileiro, mas revelam um norte vocacionado a arrecadar a qualquer título, mesmo passando ao largo da constitucionalidade e dos direitos e garantias do contribuinte e do cidadão, o qual, indiretamente, também concorre para a despesa pública por meio da tributação.

Igual sorte permeia os tributos a serem analisados no presente estudo, pois, conforme será demonstrado e sustentado, tais gravames não se escoimam de descalabros que maculam sua validez, seja o local da cobrança do imposto sobre serviços de qualquer natureza, seja o menoscabo ao direito do consumidor no tangente aos tributos contidos no preço, seja a exigibilidade ânua do imposto sobre a propriedade.

2. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA

Originalmente, a matéria foi disciplinada por meio do Decreto-lei n. 406, de 31 de dezembro de 1968, que integra o Código Tributário Nacional, o qual,

em seu texto, estabelecia a incidência do referido imposto no local do estabelecimento prestador, salvo os serviços de construção civil em que o ISS se tornava devido no local da prestação.

No decorrer do tempo, a matéria passou por alterações e atualmente o diploma legal em vigor, no caso a Lei Complementar nº. 116, de 31 de julho de 2003, manteve como regra a incidência no local do estabelecimento prestador, enumerando, por outro lado, aproximadamente vinte hipóteses de exceção em que a tributação se dá no local da prestação. O referido diploma normativo foi alterado pela Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016. (Textos anexos *in fine.*)

A orientação pretoriana, a seu turno, encampa a literalidade da Lei Complementar retrocitada e, nesse sentido, proclama que o imposto é devido no local do estabelecimento prestador do serviço, salvo as exceções contempladas do aludido diploma legal, consoante demonstra, por exemplo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que em sua Ementa firmou que o recolhimento do ISS deve ser no local do estabelecimento prestador, em consonância com a orientação da Corte e com fundamento na Lei Complementar nº. 116/2003. (Agravo interno no Agravo em Recurso Especial n. 2016/01793222, julgado em 25 de outubro de 2016 e publicado no *Diário da Justiça* em 7 de novembro de 2016).

Por sem dúvida, as disposições legais, bem como a jurisprudência merecem objurgatórias, pois contrariam postulados lógicos e ontológicos do direito, pois admitir a incidência do imposto *in casu* no local do estabelecimento prestador, mesmo quando o serviço for prestado no território de outro município, significa estipular competência extraterritorial ao município.

É dizer, por via transversa embora, a postura legal e jurisprudencial demonstra reconhecer que um fato jurídico – fato gerador tributário – ocorrido no município X poderia ser tributado pelo município Y porquanto neste estaria instalado o estabelecimento prestador. Tal hipótese é tão absurda que equivaleria, por exemplo, a autorizar o município de São Paulo a tributar o imposto sobre a propriedade de imóveis no Rio de Janeiro porque o proprietário teria domicílio em São Paulo. Por todas as veras é algo inconcebível e que os ingleses diriam: *Oh my God!*

Por óbvio, há uma única solução, qual seja, qualquer tributação, tanto sobre a renda quanto sobre o patrimônio ou os serviços haverá de ser no local da ocorrência do fato jurídico tributário, *simpliciter et de plano*.

Esse é o entendimento prelecionado por Geraldo Ataliba, mestre dos mestres, e sufragado pelo magistério de Aires Fernandino Barreto, os quais, dissentindo da doutrina dominante, atremaram em alto e bom som que o imposto sobre serviços só pode ser devido no local em que o serviço foi prestado, tudo em virtude do postulado da territorialidade da tributação.[2]

2 FERNANDINO BARRETO, Aires. Conflitos de competência. Tributação de serviços e as decisões do STJ. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 60, p. 7, jul. 2000.

Ademais, a competência territorial traduz primado lógico da Teoria Geral do Direito de matizes universais, pois tanto num Estado unitário quanto no Federal quaisquer pessoas jurídicas de direito público interno somente podem inovar o direito nos estreitos limites de seu território, sendo, portanto, intransponíveis as suas respectivas fronteiras, a qualquer título seja.

2.1 SÍNTESE CONCLUSIVA

Ante os escólios trazidos à baila, força é dessumir que, ao contrário da legislação e da jurisprudência, o questionado imposto sobre serviços de qualquer natureza de competência municipal somente deveria tornar-se devido no local da prestação, tudo em harmonia com a lógica do Direito, bem assim com postulados fundamentais de hermenêutica e da Teoria Geral do Direito.

3. DIREITOS DO CONSUMIDOR EM RELAÇÃO AOS TRIBUTOS EMBUTIDOS NO PREÇO

A proteção e a defesa do consumidor encontram-se positivadas na Constituição da República Federativa do Brasil, na medida em que, de um lado, cristalizou uma série de direitos e, de outro, incumbiu o legislador de implementá-los por meio de legislação integrativa.

Com efeito, o inciso XXXII, do art. 5º, do Texto Magno é incisivo ao proclamar que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".[3] Esse comando afigura-se autoaplicável, pois, mesmo à míngua de legislação específica, o consumidor desfruta de direitos fundamentais que circundam o conceito lógico jurídico da expressão *defesa do consumidor.*

Assim, embora haja legislação, quer-se enfatizar que nas dobras da locução defesa do consumidor despontam implicitamente uma série de direitos no sentido de insurgir-se contra quaisquer abusos, seja em relação a preço abusivo ou qualidade ou garantias decorrentes da aquisição de produtos, mercadorias ou serviços. No problema tematizado, os direitos subjacentes dizem respeito ao direito de questionar tributos de duvidosa legalidade embutidos no preço.

Afora a disposição constitucional ora analisada, a Constituição brasileira reafirma o direito do consumidor no capítulo referente à atividade econômica, onde a defesa do consumidor é categorizada como um dos princípios gerais informadores da mencionada atividade econômica, consoante, aliás, consta do disposto do inciso V, do art. 170 da *Lex Legum*.[4]

3 BRASIL. *Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União* - Seção 1 - 5/10/1988. (Publicação Original). Brasília/DF.

4 *Ibidem*.

Em abono ao asserto ora pugnado, é forçoso assinalar que o art. 127 da Constituição do Brasil[5] incumbe o Ministério Público de defender a ordem jurídica, o que mais uma vez revela a existência do direito do consumidor no tangente a eventual discussão ou insurgência de tributos contidos no preço se entender presente possível afronta aos seus direitos.

Todavia, inexiste legislação expressa acerca do assunto e a jurisprudência vocacionada a simplificar o direito à letra da lei culminou por negar ao consumidor o direito de obstar a cobrança de tributos ilegais, mesmo nas hipóteses de ajuizamento de ação civil pública proposta pelo Ministério Público.

No ver dos Tribunais, o Parquet não teria legitimidade para propor ação dessa natureza, tudo sob pretexto de tratar-se de direitos individuais e disponíveis a serem objeto de ação intentada pelos próprios titulares.

Ora, com isso a orientação pretoriana negou ao Ministério Público o direito e o dever inalienável de defender a ordem jurídica, abrindo espaço para a cobrança de tributos ilegais e inconstitucionais inseridos no preço, máxime porque o consumidor também não é contribuinte dos tributos *in casu*, o que, em última análise, significa uma forma de burlar o postulado da universalidade da jurisdição.

Ad argumentandum tantum, não demasia dizer que uma visão contextual do sistema normativo recomenda reconhecer ao consumidor o direito de bater às portas do judiciário diretamente com o desígnio de opor-se a pagar tributos ilegais ou inconstitucionais inclusos no preço final, sob pena de, *a contrario sensu*, prestigiar o locupletamento ilícito e a negação do direito à jurisdição e a injustiça fiscal e social.

Demais disso, não se pode olvidar que no Brasil a tributação representa o elemento mais oneroso na composição do preço, donde, negar ao consumidor a possibilidade de discutir os tributos eivados de qualquer mácula de validade significa infirmar a essência do próprio direito do consumidor, esvaziando, assim, a plenitude de suas prerrogativas.

Na trilha do ponto de vista ora propugnado, Milton Flaks admite a defesa do contribuinte em juízo com o fito de contestar a cobrança de tributo inconstitucional, tanto sob o prisma de interesses coletivos, quanto sob o pálio de interesses individuais e homogêneos.[6]

Sobremais, merece lembrado o estudo de Welber Barral ao dizer com mestria que a cobrança de um tributo confiscatório produz um efeito difuso que se espraia por toda a sociedade, cabendo, pois, ao Ministério Público a missão legítima de defender o consumidor por intermédio de ação civil pública.[7]

---

5 *Ibidem*.

6 FLAKS, Milton. Instrumentos de defesa coletiva dos contribuintes. *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 681, p. 41-46, 1992.

7 BARRAL, Welber. Notas sobre ação civil pública. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 151-154, 1976.

Faz coro com essa afirmação o renomado professor James Marins, para quem eventuais ilegalidades ou inconstitucionalidades repercutem tanto no campo dos interesses coletivos quanto no campo dos individuais, tudo em harmonia com o Texto Excelso e com a legislação de regência.[8]

Ao cabo de contas, embora prepondere entendimento em sentido oposto, impende lembrar as lições de Rudolf Stammler, para quem o labor exegético requer a aplicação de todo o direito e não de uma lei ou de um código de forma isolada, o que nos conduz a uma conclusão uníssona segundo a qual o consumidor desfruta do direito sacramental e irrestringível de postular seja afastada do preço o valor de tributo ilegal ou inconstitucional.[9]

3.1 SÍNTESE CONCLUSIVA

Em face da ausência de disposição expressa que instrumente o consumidor a questionar tributos de duvidosa legalidade incluídos no preço, caberia ao Congresso Nacional suprir esse ponto lacunoso, mas, ainda assim, quando instado a decidir controvérsia desse jaez, deveria o Judiciário editar a norma concreta e individual não à luz da lacuna existente, mas aplicar todo o direito e, por consequência, reconhecer o referido direito em prol do consumidor.

4. COBRANÇA ANUAL DOS IMPOSTOS SOBRE A PROPRIEDADE

No Direito brasileiro há três impostos sobre a propriedade, quais sejam, o imposto municipal sobre a propriedade predial e territorial urbana, o imposto sobre a propriedade territorial rural de competência da União Federal e o imposto sobre a propriedade de veículo automotor situado no âmbito competencial dos Estados e do Distrito Federal.

No Direito português, a propósito, há o Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI) semelhante ao Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) brasileiro, bem como há o Imposto Sobre Veículos (ISV), similar ao IPVA no Brasil. A bem ver, a tributação da propriedade exprime uma modalidade de imposto que remonta ao direito romano e integra o direito tributário moderno no cenário internacional.

Uma característica comum aos impostos sobre a propriedade, tanto no Brasil como alhures, consiste na cobrança anual pelo que o mesmo contribuinte é gravado todos os anos em virtude de sua condição de proprietário de um mesmo bem, quer móvel, quer imóvel.

No ver deste estudo, a mencionada cobrança ânua traduz um rematado dislate que contradiz a lógica da fenomenologia da tributação. Em realidade, à luz da Teoria Geral do Direito, as obrigações de qualquer campo do direito,

8 MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 502 e ss.

9 STAMMLER, Rudolf. *Lehrbuch des Rechts Philosofie*. Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1923, p. 266, § 129.

inclusive as tributárias, logicamente, têm um curso inexorável e universal que jamais poderia ser infirmado pelo direito positivo.

Nessa vereda, o nascimento de qualquer obrigação pressupõe a concretização de um fato qualificado pelo Direito – fato jurídico. Uma vez instalado o liame obrigacional, exsurge um direito subjetivo em prol de um sujeito – ativo – o qual tem o direito subjetivo de exigir de outrem – sujeito passivo – o cumprimento de uma prestação em virtude do dever jurídico que lhe é imanente.

Essa afirmação é universal, pois vale para qualquer direito de qualquer forma de Estado ou de Governo, enlaçando tanto o direito privado como o direito público, enfim, é um aspecto da quintessência das obrigações.

Pois bem, após o nascimento, a obrigação ganha existência e, em regra, empós o cumprimento da prestação dá-se a extinção, donde, opera-se a sua desaparição do cenário jurídico.

Verativamente, não poderia ser diferente na messe da tributação, pois o cumprimento da obrigação, qualquer que seja o meio, enseja a sua extinção, o que, por óbvio, vale também para a obrigação tributária. Outrossim, cumpre obtemperar que qualquer fórmula extintiva do vínculo obrigacional encerra o ciclo do fato jurídico tributário que lhe dera nascimento, donde, afigura-se descabido, por todas as luzes, a renovação da cobrança de obrigação extinta.

Destarte, força é admitir que o pagamento regular da prestação de índole tributária ou a presença de qualquer outra modalidade extintiva põe fim a existência de qualquer obrigação, seja o imposto sobre a renda, seja o imposto sobre a propriedade, seja, enfim, qualquer imposto ou espécie tributária.

Nem se diga que a lei dos impostos sobre a propriedade estabelece a cobrança anual, firmando que o fato gerador ocorre todo dia 1º de janeiro, máxime porque a obrigação instaurada com a ocorrência de um fato jurídico tributário torna-se extinta com o pagamento regular ou com a ocorrência de outra hipótese extintiva, razão pela qual é inadmissível cobrar novamente um tributo sem a verificação de um novo fato gerador.

No Direito brasileiro, o Código Tributário Nacional dedica um capítulo à extinção da obrigação tributária, no qual enumera uma série de hipóteses extintivas, dentre as quais, obviamente, contempla o pagamento como a primeira modalidade. Deveras, é entendimento pacificado que a extinção exaure a vida da obrigação, motivo porque se antolha despropositado falar-se em cobrança de fato contido em obrigação extinta, a exemplo do que se verifica no âmbito dos impostos sobre a propriedade.

À luz da Teoria Geral do Direito, a consagrada jurista Maria Helena Diniz, ao abordar os efeitos das relações obrigacionais, demonstra em estreita síntese que a extinção da obrigação tem o apanágio de liberar o devedor do poder jurídico do credor.[10]

10 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 233 e ss.

Hugo de Brito Machado, por exemplo, enfatiza que a "extinção do crédito tributário é o desaparecimento deste. Como nas obrigações, em geral, sua forma mais comum de extinção é o pagamento, que significa a satisfação do direito creditório. Como sabido, os direitos obrigacionais se extinguem pela entrega da prestação respectiva".[11]

Paulo de Barros Carvalho aduz que o liame obrigacional hospeda cinco elementos, vale dizer, sujeito ativo, sujeito passivo, prestação, direito subjetivo do credor e dever jurídico do devedor, donde, em havendo o desaparecimento de quaisquer desses componentes dá-se a sua extinção.[12]

Não é diferente no Direito português, *ad exem*plum clássico *Direito Fiscal*, de Soares Martinez, que assim averbou: "O cumprimento ou pagamento constitui a forma normal de extinção de obrigação tributária, como de qualquer outra."[13]

Compartilha de semelhante entendimento o festejado Professor Saldanha Sanches consoante atremado em seu *Manual de Direito Financeiro*. São suas palavras: "A obrigação tributária, tal como qualquer outra obrigação, nasce para a satisfação de um interesse legítimo do credor, que só será atingido com o cumprimento (e extinção) da mesma obrigação."[14]

Realmente, não pode a lei instituir a renovação da cobrança de tributo com fulcro num fato gerador ocorrido em ano anterior, cuja obrigação foi objeto de regular pagamento no mesmo período. Seria o mesmo que cobrar novamente o imposto sobre a renda de anos passados devidamente quitados, ou cobrar o imposto mercantil de obrigações pagas em lapso temporal pretérito, em suma, ao lume da natureza lógica da obrigação, é inconcebível tornar a cobrar uma prestação relativa a obrigação extinta.

4.1 SÍNTESE CONCLUSIVA

Como corolário das razões expostas, é defeso renovar todos os anos a cobrança dos impostos sobre a propriedade, porquanto tal exigência configura cobrar tributo sobre obrigação extinta e sem novo fato gerador.

5. CONCLUSÃO

É de mister que a legislação e a jurisdição não transcendam as fronteiras intransponíveis de seu poder, devendo respeitar, portanto, a territorialidade

11 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 157.

12 BARROS CARVALHO, Paulo de. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 418.

13 SOARES MARTINEZ, Pedro. *Direito Fiscal*. 10. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 269.

14 SALDANHA SANCHES, José Luís. *Manual de Direito Fiscal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 257-258.

da tributação, devendo, outrossim, reconhecer os direitos do consumidor na seara da tributação, restando, cabível, um repensar acerca da cobrança do imposto sobre a propriedade que é indevidamente renovada todos os anos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRAL, Welber. Notas sobre ação civil pública. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BARROS CARVALHO, Paulo. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

BRASIL. *Constituição Federal de 5 de outubro de 1988*. *Diário Oficial da União* - Seção 1 - 5/10/1988. (Publicação Original). Brasília/DF.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDINO BARRETO, Aires. Conflitos de competência. Tributação de serviços e as decisões do STJ. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 60, jul. 2000.

FLAKS, Milton. Instrumentos de defesa coletiva dos contribuintes. *Revista de Processo,* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 681, 1992.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2001.

SALDANHA SANCHES, José Luís. *Manual de Direito Fiscal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SOARES MARTINEZ, Pedro. *Direito Fiscal*. 10. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

STAMMLER, Rudolf. *Lehrbuch des RechtsPhilosofie*. Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1923.

ANEXOS

LEI COMPLEMENTAR 116, DE 31-07-2003

Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências.

Art. 3º **O serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local**: (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016) (Vide ADIN 3142)

I – do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, na hipótese do § 1º **do art. 1º desta Lei Complementar;**

II – da instalação dos andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas, no caso dos serviços descritos no subitem 3.05 da lista anexa;

III – da execução da obra, no caso dos serviços descritos no subitem 7.02 e 7.19 da lista anexa;

IV – da demolição, no caso dos serviços descritos no subitem 7.04 da lista anexa;

V – das edificações em geral, estradas, pontes, portos e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.05 da lista anexa;

VI – da execução da varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer, no caso dos serviços descritos no subitem 7.09 da lista anexa;

VII – da execução da limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.10 da lista anexa;

VIII – da execução da decoração e jardinagem, do corte e poda de árvores, no caso dos serviços descritos no subitem 7.11 da lista anexa;

IX – do controle e tratamento do efluente de qualquer natureza e de agentes físicos, químicos e biológicos, no caso dos serviços descritos no subitem 7.12 da lista anexa;

X – (VETADO)

XI – (VETADO)

XII – do florestamento, reflorestamento, semeadura, adubação, reparação de solo, plantio, silagem, colheita, corte, descascamento de árvores, silvicultura, exploração florestal e serviços congêneres indissociáveis da formação, manutenção e colheita de florestas para quaisquer fins e por quaisquer meios; (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

XIII – da execução dos serviços de escoramento, contenção de encostas e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.17 da lista anexa;

XIV – da limpeza e dragagem, no caso dos serviços descritos no subitem 7.18 da lista anexa;

XV – onde o bem estiver guardado ou estacionado, no caso dos serviços descritos no subitem 11.01 da lista anexa;

XVI – dos bens, dos semoventes ou do domicílio das pessoas vigiados, segurados ou monitorados, no caso dos serviços descritos no subitem 11.02 da lista anexa; (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

XVII – do armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda do bem, no caso dos serviços descritos no subitem 11.04 da lista anexa;

XVIII – da execução dos serviços de diversão, lazer, entretenimento e congêneres, no caso dos serviços descritos nos subitens do item 12, exceto o 12.13, da lista anexa;

~~XIX – do Município onde está sendo executado o transporte, no caso dos serviços descritos pelo subitem 16.01 da lista anexa;~~

XIX – do Município onde está sendo executado o transporte, no caso dos serviços descritos pelo item 16 da lista anexa; (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

XX – do estabelecimento do tomador da mão-de-obra ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.05 da lista anexa;

XXI – da feira, exposição, congresso ou congênere a que se referir o planejamento, organização e administração, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.10 da lista anexa;

XXII – do porto, aeroporto, ferroporto, terminal rodoviário, ferroviário ou metroviário, no caso dos serviços descritos pelo item 20 da lista anexa.

XXIII – do domicílio do tomador dos serviços dos subitens 4.22, 4.23 e 5.09; (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

XXIV – do domicílio do tomador do serviço no caso dos serviços prestados pelas administradoras de cartão de crédito ou débito e demais descritos no subitem 15.01; (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

XXV – do domicílio do tomador do serviço do subitem 15.09. (Redação dada pela Lei Complementar nº 175, de 2020)

LEI COMPLEMENTAR Nº 157, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2016

Mensagem de veto
(Vide ADI Nº 5.835)

Altera a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, que "dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências".

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

Art. 1º A Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 3º O serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local:

...

XII - do florestamento, reflorestamento, semeadura, adubação, reparação de solo, plantio, silagem, colheita, corte, descascamento de árvores, silvicultura, exploração florestal e serviços congêneres indissociáveis da formação, manutenção e colheita de florestas para quaisquer fins e por quaisquer meios;

.....

XVI - dos bens, dos semoventes ou do domicílio das pessoas vigiados, segurados ou monitorados, no caso dos serviços descritos no subitem 11.02 da lista anexa;

....

XIX - do Município onde está sendo executado o transporte, no caso dos serviços descritos pelo item 16 da lista anexa;

....

XXIII - do domicílio do tomador dos serviços dos subitens 4.22, 4.23 e 5.09; (Partes mantidas)

XXIV - do domicílio do tomador do serviço no caso dos serviços prestados pelas administradoras de cartão de crédito ou débito e demais descritos no subitem 15.01;

XXV - do domicílio do tomador dos serviços dos subitens 10.04 e 15.09.

(VETADO);

XXIV - (VETADO);

XXV - (VETADO).

....

§ 4º Na hipótese de descumprimento do disposto no caput ou no § 1º, ambos do art. 8º-A desta Lei Complementar, o imposto será devido no local do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado. (Partes mantidas)

"Art. 6º ...

....

§ 2º ....

....

III - a pessoa jurídica tomadora ou intermediária de serviços, ainda que imune ou isenta, na hipótese prevista no § 4º do art. 3º desta Lei Complementar. (Partes mantidas)

§ 3º No caso dos serviços descritos nos subitens 10.04 e 15.09, o valor do imposto é devido ao Município declarado como domicílio tributário da pessoa jurídica ou física tomadora do serviço, conforme informação prestada por este.

§ 4º No caso dos serviços prestados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, descritos no subitem 15.01, os terminais eletrônicos ou as máquinas das operações efetivadas deverão ser registrados no local do domicílio do tomador do serviço.

Art. 2º A Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 8º-A: (Produção de efeito)

"Art. 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento).

§ 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no caput, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar.

§ 2º É nula a lei ou o ato do Município ou do Distrito Federal que não respeite as disposições relativas à alíquota mínima previstas neste artigo no caso de serviço prestado a tomador ou intermediário localizado em Município diverso daquele onde está localizado o prestador do serviço.

§ 3º A nulidade a que se refere o § 2º deste artigo gera, para o prestador do serviço, perante o Município ou o Distrito Federal que não respeitar as disposições deste artigo, o direito à restituição do valor efetivamente pago do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza calculado sob a égide da lei nula."

Art. 3º A lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, passa a vigorar com as alterações constantes do Anexo desta Lei Complementar.

Art. 4º A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), passa a vigorar com as seguintes alterações: (Produção de efeito)

"Seção II-A

Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003."

"Art. 12. ...

....

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

...." (NR)

"Art. 17. ...

...

§ 13. Para os efeitos deste artigo, também se considera pessoa jurídica interessada o ente tributante que figurar no polo ativo da obrigação tributária de que tratam o § 4º do art. 3º e o art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003." (NR)

Art. 5º O art. 3º da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º-A e 1º-B: (Produção de efeito)

"Art. 3º ....

....

§ 1º-A. Na hipótese de pessoa jurídica promover saídas de mercadorias por estabelecimento diverso daquele no qual as transações comerciais são realizadas, excluídas as transações comerciais não presenciais, o valor adicionado deverá ser computado em favor do Município onde ocorreu a transação comercial, desde que ambos os estabelecimentos estejam localizados no mesmo Estado ou no Distrito Federal.

§ 1º-B. No caso do disposto no § 1º-A deste artigo, deverá constar no documento fiscal correspondente a identificação do estabelecimento no qual a transação comercial foi realizada.

...." (NR)

Art. 6º Os entes federados deverão, no prazo de 1 (um) ano contado da publicação desta Lei Complementar, revogar os dispositivos que contrariem o disposto no caput e no § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

Art. 7º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

§ 1º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, e no art. 10-A, no inciso IV do art. 12 e no § 13 do art. 17, todos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, somente produzirão efeitos após o decurso do prazo referido no art. 6º desta Lei Complementar.

§ 2º O disposto nos §§ 1º-A e 1o-B do art. 3o da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990, produzirá efeitos a partir do primeiro dia do exercício subsequente ao da entrada em vigor desta Lei Complementar, ou do primeiro dia do sétimo mês subsequente a esta data, caso este último prazo seja posterior.

Brasília, 29 de dezembro de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

MICHEL TEMER

Henrique Meirelles

Marcos Pereira

ANEXO

(Lista de serviços anexa à Lei Complementar no 116, de 31 de julho de 2003)

"1 - ...

...

1.03 - Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres.

1.04 - Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos, independentemente da arquitetura construtiva da máquina em que o programa será executado, incluindo tablets, smartphones e congêneres.

....

1.09 - Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS).

.....

6 - ...

....

6.06 - Aplicação de tatuagens, piercings e congêneres.

7 - ...

....

7.16 - Florestamento, reflorestamento, semeadura, adubação, reparação de solo, plantio, silagem, colheita, corte e descascamento de árvores, silvicultura, exploração florestal e dos serviços congêneres indissociáveis da formação, manutenção e colheita de florestas, para quaisquer fins e por quaisquer meios.

.....

11 - .....

.....

11.02 - Vigilância, segurança ou monitoramento de bens, pessoas e semoventes.

....

13 - ....

....

13.05 - Composição gráfica, inclusive confecção de impressos gráficos, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia e fotolitografia, exceto se destinados a posterior operação de comercialização ou industrialização, ainda que incorporados, de qualquer forma, a outra mercadoria que deva ser objeto de posterior circulação, tais como bulas, rótulos, etiquetas, caixas, cartuchos, embalagens e manuais técnicos e de instrução, quando ficarão sujeitos ao ICMS.

14 - ....

....

14.05 - Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, plastificação, costura, acabamento, polimento e congêneres de objetos quaisquer.

....

14.14 - Guincho intramunicipal, guindaste e içamento.

.....

16 - ....

16.01 - Serviços de transporte coletivo municipal rodoviário, metroviário, ferroviário e aquaviário de passageiros.

16.02 - Outros serviços de transporte de natureza municipal.

17 - ....

....

17.25 - Inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade, em qualquer meio (exceto em livros, jornais, periódicos e nas modalidades de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita).

.....

25 - ....

.....

25.02 - Translado intramunicipal e cremação de corpos e partes de corpos cadavéricos.

.....

25.05 - Cessão de uso de espaços em cemitérios para sepultamento.

.....

O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO E A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COM INTERVENÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE À LUZ DA ADPF 45

Hudson Jorge Cardia[1]
Taís Nader Marta [2]

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca trazer algumas reflexões acerca do direito à boa administração como um direito fundamental e, como consequência, a legitimidade Constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando caracterizada a omissão ou a abusividade governamental inviabilizadora da efetivação de políticas públicas, diante do estudo do caso estampado na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 45, clarificando-se os conceitos de "mínimo existencial" e "reserva do possível".

O direito administrativo não tem sido o mesmo desde o advento da sociedade do conhecimento. Nesse sentido, devemos construir os significados das categorias que nos permitam compreender como as novas formas de normatização do direito influenciam a relação Estado-Sociedade, mediada pelo direito administrativo e pelo direito constitucional.

Ao se observar o aumento exponencial das necessidades humanas, atrelado ao desenvolvimento da sociedade brasileira, com o advento da promulgação da Carta Constitucional de 1.998 passou-se a ter a necessidade de implementar uma gama de direitos os quais sempre foram relegados a segundo plano pelo Poder Público, a pretexto de sua falta de essencialidade ou pela limitação e escassez de recursos financeiros.

Com o passar dos anos observou-se que o Estado deixou de cumprir e adotar medidas necessárias à concretização dos preceitos constitucionais, oca-

1 Especialista em Direito, Políticas Públicas e Controle Externo pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Advogado. Diretor Administrativo e Acadêmico da Faculdade Nove de Julho – Nove Bauru.

2 Doutoranda em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – pela ITE (Instituição Toledo de Ensino) de Bauru/SP. Advogada. Coordenadora da Escola Superior da Advocacia (ESA) de Bauru/SP. Professora em cursos de graduação e pós-graduação.

sionando, assim, a ausência estatal em áreas extremamente essenciais ao cuidado dos cidadãos e, em especial, na construção de uma sociedade pautada nos fundamentos do Estado Democrático Social de Direito: o respeito à dignidade da pessoa humana.

Frente a todos esses desmandos, o questionamento que se apresenta: pode o Poder Judiciário intervir na consecução de políticas públicas? Seria esse seu papel institucional? Haveria afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes? Quais seriam as condicionantes a serem observadas na solução da questão relacionada à ação ou inércia governamental frente ao desrespeito à Constituição?

Em um breve apanhado, o presente artigo pretende demonstrar a legitimidade do Poder Judiciário no controle e na intervenção para a efetivação das políticas públicas, especificamente, ressaltando-se uma das decisões mais emblemáticas da nossa Corte Suprema, na decisão que na realidade compõe um verdadeiro arcabouço jurisprudencial e técnico-didático na compreensão e na conformação do tema relacionado a efetivação de Políticas Públicas.

Por assim ser, é cediço que mesmo de forma atípica, a intervenção jurisdicional na efetividade de políticas públicas se mostra um novo caminho e a solução mais acertada na concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais, a se deparar com a inércia, omissão ou a atitude positiva do Estado tendente a inviabilizar a confirmação dos Direitos e Garantias Fundamentais previstas no art. 5º da Constituição Federal.

DESENVOLVIMENTO DO TEMA

De acordo com o Prof. Jaime Rodríguez-Arana,[3] a boa administração pública é um princípio de atuação administrativa e uma obrigação inerente aos poderes públicos derivada do marco do estado social e democrático de direito. Trata-se de uma via de mão dupla: os cidadãos têm o direito de exigir padrões de funcionamento da administração pública que garantam a concretização dos direitos fundamentais, ao passo que a administração pública está obrigada, em toda e qualquer democracia, a atuar cotidianamente e pautar seu serviço em prol do interesse geral.

A efetividade dos direitos fundamentais sociais depende dos direitos de prestação, isto é, direitos consistentes na ação positiva do Estado, no funcionamento adequado do complexo do governo e administração pública. E uma administração comprometida com a satisfação dos direitos fundamentais sociais é aquela que atua equitativamente, objetivamente, em prazo razoável e que melhora as condições de vida de seus cidadãos.

3 RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. *Derechos Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales*. Sevilla: Global-Law Press, 2015, p. 585-632 (cap. X).

Antes de adentrarmos propriamente na questão relativa à intervenção jurisdicional para a efetivação de políticas públicas, com a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 julgada pelo Supremo Tribunal Federal, bem como seus desdobramentos em relação à legitimidade do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, imperioso se mostra a conceituação do que vem a ser Política Pública:

> Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2006, p. 39).

Na mesma acepção, temos os ensinamentos de Eros Roberto Grau, em sua obra *O direito posto e o direito pressuposto* (2002, p. 21), a definição de política pública como sendo "A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social" (GRAU, 2002, p. 21).

Segue daí que, no intuito ainda de se conceitualizar o termo Política Pública focando-se na assertiva do advento do Estado Social, onde há a priorização da concretização dos direitos e garantias fundamentais, nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho, temos que:

> Políticas públicas, por conseguinte, são as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios das coletividades. Nesse conceito tem-se que diretrizes são os pontos básicos dos quais se originara a atuação dos órgãos; estratégias correspondem ao modus faciendi, isto é, aos meios mais convenientes e adequados para a consecução das metas obtidas mediante processo de opção ou escolha, cuja execução antecederá à exigida para outros objetivos; e ações constituem a efetiva atuação dos órgãos públicos para alcançar seus fins. As metas constituem os objetivos a serem alcançados: decorrem na verdade, das propostas que nortearam a fixação das diretrizes (CARVALHO FILHO, 2008, p. 107-125).

É nesse contexto que surge então a teoria de que, com a finalidade exclusiva de se implementar, fomentar e concretizar metas de atingimento para a redução das carências de políticas públicas nos setores sociais e econômicos da coletividade, levando-se em conta a desídia do Estado, caberia então ao Poder Judiciário intervir de forma ativa para compelir que o Poder Público

adote todas as ações necessárias ao atingimento da efetivação dos direitos fundamentais sociais garantidos pelo texto Constitucional, tendo-se como vetores os fundamentos e objetivo do Estado Brasileiro.

Infere-se que por meio das políticas públicas o Estado tem o dever de criar um plano governamental para a implementação dos direitos fundamentais de cunho sociais, considerando-as como um instrumento idealizador de todo um processo tendente à consecução dos objetivos traçados pelo Estado no atingimento das demandas sociais e, por consequência, do interesse público.

Importante ressaltar que a implementação de políticas públicas por parte do Estado passou a ter maior relevância e visibilidade pela sociedade e organismos internacionais, em virtude do desenvolvimento político-social verificado na década dos anos 90, com o advento inclusive do fenômeno da globalização e do desenvolvimento tecnológico, iniciando-se, assim, um movimento internacional no sentido de reivindicação e cobrança para que os Estados intensificassem a adoção de medidas inclinadas a efetiva concretização de políticas públicas sociais.

Nesse sentido, política pública é um instrumento de ação governamental voltada a concretização dos direitos fundamentais assegurados pelo texto Constitucional a todos os cidadãos, de forma que, os Agentes Públicos, de forma positiva ou negativa, devem idealizar sua consecução com a observância de um objetivo próprio, priorizando a concretização de uma necessidade fundamental, com orçamento certo e predefinido a sua execução, objetivando o período de tempo mais razoável para sua conclusão.

Mas poderia haver uma intervenção judicial para a concretização das políticas públicas e efetivação desse direito fundamental à boa administração?

De acordo com Mirlinda Batalli[4] o propósito da administração pública é garantir aos cidadãos serviços o mais eficiente possível, respeitando o interesse geral da sociedade e a concretização de direitos humanos. A ideia central é a de que a administração pública existe para servir cidadãos e, para tanto, uma boa administração deve se pautar em princípios que regem as atividades dos órgãos administrativos.

Quanto maior for a circunstância de emergência e a finalidade de proteger um bem jurídico, maior deve ser o respeito pelos postulados jurídicos e Estado de direito. É exatamente nestes tempos difíceis que o Estado de direito democrático é colocado à prova.

Estabelece o art. 1º e 3º da Carta Constitucional Brasileira[5] que os fundamentos e objetivos que regem a República Federativa do Brasil, ao se intitular

4 BATALLI, Mirlinda; FEJZULLAHU, Artan. Principles of Good Administration under the European Code of Good Administrative Behavior. *Pécs Journal of International and European Law*, 2018.

5 Constituição Federal: "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

como um Estado Democrático de Direito, fundamentam-se na cidadania e na dignidade da pessoa humana, objetivando como fim a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Diante desta perspectiva, modela-se um Estado comprometido com a realização e incremento das demandas sociais perquiridas pela sociedade em décadas de luta, as quais foram eleitas e positivadas pelo Legislador Constituinte como regras de conteúdo programático, cabendo citar os ensinamentos do Ilustre Ministro Celso de Mello, ao se debruçar no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n° 745.745, (Rel. Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, publicado em 02.12.2014), em que reverbera seu entendimento no sentido de que:

> Não pode convertê-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.[6]

Nunca se olvidando que a responsabilidade constitucional pela implementação e escolha das políticas públicas estão asseguradas aos entes governamentais, certo é que em razão do modelo Constitucional de Estado escolhido pelo legislador Constituinte – Estado Democrático de Direito – toda a estrutura estatal deve observância aos fundamentos Constitucionais (art. 1º, CF/88) e comprometimento na consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art.3º, CF/88), de maneira que como bem assinalado por Celso de Mello:

> Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria

do trabalho e da livre iniciativa; Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."(..) "Art. 3º Constituem 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 a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

6 Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923. Acesso em: 26 jul. 2021.

> sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (GRAU, 2002, p.21).[7]

Constata-se igualmente que o Legislador Constituinte ao elaborar Texto Constitucional de 1988 adotou o modelo montesquiano quanto a Separação dos Poderes Estatais, porém de forma relativizada, na medida em que os Poderes acabam por ter funções típicas e atípicas que se inter-relacionam com suas atividades e atribuições, o que faz com que haja a caracterização da primazia no exercício de determinada função, sendo elas totalmente guiadas pela teoria dos freios e contrapesos. Corroborando com o esse pensamento temos as lições de Daniel Silva Passos:

> Ademais, na esteira daquilo que foi comentado na seção anterior, o que garante as liberdades individuais, principal preocupação dos pensadores clássicos do século XVIII, não é a separação de poderes, mas a possibilidade de intervenção recíproca entre poderes naquilo que alude à instituição e a obstrução de suas atividades institucionais (PASSOS, 2014, Biblioteca Saraiva Digital).

Nesse sentido, diante do quanto previsto nos regramentos contidos no art. 2º e no inciso XXXV do art. 5º (ambos da Constituição Federal),[8] temos de um lado o posicionamento majoritário no sentido de estar o Poder Judiciário legitimado a intervir no controle da efetivação de políticas públicas, nos moldes das ponderações e ensinamentos ofertados pelo ilustre Prof. Pedro Lenza, ao identificar a indelegabilidade das atribuições dos Poderes da República no sentido de que:

> (...) embora a regra da indelegabilidade e a enunciação da existência de ressalvas não estejam individualmente e expressamente estabelecidas na redação da Constituição de 1988 (em um artigo específico, como se observou nos referidos textos anteriores), não há dúvida de que devam ser reconhecidas no ordenamento atual, seja por se tratar de essência da separação dos poderes adotada nos Estados modernos (do contrário, a separação de poderes perderia a sua utilidade), seja por que essas exceções (interferências ou controles recíprocas, em verdadeira interpretação de poderes, materializando os freios e contrapesos) podem ser expressamente identificadas, o que acima ao longo da constituição (LENZA, 2017, p. 538).

7 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381. Acesso em: 26 jul. 2021.

8 Constituição Federal: "Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". "Art.5º, (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

Frente a esse contexto, salienta-se que a intervenção do Poder Judiciário não pode substituir a tomada de decisões privativas dos entes da Administração Pública em seus atos, contudo, temos que a atuação daquele, diante do reconhecimento do neoconstitucionalismo, se faz totalmente possível no intuito de possibilitar e viabilizar os direitos estatuídos na Carta Constitucional, em conformidade com as lições ministradas por Hely Lopes Meirelles no sentido de que:

> Certo é que o Judiciário não poderá substituir a Administração em pronunciamentos que lhes são privativos, mas dizer se ela agiu com observância da Lei, dentro de sua competência, é função específica da Justiça Comum, e por isso mesmo poderá ser exercida em relação a qualquer ato do Poder Público, ainda que praticado no uso da faculdade discricionária, ou com fundamento político, ou mesmo no recesso das câmaras legislativas como seus *interna corporis*. Quaisquer que sejam a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito a apreciação judicial, exatamente para que a Justiça diga se foi ou não praticado com a fidelidade à lei e se ofendeu os direitos do indivíduo ou interesses da coletividade (MEIRELLES, 2002, p. 203).

Por outro vértice, em menor número aqueles que entendam pela total impossibilidade de qualquer tipo de intervenção judicial, haja vista o princípio constitucional indissolúvel da Separação dos Poderes da República.

Diante dessa celeuma, concretizou o posicionamento esboçado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, em que se sedimentou a possibilidade do Poder Judiciário exercer o controle de políticas públicas, haja vista sua incumbência Constitucional prevista no artigo 3º da Carta Magna, de maneira que o controle deixa de ser apenas no quadrante relacionado à legalidade do ato, ocasionando uma verificação muito mais ampla no sentido de se verificar a congruência com os Princípios Constitucionais Administrativos e, em uma última análise, a própria constitucionalidade da política pública perquirida pelo agente público.

Frente a esse panorama, o Ministro Celso de Mello, no tocante à legitimidade do Poder Judiciário intervir no controle das políticas públicas, ao relatar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 assentou que esta enquadra-se como um o instrumento processual apto e legítimo no sentido de controle e de efetivação de políticas públicas, enfatizando que tal controle destina-se a implementá-las quando haja descumprimento por parte dos entes governamentais dos preceitos elencados na Constituição Federal como Direitos e Garantias Fundamentais, assim afirmando que:

> (...) não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e

> apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República (...).[9]

Como se pode extrair do Código Europeu da Boa Administração, diversos são os princípios básicos da boa administração. Entre aqueles contidos no referido Código estão os seguintes: o princípio da legalidade, o princípio da não discriminação, o princípio da proporcionalidade, ausência de abuso de poder, princípio da imparcialidade e independência, princípio da expectativa legítima e consistência, direito de ser ouvido e de manifestar-se, proteção de dados e acesso a informação e documentos. No tocante à interpretação constitucional e à efetivação constitucional de direitos fundamentais expressos na Constituição Federal do Brasil, podemos citar os ensinamentos de Daniel Silva Passos, no sentido de que:

> É possível perceber que os enunciados normativos, de forma geral, e não apenas aqueles inseridos na Constituição, ensejam efeitos imediatos, notadamente diante de sua capacidade de orientar o comportamento dos indivíduos sem que seja necessária a movimentação de qualquer aparato estatal para tanto. Mister reconhecer, contudo, que sua máxima efetividade ocorre com a atividade judicante, por meio da qual eles ganham contornos de imperatividade.
>
> É no curso dos processos judiciais que os problemas atinentes ao conteúdo das normas de direitos fundamentais ganham relevo, justamente porque a judicialização só se dá quando existe alguma controvérsia. Acrescente-se que, em uma sociedade plural como a hodierna, é inviável e utópico consenso sobre seu significado e suas implicações para a conformação da atividade estatal.
>
> A atividade judicante, portanto, é elemento central no problema da efetividade constitucional. Conforme será demonstrado nas seções que se seguem, toda a aplicação do direito faz-se acompanhar da respectiva interpretação da norma em estudo. Toda a interpretação, por sua vez, qualifica-se por certo grau de criatividade, o que enseja questionamentos sobre os limites dessa função constitutiva exercida pelo aplicador do direito.
>
> (...)
>
> A omissão do Poder Executivo e do Poder Legislativo tem contado com um ativismo judicial, notadamente diante de julgados que o Supremo Tribunal Federal vai além dos limites semânticos impostos pelos enunciados linguísticos veiculados em lei, tal como se pode observar no julgamento do modelo contínuo de demarcação da terra indígena Raposo Serra do Sol. Ali a corte mais alta do país criou *ex nihilo* algumas condições para a demarcação da referida área, levantando dúvidas a respeito de até que ponto os direitos fundamentais legitimam o intervencionismo judicial nas políticas públicas. Recorde-se que a forma como se dá a atividade judicante difere daquela ocorrida nos demais poderes, sendo central a figura do enunciado normativo como marco inicial

9 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381. Acesso em: 26 julho 2021.

> para o desenvolvimento de sua função. Indaga-se se a semântica aberta dos direitos fundamentais permite ampliar ilimitadamente as funções do Judiciário, renovando a importância do tem aqui proposto.
>
> (...)
>
> A existência de diversos dispositivos inseridos na Constituição voltados a conferir eficácia às normas constitucionais, tais como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, parece ter relegado as preocupações teóricas com a legitimidade da intervenção judicial para um segundo plano (PASSOS, 2014, Biblioteca Saraiva Digital).

Nesse contexto, passaremos à análise do caso concreto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 intentada contra ato do então Presidente da República, em que se questionava seu veto incidente sobre o §2º do art. 5 (posteriormente renumerado para o art. 59) convertido em Lei n° 10.707/03 (LDO), a qual se fixava diretrizes pertinentes à elaboração da Lei orçamentária anual de 2004.

Sustentava-se que o aludido veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional 29/2000, a qual teve sua promulgação destinada a garantir recursos financeiros mínimos a serem utilizados na implementação de serviços públicos de saúde. Na sequência, houve a remessa pelo Presidente da República ao Congresso Nacional de novo projeto de Lei reeditando o conteúdo normativo contido na Lei 10.707/2003, sobrevindo então a edição da referida Lei, cuja modificação alterou a Lei de Diretrizes Orçamentárias então a suprir a omissão motivadora da presente ação constitucional.

Com a promulgação da Lei 10.777/03, a Lei de Diretrizes Orçamentárias que regeria o orçamento do ano de 2004, em pleno vigor à época concluiu-se que sua edição ocasionou a própria supressão da ventilada omissão da alegação de descumprimento de preceito fundamental, entrando em vigor no ano de 2003 para disciplinar ainda a elaboração da Lei orçamentária relativa ao exercício orçamentário do ano de 2004.

Dessa forma imperioso se mostra ressaltar que em razão de situação superveniente de significância jurídica a qual tornou prejudicial o julgamento da ação constitucional de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 – a edição da Lei 10.777/03 –, houve por parte do Relator Ministro Celso de Mello o posicionamento de que, nesta situação fática, não seria crível aceitar que a ação constitucional em referência não fosse o instrumento apto e idôneo a implementar a concretização de políticas públicas prevista no arcabouço constitucional, como era o caso verificado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, diante do total descumprimento por parte dos entes públicos responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais expressos na Carta Constitucional de 1.988.

Ante a esta constatação, evidenciando-se a atribuição conferida à Suprema Corte quanto a possibilidade de intervenção judicial na implementação de políticas públicas a delinear a dimensão política da jurisdição constitucional a ela atribuída, resta claro como sol a pino sua legitimidade para conduzir a implementação dos direitos fundamentais, sob risco de, em assim não agindo, corromper toda a sistema e a organização constitucional do Estado.

Dessa maneira, o julgamento e voto inserto – Ministro Relator Celso de Mello (2004) – ensejaram uma total inovação e uma verdadeira compilação de conceitos no sentido de se qualificar a maneira em que o Judiciário passaria a se portar nos julgamentos de demandas nesse sentido, com o respeito e consecução dos fundamentos e objetivos constitucionais para se ver efetivamente garantidos os direitos fundamentais assegurados aos cidadão, com o fito de se reconhecer a cidadania e o respeito à dignidade humana.

Segue daí que, após assentadas as questões cruciais do julgamento, passa-se a abordar a questão relativa às normas de conteúdo programático e a invocação do tema pertinente à "reserva do possível", de forma que o Ministro Celso de Mello prossegue em seus ensinamentos ao alinhavar o Relatório da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 no sentido de que muito embora boa parte dos regramentos inscritos no texto constitucional detenha caráter programático, os entes governamentais a esse pretextos não podem deixar de empenhar-se na efetivação e concretização desses direitos, sob pena de se estar diante do que ele mesmo menciona com se estar "fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade".[10]

Saliente-se que, no intuito de se ilustrar a conceituação da teoria da "reserva do possível", convém ressaltar seu surgimento na Alemanha nos anos 1970, quando o Tribunal Constitucional Federal alemão foi instado a julgar uma ação impetrada por alunos que pleiteavam o direito de ingresso na Universidade no curso de medicina, sob o argumento de descumprimento de direito previsto na Lei Fundamental Alemã de escolha e acesso a formação profissional. Nesse caso, houve a interpretação sistemática do texto legal onde se materializou o "princípio da reserva do possível" como sendo aquele que compatibiliza e limita a implementação de direitos fundamentais sociais à condição financeira ostentada pelo Estado por ela responsável, em consonância com a análise quanto a razoabilidade da prestação social pleiteada em contraponto com as imprescindibilidades da sociedade.

Diante disso e frente à definição do aludido princípio, tem-se sua subdivisão em duas perspectivas, quais sejam, a reserva do possível fática e jurídica: a primeira, caracterizando-se pela disponibilidade de recursos financeiros necessários à implementação do direito prestacional; e a segunda como

10 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381. Acesso em: 26 julho 2021.

sendo a autorização orçamentária proveniente do Poder Legislativo para o custeio do mesmo.

Nesse contexto, se dá relevo ao conceito do termo "reserva do possível" como sendo a cláusula em que se compatibiliza a necessidade/razoabilidade da pretensão do direito fundamental diante da viabilidade econômico-financeira do Poder Público em efetivar determinada demanda social.

A grande dificuldade que se encontra na compatibilização desse binômio, bem como na aceitação de que não se pode estar diante apenas de uma negativa desarrazoada para que o Poder Público deixe de implementar a política pública questionada, cogitando-se, inclusive, que a invocação da cláusula de "reserva do possível" estaria condicionada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, o que de plano ocasionaria na necessária comprovação por parte do ente governamental de sua impossibilidade, não podendo ainda ser aceita somente no intuito de se eximir de seus compromissos constitucionais.

Coadunando com a assertiva acima, segue as ponderações de Ana Paula de Barcellos:

> Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.
>
> A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BARCELLOS, 2002, p. 245-246).

Ao se esmiuçar as ponderações propostas acima pela autora, encontra-se a figura do mínimo existencial, como sendo as condições mínimas de existência a serem alcançadas e oferecidas pelo Poder Público frente à necessidade de se prover a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Contudo, ao se interpretar as orientações expostas no corpo do voto alinhavado na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, evidencia-se a necessidade de compatibilização dos termos "reserva do possível" em face do "mínimo existencial", de forma que compete em primeira instância aos entes governamentais a promoção das necessidades básicas de sobrevivência com a

observância da disponibilidade financeira para a equalização dos gastos públicos.

Por assim ser, as exigências a serem observadas pelo Poder Público impostas pelas duas cláusulas da "reserva do possível" e do "mínimo existencial", quanto à efetivação de políticas públicas e os gastos a elas inerentes, indubitavelmente, deverão observar as assertivas que compreendem o binômio então delineado (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do ente público), situação essa que, de plano não verificada, desincumbirá o Poder Público de sua obrigação em prover integralmente a efetivação de tais direitos fundamentais por meio instrumental das políticas públicas.

Outra circunstância importantíssima a se trazer à baila diz respeito ao fato de que, muito embora esteja sob o arbítrio do Poder Público a discricionariedade da escolha na formulação e implementação das políticas públicas, a liberdade de conformação do legislador e do Poder Executivo não pode ser considerada de forma absoluta e irrestrita, nas palavras do Relator da Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) de nº 45, *in verbis:*

> É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.[11]

Em prosseguimento, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello continua examinando a questão atinente à discricionariedade estatal quanto à forma em que os direitos fundamentais e as políticas públicas são definidas, destacando a chamada margem substancial de autonomia na tomada de escolha, citando-se as ponderações delineadas de Andreas Joachim Krell, em sua obra *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*:

> A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos

11 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381. Acesso em: 26 julho 2021.

> para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais (2002, p. 22-23).[12]

Por assim ser, após todas as considerações ministradas no bojo do voto assentado pelo Ministro Celso de Mello, este ainda enfatizou que seu posicionamento se fundamentou em virtude de sua pertinência e da natureza constitucional da demanda posta em análise na aludida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 45, de forma a se patentear a legitimidade constitucional no controle e intervenção jurisdicional alusivo à efetivação de políticas públicas pelo Poder Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à boa administração como um direito fundamental está atualmente sendo tratado de uma forma que, de acordo com a doutrina, ultrapassa as vias normativas-positivas e é colocado em um nível supraconstitucional. Isto porque, sendo um direito humano fundamental, e sendo regulado por

12 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381. Acesso em: 16 abril 2021.

instrumentos internacionais, o seu prisma de interpretação não será o tradicional, baseado no direito interno comum dos Estados.

Assim, os direitos fundamentais não são meras expressões de desejos, mas equivalem a vínculos reais de substância, e não apenas de forma. Eles condicionam não só a validade num sentido formal e substancial das normas que os invocam, como também fundamentalmente o fim para o qual o Estado de Direito Constitucional está orientado, desta forma reflete-se na dimensão substantiva da própria democracia.

Transcorrida toda a análise dos principais fundamentos que ensejaram o reconhecimento de prejudicialidade ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 45, em observância à natureza constitucional a ela reconhecida, evidenciou-se que o Poder Judiciário detém legitimidade para intervir na escolha, concretização, efetivação e fomento de políticas públicas, asseverando-se que "não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo."[13]

Por outro vértice, identificou-se que essa atuação está diretamente relacionada à própria necessidade de se reconhecer que a defesa dos Direitos Fundamentais previstos no bojo da Carta Constitucional de 1.988, diante da ação ou omissão do Poder Público, está dentro da incumbência e dentro das competências institucionais do Poder Judiciário, não havendo que se falar na quebra do pacto republicano ou mesmo do ferimento ao princípio constitucional da "Separação dos Poderes".

Ante a esse panorama, restou totalmente realçado a grande dificuldade em se implementar as políticas públicas relativas aos Direito Fundamentais por parte do Poder Público a pretexto da escassez financeira ostentada pelo Estado (reserva do possível), em contraponto com a imposição constitucional de observância do atendimento de todas as demandas concebidas a partir dos regramentos Constitucionais (mínimo existencial), a ensejar, assim, a intervenção do Poder Judiciário não só em razão de sua função institucional judicante, mas, de maneira excepcional, em decorrência da necessidade de se manter incólume os direitos individuais e sociais arraigados aos pilares Constitucionais do Estado Democrático de Direito, nos casos em que o Poder Público deixar de prover sua incumbências políticas e jurídicas, sejam no respeito de normas de caráter programático ou de eficácia plena e imediata.

Ao irradiar seus efeitos jurisprudenciais, a decisão prolatada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 passou a balizar inúmeras outras decisões em todo o país, de forma a se tornar um verdadeiro tutorial a

13 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381. Acesso em: 16 abril 2021.

ser observado pelo Legislador, pelo Gestor Público e, principalmente, aos demais membros do Poder Judiciário, haja vista seu caráter elucidativo de forma a se compatibilizar as relações à primeira vista conflituosas entre os Poderes instituídos do Estado Brasileiro.

Nesse sentido, importante relembrar algumas decisões adotadas posteriormente ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 que, ratificaram tal posicionamento, citando-se os julgamentos na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347[14] que trata da violação dos direitos fundamentais dos encarcerados no Brasil, se vislumbrando os Ministros que participaram do célebre julgamento admitiram estarmos diante de um "estado de coisas inconstitucional" do sistema carcerário brasileiro e no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo de nº 745.745, de relatoria do Ministro Celso de Mello, reitera a possibilidade de intervenção jurisdicional para a implementação de Políticas Públicas de saúde.

Portanto, irrefutável que intervenção jurisdicional na efetividade de políticas públicas, no atingimento da efetivação das bases dos Direitos Fundamentais Sociais, frente a inércia, omissão ou comissão inconstitucional do Poder Público, se legitima e coaduna com os Fundamentos, Princípios e Objetivos instituídos pela República Federativa do Brasil, de forma que seu desrespeito por quaisquer dos Poderes constituídos do Estado menosprezaria sua essencialidade como direito fundamental e inviabilizaria a implantação de políticas públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BATALLI, Mirlinda; FEJZULLAHU, Artan. Principles of Good Administration under the European Code of Good Administrative Behavior. *Pécs Journal of International and European Law*, 2018.

BRASIL. *Constituição (1988).* Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das Políticas Públicas.* São Paulo: SARAIVA, 2013. Disponível em: https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581591. Acesso em: 27 mar. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. *In:* FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos;

14 Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em: 16 abril 2021.

DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas públicas:* possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988, vol. VIII/4332-4334, item n. 181*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto.* São Paulo: Malheiros, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2002.

PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas:* o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580941. Acesso em: 18 maio 2021.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. *Derechos Administrativos y Derechos Sociales Fundamentales*. Sevilla: Global-Law Press, 2015, p. 585-632 (cap. X).

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de Políticas para a Educação Infantil.* São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:583781. Acesso em: 18 maio 2021.

AS SANÇÕES POSITIVAS EM NORBERTO BOBBIO E A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO

Alberto Shinji Higa[1]

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo render justa homenagem ao estimado Professor e eminente Jurista Kiyoshi Harada, autor de prestigiadas obras e trabalhos científicos que tanto contribuíram para a construção do Direito Público brasileiro, notadamente, no âmbito do Direito Tributário e do Direito Financeiro, e cujas lições até hoje são repetidas não apenas em aulas do Curso de Direito e em trabalhos acadêmicos, mas também no exercício das funções estatais, sobretudo no âmbito da Administração Pública e do Poder Judiciário.

Assim, trata-se de tarefa que se afigura extremamente árdua em face do brilho e da exitosa carreira jurídica construída pelo querido Professor Kiyoshi Harada, razão pela qual não pouparemos esforços para alcançar tal objetivo.

Sob tal perspectiva, este artigo pretende examinar, de um lado, as reflexões acerca das sanções positivas nos estudos de Norberto Bobbio, no âmbito da Teoria Geral do Direito, e de outro, o desempenho da atividade administrativa promocional ou de fomento no âmbito do Direito Administrativo.[2]

Almeja-se destacar a importância das sanções premiais e da função administrativa promocional no contexto do Estado Democrático de Direito, como instrumento de consecução de interesses públicos tutelados pela Constituição da República.

---

1 Doutorando em Direito do Estado – USP e Mestre em Direito do Estado – PUC/SP. Especialista em Direito Tributário – PUC/SP. Especialista em Direito Empresarial – MACKENZIE/SP. Bacharel em Direito – MACKENZIE/SP. Ex-Assessor de Subprocuradora-Geral da República (PGR/DF – MPF). Procurador do Município de Jundiaí/SP. Professor em Programas de Graduação e Pós-graduação em Direito. Advogado há mais de 20 anos, com passagem pelo Banco BBA e pelo Escritório Rubens Naves, Santos Jr. e Hesketh Advogados. Autor de livros e artigos jurídicos. Colaborador do site www.direitodoestado.com.br – Seção COLUNISTAS, da revista GOVERNET, do periódico Solução em Direito Administrativo e Municipal – SGP, dentre outros.

2 Trata-se de dois temas que foram objeto de estudos e publicações anteriores, os quais ora são reunidos, em virtude de sua vinculação, com as devidas adaptações.

2. AS SANÇÕES POSITIVAS EM NORBERTO BOBBIO

No âmbito da Teoria Geral do Direito, dentre os estudos que se propuseram a examinar o tema das ***sanções positivas***, ganharam inegável destaque aqueles veiculados por Norberto Bobbio, o qual a partir da década de 1970 passou a dedicar maior atenção à análise funcional do Direito, em contraposição à abordagem estrutural do Direito.

Embora tais estudos não tenham significado um completo abandono ao positivismo jurídico,[3] Bobbio propõe reflexões críticas acerca da limitação da teoria kelsiana do ordenamento jurídico como ordenamento coativo,[4] a qual seria colocada em crise pela descoberta da função promocional do direito.[5]

Os escritos do jusfilósofo italiano sobre tal temática encontram-se compilados em sua obra *Da estrutura à função – Novos estudos de teoria do direito*, traduzido por Daniela Beccacia Versiani, com prefácio do Professor Mario G. Losano e apresentação do Professor Celso Lafer, publicado pela Editora Manole, cabendo para o presente estudo destaque os seguintes ensaios: "A função promocional do direito"; "Sanções positivas" e "Em direção a uma teoria funcionalista do direito".

No artigo "A função promocional do direito", Bobbio se propõe a examinar as novas técnicas de controle social, considerando a passagem do Estado liberal clássico para o Estado social, identificando uma crescente elevação das ***técnicas de encorajamento*** em acréscimo ou substituição às ***técnicas de desencorajamento***.

Sob tal perspectiva, vislumbrou uma crise em relação às teorias que consideravam o direito exclusivamente do ponto de vista da sua função ***protetora*** e/ou da sua função ***repressiva***. São suas as palavras:

> É indubitável que essa inovação coloca em crise algumas das mais conhecidas teorias tradicionais do direito, que se originam de uma imagem extremamente simplificada do direito. Refiro-me, em particular, à teoria que considera o direito exclusivamente do ponto de vista da sua função protetora e àquela que o considera exclusivamente do ponto de vista de sua função repressiva.

3 O interesse de Bobbio pelo positivismo jurídico teve início em 1949, data de sua "conversão" a Kelsen e encerrou-se nos anos oitenta. Não se pretende aqui examinar a evolução do pensamento de Bobbio sobre o positivismo kelseniano, mas apenas registrar que este inspirou as suas obras *Teoria da Norma* e *Teoria do Ordenamento*, e que a partir da metade dos anos 1970 passou a se afastar da visão puramente estrutural do direito, vale dizer, do positivismo normativo de matriz kelseniana, ganhando atenção a visão funcional do direito (Prefácio de Mario G. Losano, p. XL). Para uma visão mais profunda acerca da evolução do pensamento de Bobbio, com base na sanção, recomenda-se a leitura do trabalho *Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio*. SALGADO, Gisele Mascarelli. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. 2008. No prelo.

4 Embora Kelsen tenha admitido a existência de normas premiais, confere a elas uma importância secundária, conforme anota Bobbio (*op. cit*., p. 12).

5 BOBBIO. Noberto. *Da estrutura à função. Novos estudos da teoria do direito*. São Paulo: Editora Manole, 2007, p. 73.

> É desnecessário acrescentar que, com frequência, as duas teorias encontram-se sobrepostas: o direito desenvolve a função de proteção em relação aos atos lícitos (que podem ser tanto atos permitidos quanto obrigatórios) mediante a repressão dos atos ilícitos.
>
> Um exemplo clássico da primeira teoria é a que tem por predecessor Christianus Thomasius, segundo o qual o direito se caracteriza por conquistar o próprio objetivo (que é essencialmente protetor) por meio da emanação de comandos negativos (proibições). A segunda teoria, comum a toda corrente do positivismo jurídico, de Austin a Jhering e Kelsen, é aquela segundo a qual o direito atinge o próprio objetivo (que é essencialmente repressivo) por meio da organização de sanções negativas (o direito como aparato coativo, ou zwangsordnung).

Nesse ponto, cabe abrir um parêntesis para destacar a relevante advertência do jusfilósofo italiano acerca da distinção entre ***normas positivas*** e ***normas negativas*** e ***sanções positivas*** e ***sanções negativas***. Em outras palavras, a distinção, respectivamente, entre ***comandos*** e ***proibições*** e entre ***prêmios*** e ***castigos***.

Desse modo, não há falar em incompatibilidade entre ***normas positivas*** e ***sanções negativas***, de um lado, e ***normas negativas*** e ***sanções positivas***, de outro. Na esteira dos ensinamentos de Bobbio "podem ocorrer, de fato, quatro diferentes situações: a) comandos reforçados por prêmios; b) comandos reforçados por castigos; c) proibições reforçadas por prêmios; d) proibições reforçadas por castigos".

Feito o registro, prossegue pontuando que nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado era de ***"tutelar"***, ***"garantir"***, e que nas constituições pós-liberais, com maior frequência, vem sendo agregado a função de ***"promover"***, razão pela qual passa a apontar diferenças entre o ***ordenamento*** com a ***função protetora-repressiva*** e o ***ordenamento*** com a ***função promocional***.

De acordo com pensamento do Professor da Universidade de Turim, no primeiro ganha relevo **"os comportamentos socialmente não desejados"**, sendo seu fim precípuo impedir o máximo possível a sua prática. Já no segundo, interessam, principalmente, **"os comportamentos socialmente desejáveis"**, almejando a realização destes até mesmo aos recalcitrantes.

No ***ordenamento protetor-repressivo*** prestigia-se a **técnica do desencorajamento**, em que "A" procura influenciar o comportamento não desejado de "B", obstaculizando-o ou atribuindo-lhe consequências desagradáveis. Já no ***ordenamento promocional***, simetricamente, prevalece a **técnica do encorajamento**, em que "A" procura influenciar o comportamento desejado de "B", facilitando-o ou atribuindo-lhe consequências agradáveis.

Ainda no tocante às técnicas de encorajamento ou de desencorajamento, observa que o momento inicial de uma medida de desencorajamento é uma ameaça e o de uma medida de encorajamento, uma promessa.

Por seu turno, Bobbio, já no ensaio "As sanções positivas", procura demonstrar a crescente importância das ***sanções positivas*** como ***sanções jurídicas***, em contraposição às sanções negativas, embora reconheça que na teoria geral do direito contemporâneo ainda subsista a prevalência da ***concepção repressiva do direito***, vale dizer, do direito como ***ordenamento coativo***, bem como a importância quase que exclusiva conferida às ***sanções negativas***.

Deveras, observa que o tema das sanções positivas sempre foi negligenciado pelos juristas, em virtude da predominante vinculação do instituto da sanção às sanções negativas, estas últimas inseridas na técnica de desencorajamento, prestigiada no ordenamento jurídico de viés funcional protetivo-repressivo.

A noção de sanção positiva deduz-se, a *contrario sensu*, da noção de sanção negativa. O castigo para uma ação má e o prêmio para uma ação boa. Ambas podem ser atributivas ou privativas (o mal do castigo pode consistir tanto na atribuição de uma desvantagem quanto na privação de uma vantagem, assim como o bem do prêmio pode consistir na atribuição de uma vantagem quanto na privação de uma desvantagem).

As sanções negativas podem ser distinguidas em ***medidas retributivas*** ou ***penas propriamente ditas*** e em ***medidas reparadoras***, diferenciação esta também aplicável às sanções positivas, a exemplo dos prêmios como ***medidas retributivas*** e as ***indenizações ou compensações*** em face dos esforços empreendidos pelo agente como medidas reparadoras.

Bobbio não se furta ao exame dos "prêmios" e das "recompensas" (sanções positivas) como sanções jurídicas. Sob tal perspectiva, discorda daqueles que, ao se filiarem ao entendimento de Kelsen no sentido de que a "característica da sanção jurídica consiste no uso da força física, sendo sanções jurídicas apenas a pena e a execução forçada", acabam por excluir as sanções positivas do rol das sanções jurídicas.

Com efeito, entende inadequada a redução pura e simples da sanção jurídica à coação. Para tanto, considera "a coação como garantia do cumprimento da sanção" e, por conseguinte, concebe a sanção positiva também como sanção jurídica:

> Enquanto pura e simplesmente reduzir a sanção jurídica à coação nos impede de inserir as sanções positivas entre as sanções jurídicas, considerar a coação como garantia do cumprimento da sanção nos permite considerar como sanções jurídicas também as sanções positivas: segundo essa interpretação da relação entre sanção e coação, são jurídicas as sanções positivas que suscitam para o destinatário do prêmio uma pretensão ao cumprimento, também protegida mediante o recurso à força organizada dos poderes públicos. Tal como uma sanção negativa, uma sanção positiva se resolve na superveniência de uma obrigação secundária – lá, no caso de violação; aqui no caso de descumprimento de uma obrigação primária. Isso significa que podemos falar de sanção jurídica positiva quando a obrigação secundária, que é a sua pretensão, é uma

> obrigação jurídica, isto é, uma obrigação para cujo cumprimento existe, por parte do interessado, uma pretensão à execução mediante coação.

Nesse ensaio, ainda, Bobbio destaca a técnica da "facilitação" no caso do encorajamento e da técnica da "obstaculização", para o desencorajamento. Na hipótese, a facilitação ou a obstaculização ***precede*** ou ***acompanha a ação*** que se pretende encorajar ou desencorajar. Para tanto, invoca, respectivamente, os seguintes exemplos: promessa ao filho de deixá-lo ir ao cinema se concluir uma difícil tradução do latim (recompensa, após a ação) ou permitir que ele utilize um dicionário bilíngue (facilitação). De igual modo, posso desencorajar uma ação tanto ameaçando com uma pena como tornando a própria ação não desejada mais penosa.

Por fim, no capítulo "Em direção a uma teoria funcionalista do Direito", o autor dedica boa parte do texto para tratar da aplicação à teoria do direito da distinção entre a ***abordagem estruturalista*** e a ***abordagem funcionalista***, ressaltando a prevalência da primeira nos últimos cinquenta anos.

Retoma, então, atenção às obras de Kelsen, em que não apenas há uma separação da análise funcional e estrutural, como uma exclusão da primeira, na medida em que para o fundador da teoria pura do direito o cientista não deve se ocupar da função do direito, mas apenas dos seus elementos estruturais.

Bobbio observa que, do ponto de vista funcional, o direito é para Kelsen uma "técnica específica da organização social": sua especificidade consiste no uso dos meios coercitivos para induzir os membros do grupo social a fazer ou não fazer alguma coisa.[6] Embora Kelsen não tenha se cansado de repetir que o direito não é um fim, mas um meio, o jusfilósofo italiano pondera que Kelsen chega a admitir um certo fim (segurança coletiva), próprio e específico do direito.

A par disso, destaca que na teoria kelseniana do direito como ordenamento coativo prevalece o entendimento quanto ao direito como um conjunto de normas "cuja característica não é prescrever comportamentos (e muito menos autorizá-los), mas, sim, estabelecer um nexo de imputação entre o ilícito e a sanção".

De modo que, "na obra kelseniana, o nexo entre coatividade do direito e uso das sanções negativas é estreitíssimo", residindo nisto a distinção do direito com outros ordenamentos que não contam com a sanção (obediência voluntária) ou que se apoiam em sanções positivas.

Anota que, não obstante Kelsen reconheça a distinção entre pena e recompensa, considera irrelevante esta última para o direito.[7] Bobbio discorda

6 *Ibidem*, p. 56.

7 Bobbio cita duas passagens para embasar tal registro. A primeira, em que Kelsen afirma que "a técnica da recompensa desempenha papel significativo apenas nas relações privadas dos indivíduos". A segunda quando observa que "os ordenamentos jurídicos modernos contêm, por vezes, normas que, para certos

de tal entendimento, assentando que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, em que o Estado não apenas compete à organização da força, mas estende suas atividades para a produção de outros serviços, emerge o fenômeno do direito promocional.

A função promocional do direito, por sua vez, pode ser exercida por dois tipos de expedientes: os incentivos e os prêmios. Os primeiros para facilitar o exercício de uma ação e os segundos para ofertar uma satisfação àqueles que já tenham realizado a ação almejada. De forma técnica, apenas os prêmios se constituem em sanção positivas, em contraposição à pena (sanção negativa). Eis a sua lição:

> A sanção (positiva ou negativa) pressupõe a existência de uma norma primária no sentido hartiano, isto é, de uma norma de conduta que impõe um dever (obbligo), e é a reação, mais ou menos institucionalizada, do grupo social em relação à observância ou à transgressão da norma supracitada. O encorajamento ou o desencorajamento são um efeito derivado. No caso do incentivo e do desincentivo, o encorajamento ou o desencorajamento são as intenções principais: nem um nem outro pressupõe uma norma primária. Procurando expressar o mesmo conceito com outras palavras, o prêmio é uma resposta a uma ação boa; o incentivo é um expediente para obter uma ação boa. Assim, a pena é uma resposta a uma ação má; o desincentivo é um expediente para impedir uma ação má. Partindo da definição mais comum de sanção como resposta ou reação a uma ação normativa (isto é, a uma ação conforme ou contrária a uma norma), apenas o prêmio e a pena, como respostas supervenientes a uma ação normativa precedente, pertencem propriamente à categoria das sanções.

Conclui, então, que sob a perspectiva da distinção entre sanção e não sanção, temos de um lado os prêmios e as penas e de outro lado os incentivos e os desincentivos. No entanto, se considerarmos a diferença entre as funções de encorajamento e de desencorajamento, temos de um lado os prêmios e os incentivos, "duas formas típicas pelas quais se manifesta a função promocional do direito",[8] e de outro lado, as penas e os desincentivos.

De acordo com Bobbio, a descoberta da função promocional do direito acaba por colocar em crise a teoria do direito como ordenamento coativo proposta por Kelsen. Sob tal ótica, considerando o espaço cada vez maior ocupado pelo direito promocional, faz as seguintes indagações: Ainda hoje é aceitável essa concepção do Estado exclusivamente como organização da força? Em face do crescimento das intervenções do Estado na esfera econômica, essa concepção não se tornou insuficiente, "não é uma concepção mínima ou limitada de Estado?

méritos, preveem prêmios", dando o exemplo dos "títulos" e das "medalhas". Idem, p. 65-66.

8 *Idem*, p. 73.

Para o autor, os recursos econômicos valem tanto quanto os recursos da força para "condicionar os comportamentos dos indivíduos, a fim de conseguir aqueles efeitos desejados ou impedir os indesejados, no que se afirma consistir na função do direito".

Haja vista que o Estado contemporâneo se utiliza de tal expediente, entende que seria tão importante a teoria que define **o direito como organização do poder econômico** como aquela que define **o direito como organização do poder coativo**, sendo o poder econômico habitualmente empregado com função promocional e o poder coativo com a função repressiva.

O jusfilósofo italiano, no entanto, adianta desde logo que "o reconhecimento da importância do direito promocional não é, em absoluto, incompatível com a consideração instrumental do direito, própria da teoria kelseniana", assentada nas duas principais teorias de Kelsen: **nomostática**, **"a teoria da norma jurídica como juízo hipotético, que liga condição e consequência mediante o nexo da imputação"** (na medida em que a proposição "Se é A, deve ser B", é válida tanto para as sanções negativas como para as sanções positivas) e **nomodinâmica**, **"*a teoria da construção em graus do ordenamento*"** (uma vez que diz com a produção de normas de acordo com o previsto pelo ordenamento, não havendo importância se a norma tenha por escopo reprimir ou promover, no que toca à análise estrutural).

Nessa direção, a importância do direito promocional diz mais com a abordagem funcional, haja vista que sob o ponto de vista estrutural "o direito pode continuar a ser definido, mesmo depois do aparecimento do direito promocional, como norma hipotética (no plano da nomostática) e como ordenamento em graus (no plano da nomodinâmica)".

Deveras, sob a ótica funcional, uma vez considerada a função promocional do direito, o ordenamento não pode mais ser visto ***apenas*** como uma forma de controle social, obtido por meio da técnica de sanções negativas, ***mas também*** como ***"ordenamento diretivo"***, pelo uso da técnica de sanções positivas e dos incentivos. Daí a conclusão de que o direito, do ponto de vista funcional, pode ser definido como ***"forma de controle e de direção social".***[9]

A concepção da teoria funcionalista do Direito proposta por Norberto Bobbio afigura-se de extremo valor, conferindo novos ares não apenas no que toca ao ***novo papel do Estado***, mas também ao ***novo papel do Direito***.

De acordo com os ensinamentos do jusfilósofo italiano é no Estado do Bem-Estar Social que se destaca a ***função promocional do direito*** e o ***uso das sanções positivas***, cabendo a este não apenas exercer a sua função protetiva-repressiva, mas também a sua função promocional.

Uma vez assentadas as lições preciosas de Norberto Bobbio acerca das sanções premiais, cumpre, então, examinar o seu uso no âmbito do Direito

9 *Idem*, p. 79.

Administrativo, mediante o destaque da função administrativa fomentadora, consoante a seguir examinada.

3. A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PROMOCIONAL OU DE FOMENTO

3.1. A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PROMOCIONAL OU DE FOMENTO NA DOUTRINA ESTRANGEIRA

No âmbito do Direito Administrativo, a temática da sanção positiva, trabalhada na perspectiva da ***função administrativa "fomentadora"***, ao lado das clássicas funções administrativas de ***"poder de polícia"*** e de ***"prestador de serviços públicos"***, passou a ganhar força a partir da metade do século XX, consoante a sistematização do instituto, em 1949, pelo professor espanhol Luis Jordana de Pozas, em seu estudo denominado *Ensayo de uma teoria del fomento en el Derecho Administrativo.*[10]

No entanto, a adoção de técnicas de fomento pelo Estado, como meio de incentivar, promover ou proteger determinados comportamentos ou atividades dos particulares que, ao mesmo tempo, atendam interesses públicos, não é recente.

De fato, como registra José Luís Villar Palasi em seu artigo "Las técnicas administrativas de fomento y apoio al precio político", já em 1336, em Zaragoza e Castilha, eram adotadas as subvenções diretas e indiretas para a construção de obras públicas (PALASI, 1954, p. 9-10).

No período absolutista, por sua vez, anota Delacroix a existência de prêmios e vantagens honoríficas concedidas pelo Rei com o objetivo de direcionar a condutas dos nobres para auxiliá-lo na consecução dos "interesses públicos", embora naquele período não raras vezes estes se confundiam com os interesses do próprio monarca (DELACROIX, 1990, p. 20).

No século XVIII, a polícia, de acordo com Baena de Alcázar, compreendia toda a atividade que competia ao príncipe. Daí por que a concepção primitiva de fomento público estava relacionada ao poder de polícia do Estado, o qual podia ser subdividido em: poder de polícia da ordem e poder de polícia do bem-estar ou da prosperidade (nesta última, estava inserida a ideia de fomento) (ALCÁZAR, 1967, p. 54-55).

O fomento, até o referido período, apresentava-se como uma finalidade do Estado, carecendo o conceito de um valor técnico, razão pela qual não se utilizava como elemento de construção jurídica.

Deveras, a ação fomentadora, como espécie (uma das formas) da atividade administrativa, somente pode ser considerada a partir do momento em

10 POZAS, Jordana de. *Ensayo de una teoria del fomento en el derecho administrativo*. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_048_040.pdf. Acesso em: 02 jun. 2012.

que o Estado passou a se submeter à ordem jurídica, ou seja, com o advento do Estado de Direito e o surgimento da Administração Pública e do Direito Administrativo.

A sistematização do instituto, contudo, conforme já anotado, apenas ocorreu em 1949, com a publicação de um ensaio acerca dessa modalidade de intervenção estatal, elaborado pelo professor espanhol Luis Jordana de Pozas, cujas ideias centrais do seu trabalho contribuíram para a formação da atual concepção da atividade administrativa de fomento (POZAS, 1949, p. 40-54).

Tal fato justifica o início do exame da atividade administrativa de fomento, a partir da valiosa contribuição doutrinária de Jordana de Pozas — a qual destacou a ação promocional como uma das formas da atividade administrativa e não como um fim em si mesmo do Estado, conforme antes considerada, seguindo com os estudos de outros doutrinadores estrangeiros e nacionais que se debruçaram sobre o tema.

3.2. O PENSAMENTO DE JORDANA DE POZAS

Jordana de Pozas inicia o ensaio aduzindo que a atividade administrativa tem como finalidade geral a satisfação das necessidades públicas, entendendo por necessidade todo desejo ou utilidade que, acaso não satisfeito, produz graves males (POZAS, 1949, p. 40-54).

Anota o autor que as necessidades públicas variam muito em seu número e classe, embora um número reduzido seja universal e constante. Em um Estado totalitário, todas as necessidades comuns a um grupo ou de caráter geral seriam públicas e, pelo contrário, em Estados que aceitam a ordem individualista somente seriam públicas aquelas necessidades que as pessoas não pudessem satisfazer livremente por si só.

Adverte que o limite que separa o campo das necessidades privadas e das necessidades públicas varia constantemente, considerando, pois, uma das mais importantes das funções políticas aquela capaz de discernir o quanto antes quais necessidades se converteram em públicas e quais perderam esse caráter.

Considera que toda a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo requer uma justificativa baseada na vontade da própria pessoa ou no bem comum, devendo observar uma suave graduação nos meios empregados, ou seja, aqueles que consigam atingir o fim perseguido no momento adequado e com o mínimo grau de coação.

Dentre esses meios, destaca: a *legislação*, entendida como emanação de normas obrigatórias e execução normal a cargo dos particulares, a *polícia*, o *fomento* e o *serviço público*, estes três últimos sempre de caráter administrativo.

Haja vista que a polícia e o serviço público têm sido objeto de múltiplos e profundos estudos, ao contrário da atividade administrativa de fomento, a qual é examinada "de passagem", sem se atentar para as suas ca-

racterísticas, pretende aquele autor no ensaio distinguir o fomento desses dois outros institutos.

Assim, após retratar as mudanças ocorridas no conceito de polícia desde a Antiga Grécia, acaba por acolher a conhecida definição de Santi Romano: "chama-se polícia a atividade administrativa que, por meio de limitações eventualmente coercitivas da atividade privada, se dirige a prevenir os danos sociais os quais desta última podem derivar-se" (POZAS, 1949, p. 44).

No que toca ao serviço público, aduz "é uma modalidade de ação administrativa que consiste em satisfazer a necessidade pública de maneira direta, por órgãos da própria Administração criados para esse fim e com exclusividade ou em concorrência com os particulares" (POZAS, 1949, p. 44).

Relativamente ao fomento público, conceitua-o como:

> (...) a ação da Administração encaminhada a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas desenvolvidas pelos particulares e que satisfaçam necessidades públicas ou se estimam de utilidade geral, sem usar da coação e nem criar serviços públicos. (...) (POZAS, 1949, p. 46).

Por conseguinte, conclui o autor que o fomento se distingue da polícia, uma vez que esta "previne e reprime" e aquele "protege e promove", sem usar, no entanto, a coação.

De igual modo não se confunde com o serviço público, no qual a Administração realiza diretamente e com os seus próprios meios o fim perseguido, ao passo que na atividade de fomento se limita a estimular os particulares para que estes, por sua vontade própria, desenvolvam determinadas atividades, as quais cumpram indiretamente o fim perseguido pela Administração.

Relata que essa ação de estímulo pelo Poder Público sobre o ânimo dos governados, sem o uso da força, para alcançar o que o governante considera bom, é encontrada em todas as épocas, trazendo, para tanto, referências do século XVI, embora esses meios indiretos de satisfação de necessidades públicas tenham adquirido maior atenção a partir do século XVIII.

Para Jordana de Pozas, a polícia é a modalidade administrativa mais própria do Antigo Regime; o fomento é a mais adequada para o Estado Liberal e o serviço público é o modo predileto do Estado intervencionista, embora se trate do predomínio de um sobre o outro sistema, sem a exclusão dos demais.

Retomando a atenção para a Administração Fomentadora, observa que é impossível estabelecer um catálogo de formas que pode revestir essa atividade específica e que opção por esta ou aquela forma é política.

Classifica os meios de fomento como a) positivos – os que outorgam prestações, bens ou vantagens; e b) negativos – os que impõem obstáculos ou cargas para dificultar por meios indiretos aquelas atividades contrárias àquelas que os governantes desejam fomentar.

Sobre outro prisma, classifica os meios de fomento em: a) honoríficos; b) econômicos; e c) jurídicos.

Os honoríficos compreendem as distinções e recompensas que se outorgam como reconhecimento público ou proclamação de um ato ou de uma conduta exemplar. Embora possam ser em determinadas ocasiões consideradas também vantagens econômicas ou jurídicas, estas se mostram acessórias, uma vez que o principal é o enaltecimento social do beneficiado. Cita como principais meios: as condecorações, tratamentos, títulos, uso de emblemas ou símbolos determinados, troféus, diplomas etc.

Os econômicos são todos aqueles que de um modo direto determinam uma percepção de quantidade ou a dispensa de um pagamento obrigatório. Nesta categoria estão as subvenções, os prêmios em dinheiro e as isenções e demais privilégios de caráter fiscal. Por fim, os meios jurídicos, os quais se caracterizam pela outorga de uma condição privilegiada que, de modo indireto, representa vantagens econômicas.

3.3. O PENSAMENTO DE MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR

Mariano Baena Del Alcázar, em denso artigo denominado "Sobre el concepto de fomento", se propõe a revisar a teoria do fomento, oportunidade na qual registra o posicionamento de inúmeros doutrinadores que se debruçaram sobre o tema (ALCÁZAR, 1967, p. 43-84).

Inicia o trabalho com o exame da acepção atual do termo *fomento* proposta por Jordana de Pozas, assentada nas ideias de que se trata de uma atividade persuasiva e por meio dela se obtém a satisfação de necessidades públicas. É dizer, a satisfação das necessidades públicas pela via indireta da persuasão. Ressalta ainda que o fomento recai sobre atividades, estabelecimentos ou riquezas e que por meio dela não se emprega a coação e nem se cria serviços públicos.

Passa, então, a examinar como se posiciona a doutrina espanhola em face do conceito e da sistematização de Jordana de Pozas, analisando, então, o entendimento de Garrido Falla, Entrena Cuesta e Pellise sobre o instituto.

De acordo com Alcázar, embora Garrido Falla tenha considerado insuficiente o conceito de "poder de polícia", pois este não explica uma série de prestações forçadas pelos particulares, sejam reais ou pessoais, e também não tenha aceitado o "serviço público" como último elemento da classificação de Pozas, haja vista a necessidade de se incluir outras prestações por parte da Administração aos administrados, como, por exemplo, a chamada gestão econômica, aceita integralmente o conceito de fomento, seguindo em linhas gerais a definição de Pozas.

Para Garrido, o fomento é

> (…) aquela atividade administrativa que se dirige a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de ordem pública, protegendo ou promovendo, sem emprego da coação, as atividades dos particulares ou de outros entes públicos que diretamente as satisfaçam. (…) (1966, p. 266, *apud* ALCÁZAR, 1967, p. 47).

Observa, então, que Garrido Falla ampliou o conceito de Jordana de Pozas para o fim de incluir dentre os destinatários da atividade de fomento outros entes públicos menores.

Prossegue o autor relatando que posicionamento semelhante adotou Entrena Cuesta, mediante a adoção de uma *ideia negativa* — por meio do fomento a Administração persegue fins públicos sem o emprego da coação e sem a realização de prestações —, e de uma *ideia positiva* — a atividade administrativa com o fim de proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares ou de outros entes públicos que satisfaçam necessidades públicas ou se estimam de utilidade geral, sem usar de coação ou criar serviços públicos.

Por fim, cita a formulação de Pellise, que destaca como nota essencial da atividade administrativa de fomento a existência de um estímulo sem o emprego da coação.

Conclui, então, que embora com matizes distintos, os doutrinadores espanhóis mantêm, em essência, a formulação construída por Jordana de Pozas acerca do fomento.

3.4 O PENSAMENTO DE HÉCTOR JORGE ESCOLA

A atividade administrativa, como observa Héctor Jorge Escola (1990, p. 857), é uma *atividade teleológica*, vale dizer, visa alcançar uma finalidade, a *satisfação das necessidades coletivas*.

Esse fim pode ser alcançado de *modo direto e imediato* mediante o agir da própria Administração ou de *forma indireta e mediata*, quando esta incentiva, promove e protege determinadas atividades dos particulares que satisfaçam as necessidades coletivas ou consideradas de utilidade pública, sem a utilização de coação ou criação de serviços públicos. Eis nesta última modalidade o que se denomina *atividade administrativa de fomento*.

Observa, com apoio em Villar Palasí, que as técnicas administrativas de fomento não são atuais, invocando, para tanto, antecedentes verificados durante a Idade Média, no que se refere à construção de obras públicas.

No entanto, ressalta que a valorização e o auge dessa atividade administrativa, como uma das modalidades operativas que se coloca para a Administração para o alcance das finalidades públicas, está agregada à aparição do Estado Social de Direito, que além de assegurar a ordem pública, procura atender e satisfazer uma série de necessidades e exigências da comunidade, que são de interesse público, e podem ser adequadamente alcançadas por meio de certas

atividades dos particulares, que por essa razão são protegidas e estimuladas pela Administração Pública.

Daí dizer que a atividade administrativa de fomento pode ser caracterizada a partir dos seguintes elementos:

> a) é uma *atividade administrativa* e como tal deve ser realizada pela Administração Pública, com o propósito de alcançar determinadas finalidades próprias;
>
> b) tais finalidades são de *interesse público* e visam à satisfação das *necessidades coletivas* e à *realização dos fins do Estado*;
>
> c) a atividade administrativa de fomento não se propõe a alcançar essas finalidades de modo direto e imediato, mas que sejam realizadas pela atividade dos particulares, ou seja, o fim é alcançado *de forma indireta e mediata*;
>
> d) para tanto, se dedica a proteção ou promoção dessas atividades particulares, utilizando-se de diferentes meios, exceto a coação;
>
> e) essas atividades dos particulares são prestadas por decisão destes, agem, assim, como colaboradores da Administração Pública nesse intento.

Com base nessas notas características, Héctor Jorge Escola conceitua a atividade administrativa de fomento como

> (…) aquela atividade da Administração Pública que pretende a satisfação de necessidades coletivas e que atendam os fins do Estado de maneira indireta e mediata, mediante a participação voluntária dos particulares, que desenvolvem por si mesmos atividades tendentes a esse objeto, as quais são, por isso, protegidas e estimuladas pela Administração por diversos meios, dos quais está excluída toda a forma de coação. (...) (ESCOLA, 1990, p. 859).

Depreende-se do conceito de Escola que o autor não admite uma atividade administrativa de fomento voltada a outros órgãos ou entes administrativos, sob o fundamento de que, estando delimitada a atividade destes por normas de competência, cujo exercício e observância constituem não apenas uma atribuição, mas também um dever, não se poderia admitir, doutrinariamente, o fomento. Tratar-se-ia de uma coparticipação interadministrativa para a obtenção de finalidades comuns.

O autor também acolhe as duas classes proposta por Jordana de Pozas para classificar a atividade fomentadora, quais sejam: pelo critério de atuação sobre a vontade do particular: *fomentos positivos e negativos*; e pelo critério de vantagens outorgadas aos particulares: *fomentos honoríficos, econômicos e jurídicos.*

3.5. O PENSAMENTO DE ROBERTO DROMI

Roberto Dromi, no mesmo sentido, anota que mediante o fomento, a Administração persegue os fins públicos sem o emprego da coação e sem a rea-

lização *per se* de prestações públicas. O fim do fomento é a satisfação indireta das necessidades públicas (DROMI, 1995, p. 655).

A ideia predominante é a de uma atividade persuasiva ou de estímulo e a finalidade perseguida é sempre a mesma: convencer alguém de fazer algo ou de deixar de fazê-lo. Por meio do fomento, a Administração trata de ajudar, estimular e orientar a iniciativa privada quando esta se mostra insuficiente.

O autor não compartilha do entendimento de Héctor Jorge Escola de que tal atividade não pode ter como destinatário outro órgão ou ente estatal, ou seja, admite a ação fomentadora de um ente público voltada para outros órgãos ou entes públicos.

No que toca às classes da atividade de fomento, Dromi também acolhe os critérios eleitos por Jordana de Pozas, quais sejam: atuação sobre a vontade do particular: *fomentos positivos e negativos*; e vantagens outorgadas aos particulares: *fomentos honoríficos, econômicos e jurídicos.*

3.6. O pensamento de Ramón Parada

Ramón Parada, em sua obra *Direito Administrativo*, ao tratar das formas da atividade administrativa, examina-as por meio de cinco grandes capítulos: I) atividade administrativa de polícia ou de limitação; II) *atividade administrativa de fomento*; III) atividade administrativa prestacional ou de serviço público; IV) atividade administrativa sancionadora; e VI) atividade administrativa arbitral (PARADA, 2004, p. 20).

Para o ilustre professor de Direito Administrativo, por atividade de fomento se entende "aquela modalidade de intervenção administrativa que consiste em dirigir a ação dos particulares de acordo com os fins de interesse público mediante a outorga de incentivos diversos", acolhendo, para tanto, as lições de Jordana de Pozas e Martín Retortillo (PARADA, 2004, p. 392).

Relata que o incentivo de atividades privadas é conhecido desde os primeiros tempos da civilização, porém, é no período do Absolutismo do século XVIII que esse modo de intervenção é concebido de modo mais consciente como uma modalidade de ação pública, a exemplo do emprego de técnicas incentivadoras econômicas e honoríficas em França pelo ministro Colbert e dos planos de promoção industrial por Fernando VI, tais como as fábricas de seda, vidro, entre outras.

No século XIX, a política econômica situa a ação de fomento no centro do intervencionismo administrativo, dando nome ao mais importante Ministério, o de Fomento, e com esse mesmo nome se designaram os representantes do Governo nas províncias, os subdelegados de Fomento, depois denominados Governadores Civis, a quem, em 1833, dirigirá Javier de Burgos a sua famosa Instrução.

Nesse contexto, observa a importância da criação de um sistema ferroviário com as ajudas econômicas do Estado a favor das companhias ferroviárias concessionárias, embora a política de subvenções tenha trazido também a cor-

rupção e falseado a livre concorrência empresarial, o que motivou a reação dos liberais em desqualificar o fomento econômico.

No século XX, as ajudas econômicas se estendem a todos os setores produtivos e se racionalizam com a Lei nº 152/1963 (ESPANHA, 1963). O incentivo às empresas, por meio de polos de desenvolvimento, polígonos industriais, zonas de localização preferenciais, se prolonga até os dias de hoje na Lei nº 27/1984 (ESPANHA, 1984). Por outro lado, a atividade incentivadora foi estendida a todos os setores econômicos (agricultura, extração de minérios, construção naval etc.), chegando à cultura (cinema, teatros) e à ação social, por meio das organizações não governamentais (ONGs) que praticamente vivem das subvenções públicas.

Cita inúmeras leis que disciplinam a atividade de fomento e destaca a sua extraordinária significação na atualidade, que coincide com o retrocesso da atividade prestacional. Conclui, ao final da evolução histórica traçada, a legitimidade dessa forma de intervenção, apontando na Constituição numerosos dispositivos que prestigiam a ação promocional, tais como o dever do Poder Público de fomentar a educação sanitária, a educação física (art. 43.3), as organizações dos consumidores (art. 51.2), as sociedades cooperativas (art. 129.2) etc.

O autor, assim como Baena de Alcázar, Hector Jorge Escola e Roberto Dromi, adota a classificação proposta por Jordana de Pozas, ao anotar que o fomento pode consistir em medidas honoríficas, econômicas e jurídicas. Ressalta que, na atualidade, os meios econômicos oferecem maior estímulo do que os honoríficos.

De acordo com Ramón Parada, não é fácil reconduzir a atividade de fomento a um mesmo regime jurídico em virtude da diversidade de ações fomentadoras, e nem de qualificar de vinculada ou discricionária a atividade incentivadora, a qual depende de diversas regulamentações e procedimentos. Invoca como regra geral a discricionariedade na outorga de condecorações civis, e, ao revés, como vinculada, a concessão de condecorações militares.

4. A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NA DOUTRINA PÁTRIA

4.1. BREVES CONSIDERAÇÕES

A atividade administrativa de fomento não é nova no ordenamento jurídico pátrio. Há tempos a Administração Pública exerce-a mediante diplomas legais esparsos, como, por exemplo, a outorga de títulos de utilidade pública regulada pela Lei nº 91/1935 (BRASIL, 1935) e de benefícios fiscais disciplinados em leis editadas pelos Poderes Legislativos da União, dos Estados e dos Municípios ou, ainda, a Lei nº 4.320/64 (BRASIL, 1964), que disciplina a concessão de auxílios e subvenções às entidades privadas sem fins lucrativos.

Entretanto, essa espécie de função administrativa, pelo contexto jurídico, político econômico e social, acabou ofuscada pelas demais funções administrativas, de prestador de serviços públicos, de polícia e do ordenamento econômico-social, ocupando-se a doutrina nacional com estas últimas de forma predominante.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e o processo de redemocratização do país, observa-se o crescimento dos modelos de colaboração entre o Poder Público e os administrados para a consecução dos interesses considerados relevantes para a coletividade.

Nesse cenário de ampliação das relações jurídicas mantidas entre o ente estatal e o particular, ocupa posição de destaque, dada a sua importância, aquelas travadas, no âmbito do domínio social, entre a Administração Pública e as entidades que integram o denominado *Terceiro Setor*, que visam à consecução, em modelos de parceria, dos interesses públicos na área dos direitos sociais.

É justamente nesse contexto, com o inegável desenvolvimento, a partir da década de 90, das referidas *entidades paraestatais*, fruto da realidade socioeconômica do país, do crescente aumento das demandas sociais e da impossibilidade do Estado de atendê-las integralmente, que se identifica a "redescoberta" da atividade administrativa de fomento, predominantemente no domínio social, e a sua importância como instrumento eficaz para a realização dos já mencionados interesses de relevância social.

Cabe, pois, trazer a lume o pensamento de doutrinadores pátrios que se debruçaram sobre este instituto.

4.2. O PENSAMENTO DE SÍLVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA

Sílvio Luís Ferreira da Rocha observou com precisão a redescoberta da atividade administrativa de fomento no Brasil com a Reforma do Estado implementada na década de 1990 (ROCHA, 2003, p. 26).

Um dos trabalhos pioneiros sobre o tema relativo à Administração Fomentadora, preocupado com a inadequada e imprópria invocação desta como fundamento para legitimar a transferência de bens e serviços de titularidade do Estado a organizações de direito privado sem fins lucrativos, por intermédio de um processo denominado de "publicização", deixou o eminente professor consignado: "O Estado não poderá, a nosso ver, substituir completamente a prestação de serviços por atividade de fomento, por isto implicar uma renúncia às funções que lhe foram acometidas pelo Texto Constitucional" (ROCHA, 2003, p. 32).

A advertência é de singular procedência, na medida em que a Reforma do Estado, iniciada no Governo Collor e levada adiante no Governo Fernando Henrique, foi marcada por fortes traços do Neoliberalismo, que recorre à desestatização, à privatização e à desregulamentação para reduzir sensivelmente

a participação do Estado na atividade econômica e, sobretudo, na prestação de serviços públicos.

Deveras, o denominado Plano Diretor da Reforma do Estado aloca as funções estatais (de governo, administrativa, legislativa e judiciária) em quatro grupos a partir de critérios retirados da Ciência da Administração, e não da Ciência do Direito:

> *a) núcleo estratégico* – correspondente às funções dos Poderes Legislativo, Judiciário, Executivo e do Ministério Público. É no núcleo estratégico que as leis e as políticas públicas são definidas;
>
> *b) atividades exclusivas* – correspondem ao grupo de atividades no qual são prestados serviços exclusivos do Estado, que só o Estado pode realizar, como o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar;
>
> *c) serviços não exclusivos* – correspondem ao grupo de atividades que o Estado exerce simultaneamente com outras organizações públicas não estatais e privadas, dada a relevância dessas atividades, via de regra relacionadas a direitos humanos fundamentais, como educação e saúde;
>
> *d) grupo de produção de bens e serviços para o mercado* – corresponde à área de atuação das empresas estatais do segmento produtivo ou do mercado financeiro. É caracterizado pelo desempenho de atividades econômicas pelo Estado que podem ser exercidas normalmente pela iniciativa privada.

A proposta do referido plano contempla ao lado da propriedade estatal e da propriedade privada, a denominada *propriedade pública não estatal de bens e serviços*, a ser titularizada pelas organizações sem fins lucrativos. Ao setor de serviços não exclusivos de atuação do Estado deve corresponder a propriedade pública não estatal; e, por essa razão, bens e serviços de titularidade do Estado são transferidos a organizações sem fins lucrativos e de direito privado, por intermédio do já citado processo de "publicização"

No plano normativo, constatam-se os esforços para a implementação desse programa, tendo como exemplo a Emenda Constitucional nº 19/98 (BRASIL, 1998) e a Lei nº 9.637/98 (BRASIL, 1998-B), que criou e disciplinou as organizações sociais – OS, esta última objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, que, atualmente, aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Daí por que, de igual modo, afigura-se pertinente a sua observação no sentido de que a atividade de fomento, como espécie de atividade administrativa, deve se submeter ao regime jurídico-administrativo, que no Brasil decorre diretamente da Constituição Federal, devendo ser submetida aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além da motivação, da igualdade e da finalidade, dentre outros.

Com efeito, na medida em que no país a legislação que rege a atividade administrativa de fomento, mesmo com os novos diplomas legais acerca da matéria, ainda é deficiente, contendo lacunas, omissões e até vícios de inconstitu-

cionalidade, que serão estudados adiante, colaborando para o exercício dessa função em descompasso com os referidos princípios, como, por exemplo, a ausência de previsão legal no tocante à exigência de licitação para a escolha das entidades a serem fomentadas pelo Estado, é que se deve adotar uma postura que não se descure das normas constitucionais e da realidade socioeconômica do Brasil.

É dizer, a atividade administrativa de fomento, ainda que autorizada pela Carta Magna, deve ser exercida nos limites impostos pela Lei Maior e pela legislação infraconstitucional, desde que esta última seja compatível com aquela. De modo que, não pode o Estado Brasileiro, a pretexto de exercer a atividade administrativa de fomento, ter a pretensão de transferir o seu dever constitucional de garantir a efetivação dos direitos sociais albergados na Carta Magna, mediante a transferência da prestação de serviços públicos, executada sob regime de direito público, para entidades privadas, com a respectiva alteração do regime jurídico aplicável, como se pretende com a Lei das Organizações Sociais.

Para ser mais claro: do exame dos dispositivos constitucionais que atribuem à sociedade civil a participação e a colaboração com o Estado para o alcance e efetivação de direitos sociais considerados de relevante interesse público, vale dizer que admitem a incidência da atividade administrativa de fomento, não há autorização para a substituição do Poder Público pela iniciativa privada nessas áreas, mas apenas uma atuação complementar desta última.

Daí, as conclusões do eminente professor da PUC/SP, invocando as lições de Escola (1990) e Dromi (1995) acerca do conceito da atividade de fomento, no sentido de que:

> a) a atividade administrativa de fomento é uma atividade teleológica, com vistas à satisfação das necessidades coletivas, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos, protegendo ou promovendo as atividades dos particulares;
>
> b) visa a promover ou a estimular atividades dos particulares que tendem a favorecer o bem-estar geral. Se a finalidade do bem-estar geral não é detectável com clareza, a atividade de fomento apresenta-se como ilegítima, injustificável e discriminatória;
>
> c) distingue-se da prestação de serviços públicos, haja vista que a satisfação das necessidades coletivas se dá de modo indireto e mediato, ou seja, os fins não são alcançados por meio de um agir próprio dos órgãos administrativos, mas por intermédio do agir dos particulares que assim são incentivados pelo Poder Público. Diferencia-se do poder de polícia pela ausência de coação, uma vez que os particulares desenvolvem dita atividades por decisão própria;
>
> d) como espécie da atividade administrativa, está subordinada ao regime jurídico-administrativo e aos princípios que o informam, tais como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além da motivação, da igualdade e da finalidade, dentre outros;

> e) o Estado não poderá substituir completamente a prestação de serviços públicos por atividade de fomento, por isto implicar uma renúncia às funções que lhe foram acometidas pelo Texto Constitucional.

4.3. O PENSAMENTO DE CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu prestigiado *Curso de Direito Administrativo*, ensina que a intervenção do Estado no domínio social, "tanto se faz pela prestação dos serviços públicos desta natureza (educação, saúde, previdência e assistência social) como pelo fomento da atividade privada mediante trespasse a particulares de recursos a serem aplicados em fins sociais" (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 800-804).

Antes, porém, adverte que a Carta Magna, ao disciplinar a ordem social, fixa como objetivo primordial a realização da Justiça social, o que autoriza a afirmar que a prioridade "*não é a satisfação dos interesses do capital, mas os interesses do trabalho*", apontando, para tanto, inúmeros dispositivos constitucionais nesse sentido, a exemplo do art. 173 da Lei Maior, que adota como um dos fundamentos da ordem econômica, a valorização do trabalho (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 800-804).

Daí concluir que

> (…) a caracterização da ordem econômica e da ordem social nos termos indicados representa simples expressão de alguns dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que, nesta qualidade, foram apresentados já no pórtico da Constituição; a saber: 'construir uma sociedade justa e solidária, ademais de livre (inciso I), 'erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais' (inciso III), objetivos estes últimos, aliás, repetidos também no precitado art. 170, inciso VII, ao ser indicada a 'redução das desigualdades regionais e sociais' entre os princípios da ordem econômica. (...) (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 801).

Desse modo, afasta qualquer tentativa de se acolher postura neoliberal ou de absenteísmo estatal, ante a função do Estado de protagonista necessário da implementação desses bens jurídicos, nos termos da Constituição da República.

Retomando a questão relativa à intervenção do Estado no domínio social, anota o dever do Estado na prestação de serviços de saúde (arts. 196-198); previdência social (art. 201), educação (arts. 205, 208, 211 e 213) e assistência social (arts. 203 e 204) (BRASIL, 1998). No que toca à atividade de fomento, acolhe a definição do Professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha, destacando as contribuições, os auxílios e as subvenções como atividade de fomento direta, além das formas de fomento surgidas com a "Reforma Administrativa", as quais são objeto de estudo em apartado.

4.4. O PENSAMENTO DE DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Diogo de Figueiredo Moreira Neto dedicou um capítulo para tratar do tema fomento público em sua obra *Curso de Direito Administrativo*. Para o referido autor, o

> (…) Estado contemporâneo não se esgota como garantidor da convivência harmoniosa, como prestador de serviços públicos e como preservador de valores econômicos e culturais. Cabe-lhe, ainda, além dessas funções, já estudadas, estimular a sociedade a desenvolver-se, o que vale dizer, auxiliar cada indivíduo e cada uma de suas multiformes expressões gregárias a utilizar plenamente suas potencialidades, em todas as manifestações da vida humana, proporcionando-lhes o acesso a melhores condições e a todos os instrumentos disponíveis para o progresso. (...) (MOREIRA NETO, 2006, p. 401).

Entende o eminente professor de Direito Administrativo que a Constituição da República adotou essa diretriz em inúmeros dispositivos constitucionais, embora ainda pouco estudados de forma sistemática em prol da real cidadania. Aponta, dentre eles, os princípios fundamentais que

> (…) declaram o Brasil como um Estado Democrático de Direito, e o erigem em instrumento para a construção de uma sociedade independente, livre, justa e solidária, que promova o desenvolvimento nacional, não para a exaltação do próprio Estado, mas para o bem de todos (arts. 1º, 2º e 3º). (...) (MOREIRA NETO, 2006, p. 401).

Observa, então, o papel dos legisladores infraconstitucionais dos três níveis federativos no sentido de implementar instrumentos adequados à consecução desses objetivos.

Duas importantes notas são apontadas pelo eminente administrativista. A primeira diz respeito à redescoberta pela doutrina contemporânea da

> (…) natureza binada da sanção e, com ela, a fecundidade do conceito de premiação pelo adimplemento de uma norma jurídica, como alternativa construtiva à alternativa da punição pelo inadimplemento, abrindo, desse modo, um imenso campo de aplicação às sanções premiais no Direito Administrativo, particularmente nas atividades, aqui sob exame, de fomento público. (...) (MOREIRA NETO, 2006, p. 401).

A segunda refere-se aos princípios do fomento público como

> (…) comando primário da sociedade dirigida ao Estado, organizado por ela para ser o seu instrumento de poder, de modo que, ainda que os poderes públicos fracionários venham a se omitir na instituição legal de estímulos e de incentivos, se lhes está vedado, por comissão ou omissão, prejudicar, de qualquer forma, quaisquer daquelas atividades, constitucionalmente especi-

> ficadas para serem objeto prioritário de fomento público. (...) (MOREIRA NETO, 2006, p. 401).

Daí definir o fomento público como

> (…) a função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas e privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade. (...) (MOREIRA NETO, 2006, p. 401).

Note-se que o autor, na sua conceituação de fomento, admite a incidência da atividade fomentadora destinada a outro ente público, assim como o faz Garrido Fala.

4.5. O PENSAMENTO DE MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

A ilustre professora da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em seu livro *Parcerias na Administração Pública*, examina as paulatinas alterações do Direito Administrativo no decurso do tempo, com destaque, principalmente, para uma mudança de ideologia, ou seja, a forma de conceber o Estado e a Administração Pública. São suas as palavras:

> (…) Fala-se, em toda parte, em reforma do Estado, em reforma da Constituição, em reforma da Administração Pública. E isto tudo traz princípios novos, institutos novos e, especialmente, traz nova terminologia; muitas vezes são apenas vocábulos novos que surgem para designar fórmulas antigas que voltam impregnadas de nova ideologia. Fala-se em transparência na Administração Pública para designar o velho princípio da publicidade e afastar a atuação sigilosa. Fala-se em privatização para designar a transferência de ações de empresas estatais para o setor privado. Fala-se em parceria entre o poder público e iniciativa privada para designar fórmulas antigas, como a concessão e a permissão de serviços públicos. [...] Ora são institutos velhos que renascem com nova força e sob novo impulso, como a concessão de serviço público; ora são institutos velhos que aparecem com nova roupagem. (...) (DI PIETRO, 2006, p. 19-21).

Para tanto, retrata a evolução do Estado Liberal, passando pelo Estado Social, até se alcançar o Estado Democrático de Direito, no qual se insere a ideia de Estado sob o prisma do princípio da subsidiariedade, e suas respectivas consequências.

De acordo com a autora, "com o crescimento dos chamados direitos sociais e econômicos, postos perante o Estado, este ampliou desmesuradamente o rol de suas atribuições, adotando diferentes atitudes", dentre elas, o

> (…) fomento como atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado fomenta a iniciativa privada por diferentes meios, como os honoríficos (prêmios, recompensas, títulos e menções honrosas), os jurídicos (outorga de privilégios próprios do Poder Público, que outras entidades não têm) e os econômicos (auxílios, subvenções, financiamentos, isenções fiscais, desapropriações por interesse social etc.) (...) (DI PIETRO, 2006, p. 19-21).

Cita, no tocante ao direito brasileiro, as diversas formas de parceria em que se identifica nitidamente a atividade fomento. No âmbito social, destaca os ajustes com entidades do Terceiro Setor (convênios, termos de parceria, contratos de gestão) e no âmbito econômico ressalta a parceria público-privada.

A atividade administrativa de fomento está relacionada ao princípio da subsidiariedade e à ideia de Estado Subsidiário. Este último não se confunde com o Estado mínimo;

> (…) neste o Estado só exercia atividades essenciais, deixando tudo o mais para a iniciativa privada, dentro da idéia de liberdade individual que era inerente ao período do Estado Liberal; naquele o Estado exerce as atividades essenciais, típicas do Poder Público, e também as atividades sociais e econômicas que o particular não consiga desempenhar a contento no regime da livre iniciativa e livre competição; além disso, com relação a estas últimas, o Estado deve incentivar a iniciativa privada, auxiliando-a pela atividade de fomento, já referida. (...) (DI PIETRO, 2006, p. 19-21)

Adota o fomento como uma das espécies de parceria, vocábulo utilizado pela eminente professora na referida obra, para designar

> (…) todas as formas de sociedade em que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos econômico e social, para satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive lucro. (...) (DI PIETRO, 2006, p. 19-21).

Daí por que, ao lado do fomento, arrola ainda a delegação da execução de serviços públicos a particulares e a cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização.

4.6. O PENSAMENTO DE JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA

José Roberto Pimenta Oliveira, em sua obra *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro,* dedica um capí-

tulo para examinar a razoabilidade e a atividade promocional ou de fomento. Entende o autor que

> (…) para cumprir os objetivos constitucionais inerentes à estruturação do Estado Social e Democrático de Direito, desenhado pela Constituição, não há como a função administrativa restringir-se, na atualidade, ao campo ordenador e sancionatório. Postulou-se da Administração uma crescente e cada vez mais complexa intervenção estatal no domínio social e econômico, formalizada, pela ordem jurídica, com a positivação de dever de prestar serviços públicos, nos diversos campos em que o interesse da coletividade demandava uma presença ativa da atividade administrativa, considerados como atividades materiais vinculadas à existência da própria sociedade, passíveis de fruição direta pelos administrados, fornecidos pela Administração, sob regime de direito público. (...) (OLIVEIRA, 2006, p. 513-539)

No entanto, observa o eminente professor que

> (…) dada a amplitude das finalidades de interesse público então impostas como de realização irrenunciável e a escassez dos recursos humanos, materiais e institucionais da Administração, esta, ao lado de sua atividade prestacional direta, observou que, sem a utilização de seu poder de império e de seu aparelho administrativo, poderia conduzir diretamente a atividade dos particulares a apoiá-la nesse mister, através da criação de incentivos e estímulos que permitissem a canalização dos esforços privados para a consecução dos objetivos públicos visados pela intervenção estatal. Ganha, então, terreno o fomento público. (...) (OLIVEIRA, 2006, p. 513-539).

Após acolher a definição de Fernando Garrido Falla acerca do fomento, citando, ainda, as lições de Juan Alfonso Santamaría Pastor, Bartolomé A. Fiorini, e no direito brasileiro, de Sílvio Luis Ferreira da Rocha, Célia Cunha Mello e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, observa que

> (…) as relações jurídico-administrativas surgidas sob a égide da técnica promocional são estruturadas a partir da adesão dos administrados à constituição dos referidos vínculos, teleologicamente orientados à satisfação indireta de interesses públicos específicos. Esta dimensão dota o fomento de singularidade, em face da atividade ordenadora e prestacional. Assim, a distinção não está no elemento finalístico comum a toda função administrativa, mas no modus operandi, ou seja, na técnica jurídica operativa de estruturação ou criação do vínculo jurídico-administrativo entre particular fomentado e Administração fomentadora, em vista do interesse público colimado pela lei. (...) (OLIVEIRA, 2006, p. 513-539).

Registra que a disciplina veiculada pelas medidas fomentadoras consigna elementos normativos diferenciais que permitem ou viabilizam a conjugação da vontade dos particulares aos desideratos públicos, sendo o marco normati-

vo uma condição necessária, porém não suficiente, para a implementação do fomento, uma vez que, em face da ausência de compulsoriedade, depende da adesão do administrado.

No que toca à variedade tipológica dos instrumentos de fomento administrativo, descreve a classificação doutrinária: sob o prisma da forma de atuação sobre a vontade dos administrados: fomentos positivos e negativos; sob a ótica das formas de vantagens outorgadas: fomentos honoríficos, psicológicos, jurídicos e econômicos.

No entanto, acolhe as ponderações de Garrido Falla no sentido de que os meios jurídicos não podem ser considerados técnicas fomentadoras em face do *modus operandi,* e que os meios psicológicos não constituem típica manifestação de fomento, embora o objeto de divulgação possa integrar-se à atividade fomentadora.

4.7. O PENSAMENTO DE LUCAS ROCHA FURTADO

Lucas Rocha Furtado observa que

> (…) o exame do processo de formação das democracias modernas deve considerar a existência de duas vertentes: uma relativa à formação do modelo econômico e outra relativa à incorporação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais. O modelo econômico se fundamenta nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; o modelo social e democrático, na realização de princípios relacionados à função social da propriedade, à defesa do consumidor, à defesa do meio ambiente, à redução das desigualdades regionais e sociais, dentre outros. Diante dessas duas vertentes, em função do modelo constitucional vigente no Brasil, podemos chegar a duas conclusões: 1. Os agentes privados não são capazes de alcançar, por seus próprios meios, os objetivos propugnados pelo modelo democrático e social; 2. Somente com a efetiva participação do Estado, atuando em parceria com os agentes privados, é possível conceber políticas que busquem realizar os objetivos e princípios do Estado democrático e social definidos pela Constituição Federal. (...) (FURTADO, 2007, p. 706).

Anota que

> (…) com a constatação de que o Estado não é mera estrutura de dominação política, mas instrumento para a realização das necessidades da população, especialmente as relativas aos direitos fundamentais, a ele são atribuídos vários objetivos, muitos dos quais coincidentes com os dos agentes privados. (...) (FURTADO, 2007, p. 706).

Ressalta, então, que as atividades de polícia e de serviço público não são adequadas e nem suficientes para o desempenho da atividade de promoção e orientação dos agentes privados para que estes desenvolvam suas atividades de

maneira a que seus benefícios sejam maximizados e aproveitados por toda a sociedade, exigindo o desempenho da atividade fomentadora.

O autor também distingue a atividade administrativa de fomento das atividades administrativas de polícia e prestacional. Diz ele:

> (…) A atividade de fomento não se confunde com a de prestação de serviços públicos. Esta se desenvolve quando a Administração Pública põe à disposição da população utilidades públicas. Se dividirmos as atividades em públicas e privadas, constatamos que a prestação de serviço público consiste em uma atividade pública por meio da qual a Administração Pública põe utilidades à disposição da coletividade, mas sem interferir no funcionamento das atividades privadas. Por meio da atividade de fomento, ao contrário, o Estado busca interferir nas atividades desenvolvidas pelos particulares por meio de estímulos ou de vantagens concedidas.
>
> Quando comparado com a polícia administrativa, o fomento apresenta aspectos em comum, haja vista ambos serem atividades públicas que buscam interferir no desempenho das atividades desenvolvidas pelos agentes privados. Distinguem-se, todavia, na medida em que a atividade de polícia interfere na esfera privada por meio da imposição de limitações, vedações ou condicionamentos ao exercício de direito e de atividades; ao passo que, no desempenho da atividade de fomento, a Administração Pública se utiliza de técnicas de estímulo e de promoção das atividades privadas. A atividade de polícia, ademais, se vale da coação como instrumento básico para a realização dos seus propósitos, o que pressupõe a estrita observância do princípio da legalidade; enquanto os instrumentos de fomento não são impostos, mas simplesmente postos à disposição dos particulares, que podem querer ou não utilizar a ajuda ou os incentivos fornecidos pela Administração Pública. (...) (FURTADO, 2007, p. 706).

4.8. O PENSAMENTO DE CÉLIA CUNHA MELLO

Célia Cunha, na obra *O Fomento da Administração Pública*, com excelente estudo da doutrina estrangeira e nacional sobre o tema, extrai o seguinte conceito do termo fomento: "função administrativa, voltada à proteção e/ou promoção de seu objeto, atuando com ausência de compulsoriedade para satisfazer indiretamente necessidades públicas" (CUNHA MELLO, 2003, p. 198).

Entende a autora que para a satisfação indireta de necessidades públicas, a Administração Fomentadora poderá conceder vantagens ou incentivos tanto para os particulares como para outros entes públicos, a fim de proteger ou promover o objeto fomentado.

Traça as seguintes notas distintivas entre a atuação estatal fomentadora e a de polícia:

> a) a atuação estatal de polícia "previne e reprime" — com a finalidade de manter e de restabelecer a ordem e a segurança pública, empregando meios coativos, sempre que necessário —, ao passo que o fomento "promove e protege" — sem fazer uso da coação, utilizando meios persuasivos e promocionais;

> b) o poder de polícia caracteriza-se pela restrição coercitiva da liberdade e da propriedade individuais; o fomento público, ao contrário, deixa os indivíduos livres para aderirem ou não aos propósitos do Estado, independentemente de qualquer ação coercitiva. No exercício do poder de polícia, o Estado limita o exercício de direitos individuais em benefício do interesse público, ao contrário do que ocorre quando o Estado recorre a medidas de fomento, posto que atua, ao menos formalmente, sem que apareça o menor indício de supremacia estatal;
>
> c) as medidas de polícia, diante de expresso permissivo legal ou em casos de manifesta urgência, são dotadas de autoexecutoriedade, enquanto a atividade administrativa de fomento não dispõe de medidas autoexecutórias, uma vez que a relação jurídica de fomento se perfaz com a adesão voluntária do interessado aos propósitos da Administração Pública;
>
> d) por fim, registra que a atividade de polícia se apresenta como "forma unilateral" de intervenção estatal e a de fomento como "forma bilateral", pois exige a manifestação de vontade do agente fomentado.

No que diz respeito à diferença entre a atividade fomentadora e o serviço público, anota a autora que a Administração Pública presta um serviço público quando realiza diretamente e com seus próprios meios o fim perseguido, ao passo que, ao empregar medidas de fomento, se limita a estimular outrem a prestar, por sua própria vontade, uma atividade determinada, cumprindo indiretamente o fim que a Administração persegue. O fenômeno distintivo reside na titularidade, posto que, em se tratando de serviço público, a lei confere ao ente público competência para prestá-lo, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão (CF, art. 175);

Por fim, cabe registrar o seu posicionamento no sentido de que o regime jurídico a ser aplicado a cada uma das funções — polícia, serviço público e fomento — deve ser identificado a partir do *modus operandi*, e não da finalidade, que determina a forma de atividade estatal. Assim, se o Poder Público empregar técnicas operativas de fomento visando manter a ordem pública, ainda que a finalidade seja de polícia, aplicar-se-ão as regras que instruem a atividade de fomento.

4.9. O PENSAMENTO DE MARÇAL JUSTEN FILHO

O Professor Marçal Justen Filho aponta três tipos de função administrativa. São elas: função conformadora ou ordenadora, função prestacional e função regulatória. As duas primeiras traduzem-se, de modo especial, nos institutos do poder de polícia e do serviço público, respectivamente (JUSTEN FILHO, 2005, p. 559).

No que toca à função administrativa regulatória, observa que esta

> (…) é integrada pelos poderes para disciplinar a conduta individual e coletiva, visando especialmente a promover a modificação do comportamento das pes-

> soas, por meio de incentivos ou desincentivos. O vocábulo "regulatória" vem sendo aplicado, de modo especial, para referir a atuação estatal mais recente, em que o atendimento diretamente pelo Estado das necessidades coletivas (função administrativa prestacional) é substituído pela atuação da iniciativa privada. A regulação consiste no conjunto de providências por meio das quais o Estado tenta influenciar a sociedade civil à assunção de encargos de interesse coletivo e à adoção de condutas reputadas conformes a certos valores. (...) (JUSTEN FILHO, 2005, p. 559).

Observa ainda que a regulação econômico-social, como opção do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa, não se confunde com o dirigismo econômico estatal, que consiste na supressão da autonomia empresarial privada, assumindo o Estado competências amplas e ilimitadas no setor econômico.

4.10. O PENSAMENTO DE SILVIA FABER TORRES

Por fim, cabe trazer a lume, o pensamento de Silvia Faber Torres, que se propôs a examinar o princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo.

De acordo a autora, o fomento público é das funções do Estado, aquela mais afeta ao princípio da subsidiariedade. Destaca que a

> (…) doutrina subsidiária não afasta a intervenção administrativa, mas impõe sua realização, preferentemente, sob a modalidade de fomento, conferindo, portanto, total prioridade a essa função como alento ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade. (...) (TORRES, 2001, p. 164-166).

O Estado já não monopoliza o processo de realização das necessidades de interesse geral, mas o dirige e, sobretudo, o incita, imprimindo, com essa missão, mobilidade à sociedade, à liberdade social e à iniciativa privada, sem absorvê-los, por um lado, e sem abdicar de suas competências, por outro.

Por meio da ação persuasiva e instigadora estatal, a Administração persegue finalidades públicas de emprego da coação e sem realização de prestações públicas, promovendo a atividade dos administrados que satisfazem necessidades públicas ou consideradas de interesse geral. Está em consonância com a administração consensual, por não exigir a compulsoriedade, e subsidiária, por não substituir os administrados nas responsabilidades que lhe são próprias.

Relativamente aos meios de fomento, cita os meios financeiros, honoríficos e psicológicos, embora reconheça a diversidade de formas que se pode revestir tal atividade, tendo a flexibilidade como a sua característica precípua, cabendo ao legislador aquele mais idôneo para realizar-se a atividade em uma dada circunstância.

5. CONCLUSÃO

O uso das sanções premiais para a consecução dos interesses públicos tem se tornado cada vez mais recorrente na sociedade moderna e complexa em que vivemos. Acreditamos que isso decorre, em grande parte, da constatação de sua efetividade em muitas situações, se comparado ao alcance das finalidades públicas tão somente por meio do desempenho das clássicas atividades administrativas de ***serviço público*** e de ***poder de polícia***.

A nosso juízo, na maioria dos casos, a utilização da atividade administrativa promocional ou de fomento vem se somar às citadas atividades de serviço público e de ordenação, tendo nítido propósito de complementar ou potencializar a atuação estatal, no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito.

Com efeito, no tocante ao serviço público de educação, temos o exemplo do Programa Universidade para Todos - PROUNI, criado por meio da Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005, o qual tem por finalidade a concessão de bolsas de estudos em cursos de graduação e sequenciais de formação específica em instituições de ensino superior privadas, tendo estas como contrapartida a isenção de tributos indicados no Programa. Desde a sua criação aproximadamente 2 milhões de estudantes, conforme informação contida no Portal do PROUNI na *internet* (http://prouniportal.mec.gov.br/o-programa).

Por sua vez, relativamente ao exercício do poder de polícia, tem-se, por exemplo, a Nota Fiscal Paulista, denominado de Programa de Estímulo à Cidadania Fiscal instituído por meio da Lei estadual nº 12.685, de 28 de agosto de 2007, e que tem por objetivo incentivar os adquirentes de mercadorias, bens e serviços de transporte interestadual e intermunicipal a exigir do fornecedor a entrega de documento fiscal hábil, tendo como contrapartida o recebimento de créditos do Tesouro do Estado, prêmios em sorteios ou abatimentos em impostos, e que tem sido reproduzido por diversos entes políticos. Os números contidos no Placar do Programa impressionam. São R$ 14.783.755.697,00 de créditos distribuídos e 48.424.729.760 notas ou cupons processados (http://www.nfp.fazenda.sp.gov.br/default.asp).

Se é verdade a afirmação de que a construção de políticas públicas centradas na ideia das sanções premiais ou positivas tem sido cada vez mais recorrente, dado a relevância desse instrumento para a consecução dos interesses públicos, também se mostra verdadeira, a nosso juízo, a afirmação quanto à urgente necessidade de aprofundamento dos estudos pela doutrina pátria acerca da respectiva atividade administrativa fomentadora.

Sob tal perspectiva, no âmbito da Teoria Geral do Direito, de fundamental importância os estudos de Norberto Bobbio que examinaram o tema das *sanções positivas* ou *sanções premiais*, a partir de uma *análise funcional do Direito*, em contraposição à *abordagem estrutural do Direito* (*in Da estrutura à função: novos estudos da teoria do Direito*". Barueri: Manole, 2007).

Para o jusfilósofo italiano, a distinção entre as sanções positivas e as sanções negativas reside tão somente na adoção de *técnicas de encorajamento de conduta* nas primeiras e de *técnicas de desencorajamento de conduta* nas segundas, na medida em que nas *constituições liberais clássicas*, a principal função do Estado era de "tutelar", "garantir", e, nas *constituições pós-liberais*, com maior frequência, vem sendo agregado a função de "promover", sobressaindo, então, as diferenças entre o *ordenamento com a função protetora-repressiva* e o *ordenamento com a função promocional*.

Deveras, sob a ótica funcional, uma vez considerada a função promocional do direito, o ordenamento não pode mais ser visto apenas como uma forma de controle social, obtido por meio da técnica de sanções negativas, mas também como "ordenamento diretivo", pelo uso da técnica de sanções positivas e dos incentivos. Daí a conclusão de que o direito, do ponto de vista funcional, pode ser definido como "forma de controle e de direção social".

E, justamente, sob essa ótica da função promocional do direito, é que se pretende apenas repisar a importância dos estudos voltados ao exame da atividade administrativa de fomento por parte da doutrina administrativista pátria, na medida em que, embora o uso de técnicas de fomento pelo Estado não seja recente, tais estudos restaram ofuscados pela atenção conferida às clássicas atividades de serviço público e de ordenação, a partir da influência exercida pela doutrina estrangeira na formação do nosso Direito Administrativo, notadamente, das doutrinas administrativistas francesa, italiana e alemã.

De fato, embora os doutrinadores franceses, italianos, alemães e anglo-saxões não desconheçam os institutos centrados na ideia da função promocional, a exemplo das subvenções, dedicaram maior atenção em face das atividades prestacionais e ordenadoras, ao contrário da doutrina espanhola e hispano-americana, que possuem excelentes estudos acerca da atividade administrativa de fomento.

De todo modo, o cotejo dos nossos Manuais e Cursos de Direito Administrativo revela, felizmente, que, de forma progressiva, os doutrinadores brasileiros tem contemplado um capítulo próprio destinado ao exame da atividade administrativa de fomento, assim como tem se observado um progressivo aumento de trabalhos acadêmicos apresentados em programas de pós-graduação e artigos científicos que se propõem à análise de variados aspectos do exercício da função fomentadora.

Diante desse quadro, se por um lado, no tocante ao conceito da atividade administrativa de fomento haja, atualmente, um certo consenso, baseado na conceituação de tal atividade a partir de sua distinção em face das atividades prestacionais (serviço público) e ordenadora (poder de polícia), tal como proposta por Jordana de Pozas no artigo "Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo", considerado como um divisor de águas, por destacar a ação promocional como uma das formas (espécies) da atividade administra-

tiva e não como um fim em si mesmo do Estado, por outro lado, há inúmeros aspectos que envolvem o exercício da função fomentadora que ainda demandam atenção pela doutrina pátria, notadamente, no delineamento de um regime jurídico que leve em conta as peculiaridades dessa atividade, bem como a identificação dos elementos essenciais da relação de fomento. Trata-se de tarefa árdua, porém, como dito, necessária, com vistas à consolidação de uma teoria que permita a potencialização da função fomentadora como instrumento de consecução dos interesses públicos no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÁZAR, Baena. *Sobre El concepto de fomento*. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1967_054_043.PDF. Acesso em: 21/02/2008.

ARAÚJO, Edmir Netto de; PEDREIRA, Ana Maria. A relevância do Direito Administrativo Comparado na época atual. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. *In*: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (coord.). *Direito do Estado.* Novos rumos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das Constituições Rígidas*. 3. ed. São Paulo: José Buashatsky Editor, 1980.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função:* novos estudos da teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 6. ed. Vol. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

DELACROIX, José Maria Barbé. Actividad administrativa de fomento, concepto. *In*: AROZTEGUI, Cesar I.; BACARINI, Pablo L.; BARBÉ, José *et. al*.

Regimen administrativo de la actividad privada. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição Federal de 1.988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública:* Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Actualizada, 1995.

ESCOLA, Hector Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

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

MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Organizações sociais de colaboração (descentralização social e administração pública não-estatal). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 210, out./dez. 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Parte introdutória. Parte geral. Parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

PALASÍ, José Luis Villar. *Las* Técnicas Administrativas de Fomento Y de Apoio al *Precio Político*. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/ Revistas/ 1/1954_014_011.PDF. Acesso em: 03/03/2008.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I – Parte Geral*. 15. ed. Madrid, Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2004.

POZAS, Jordana de. *Ensayo de una Teoria del Fomento en el Derecho Administrativo*. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_048_040.pdf. Acesso em: 02/06/2008.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. São Paulo: Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Vigência dos Contratos Administrativos em face da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021)

Jessé Torres Pereira Junior[1]
Gilberto Bernardino de Oliveira Filho[2]

1. INTRODUÇÃO

O sucesso de um processo de contratação por parte do Poder Público depende necessariamente do êxito na execução do ajuste celebrado entre as partes, sendo certo que o respectivo instrumento deverá atentar necessariamente para a disciplina legal vigente, não podendo ser alterado ou prorrogado a bel-prazer dos agentes administrativos.

Nos contratos regidos pelo Direito Privado, a relação jurídica é formada por um acordo de vontades, em que as partes se obrigam reciprocamente às

1 Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Conferencista emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Supervisor dos Cursos de Direito Ambiental da Escola Superior de Administração Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Professor convidado da Escola de Direito Rio, da Fundação Getúlio Vargas e da Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ. Presidente do Fórum Permanente de Gestão Pública Sustentável e Vice-presidente do Fórum Permanente de Transparência Pública e Probidade Administrativa da EMERJ. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Listado como árbitro no Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Autor articulista do projeto Governança da Educação, da Organização dos Estados Ibero-americanos para a Educação, a Ciência e a Cultura (OEI). Coordenador do MBA em Licitações e Contratações da Administração Pública da SGP – Soluções em Gestão Pública. Professor convidado da SGP – Soluções em Gestão Pública. Membro do Conselho Editorial dos periódicos SLC – Solução em Licitações e Contratos e SAM – Solução em Direito Administrativo e Municipal, ambos editados pela SGP – Soluções em Gestão Pública. Autor e coautor de livros e artigos em matéria de Direito Público.

2 Especialista em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Escola Paulista de Direito – EPD. Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Consultor Jurídico na área de Licitações e Contratos Administrativos e Direito Administrativo. Editor, Professor e Diretor Jurídico da SGP – Soluções em Gestão Pública. Coordenador do MBA em Licitações e Contratações da Administração Pública da SGP – Soluções em Gestão Pública. Coordenador e coautor do livro *A Boa Gestão Pública e o Novo Direito Administrativo*: dos conflitos às melhores soluções práticas, São Paulo: SGP, 2021. Coautor dos seguintes livros: *Procedimentos Auxiliares das Licitações e das Contratações Administrativas*, coord. João Eduardo Lopes Queiroz, Belo Horizonte: Fórum, 2022; *Temas Atuais de Direito Público – Estudos em Homenagem ao Professor Toshio Mukai*, coord. Alberto Shinji Higa e Arthur Bezerra de Souza Junior, São Paulo: Thoth, 2019; e *Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos*, coord. Jessé Torres Pereira Junior, São Paulo: NDJ, 2016. Autor de diversos artigos jurídicos publicados em revistas especializadas.

prestações estabelecidas, de modo que nenhuma delas poderá alterá-las unilateralmente ou extinguir a avença, sem a anuência da outra.

Por sua vez, o contrato administrativo também é formado pelo acordo de vontades,[3] na medida em que o particular aceita as condições estabelecidas pelo Poder Público, encontrando-se regido pelo Direito Público, o que requer a aplicação de princípios e regras típicas, que impõem restrições e prerrogativas decorrentes da natureza pública da atividade administrativa.

Todavia, os contratos administrativos observam um regime jurídico próprio, estabelecido pelo Direito Administrativo e substancialmente delineado atualmente nos incisos do art. 104 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n° 14.133/2021).[4]

Assim prescreve tal dispositivo legal, estabelecendo o que a doutrina denomina de cláusulas exorbitantes:

> "Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:
>
> I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
>
> II – extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei;
>
> III – fiscalizar sua execução;
>
> IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
>
> V – ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:
>
> a) risco à prestação de serviços essenciais;
>
> b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato."

Por sua vez, os §§ 1º e 2º do art. 104 da Lei n° 14.133/2021, ao tratar das cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos, estabelecem que tais "não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado" e que, em caso de alteração unilateral, nos termos legalmente permitidos, tais cláusulas econômico-financeiras deverão necessariamente ser revistas, a fim de restar mantido o equilíbrio contratual.

---

3 Há quem sustente, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello (cf. *in Curso de Direito Administrativo.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 569), que nos contratos administrativos inexistiria autonomia de vontades, na medida em que o contratado se obriga a assinar o ajuste nos exatos termos estabelecidos na licitação, da qual, aliás, a Administração encontra-se vinculada.

4 Os contratos celebrados sob a égide da Lei n° 8.666/1993 estarão atrelados à disciplina prevista no seu art. 58 e ss. Registre-se que, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial da Lei n° 14.133/2021, ou seja, *a partir de 3 de abril de 2023* (tendo em vista que os dias 1º e 2 de abril de 2023 cairão, respectivamente, em sábado e domingo), todos os contratos administrativos deverão ser celebrados com base na disciplina contida na Lei n° 14.133/2021.

Conforme bem explicitado pelo saudoso mestre administrativista Diogenes Gasparini,[5] no contrato administrativo, sua "vigência e condições de execução a cargo do particular podem ser instabilizadas pela Administração Pública, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante particular".

Dessa maneira, perceba-se que os contratos administrativos poderão, sim, ser modicados e até prorrogados, mas, por força do próprio princípio da legalidade, nos exatos termos estabelecidos em lei, não podendo ser empreendida pelo Poder Público toda e qualquer alteração contratual.

Nosso objetivo aqui será abordar a vigência dos contratos administrativos e suas possíveis prorrogações, nos termos disciplinados pela Lei n° 14.133/2021.

2. PRAZO CONTRATUAL E AS POSSÍVEIS PRORROGAÇÕES

A prorrogação do prazo contratual restará legitimada, nos termos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n° 14.133/2021), mas somente pode ocorrer enquanto o contrato estiver em vigor.

Como leciona o mestre Diogenes Gasparini:[6]

> A palavra 'prorrogação' é de origem latina (*prorrogatio*, de *prorrogare*) e significa alongar, dilatar, ampliar determinado prazo. Indica uma ampliação de prazo e só tem sentido quando este está próximo da extinção, não muito antes e **nunca depois**. De sorte que há impropriedade quando se fala em prorrogação no início do prazo e há irregularidade quando este já se extinguiu. **Não se prorroga o que está expirado, acabado, em suma, que não está em vigor**. Com a prorrogação, o prazo anterior e o posterior somam-se e passam a constituir um espaço de tempo sem qualquer solução de continuidade. Com a prorrogação não ocorre a interrupção do lapso (destaque nosso).

Hely Lopes Meirelles[7] já se manifestava sobre o tema:

> A expiração do prazo de vigência, sem prorrogação, opera de pleno direito a extinção do ajuste, exigindo novo contrato para continuação das obras, serviços ou compras anteriormente contratados. O contrato extinto não se prorroga, nem se renova: é refeito e formalizado em novo instrumento, inteiramente desvinculado do anterior.

Não obstante, se o prazo de vigência ainda não venceu ou o escopo ainda não foi concluído, cremos que, havendo justificativa, poderão ser efetiva-

5 cf. *in Direito Administrativo.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 705.

6 cf. *in op. cit.*, p. 547.

7 cf. *in Licitação e Contrato Administrativo.* 14. ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 214.

das prorrogações, observados os limites de vigência estabelecidos pela Lei nº 14.133/2021, bem como os requisitos autorizadores ali insertos.

A Lei nº 14.133/2021, no seu art. 105, estabelece que a duração dos contratos por ela regidos será prevista em edital, devendo, ainda, ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro.

Segundo o Senado Federal, "crédito orçamentário compreende o conjunto de categorias classificatórias que especificam as ações constantes do orçamento. O crédito orçamentário é portador de uma dotação e essa é o limite de recurso financeiro autorizado. Autorização de despesa solicitada por um governo ao parlamento ou concedida por esse".[8]

Logo, trata-se de uma autorização legal, constante da respectiva lei orçamentária, para a execução de tal e qual objeto de despesa, que se encontra vinculado à respectiva dotação.

Já o exercício financeiro corresponde ao período em que deve vigorar ou ser executada a lei orçamentária. No Brasil, coincide com o ano civil, iniciando-se em 1º de janeiro e terminando em 31 de dezembro.

Portanto, em regra geral, os contratos administrativos terão sua vigência atrelada ao respectivo exercício financeiro, sendo certo que a previsão no plano plurianual será necessária, quando se ultrapassar este exercício financeiro.

De toda sorte, perceba-se que é a disponibilidade do crédito orçamentário correspondente que viabilizará a duração do respectivo contrato, ou seja, o contrato poderá vigorar enquanto viger o crédito que lhe dá sustentação.

Exemplificando: a regra seria a vigência do contrato estar atrelada à vigência do respectivo crédito constituído. Logo, aberto um crédito em fevereiro e vigorando este até 31 de dezembro do mesmo ano, o respectivo ajuste deverá também vigorar, em regra, até esta data. Contudo, se no último quadrimestre do ano o crédito orçamentário vigorar até 31 de dezembro do exercício subsequente, em sendo celebrado um contrato neste período, o respectivo ajuste poderá vigorar até esta data, sem que seja necessária a previsão no plano plurianual. Porém, restando extrapolado este exercício financeiro, será indispensável a previsão no plano plurianual.

De toda sorte, o prévio planejamento é indispensável na definição dos prazos de vigência inicial dos contratos administrativos.

Nos dizeres de Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Erick Halpern:[9]

> *Revela-se fundamental o adequado planejamento dos gestores públicos na definição dos prazos contratuais que devem conciliar as necessidades*

8 cf. Portal do Senado Federal, disponível em: https://www12.senado.leg.br/orcamento/glossario/credito-orcamentario.

9 cf. A duração dos contratos na Nova Lei de Licitações. *SLC nº 42*, São Paulo: SGP, setembro/2021, p. 54.

> *administrativas e os custos de execução*. Na etapa inicial do procedimento licitatório, os gestores públicos devem ponderar os prazos adequados para os respectivos contratos, inclusive com a sua estipulação no termo de referência e no projeto básico, na forma prevista, respectivamente, no art. 6º, XXIII, 'a', e no art. 6º, XXV, da Lei 14.133/2021.
>
> Naturalmente, a ausência de planejamento estatal pode acarretar, de um lado, a necessidade de contratações com prazos demasiadamente reduzidos, que incrementam os custos do contratado, ou, de outro lado, a celebração de contratos excessivamente longos que não atendam às necessidades da Administração pública (grifo nosso).

2.1. SERVIÇOS CONTÍNUOS, FORNECIMENTOS CONTÍNUOS, LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA E UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE INFORMÁTICA

Registre-se que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu art. 106, estabelece que "a Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos".

Da leitura de tal dispositivo legal, a primeira dúvida que podemos extrair é: a previsão no plano plurianual será necessária também no tocante aos contratos celebrados com base no art. 106 da Lei n° 14.133/2021?

Em nosso entendimento, não se pode dissociar a previsão contida no art. 105 da disciplina contida no art. 106 da Lei n° 14.133/2021.

Ora, se o contrato celebrado, em que pese a natureza contínua do objeto, desde o início de sua celebração extrapolar o respectivo exercício financeiro, consequentemente, restará indispensável sua previsão no plano plurianual, que é a lei que define os investimentos e todas as despesas que extrapolem o exercício financeiro.

Logo, se o contrato cujo objeto seja serviço ou fornecimento de natureza contínua for celebrado com uma vigência inicial que ultrapasse o respectivo exercício financeiro, neste caso, cremos que será indispensável a devida previsão no plano plurianual.

Outra dúvida que se levanta é quanto à natureza do objeto previsto no art. 106 da Lei n° 14.133/2021. A celebração de contrato com prazo de até 5 (cinco) anos seria possível para todo e qualquer serviço ou apenas para serviços contínuos e fornecimentos também de natureza continuada?

Cremos que a intenção do legislador foi admitir uma vigência mais extensa apenas para os serviços que possam se enquadrar na categoria dos serviços contínuos e fornecimentos também contínuos. Logo, não seria para todo e qualquer serviço ou fornecimento. E isto por conta da própria natureza dos objetos de prestação continuada, que exigem uma execução mais duradoura e longínqua, em face do interesse público perseguido.

Assim sendo, para que o contrato possa ser celebrado com prazo superior ao exercício financeiro e com vigência inicial de até 5 (cinco) anos, o objeto contratado necessariamente deve enquadrar-se na categoria dos serviços contínuos ou fornecimentos contínuos.

Conforme salientado por Diogenes Gasparini,[10] são exemplos de serviços de natureza contínua, "(...) os serviços de *manutenção*, de *vigilância* e de *limpeza*" (grifo nosso).

Os serviços contínuos devem ser considerados aqueles cuja interrupção importaria em sério risco da continuidade da atividade administrativa.[11]

Logo, não caberia à Administração enquadrar todo e qualquer serviço na condição de contínuo, devendo atentar para a natureza e a real indispensabilidade do serviço pretendido.

Deve-se ter em mente, para classificar um serviço de execução contínua, a necessidade de continuidade da prestação, razão pela qual, se for interrompida essa execução, haverá lesão substancial à atividade administrativa.

Nessa premissa, dito enquadramento somente pode ser realizado em cada caso concreto, a par das especificidades de cada serviço e da verificação acerca das consequências de sua interrupção, tendo em vista a atividade da contratante.

Com efeito, veja-se que inexiste um conceito legalmente definido do que seja um serviço contínuo.

O Anexo I da revogada Instrução Normativa nº 2/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do antigo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão assim definia este tipo de serviço:

> I – SERVIÇOS CONTINUADOS são aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente.

Posteriormente, o art. 15 da Instrução Normativa nº 5/2017 da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão assim estabelece:

> Art. 15. Os serviços prestados de forma contínua são aqueles que, pela sua essencialidade, visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

10 cf. *in op. cit.*, p. 785.

11 cf. *in* "Solução *outsourcing* de impressão pode ser considerada como serviços contínuos?", *in SLC* n° 40, São Paulo: SGP, julho/2021, p. 24.

Assim já se manifestou o Tribunal de Contas da União:[12]

> Voto do Ministro Relator
>
> [...]
>
> 28. Sem pretender reabrir a discussão das conclusões obtidas naqueles casos concretos, chamo a atenção para o fato de que *a natureza contínua de um serviço não pode ser definida de forma genérica. Deve-se, isso sim, atentar para as peculiaridades de cada situação examinada*.
>
> 29. Na realidade, o que caracteriza o caráter contínuo de um determinado serviço é sua *essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo*, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional (grifo nosso).

A respeito, cite-se a seguinte manifestação da Corte de Contas de Minas Gerais:[13]

> O Professor Marçal Justen Filho (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 504), ao tratar a matéria, posiciona-se: '[...] 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 [...]'.
>
> [...] a lei de licitações não exige que todo serviço contínuo seja necessariamente essencial. Caso pretendesse vincular a aplicação da regra aos casos de serviços essenciais, assim teria explicitado no dispositivo. Dessa forma, podemos exemplificar [...]: limpeza pública, segurança, publicidade institucional, manutenção de elevadores, etc. [...].

Porém, cremos que a caracterização de um serviço como de natureza continuada deve ser feita à luz das próprias finalidades institucionais da Administração contratante.[14]

Exemplificando, os serviços de transporte de valores, em regra, não se enquadram na categoria de serviços contínuos.

Entretanto, se estes serviços forem contratados por instituições financeiras públicas, dada a sua essencialidade como condição para o desempenho das próprias finalidades dessas instituições, em princípio, poderiam perfeitamente ser caracterizados como serviços de natureza contínua.

---

12 cf. *in* Acórdão n° 132/2008, 2ª Câmara, Rel. Min. Aroldo Cedraz.

13 cf. *in* Consulta nº 742.467, Rel. Cons. Antônio Carlos Andrada, j. em 12/12/2007.

14 cf. *in* "O contrato de seguro pode ser considerado contínuo, para os fins do inc. II do art. 57 da Lei nº 8.666/93?", *in SLC* n° 22, São Paulo: SGP, janeiro/2020, p. 21.

Em face das finalidades institucionais de cada Administração contratante, bem como da própria natureza do serviço objeto da respectiva contratação, cremos que determinada prestação de serviços poderá ou não se enquadrar na categoria dos serviços de natureza contínua, nos termos do art. 106 da Lei nº 14.133/2021.

Assim sendo, se a respectiva Administração conseguir demonstrar que a paralisação de tais e quais serviços causará substanciais prejuízos à atividade administrativa, em razão das atribuições e finalidades de interesse público buscadas com tal contratação, ao menos, em tese, estaria legitimado o enquadramento nesta categoria.

Nesse sentido, ressalve-se a lição de Marçal Justen Filho:[15]

> 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 as necessidades públicas permanentes relacionadas com atividades de menor relevância (tal como limpeza, por exemplo). O que é fundamental é a necessidade pública permanente e contínua a ser satisfeita através de um serviço.

Sobre o tema também ensina Jessé Torres Pereira Junior[16], *in verbis*:

> (b) prestação de serviços de execução contínua, devendo-se por esta entender-se aquela cuja falta paralisa ou retarda o serviço de sorte a comprometer a correspondente função estatal ou paraestatal.

A título de exemplo, assim já se manifestou o Tribunal de Contas da União,[17] *in verbis*:

> 8.1.4. observe atentamente o art. 57, inciso II, da Lei 8.666/93, ao firmar e prorrogar contratos, de forma a somente enquadrar como serviços contínuos contratos cujos objetos correspondam a obrigações de fazer e a necessidades permanentes.

Por sua vez, diferentemente da disciplina contida no inc. II do art. 57 da Lei nº 8.666/1993, registre-se que o art. 106 da Lei nº 14.133/2021 expres-

15 cf. *in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 16. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 949.

16 cf. *in Comentários à Lei de Licitações e Contratação da Administração Pública.* 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 650.

17 cf. *in* Decisão nº 1.136/2002, Plenário.

samente autoriza a celebração de contratos com prazo superior ao exercício financeiro e com vigência inicial de até 5 anos, desde que o objeto contratado seja um *serviço contínuo* ou um *fornecimento contínuo*.

A doutrina e a jurisprudência sempre se dividiram, quanto à possibilidade ou não de celebração de contrato de fornecimento nos termos do art. 57, inc. II, da Lei n° 8.666/1993. Como o dispositivo legal falava apenas em *serviço*, em princípio, os contratos de fornecimento restariam impossibilitados de ser celebrados nos termos deste inc. II.

A questão sempre foi delicada, no que se refere aos contratos de fornecimento. A discussão que se destaca, em relação a objeto dessa natureza, é no sentido de que *fornecimento* equivale à *compra* de bens (art. 6º, inc. III, da Lei nº 8.666/1993), e não à prestação de serviços (art. 6º, inc. II, da Lei nº 8.666/1993). Assim, tais contratos, em princípio, não poderiam ser enquadrados nos ditames do art. 57, inc. II, da Lei nº 8.666/1993, podendo ser prorrogados apenas na ocorrência de uma das situações elencadas no § 1º do art. 57.

O Tribunal de Contas da União[18] e [19] já se manifestou, nos seguintes termos:

> 5. Apenas faço uma ressalva no tocante à proposta relativa à alínea j – de que seja rescindido o contrato oriundo da TP OS/2001, por *ofensa direta ao art. 57 da Lei 8.666/93*.
>
> 6. Houve um entendimento da SR/DPF/RS no sentido de que seria aplicável ao caso o inciso II do art. 57, que prevê a possibilidade de prorrogação da duração do contrato por períodos, até o limite de 60 meses. Ocorre que essa exceção está direcionada aos casos de prestação de serviços de natureza continuada, ao passo que *o caso em tela se refere à aquisição de combustíveis, considerado como material de consumo*.
>
> 7. Verifico que a SR/DPF/RS *já reconheceu a falha*, conforme informado nos itens 64 e 65 da instrução da Secex/RS (fl. 131), mostrando-se, a meu ver, adequada determinação no sentido de que a unidade se abstenha de prorrogar o mencionado contrato.
>
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:
>
> [...]
>
> 9.2 – determinar [...] o seguinte:
>
> [...]
>
> 9.2.10 – *abstenha-se de prorrogar o contrato oriundo da Tomada de Preços n. 5/2001, haja vista o disposto no art. 57 da Lei 8.666/93* (grifo nosso).
>
> 9.8.4. abstenha-se, *por falta de amparo legal*, de prorrogar os *contratos de aquisição de combustível e de passagens aéreas*, bem como os dos *demais serviços que não se enquadrem como contínuos* no seu caso concreto (grifo nosso).

18 cf. *in* Acórdão n° 4620/2010, 2ª Turma.

19 cf. *in* Acórdão n° 1438/2003, Plenário.

Em outras decisões, a Corte de Contas Federal[20 e 21] reiterou dita exegese: "[...] deve ser observado atentamente o inciso II do artigo 57 da Lei n° 8.666, de 1993, ao firmar e prorrogar contratos, de forma a somente enquadrar como serviços contínuos **contratos cujos objetos correspondam a obrigações de fazer** e a necessidades permanentes" (destaque nosso).

"[...] as prorrogações não observaram que o objeto do contrato **(fornecimento de bens de consumo)** não admitia a realização de prorrogações sucessivas com base no inciso II do art. 57 da Lei 8.666, de 1993" (destaque nosso).

Não obstante, nos casos de *fornecimento continuado*, há entendimentos que **equiparam** tais objetos aos contratos de prestação de *serviços contínuos*.

Nesse escopo, Hely Lopes Meirelles[22] leciona que:

> Os *contratos de fornecimento* admitem três modalidades: *fornecimento integral, fornecimento parcelado e fornecimento contínuo*. No primeiro caso, que é o que mais se aproxima do contrato de compra e venda do direito privado (civil ou comercial), a entrega da coisa deve ser feita de uma só vez e na sua totalidade; no segundo, a prestação se exaure com a entrega final da quantidade contratada; e *no terceiro a entrega é sucessiva e perene, devendo ser realizada nas datas avençadas e pelo tempo que dure o contrato* (grifo nosso).

Nesse prisma, Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti[23] assim se manifestam, ao comentar o gerenciamento do fornecimento de combustíveis:

> Tanto no gerenciamento da manutenção preventiva e corretiva de veículos como no gerenciamento do fornecimento de combustíveis – embora este constitua obrigação de dar, e, não, propriamente, obrigação de fazer, que tipifica a prestação de serviços –, o objeto da contratação administrativa é a gerência de um modo peculiar de obter aqueles bens e serviços. A execução do serviço de manutenção ou a execução do fornecimento do combustível não são o objeto da contratação, pela singela razão de que não são o objeto social da empresa gerenciadora. Esta não faz a manutenção, nem fornece o combustível; cumpre-lhe gerenciar a execução da manutenção ou gerenciar o fornecimento do combustível. A contratação é de um sistema de gestão, portanto, de uma atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a administração pública, que o art. 6º, II, da Lei nº 8.666/93 define expressamente como serviço.
>
> [...]

20 cf. *in* Decisão n° 1.136/2002.

21 cf. *in* Acórdão n° 3891/2011, 2ª Câmara.

22 cf. *in Licitação e Contratos Administrativos.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 416.

23 cf. Prestação de serviços por rede credenciada, gerida por empresa quarteirizada: evolução na gestão pública brasileira, *in SLC* nº 13, abril/2010, p. 43 e 46.

> Tanto a manutenção preventiva e corretiva de veículos como o fornecimento de combustíveis são essenciais para o funcionamento de atividades administrativas, razão pela qual o gerenciamento de tais aquisições não pode sofrer solução de continuidade, sob pena de paralisação de funções de permanente interesse público. Resulta a possibilidade jurídica de aplicar-se o disposto no art. 57, II, da Lei nº 8.666/93 a esses contratos, desde que, insista-se, a administração contratante demonstre a vantagem econômica da prorrogação.

Diogenes Gasparini[24] já ressaltava:

> A regra do inciso II do art. 57 da Lei federal Licitatória não é aplicável se o objeto do contrato for um bem ou uma obra ou, ainda, um serviço de execução não-continuada. Embora essa seja a compreensão retirada da literalidade dessa disposição legal, sua então rigorosa aplicação vem sendo flexibilizada. De sorte que a compra de gasolina para abastecer a frota de veículos da Administração Pública pode ser feita por prazo de até sessenta meses ou por período menor prorrogável por iguais e sucessivos períodos até completar esse prazo máximo. Seu contrato, em face dessa flexibilização, em termos de prazo e prorrogações, é tratado igualmente ao contrato cujo objeto é um serviço de execução continuada, tendo por base o mesmo art. 57, II, da Lei federal Licitatória. Nesse sentido é a Resolução n. 1.380, de 7 de março de 1996, do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, que, ao interpretar essa disposição legal, ampliou-lhe o significado para considerar como de execução continuada os 'contratos de limpeza, manutenção, serviços de fornecimento de alimentação, combustível, água mineral, gêneros alimentícios, e outros da mesma natureza'. Não é diferente o entendimento do Tribunal de Contas do Distrito Federal, que ao considerar, entre outras razões, a similaridade do fornecimento contínuo e a prestação de serviços contínuos, admitiu a interpretação extensiva do disposto no inc. II do art. 57 da Lei federal Licitatória, conforme prescrito na Decisão Normativa n. 3, de 10 de novembro de 1999. Esses serviços são os que não podem sofrer solução de continuidade ou os que não podem ser, na sua execução, interrompidos.

Ensina-nos David Luiz Pereira Berlandi:[25]

> Nessa esteira, busca uma interpretação extensiva do inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93, a fim de contemplar que os contratos referentes às compras ou aquisições, na melhor das hipóteses, fornecimento de medicamentos, sejam prorrogados até o limite de sessenta meses.
>
> Justifica-se essa possibilidade de prorrogação, porque esses contratos possuem, sim, caráter de essencialidade e continuidade, de modo que não pode o gestor público deixar de consignar a previsão de recursos destinados ao fornecimento de medicamentos nas peças orçamentárias, caso contrário, não cumprirá o princípio da dignidade da pessoa humana, nem mesmo os demais comandos constitucionais, ou seja, os arts. 6º, 196 e 198 da CR/88.

24 cf. *in op. cit*., p. 785 e 786.

25 cf. "Contrato administrativo – Fornecimento contínuo de medicamentos – Possibilidade de prorrogação nos termos do inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93", *in SLC* n° 18, São Paulo: SGP, setembro/2019, p. 48.

Por estes raciocínios, até se poderia cogitar de eventual enquadramento dos contratos de fornecimento na categoria dos serviços contínuos, nos termos do inc. II do art. 57 da Lei n° 8.666/1993, justificando-se exaustivamente a medida.

A Corte de Contas paulista[26] também encerrou exegese a respeito, nos seguintes termos: "[...] após a análise de cada caso em particular, poderão ser reconhecidas situações em que há um contexto de fornecimento contínuo, nas quais poderá haver uma *interpretação extensiva do art. 57, II, da Lei de Licitações, para o fim de ser admitida a prorrogação de prazo prevista naquele dispositivo legal, desde que essas situações sejam devidamente motivadas pela Administração e que sejam atendidas as condições cujos aspectos foram desenvolvidos no corpo do Voto do Relator*" (grifo nosso).

E também nesse sentido:[27] "O fornecimento de marmitex com entregas diárias e horários estabelecidos caracteriza-se como serviço contínuo, não sendo cabível a utilização do Sistema de Registro de Preços."

Oportuno mencionar que o próprio Plenário do Tribunal de Contas da União[28], embora ordinariamente entendesse que o contrato de fornecimento não deveria ser enquadrado como serviço contínuo, em situação excepcional, admitiu dito enquadramento para um contrato de fornecimento de hemoderivados, *in verbis*:

> 30. *Nessa busca por soluções, a equipe de auditoria apresentou propostas, sendo que a mais importante, no meu entender, é, justamente, permitir a aplicação, em caráter excepcional, do inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/1993*. O citado inciso possibilita que, nos casos de prestação de serviços executados de forma contínua, seja viável a celebração de contratos com vigência superior aos respectivos créditos orçamentários.
>
> 31. *Conforme precedente deste Tribunal*, ao qual farei referência adiante, *as características necessárias para que um serviço seja considerado contínuo são: essencialidade, execução de forma contínua, de longa duração e possibilidade de que o fracionamento em períodos venha a prejudicar a execução do serviço*. Manifesto minha anuência com a equipe de auditoria no sentido de que essas características se encontram presentes nas contratações para entrega de fatores de coagulação.
>
> 32. Não tenho dúvida de que *se trata de serviço essencial*, pois qualquer interrupção no fornecimento de hemoderivados deixará à própria sorte indivíduos que dependem desses medicamentos para se manterem saudáveis.
>
> [...]
>
> 34. É uma situação limite, que realmente coloca em risco os hemofílicos. *Solução alternativa, portanto, deve ser adotada*. A meu ver, *a admissão dessas compras com fundamento no inciso II do multicitado art. 57 é factível, principalmente*

26 cf. *in* TC-000178/026/06.

27 cf. TC-00 007051.989.19-2, *in SLC* n° 19, São Paulo: SGP, outubro/2019, p. 141.

28 cf. *in* Acórdão n° 766/2010.

> *se levarmos em consideração que as demais características necessárias para se considerar a excepcionalidade também estão presentes neste tipo de aquisição.*
>
> […]
>
> ACÓRDÃO
>
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:
>
> […]
>
> 9.3. *admitir, em caráter excepcional, com base em interpretação extensiva do disposto no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que as contratações para aquisição de fatores de coagulação sejam consideradas como serviços de natureza contínua* (grifo nosso).

Trata-se de uma *interpretação extensiva*, uma vez que, como dito, o contrato de fornecimento, na verdade, possui natureza diversa do contrato de prestação de serviço.

Entretanto, tal discussão não mais se coloca, em face da nova Lei n° 14.133/2021, que expressamente passou a admitir celebração de contratos com prazo superior ao exercício financeiro e com vigência inicial de até 5 (cinco) anos, tanto para serviços contínuos quanto para fornecimentos contínuos.

De qualquer maneira, assim como na hipótese de serviço contínuo, advirta-se que não é qualquer fornecimento que pede ser contratado nos termos do art. 106 da Lei n° 14.133/2021, mas apenas os fornecimentos contínuos, ou seja, aqueles que não podem ser interrompidos sem que haja efetiva e substancial lesão à atividade administrativa, levando-se em conta sempre a natureza do fornecimento e as finalidades institucionais da Administração contratante.

Ainda, a Lei n° 14.133/2021 exige uma série de diretrizes para a celebração de contratos com prazo superior ao exercício financeiro e com vigência inicial de até 5 anos, cujo objeto seja um serviço contínuo ou um fornecimento contínuo, quais sejam:

(a) Deverá a autoridade competente do órgão ou entidade contratante expressamente atestar, em documento próprio a ser anexado aos autos do respectivo processo de contratação, que a contratação do serviço contínuo ou do fornecimento contínuo por prazo inicial que extrapole o exercício financeiro será mais vantajosa do que se fosse praticada num período inferior, dentro do respectivo exercício financeiro.

(b) Deverá a Administração demonstrar, por meio da autoridade competente (qual seja, aquela definida internamente), no início da contratação e de cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção.

Perceba-se que, aqui, ainda que o contrato seja celebrado por um prazo superior ao exercício financeiro, em até 5 (cinco) anos, a cada exercício financeiro, tratando-se ou não de prorrogação contratual, deverá a Administração

demonstrar a vantajosidade na manutenção do ajuste e, se for o caso, ne sua prorrogação.

Em outra lição ainda válida, o mestre Diogenes Gasparini[29] assim referendou, na hipótese de prorrogação contratual':

> O preço contratado, até por razões óbvias, deverá ser melhor que o conseguido através de uma licitação. Com efeito, o contratado já está familiarizado com a execução do contrato e por conhecer bem o serviço que executa pode suprimir etapas e eliminar custos. Ademais, o contratado conhece o proceder da Administração Pública quanto às exigências para o pagamento e a demora para que seja efetivado, pois isso pode precaver-se sem onerar custos ou realizar despesas. Em suma o contratado por conhecer todos os aspectos da execução do contrato, pode rever sua estrutura de preço e oferecê-lo em condições de pagamento mais vantajosas para a Administração Pública contratante, sem necessidade alguma de degradar a qualidade do serviço prestado. Seu preço poderá ser menor e, portanto, melhor, que praticado em média pelo mercado dado que seus proponentes não desfrutam desses conhecimentos. Pelas mesmas razoes suas condições de pagamento também serão melhores ou mais vantajosas.

Ainda sobre a vantajosidade da prorrogação de contatos administrativos, Joel de Menezes Niebuhr[30] informa: "[...] *a prorrogação somente se justifica se a Administração por meio dela consegue obter condições vantajosas*. A finalidade da prorrogação de tais contratos reside na obtenção de vantagem. Se não houver vantagem, não se atinge a finalidade pressuposta na Lei e, por via de consequência, o ato de prorrogação é eivado por desvio de finalidade" (grifo nosso).

Nessa premissa, o Tribunal de Contas da União[31] já decidiu que:

> **Condicione a prorrogação de contratos a comprovação, mediante pesquisa de mercado atualizada e relatório do gestor do contrato, de que a maior duração contratual proporcionara vantagem de preços e/ou condições para a Administração** (grifo nosso).

Assim, a demonstração a vantajosidade é indispensável e, como regra, ocorre mediante pesquisa de mercado.

Novamente invocando as pertinentes orientações do Tribunal de Contas da União,[32] sublinhe-se que:

> 205. Diante do exposto, verificadas as peculiaridades de cada serviço, os contratos de natureza continuada podem ser firmados, desde o início, com

29 cf. Prazo e Prorrogação do Contrato de Serviço Continuado. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 14/2002, p. 22.

30 cf. *in Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

31 cf. *in* Acórdão n° 4045/2009, 1ª Câmara.

32 cf. *in* Acórdão n° 1214/2013.

prazos superiores a 12 meses. Contudo, a cada doze meses devem ser avaliadas a necessidade e a qualidade dos serviços e se os valores estão compatíveis com os praticados pelo mercado.

(c) Poderá a Administração extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem, o que, aliás, deverá ser exaustivamente justificado e demonstrado após a necessária pesquisa mercadológica. Entrementes, tal extinção apenas ocorrerá "na próxima data de aniversário do contrato", conforme disciplinado pelo § 1º do art. 106 da Lei nº 14.133/2021, não podendo ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data. Nesse caso, cremos que a melhor interpretação seria considerar a vigência inicial do ajuste. A partir de 2 (dois) meses antes do término da vigência inicial do ajuste, a Administração estaria legitimada a extinguir o contrato, nos termos do inc. III do art. 106 da Lei nº 14.133/2021.

Ademais, é importante ressaltar que todas as diretrizes dispostas no art. 106 da **Lei nº 14.133/2021, conforme estabelecido pelo seu § 3º, também deverão ser observadas na contratação de** aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática, podendo os respectivos contratos também ser celebrados com prazo inicial de vigência de até 5 (cinco) anos, assim como ocorre com os serviços e fornecimentos de natureza continuada.

Frise-se, por pertinente, que apenas a locação de equipamentos de informática é alcançada pela disciplina do § 2º do art. 106 da Lei nº 14.133/2021, não sendo o aluguel de qualquer equipamento que poderá se valer de tal disciplina. Logo, apenas contratos que tenham por objeto o aluguel de equipamentos de informática e a utilização de programas de informática poderão ser celebrados na forma do art. 106 da Lei nº 14.133/2021.

Ainda em relação aos serviços e fornecimentos contínuos, mais adiante, em seu art. 107 da Lei nº 14.133/2021 admite a prorrogação sucessiva de tais ajustes, respeitada a vigência máxima decenal, desde que vantajoso à Administração.

Logo, os contratos de serviços contínuos ou fornecimentos contínuos, além de poderem ser celebrados, desde o início, com um prazo superior ao exercício financeiro e com vigência inicial de até 5 anos, também poderão ser prorrogados sucessivamente, por até o limite máximo de 10 (dez) anos, desde que haja previsão expressa no instrumento convocatório da licitação (edital). Nesse caso, ainda, a autoridade competente deverá expressamente atestar que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração contratante, podendo negociar o preço com o contratado ou, se não obtiver preço vantajoso ou se as condições contratuais não mais interessarem à Administração, proceder à extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.

Perceba-se que, no caso desta prorrogação contratual superior aos 5 (cinco) anos, a qual poderá chegar até 10 (dez) anos, será indispensável a realiza-

ção de prévia pesquisa mercadológica, a fim de que a autoridade competente tenha a certeza de que os preços praticados continuam sendo vantajosos.

Além disso, está mesma autoridade competente, após consultar o setor técnico e/ou requisitante do objeto, bem como o mercado correlato, também deverá certificar que as condições contratuais continuam vantajosas, ou seja, não só o preço, mas as condições de execução do objeto e o próprio objeto em si deverão continuar a atender ao interesse público perseguido e às reais necessidades administrativas do Poder público contratante.

Importante registrar que a negociação prevista no art. 107 da Lei nº 14.133/2021 admite simplesmente a redução do *preço*, a fim de adequar o valor contratado ao praticado atualmente no mercado correlato. As condições de execução contratual não poderão, em princípio, ser alteradas, por força do princípio da vinculação, exceto se o respectivo ajuste puder ser modificado, nos termos dos arts. 124 a 136 da Lei nº 14.133/2021, o que deverá ser analisado em cada caso concreto.

Com efeito, advirta-se que eventuais prorrogações contratuais até 10 (dez) anos poderão ocorrer sucessivamente, até o limite máximo de 10 (dez) anos, não sendo mais necessária a observância do requisito de iguais e sucessivos períodos, disposto no inc. II do art. 57 da Lei nº 8.666/1993. Logo, será perfeitamente possível a realização de prorrogações sucessivas por períodos desiguais, desde que seja observado o limite legal.

Entretanto, restará indispensável a previsão expressa no edital da licitação e no respectivo ajuste, a fim de viabilizar a prorrogação decenal, nos termos do art. 107 da Lei nº 14.133/2021, o que, aliás, acaba com uma antiga e polêmica divergência doutrinária quanto à necessidade ou não de previsão expressa, para fins de prorrogação de contratos celebrados na forma do inc. II do art. 57 da Lei nº 8.666/1993.

Parece-nos ter prevalecido o **entendimento do Tribunal de Contas da União,**[33] **que, aliás, já se manifestou no sentido de que s**omente pode haver prorrogação de contrato de serviço de natureza continuada em contratos que contenham cláusula expressa que prevejam a possibilidade de prorrogação.

Não obstante, veja que a Lei nº 14.133/2021 alude à aplicação dos comandos do seu art. 106 apenas ao aluguel de equipamentos de informática e à utilização de programas de informática, não fazendo qualquer alusão aos ditames do art. 107, no que se refere a tais objetos.

Assim sendo, cremos que a intenção do legislador foi a de inviabilizar que tais objetos, quais sejam, aluguel de equipamentos de informática e utilização de programas de informática, pudessem ter seus contratos prorrogado por até 10 (dez) anos, devendo vigorar necessariamente por até 5 (cinco) anos apenas, desde que observadas as respectivas diretrizes, nos termos supramenciona-

33 cf. Acórdão nº 892/2005, 2ª Câmara.

dos, podendo eventuais prorrogações respeitar este limite máximo de 5 (cinco) anos, aqui sim, em nosso entendimento, independentemente de previsão editalícia e/ou contratual expressa.

Em princípio, esta nos parece ser a melhor exegese, posto que, em se tratando de bens e equipamentos de informática, sua utilização por período muito mais extenso, não raro, poderia ser prejudicial ao interesse público, já que tais objetos evoluem com extrema rapidez e tendem a ficar obsoletos a curto e médio prazos. Além disso, a manutenção de contratos com objetos obsoletos, em face do mercado correlato, afrontaria diretamente o princípio da eficiência, que rege os atos praticados na esfera pública. Por fim, a previsão expressa referente a eventual prorrogação não seria uma exigência do art. 106 da Lei n° 14.133/2021, mas tão somente do art. 107, não cabendo ao intérprete ampliá-la.

Em resumo, como regra, o processo administrativo que visa à prorrogação de contrato administrativo de serviço contínuo, fornecimento contínuo, bem como contratos de locação de equipamentos de informática e utilização de programas de informática, deve ser instruído com os seguintes elementos:

- Demonstração de que se trata de serviço ou fornecimento de forma contínua ou que se trata de aluguel de equipamento de informática e utilização de programas de informática;
- Previsão no ato convocatório e no contrato acerca da possibilidade de prorrogação fundada no art. 107 da Lei n° 14.133/2021, no caso de serviço ou fornecimento de forma contínua;
- Previsão no ato convocatório e no contrato acerca da possibilidade de eventuais prorrogações até o limite de 5 (cinco) anos, na forma do art. 106 da Lei n° 14.133/2021, no caso de locação de equipamentos de informática e utilização de programas de informática;
- Estar o contrato ainda em vigor;
- O prazo de vigência inicial do contrato não pode ultrapassar o limite de 5 (cinco) anos, sendo possíveis prorrogações até 10 (dez) anos apenas para serviço ou fornecimento de forma contínua;
- Restar justificada a obtenção de preços e condições vantajosas para a Administração a cada prorrogação contratual;
- Haver comprovação da existência de recursos orçamentários;
- Ser providenciada a declaração do ordenador de despesas, na forma do art. 16, inc. II, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000);
- Comprovação da regularidade do particular contratado, precipuamente nos termos do art. 92, inc. XVI, da Lei n° 14.133/2021;
- Autorização da autoridade competente;

- Elaboração de minuta de termo aditivo, em conformidade com as exigências legais, conforme análise e aprovação prévias do órgão de assessoria jurídica, nos termos do art. 53, § 4º, da Lei nº 14.133/2021.

2.2. CONTRATOS DECORRENTES DE PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DIRETA

Ora, os contratos provenientes de processo de contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, *em regra geral*, também terão sua vigência atrelada à disciplina contida nos arts. 105, 106 e 107 da Lei nº 14.133/2021.

Apenas as hipóteses de contratação direta, por dispensa de licitação, previstas nas alíneas "f" e "g" do inc. IV e nos incs. V, VI, XII e XVI do *caput* do art. 75 da Lei nº 14.133/2021 poderão ter seus respectivos ajustes celebrados, desde o início, com prazo de até 10 (dez) anos, quais sejam:

- Aquisição de bens produzidos no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;
- Prestação de serviços prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;
- Aquisição de materiais de uso das Forças Armadas (exceto materiais de uso pessoal e administrativo), quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;
- Contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973/2004, que "dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências", observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei;
- Contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios;
- Contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia;
- Aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de en-

sino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inc. XII do *caput* do art. 75 da Lei n° 14.133/2021, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

2.3. CONTRATOS POR PRAZO INDETERMINADO

Sempre restou assente na doutrina administrativista que os contratos administrativos não poderiam ser celebrados por tempo indeterminado.

Parte da doutrina apenas admitia a celebração de ajustes por prazo indeterminado se se tratasse de contratos do direito privado, a exemplo das locações imobiliárias, regidas pela Lei nº 8.245/1991 e, subsidiariamente, pelo regramento previsto no art. 62, § 3º, inc. I, da Lei n° 8.666/1993, que dispõe:

"Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber, aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário" (grifo nosso).

Nesse sentido, é oportuno colacionar os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[34], ao tratar especificamente do art. 57 da Lei n° 8.666/1993:

> E não se aplica ainda aos contratos de direito privado celebrados pela Administração, porque o art. 62, § 3º, ao determinar a aplicação, aos mesmos, das normas da Lei nº 8.666/93, fala expressamente nos arts. 55 e 58 a 61, pulando, portanto, o art. 57, pertinente ao prazo.

Desse modo, a tais contratos não se aplicaria a disciplina contida no art. 57, que trata da duração e prorrogação dos contratos administrativos.

Por essa razão, tais ajustes poderiam ter sua duração fixada com base na disciplina que rege a matéria, nada obstando que se estendessem além do exercício financeiro e fossem prorrogados com fundamento nas regras pertinentes ao Direito Privado, por meio de um *termo de aditamento*, desde que houvesse previsão contratual nesse sentido.

Em qualquer hipótese, tais prazos e sua extensão deveriam estar circunscritos à existência de *interesse público*, bem como aos demais princípios norteadores da Administração Pública (legalidade, moralidade, economicidade, obrigatoriedade de licitar etc.).

Ainda assim sempre foi recomendado o estabelecimento de um prazo de vigência para o respectivo contrato.

34 cf. *in Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 268.

Diogenes Gasparini[35] sustentava que a celebração de um contrato, ainda que regido predominantemente por regras de Direito Privado, por prazo indeterminado, violaria o disposto no § 3º do art. 57 da Lei nº 8.666/1993, já que se trata de norma geral.

No mesmo sentido leciona Lucas Rocha Furtado,[36] *in verbis*:

> Feitas essas considerações, observamos, ainda, que a Lei nº 8.666/93, em seu art. 62, § 3º, I, não determina que os contratos ali mencionados devam submeter-se ao disposto no art. 57, que cuida da fixação dos prazos de vigência dos contratos administrativos. Assim, nada impede, por exemplo, que a Administração alugue imóvel por prazo superior ao do exercício financeiro, não obstante tenha que observar o princípio geral que veda a celebração de contratos por prazo indeterminado (grifo nosso).

O Plenário do Tribunal de Contas da União[37] exarou o seguinte entendimento:

> 9.1. conhecer da presente consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92 c/c art. 264, inciso III, do RITCU, para responder ao consulente, *relativamente aos contratos de locação de imóveis em que a Administração Pública figura como locatária*, que:
>
> 9.1.1. *pelo disposto no art. 62, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, não se aplicam as restrições constantes do art. 57 da mesma Lei;*
>
> 9.1.2. *não se aplica a possibilidade de ajustes verbais e prorrogações automáticas por prazo indeterminado*, condição prevista no artigo 47 da Lei nº 8.245/91, tendo em vista que (i) o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 8.666/93, aplicado a esses contratos conforme dispõe o § 3º do art. 62 da mesma Lei, considera nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração e (ii) o interesse público, princípio basilar para o desempenho da Administração Pública, que visa atender aos interesses e necessidades da coletividade, impede a prorrogação desses contratos por prazo indeterminado;
>
> 9.1.3. *a vigência e prorrogação deve ser analisada caso a caso, sempre de acordo com a legislação que se lhe impõe e conforme os princípios que regem a Administração Pública, em especial quanto à verificação da vantajosidade da proposta em confronto com outras opções*, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/93 (grifo nosso).

De toda sorte, em face da disciplina contida no art. 109 da Lei nº 14.133/2021, apenas será possível a celebração de ajustes por prazo indeterminado nos *contratos em que a Administração contratante seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio*, desde que comprovada, a

35 cf. *in op. cit.*, p. 790.

36 cf. *in Curso de Licitações e Contratos Administrativos.* Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 430 e 431.

37 Acórdão nº 1127/2009.

cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação.

Veja-se que não se trata de qualquer serviço público,[38] mas apenas aqueles praticados e oferecidos em regime de monopólio.[39] Ainda, será necessária a comprovação, em cada exercício financeiro, da efetiva existência de créditos orçamentários.

Logo, prevalece o entendimento de que mesmo os contratos regidos predominantemente por regras de Direito Privado deverão possuir um prazo de vigência, à exceção, reitere-se, dos contratos em que a Administração contratante seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio.

2.4. CONTRATOS QUE GEREM RECEITA E CONTRATOS DE EFICIÊNCIA

Contratos que geram receita ou simplesmente *contratos de receita* são aqueles a serem executados pelo particular, mas que geram receitas à Administração contratante, em vez de despesas. Voltam-se apenas à obtenção de receitas para a Administração contratante.

Por sua vez, *contratos de eficiência* são aqueles cujo objeto seja a prestação de serviços, podendo ou não incluir a execução de obras e/ou o fornecimento de bens, mas que tenham por objetivo proporcionar uma economia para a Administração contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o particular contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

Na lição de Rodrigo Goulart de Freitas Pombo:[40]

> O contrato de eficiência consiste num ajuste envolvendo a obrigação do particular contratado de adotar as medidas necessárias para proporcionar a redução de despesas da Administração Pública. As referidas medidas podem envolver o fornecimento de bens, a prestação de serviços e a realização de reformas em edifícios públicos – e em muitos casos implicará introduzir inovações. A remuneração do particular corresponde a uma parcela da

38 Para tanto, é o conceito de serviço público, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello "toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça, às vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo" (cf. *in Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta.* 2. ed. São Paulo: RT, 1983, p. 20).

39 Por sua vez, Eros Roberto Grau, registra que monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, e não de propriedade (cf. Monopólio Estatal da Atividade Econômica – Petrobrás – Propriedade e empresa – Bens Públicos., *RDA*, n° 222, p. 359).

40 cf. Projeto de Lei sobre Licitações e Contratos Administrativos: Contrato de Eficiência, disponível em: https://www.justen.com.br/pdfs/146/IE%20146%20-%20Rodrigo%20-%20contrato%20de%20eficiencia.pdf, p. 1.

> economia proporcionada, o que significa que a Administração não realiza nenhum desembolso.
>
> Essa figura se difundiu a partir de contratações envolvendo a redução de despesas com energia. Assim, o particular contratado concebia as providências necessárias para promover a redução das despesas com energia, realizando reformas, substituindo equipamentos dispendiosos por aparelhos mais econômicos etc. Parte da economia gerada é atribuída ao particular ao longo de determinado período, com o que ele amortiza os investimentos e aufere o lucro.

Também podem ser chamados de *contratos de risco, que* consistem naqueles ajustes que, invariavelmente, têm como objeto uma prestação de serviços a serem executados, de forma a realizar com êxito os objetivos que são de interesse do contratante. O principal traço que distingue essa espécie de contrato dos demais consiste no fato de que, neste, o respectivo pagamento só ocorrerá se o resultado positivo perseguido pelo contratado e desejado pelo contratante for alcançado com sucesso.

Em que pese a natureza *sui generis* desses ajustes, especialmente quanto à forma de remuneração, a Administração deverá, entretanto, estimar os custos da contratação, a fim de observar os preceitos da Lei nº 4.320/1964, bem como os ditames impostos pelo art. 18, inc. IV, § 1º, incs. IV e VI, art. 23, art. 39, da Lei nº 14.133/2021.

A forma de remuneração geralmente ocorre por meio de um percentual sobre o valor final resultado do sucesso da demanda. A remuneração exclusiva *ad exitum* estará vinculada ao êxito obtido.

Há também a possibilidade de celebrar contrato de risco puro, onde o contratado será remunerado exclusivamente pelos honorários de sucumbência a serem arcados pela parte vencida.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo[41] já se manifestou sobre as formas de remuneração nas contratações de escritórios de advocacia:

"**Afiguram-se, no mercado, basicamente três modelos de contratos de honorários advocatícios: o contrato a preço fixo; o contrato de risco (*ad exitum*) e o contrato de risco puro**."

Na primeira hipótese, as partes entabulam **valor fixo** aos serviços prestados levando-se em consideração a complexidade da causa e o preço de mercado, independentemente do resultado da demanda.

Já **contrato de risco (*ad exitum*)**, haverá um percentual sobre as receitas auferidas com ações administrativas ou judiciais exitosas. A remuneração será calculada proporcionalmente ao valor vinculado ao êxito do resultado alcançado.

Por sua vez, nos **contratos de risco puro**, não haverá qualquer desembolso do cliente contratante, cuja remuneração do profissional do Direito

41 cf. *in* TC-008856/989/16.

advirá da sucumbência suportada pela parte vencida em valor arbitrado pelo juiz da causa.

Quanto ao contrato de risco puro, não vejo óbices em sua plena aplicabilidade nos contratos administrativos, haja vista que a Administração nada pagará ao advogado contratado, o qual será remunerado, ou não, dependendo do êxito ou fracasso no processo judicial. O valor do contrato será zero ou contemplará quantia estimada apenas para indenização de eventuais gastos com a demanda.

Já no que tange aos contratos a preço fixo e de risco (*ad exitum*) certos cuidados devem ser levados em consideração. Embora entendo viável a adoção de ambos pela Administração Pública, o ajuste de honorários por êxito deverá ser pactuado em valor previamente estimado, observando-se o princípio da razoabilidade, evitando-se desembolsos exorbitantes.

Já o contrato a preço fixo, a remuneração deverá ser calculada em pesquisas prévias a fim de adequar o valor pago ao preço de mercado.

Em todo caso, o pagamento deverá estar condicionado ao exaurimento do serviço com o cumprimento da sentença judicial ou administrativa, não bastando mera obtenção de medida liminar ou conclusão de fase ou etapa do serviço.

Da mesma forma, os recursos para pagamento dos honorários devem estar previstos em dotação orçamentária própria, respeitando as normas que regem as finanças e as contratações dos entes públicos" (grifo e destaque nossos).

Pela explanação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo sobre as formas de remuneração, pode-se entender que somente na contratação de risco puro, onde não haverá qualquer desembolso pela Administração (seja fixo ou por percentual do êxito) é que o contratado será remunerado pelos honorários de sucumbência. Nas outras formas de remuneração, salvo melhor juízo, a sucumbência deve integrar os cofres da Administração.

Com efeito, a teor do disposto no art. 110 da Lei nº 14.133/2021, na celebração dos chamados contratos de eficiência e contratos de receita, dever-se-á atentar para o prazo de até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento, e de até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.

2.5. CONTRATOS POR ESCOPO

Em geral, os contratos de obras e de compra de bens caracterizam-se como verdadeiros ***contratos por escopo***, sendo certo que seu *prazo de vigência seria meramente referencial*.

A doutrina diferencia *contratos por prazo* dos denominados *contratos por escopo*.

Os primeiros são aqueles celebrados por determinado prazo de duração, no qual a vigência fixada constituiu-se em eficácia do negócio jurídico celebrado. Nesses casos, ultrapassada a sua vigência, em princípio, este contrato estaria extinto.

De outra parte, os outros seriam contratos que se extinguem pela execução do objeto (com a conclusão do objeto), de modo que o prazo fixado é meramente referencial e tem por objetivo determinar um limite de prazo para que se execute a prestação, haja vista que não se admite, em regra, contratos com prazo indeterminado, conforme já analisamos supra.

Contudo, ultrapassado esse prazo sem que reste concluída a obrigação, *independentemente de a culpa ser da Administração contratante ou do particular contratado*, o contrato não se extingue, devendo-se, nesse caso, proceder à prorrogação do ajuste, mediante aditamento, **ainda que *a posteriori***.

Ensina-nos Simone Zanotello de Oliveira:[42]

> O 'contrato de escopo' é também denominado de 'contrato de resultado'. Nele, o que se tem em vista é a obtenção de seu objeto concluído, operando o prazo apenas como limite de tempo para a entrega da obra, serviço ou compra sem que haja a imposição de sanções contratuais. Nesse caso, o contrato será extinto apenas quando houver a efetiva entrega do objeto.
>
> Já no 'contrato por prazo', o prazo é de eficácia do negócio jurídico contratado e, portanto, expirado o prazo, extingue-se o contrato qualquer que seja a fase em que esteja a sua execução.

Nesse condão, aliás, são as lições de Hely Lopes Meirelles[43]:

> Nos contratos que só se extinguem pela conclusão do seu objeto a prorrogação independe de previsão e de licitação, porque, embora ultrapassado o prazo, o contrato continua em execução.

Assim já se manifestou o Tribunal de Contas da União:[44]

> 8. A principal tese jurídica da defesa é que o aditamento de prazo não é necessário nos chamados contratos de escopo, em que o objeto é a aquisição de um determinado bem ou benfeitoria, a exemplo de uma obra, como no caso. Não abono tal tese [...] porque é contrária à lei 8.666/1993, cuja disciplina acerca do assunto, estabelecida no art. 57, veda a duração indeterminada do contrato administrativo e permite a prorrogação apenas nos casos ali relacionados. [...].

42 cf. Especificidades dos Contratos celebrados pela Administração Pública, *SLC* n° 22, Entrevista com a Mestre, São Paulo: SGP, janeiro/2020, p. 16.

43 cf. *in op. cit*., p. 227.

44 cf. *in* Acórdão nº 3.131/2010, Plenário.

> 9. Porém, não se pode deixar de admitir que, de fato, para os contratos visando obra certa, essas exigências legais têm apenas o objetivo de evitar a prorrogação indefinida ou abusiva dos contratos, sem responsabilização de alguma das partes.

De todo modo, ainda que se trate do denominado *contrato por escopo*, veja-se que deverá ser fixado, como referência, um prazo para cumprimento do ajuste, ainda que, posteriormente, este necessite ser prorrogado, por meio de aditamento, para a execução total do objeto.

Ainda a esse respeito, acrescentem-se os ensinamentos de Diogenes Gasparini[45], no seguinte sentido:

> Assim não será se o objeto do contrato for a execução de uma obra ou fornecimento de bens à Administração Pública contratante. Nesses casos, o contrato *restará automaticamente prorrogado* se chegou ao seu termo formal sem a conclusão da obra ou *sem a entrega de todos os bens*. Essa é a inteligência, pois não se contratou uma obra inacabada, nem se promoveu a compra de uns poucos bens, ainda mais quando nada será pago pela conclusão da obra ou pelo fornecimento dos bens faltantes. Nesses casos, em havendo culpa ou dolo do contratado pelo atraso, aplica-se-lhe a devida sanção, observado o indispensável processo legal, *e formaliza-se, pelo tempo necessário, a prorrogação que de fato já ocorrera* (grifo nosso).

Logo, nesse caso, ainda que vencido o prazo referencial previsto, o respectivo ajuste continua em vigor, *até a conclusão da obra, entrega do objeto e do seu efetivo recebimento definitivo*, devendo a Administração Pública proceder à prorrogação do ajuste, por meio de aditamento, nos termos supramencionados, até a conclusão do escopo.

Com efeito, em face da disciplina contida no art. 111 da Lei nº 14.133/2021, em se tratando de contrato por escopo predefinido, o prazo de vigência será automaticamente prorrogado, quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato.

A nosso ver, reitere-se que tal prorrogação deverá ser devidamente formalizada por competente termo aditivo, ainda que *a posteriori*.

Por sua vez, se o atraso na execução contratual decorrer de culpa do contratado, este será constituído em mora, sendo a ele aplicáveis as respectivas sanções administrativas previstas no ajuste, logicamente após competente processo sancionatório, sendo concedido o contraditório e a mais ampla defesa.

Nesse sentido, aliás, ensina-nos há longa data o ilustre jurista Ivan Barbosa Rigolin,[46] *in verbis*:

45 cf. *in op. cit*., p. 855.

46 cf. *in BLC,* nº 9/94, p. 429.

> Apenas após livremente exercitada a defesa do acusado, e produzido nos autos todo o rol de provas requeridas, e justificadamente insatisfeita a Administração com o seu teor ou resultado como defesa, apenas então estará desimpedida para aplicar a sanção e comunicá-la ao interessado para todos os efeitos [...].

Diante de tal situação de atraso por culpa do contratado, a Administração contratante poderá optar pela extinção do contrato, sendo que, nesse caso, deverá proceder a novo processo de contratação (licitação ou processo de contratação direta, se for o caso), nos termos da Lei nº 14.133/2021, a fim de viabilizar a continuidade da execução contratual.

2.6. CONTRATOS DE FORNECIMENTO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ASSOCIADO

Fornecimento e prestação de serviço associado caracteriza-se como o regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, admite-se o regime de fornecimento e prestação de serviço associado.

Trata-se de novo regime de execução indireta para contratação de obras e serviços de engenharia, que se justifica quando a Administração atribui à empresa contratada a responsabilidade de fornecer um bem e cuidar dele, preventivamente e corretivamente, bem como manuseá-lo.

Tal regime de execução prestigia o princípio da eficiência, na medida em que, ao transferir à empresa contratada tal obrigação que outrora era da Administração contratante, acaba que impondo um maior cuidado quanto à qualidade do fornecimento por parte da contratada, posto que eventuais manutenções ou substituições passam a ser de sua inteira responsabilidade.

Os contratos celebrados sob o regime de Fornecimento e prestação de serviço associado podem ser prorrogados por até 10 (dez) anos, na forma do disposto nos arts. 113 e 107 da Lei nº 14.133/2021.

Tal contrato terá sua vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial, autorizada a prorrogação decenal, nos termos do art. 113 da Lei nº 14.133/2021.

Porém,

> não existe uma definição precisa no dispositivo quanto ao prazo pertinente à execução do objeto. Caberá determinar esse prazo em vista da natureza da prestação a ser executada.
>
> [...]

> Já os serviços poderão ter o prazo fixado em até cinco anos, comportando prorrogação nos termos do art. 107.
>
> [...]
>
> A parte final do dispositivo deve ser interpretada na acepção de que a prorrogação é cabível apenas no tocante aos serviços. Isso pressupõe a conclusão e a entrega do objeto. A partir do momento da sua utilização, inicia-se o curso do prazo de até cinco anos, atinente aos serviços de operação e manutenção.[47]

Logo, concluído o escopo do fornecimento, restará inviabilizada sua prorrogação, que será cabível, nos termos supramencionados, apenas no tocante à prestação dos serviços.

2.7. CONTRATOS DE OPERAÇÃO CONTINUADA DE SISTEMAS ESTRUTURANTES DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

A teor da disciplina contida no art. 114 da Lei nº 14.133/2021, os contratos que previrem a operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação poderão ter vigência máxima de 15 (quinze) anos.

"Sistemas estruturadores", segundo o Ministério da Economia,[48]

> são os mecanismos de suporte (auxiliares) às atividades desempenhadas pelos órgãos setoriais (unidades responsáveis em cada órgão ou entidade), sob a coordenação e supervisão de um órgão central.
>
> Parte dos processos executados nesses sistemas estão centralizados em sistemas de informação (sistemas estruturantes) – ou seja, em plataformas tecnológicas (*softwares*) – gerenciados pelos órgãos centrais.

Veja-se que a operação de sistemas estruturantes de tecnologia da informação pode inclusive exigir a contratação de terceiros para a plena execução do objeto, sendo que tais terceiros fornecerão soluções especializadas isoladas ou integradas. Nesse caso, cremos que os respectivos contratos, atrelados à operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação, também poderão vigorar por até 15 (quinze).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alterações empreendidas pela Lei nº 14.133/2021, no tocante à vigência e às prorrogações dos contratos administrativos, foram várias.

A nova Lei de Licitações elasteceu e muito os prazos de vigência até então praticados na grande maioria dos contratos administrativos.

47 cf. Marçal Justen Filho, *in Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas.* São Paulo: RT, 2021, p. 1318

48 Cf. https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/sistemas-estruturadores. Acesso em: 10/11/2021

Esperamos que tal ampliação seja benéfica não só ao Poder Público, mas principalmente ao interesse público perseguido, não se tornando um elemento desvirtuador ou até justificante de impropriedades e infindáveis modificações contratuais inconsequentes a onerar ainda mais os cofres públicos.

O futuro nos dirá!

BIBLIOGRAFIA

BERLANDI, David Luiz Pereira. Contrato administrativo – Fornecimento contínuo de medicamentos – Possibilidade de prorrogação nos termos do inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93. *SLC*. São Paulo: SPG, Soluções Autorais, n. 18, setembro/2019.

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

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos.* Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GASPARINI, Diogenes. Prazo e prorrogação do contrato de serviço continuado. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 14/2002.

GRAU, Eros Roberto. Monopólio estatal da atividade econômica – Petrobrás – Propriedade e empresa – Bens Públicos. *RDA*, n° 222.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: RT, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: RT, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão – Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta.* 2. ed. São Paulo: RT, 1983.

NIEBUHR, Joel Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

NIEBUHR, Joel Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo.* 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. A duração dos contratos na nova lei de licitações. *SLC.* São Paulo: SPG, Soluções Autorais, n. 42, setembro/2021.

OLIVEIRA, Simone Zanotello de. Especificidades dos contratos celebrados pela administração pública. *SLC.* São Paulo: SPG, Entrevista com a Mestre, n. 22, janeiro/2020.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Prestação de serviços por rede credenciada, gerida por empresa quarteirizada: evolução na gestão pública brasileira. *SLC.* São Paulo: SPG, Soluções Autorais, n. 13, abril/2010.

POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. Projeto de lei sobre licitações e contratos administrativos: contrato de eficiência. Disponível em: https://www.justen.com.br/pdfs/146/IE%20146%20-%20Rodrigo%20-%20contrato%20de%20eficiencia.pdf.

Portal do Ministério da Economia.

Portal do Senado Federal.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *BLC*, São Paulo: NDJ, n. 9, 1994.

SLC – Solução em Licitações e Contratos n° 19, Soluções Jurisprudenciais, São Paulo: SGP, outubro/2019.

SLC – Solução em Licitações e Contratos n° 40, Soluções Práticas, "Solução *outsourcing* de impressão pode ser considerada como serviços contínuos?", São Paulo: SGP, julho/2021.

Tribunal de Contas da União.

Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.