

REVISTA JURÍDICA DA  
PROCURADORIA-GERAL DO  
DISTRITO FEDERAL

CENTRO DE ESTUDOS

ISSN 0419-4454

RJPGDF	Brasília	v. 39	n. 2	p. 1-207	jul./dez. 2014
--------	----------	-------	------	----------	----------------

**PAOLA AIRES CORRÊA LIMA**  
Procuradora-Geral do Distrito Federal

**KARLA APARECIDA DE SOUZA MOTTA**  
Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos do  
Consultivo

**TATIANA MUNIZ SILVA ALVES**  
Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos do  
Contencioso

**MÁRCIA CARVALHO GAZETA**  
Procuradora-Chefe de Gabinete

**ALEXANDRE MORAES PEREIRA**  
Procurador-Chefe do Centro de Estudos – CETES

**VANESSA BARBOSA DA SILVA**  
Gerente da Gerência de Estudos, Pesquisas e Referência  
Legislativa – GEPEL

**NAYARA BRITO CORADO DE SOUZA**  
Gerente da Gerência de Desenvolvimento e Capacitação  
Profissional – GECAP

**CRISTIANY FERREIRA BORGES**  
Gerente da Biblioteca Jurídica  
ONOFRE GONTIJO MENDES

**COLABORADORES**  
Alexandre Leone Rodrigues  
Lityz Ravel Hendrix Brasil Siqueira Mendes  
Rosineide Rodrigues Muniz

**PRODUÇÃO GRÁFICA/DIST.**  
Zona Cultural Produções Visuais  
**Capa / Diagramação:**  
Lucimar F. Jorge  
**Revisão:**  
Edna Alves

---

Os trabalhos publicados são de exclusiva responsabilidade de seus autores e as opiniões neles manifestadas não representam necessariamente a posição da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibidas as reproduções para fins comerciais.

A Revista é indexada pela Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal.

Impresso no Brasil

Procuradoria-Geral do Distrito Federal | Centro de Estudos  
SAM – Bloco I - Edifício Sede da Procuradoria-Geral do  
Distrito Federal | 70.620.090 Brasília – Distrito Federal  
Fone: (61) 3325-3405  
E-mail: centrodeestudos@pg.df.gov.br / revista@pg.df.gov.br  
Tiragem: 1.000 exemplares

#### **EDITORES-CHEFES**

Alexandre Moraes Pereira  
Leandro Zannoni Apolinário Alencar

#### **CONSELHO EDITORIAL**

Emílio Peluso Neder Meyer (UFMG)  
Fábio Lima Quintas (IDP)  
Jorge Octávio Lavocat Galvão (UnB)  
Juliano Zaiden Benvindo (UnB)  
Léo Ferreira Leony (UFMG)  
Leonardo de Andrade Mattietto (UFRJ)  
Paulo Gustavo Gonet Branco (IDP)  
Sérgio Silveira Banhos (PGDF)  
Vera Karam de Chueiri (UFPR)

#### **COMISSÃO CIENTÍFICA**

Cristiany Ferreira Borges  
Cynara Regattieri de Abreu  
Vanessa Barbosa da Silva

#### **PARECERISTAS**

Amon Albemaz Pires  
Andrea de Albuquerque Nobre  
Aroldo Velozo de Carvalho Júnior  
Clarissa Reis Iannini  
Fernando José Longo Filho  
Filipe Ferreira Munguba  
Flávio Jaime de Moraes Jardim  
George Antonio de Sousa Rosa  
Grace Adelaide Freitas de Abreu  
Idenilson Lima da Silva  
Isabela Carnaúba Gonçalves  
Juliana Porto Vieira  
Júlio César Moreira Barbosa  
Leandro Zannoni Apolinário Alencar  
Léo Ferreira Leony  
Luiz Elias Miranda  
Marcelo Cama Proença Fernandez  
Marcos de Araújo Cavalcanti  
Natália Brezolin Vuori  
Patrícia Karinne de Deus Ciriaco  
Paulo José Leite Farias  
Rafael Soares Moura  
Raphael Sampaio Malinverni  
Roberta Fragozo Menezes Kaufmann  
Tiago Lima Levendakos

---

*Solicita-se permuta. Pídesse canje. On demande l'échange. Si richiede la scambio. We ask for exchange.  
Wir bitten um Austausch*

Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

RJPGDF - Vol. 1, n.1 (1966) - . - Brasília: Procuradoria-Geral do Distrito Federal: Centro de  
Estudos, 2014.

v. 39, 21,5 cm.

Periodicidade semestral

ISSN 0419-4454

1. Direito. I. Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

CDU 34(05)

## INSTRUÇÕES EDITORIAIS PARA OS AUTORES

### PERÍODO DE ENVIO

1. O Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Distrito Federal e a Comissão Científica da Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal realizarão, periodicamente, mediante edital, chamada para contribuições que serão submetidas à apreciação quanto aos critérios de publicação estabelecidos neste ato.

### CONTRIBUIÇÕES ADMITIDAS

2. A Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal publica artigos, resenhas, ensaios e contribuições técnicas - pareceres e trabalhos forenses - sobre temas da Ciência do Direito que tenham relevância para a advocacia pública.

2.1. Os artigos, por cujo teor os respectivos autores são exclusivamente responsáveis, deverão ser inéditos.

2.2 As resenhas e ensaios deverão destacar livros ou artigos, nacionais ou estrangeiros, e suscitar discussões críticas sobre eles. As resenhas deverão privilegiar os títulos de interesse acadêmico em detrimento de publicações de uso profissional. Os ensaios terão forma livre e serão selecionados por sua relevância e novidade.

2.3 As contribuições técnicas serão aceitas excepcionalmente, sendo selecionadas em razão de sua relevância e novidade.

2.4. Os pareceres e demais trabalhos forenses deverão ser encaminhados com a devida omissão de dados que possam comprometer a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de pessoas, ou qualquer outro bem juridicamente protegido.

2.5. Serão admitidas contribuições redigidas em português, inglês ou espanhol.

## PERFIL DOS COLABORADORES

3. Poderão encaminhar contribuições juristas, estudantes de direito e profissionais de áreas afins.

## LINHA EDITORIAL

4. A Revista destina-se à publicação de contribuições que apresentem temática de interesse da advocacia pública e que primem pela relevância dos assuntos tratados, pelo caráter inovador dos trabalhos e pelo potencial de impacto acadêmico ou institucional.

## FORMA DE ENVIO

5. As contribuições deverão ser enviadas para o endereço eletrônico: revista@pg.df.gov.br ou para o *site* <http://revista.pg.df.gov.br>. Para submeter o trabalho por meio do *site* da revista é necessário preencher o formulário na aba “cadastro”. O processo de submissão de trabalhos possui cinco passos com instruções autoexplicativas na aba “acesso”.

Os trabalhos submetidos à revista deverão conter:

a) o título do trabalho em português, seguido de resumo e palavras-chave em português;

b) o título do trabalho em inglês, seguido de resumo e palavras-chave no mesmo idioma;

c) o nome do autor da contribuição deverá vir logo abaixo do título em português, alinhado à direita, com asterisco indicativo de nota de rodapé contendo os seguintes dados: formação acadêmica/titulação, atuação profissional/vínculo institucional, endereço residencial, telefone e e-mail. Tais informações deverão ser apresentadas apenas na primeira página do artigo.

d) no caso de parecer ou trabalho forense, informar o número do processo ou parecer e as partes ou os interessados, conforme o caso.

## NORMAS PARA FORMATAÇÃO DOS TRABALHOS

6. As contribuições deverão ser encaminhadas de acordo com as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) – NBR 6022/2003, 6023/2002, 6028/1990 e 10520/2002– e adotarão, entre outras, o seguinte formato:

- a) documento *Word* 2010 ou versão posterior;
- b) fonte *Times New Roman*;
- c) letra tamanho 12 (no caso de nota de rodapé, usar letra tamanho 10);
- d) entrelinhas 1,5;
- e) margens esquerda, direita, superior e inferior 2,0 cm;
- f) alinhamento justificado, com recuo de 1,5 na primeira linha;
- g) configuração de página para papel A4;
- h) mínimo de 10 e máximo de 20 laudas (excepcionalmente, a critério do editor-chefe, que avaliará cada caso, serão aceitos trabalhos com número de laudas acima do indicado);
- i) resumo em português e inglês (máximo de 250 palavras);
- j) palavras-chave em português e inglês (máximo de 05 palavras);
- l) as referências e citações deverão seguir o padrão da ABNT - NBR 6023 e 10520, respectivamente. As referências serão apresentadas no final do trabalho, listadas em ordem alfabética;
- m) as citações, quando não excedem o número de três linhas, deverão ser feitas no corpo do texto, com o uso de aspas, sem itálico ou negrito. Quando tiverem mais de três linhas, deverão ser destacadas do corpo do texto, com recuo de 4 cm somente na margem esquerda, na mesma fonte (*Times New Roman*), tamanho 10, sem o uso de itálico e nem de aspas.

## AVALIAÇÃO DOS TRABALHOS

7. As contribuições que cumprirem os requisitos formais estabelecidos neste ato serão submetidas à apreciação do editor-chefe ou de pessoa por este indicado para manifestação quanto à viabilidade da publicação, especialmente no tocante à adequação ao perfil editorial da Revista, entre outros aspectos.

7.1. Os artigos serão avaliados por 2 (dois) pareceristas.

7.2. Os nomes dos autores das contribuições não serão informados aos pareceristas.

7.3. Os autores poderão ser convidados a promover, a seu critério, quaisquer ajustes recomendados pelos pareceristas, bem como serão informados acerca de eventual recusa da publicação mediante comunicado da Equipe Editorial.

# SUMÁRIO

## CONTRIBUIÇÃO TÉCNICA

### PARECER

Titularidade do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre os rendimentos dos policiais militares, bombeiros militares e policiais civis do Distrito Federal

*Carlos Mário da Silva Velloso*..... 13

## DOCTRINA NACIONAL

Direito intertemporal e normas que alteram o padrão monetário  
*João Felipe Aranha Lacerda*..... 27

Medidas cautelares em ADI: competência, pressupostos e efeitos  
*Jeferson Soares Marinho de Sousa Júnior*..... 59

Água, um líquido vital em busca de reconhecimento como sujeito de direitos e titular de dignidade  
*Ana Alice De Carli*..... 73

Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade como instrumento de gestão urbana: as permissões de uso de espaços públicos no Distrito Federal  
*Niedjha Abdalla-Santos*..... 93

A constitucionalidade do sigilo do orçamento na Lei nº 12.462/11  
*Cláudia Simone da Rosa Treutel*..... 121

Violações aos direitos humanos dos doentes mentais internados judicialmente  
*Suelen de Azevedo*..... 133

A jurisdição constitucional: um *requiem* para o mérito do ato administrativo?  
*Alexandre Pereira Pinheiro*..... 151

Reflexos da impunidade dos agentes estatais por graves violações aos direitos humanos cometidas durante a ditadura militar no Brasil  
*Flávia Saldanha Kroetz*..... 175

A regulação por consórcio público na prestação do serviço de saneamento  
*Alexandre Melo Soares*..... 197



## APRESENTAÇÃO

Graças às valiosas contribuições obtidas junto aos articulistas e ao empenho do Conselho Editorial, Comissão Científica, bem como dos pareceristas, a Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal chega ao segundo número de seu volume nº 39. O periódico, cuja edição e publicação é coordenada pelo Centro de Estudos desta Procuradoria, representa um passo decisivo na disseminação de informações jurídicas de interesse da advocacia pública, um dos objetivos fundamentais desta instituição.

Desejamos compartilhar nossa alegria em estarmos a caminho, e cada dia mais próximos, do almejado coroamento de nossa Revista com a qualificação de excelência científica realizada pela CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – a atestar a sua importância como instrumento de aperfeiçoamento do Direito brasileiro.

Assim, partilhando esforços e resultados, parabenizamos a todos, ao tempo que desejamos ótimos momentos de leitura.

Brasília, 31 de março de 2015

PAOLA AIRES CORRÊA LIMA

Procuradora-Geral do Distrito Federal

## NOTA DO EDITOR

Caros leitores,

A presente edição traz como destaque o excelente parecer elaborado pelo Ministro Carlos Velloso acerca da titularidade do imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos dos policiais militares, bombeiros militares e policiais do Distrito Federal. Com a precisão e clareza que lhe são peculiares, discorre o autor sobre a distinção entre a obrigação jurídica de pagar vencimentos a seus servidores, obrigação conferida ao Distrito Federal, e o dever da União de arcar com os custos de tais corporações, por meio de fundo próprio. Examina-se o regime constitucional de competências tributárias, e a discriminação dessas receitas, apontando-o como traço basilar do Estado Federal, para concluir que é do Distrito Federal e não da União o produto do imposto de renda retido na fonte e incidente sobre os rendimentos de tais servidores.

No artigo seguinte, João Felipe Aranha Lacerda trata da relação entre o direito intertemporal e as leis que instituem mudanças de padrão monetário. Como suporte teórico para seu estudo, trata da controvérsia doutrinária acerca da retroatividade de normas públicas, em contraposição ao respeito ao princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, de índole constitucional em nosso ordenamento jurídico. Diferencia, também, a irretroatividade da lei, sequer aos efeitos futuros de negócio jurídico praticado antes de sua vigência, da eficácia imediata de leis que extinguem ou alterem essencialmente o regime jurídico de determinado instituto. Com esse marco teórico, examina, com apoio na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tese do direito adquirido a específico indexador de correção monetária de cadernetas de poupança, tema de grande relevo, dadas as diversas alterações introduzidas pelos planos econômicos das décadas de 80 e 90.

No artigo *“Medidas cautelares em ADI: competência, pressupostos e efeitos”*, Jeferson Soares Marinho de Sousa Junior narra aspectos processuais do julgamento de liminares em ações diretas de inconstitucionalidade. Comenta, com o apoio da doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os pressupostos e requisitos a serem identificados na ação para fins de concessão da cautelar, bem como a extensão dos efeitos de tal decisão.

Na sequência, Ana Alice De Carli apresenta-nos um elaborado estudo multidisciplinar sobre o direito fundamental do acesso à água,

questão que tem preocupado a sociedade brasileira devido à recente crise hídrica já vivenciada em grandes centros urbanos. Em rica dissertação, caracteriza a água em suas mais diversas acepções, destacando o seu mérito e essencialidade a partir de aspectos sociais, econômicos, geopolíticos, jurídicos, ambientais, ontológicos e éticos. Propõe, ainda, o reconhecimento do direito das águas, em concepção revolucionária que coloca a própria natureza na condição de sujeito de direitos.

O papel instrumental do Poder Judiciário na gestão urbana, ao modular efeitos em ações diretas de inconstitucionalidade, é analisado por Nijda Abdalla-Santos. Tendo examinado o quadro normativo e a jurisprudência do Tribunal de Contas do Distrito Federal acerca da outorga de uso de bens imóveis do Distrito Federal, apontou a autora casos concretos em que a modulação de efeitos em sede de ADI resultou na permanência de antigos permissionários em áreas públicas.

Cláudia Simone da Rosa Treutel defende a constitucionalidade da norma que permite a manutenção do sigilo do orçamento nos processos licitatórios realizados sob o regime diferenciado de contratações públicas (RDC). Com o cotejo do princípio da publicidade com os princípios da eficiência e da supremacia do interesse público, prevalecendo-se estes em função daqueles, procura a autora apontar a validade do § 3º do artigo 6º da Lei nº 12.462/11.

A análise quanto à violação de direitos humanos em caso concreto em que paciente foi internado para tratamento psiquiátrico por força de aplicação de medida de segurança é o objeto do artigo de autoria de Suelen de Azevedo. Após descrever o quadro normativo aplicável na execução de medidas de segurança a réus inimputáveis em razão de enfermidade mental em conjunto com os direitos de tais pacientes, relatou a autora as condições materiais verificadas *in loco* em ala de tratamento psiquiátrico visitada. Aponta circunstâncias fáticas que estariam a indicar, no caso concreto, a violação a direitos fundamentais do paciente.

No artigo seguinte, Alexandre Pereira Pinheiro nos mostra como a jurisdição constitucional, levada às suas consequências lógicas e naturais, leva à invasão do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Critica a posição neoconstitucionalista, teorizando sobre a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade como ferramenta que permite ao juiz adentrar no exame do mérito do ato administrativo.

Ao examinar o generalizado e sistematizado desrespeito aos direitos humanos nos períodos de exceção vivenciados durante os regimes

ditatoriais no Brasil, Flávia Saldanha Kroetz prega a necessidade de adoção de mecanismos de transição democrática capazes de reconstruir a dignidade das vítimas e reposicionar a relação Estado-sociedade-indivíduo de modo a firmar a confiança das comunidades locais nas novas instituições de poder. Entende a autora que a impunidade do passado produz a imagem que os membros dos atuais aparatos de poder também seriam imunes ao Direito e à lei.

No último artigo, Alexandre Melo Soares descreve o marco de regulação legal do setor de saneamento no Brasil após a edição da Lei nº 11.445/2007. Discute interessantes aspectos referentes à prestação indireta dos serviços, mediante delegação do titular, pelos consórcios públicos formados sob a égide da Lei nº 11.107/2005, com fundamento na celebração de contratos de programa.

Como visto, a presente edição da Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal traz conteúdo multidisciplinar que traduz a incessante busca dos editores pela veiculação do conhecimento em sua forma livre e plural.

Boa leitura!

Brasília, 31 de março de 2015

Alexandre Moraes Pereira

Editor-Chefe

---

# TITULARIDADE DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE SOBRE OS RENDIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES, BOMBEIROS MILITARES E POLICIAIS CIVIS DO DISTRITO FEDERAL

## P A R E C E R

Carlos Mário da Silva Velloso (\*)

**SUMÁRIO:** I A consulta. II. Síntese da matéria. III. Os servidores da Polícia Militar, da Polícia Civil e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal. IV. A fonte pagadora. V. A titularidade do imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos dos policiais militares, bombeiros militares e policiais civis do Distrito Federal. VI. A discriminação constitucional das rendas tributárias: traço caracterizador do Estado Federal. VII. O Sistema Constitucional Tributário. VIII. A interpretação dos artigos 21, XIV e 157, I. IX. Revisitando argumentos dos agentes da Fazenda Nacional. X. Conclusão.

### I A consulta

1.O ilustre Secretário de Estado de Governo do Distrito Federal, Dr. José Humberto Pires de Araújo, dirigiu-me o Ofício nº 213/2008, informando tramitar, junto ao Tribunal de Contas da União, procedimento visando à apuração da titularidade do imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos dos policiais militares, bombeiros militares e policiais civis do Distrito Federal, cingindo-se a controvérsia no indagar a respeito da titularidade dos valores retidos, se da União ou do Distrito Federal. Solicitou-me, então, o senhor Secretário de Estado, o exame da possibilidade de ser emitido parecer sobre o tema, encarecendo, no caso de aceitação do encargo, a formulação de “proposta de trabalho para análise e procedimento de contratação nos moldes estabelecidos na Lei 8.666/93.”

---

(\*) Ministro (aposentado), ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral. Professor Emérito da Pontifícia Universidade Católica - PUC/MG e da Universidade de Brasília - UnB, em cujas Faculdades de Direito foi professor titular de Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito Público, sendo que, na UnB, nos cursos de graduação e pós-graduação. Professor de Direito Constitucional Tributário no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

1.2. Analisada a matéria, respondi positivamente à solicitação, esclarecendo, entretanto, que o parecer seria emitido sem qualquer ônus para o Distrito Federal.

## II Síntese da matéria

2. Dispõe o art. 157, I, da Constituição Federal:

*“Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:*

*I – o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem.”*

2.1. Reza o art. 21, XIV, da mesma Carta Política:

*“Art. 21. Compete à União:*

*XIV – organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio.”*

2.2. A Procuradoria da Fazenda Nacional sustentou que, competindo à União manter a Polícia Civil, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal, seria dela e não do Distrito Federal a titularidade do imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos pagos a esses servidores. O Distrito Federal, todavia, não concorda com tal entendimento, alegando ser ele o titular dos recursos utilizados no pagamento de tais servidores. Argumenta, ainda, que, malgrado competir à União manter as corporações, arcando com os respectivos custos, inclusive as despesas relativas ao pagamento do pessoal, os integrantes da Polícia Militar, do Corpo de Bombeiros Militar e da Polícia Civil do Distrito Federal são servidores do Distrito Federal. Destarte, o Distrito Federal e não a União é o ente pagador.

2.3. Examinemos a controvérsia.

## III Os servidores da Polícia Militar, do Corpo de Bombeiros Militar e da Polícia Civil do Distrito Federal

3. Cumpre perquirir, primeiro que tudo, se os servidores mencionados da Polícia Militar, do Corpo de Bombeiros Militar e da Polícia Civil do Distrito Federal são servidores distritais ou se são federais.

3.1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 677-DF, Relator Ministro Néri da Silveira,<sup>1</sup> a matéria foi longamente discutida. O Ministro Néri da Silveira, no seu voto, roteiro do acórdão, deixou expresso, depois de analisar longamente a questão, que “não parece restar, assim, qualquer dúvida, quanto à condição de militar distrital detida pelos integrantes da Polícia Militar do Distrito Federal, sujeitos, pois, à hierarquia superior do Governo do Distrito Federal.”

3.2. Não obstante a consistência do voto do Relator, forçoso é reconhecer que a melhor página sobre a matéria foi escrita, naquele julgamento, pelo Ministro Sepúlveda Pertence. S. Exa., vindo cedo para Brasília, sempre demonstrou grande interesse pelos temas relacionados com o Distrito Federal, tendo, inclusive, escrito e publicado notável artigo de doutrina a respeito.<sup>2</sup>

3.3. Esclareceu o Ministro Pertence, reportando-se, aliás, ao artigo de doutrina que escrevera, que a tradição constitucional brasileira, “*desde o início da República e da instituição do Distrito Federal até 1965, sempre havia reservado à União, no Distrito Federal, todo serviço civil e militar da segurança pública local.*” Assim é que, tanto a Polícia Militar como a Polícia Civil do Distrito Federal integravam a estrutura do Ministério da Justiça.

3.4. O mecanismo inspirava-se na ideia de que, sediando o Distrito Federal os Poderes da República, seria conveniente que a segurança pública local estivesse sob o comando da Administração central.

3.5. Todavia, em 1965, a gestão da segurança local foi transferida ao próprio Distrito Federal, o que, para o Ministro Pertence, explicava-se no contexto institucional então vigente: com a transferência para Brasília, a capital perdera “*não apenas a elegibilidade do Prefeito, que voltou a ser nomeado pelo Presidente da República, mas também a Câmara Legislativa própria, cuja competência foi centralizada no Legislativo da União: primeiro no Congresso, a título provisório, com a Emenda Constitucional nº 3, de 1961; depois, definitivamente, no Senado, por força do artigo 17, § 1º, da Constituição de 1967.*” É dizer, sacrificada a autonomia política do Distrito Federal, não mais se justificava o acautelamento federal no campo da segurança pública.

---

1 ADI 677-DF, Relator Ministro Néri da Silveira, julgamento de 11.3.93. **Diário da Justiça** - DJ de 21.5.93.

2 PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. **Contribuição à Teoria do Distrito Federal**. Rev. TJDF, 2/17.

3.6. Em 1988, restabelecida a autonomia política do Distrito Federal, esperava-se que o constituinte reinstituísse a salvaguarda. O artigo 21, XIV, C.F., chegou a ensaiar algo nesse sentido, ao atribuir à União competência para *“organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal.”* No artigo 32, a Carta chegou a insinuar que as corporações pertenceriam à União, dispondo que *“lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar.”* Anotou o Ministro Sepúlveda Pertence, entretanto, que a coisa ficou mesmo na mera insinuação, pois, no art. 144, § 6º, a Constituição deixou expresso que *“as polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.”*

3.7. Relativamente à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militar, então, o texto constitucional foi redundante, ao dispor, no artigo 42, que *“são servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal, os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares.”* Esse dispositivo constitucional sofreu pequena alteração pela EC 18, de 1998,<sup>3</sup> mas, no que interessa à matéria sob exame, a alteração não tem relevância. E mais: no capítulo dedicado à segurança pública, dispôs a Constituição, no § 6º do art. 144, que *“as polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.”* Daí a conclusão do eminente Ministro Pertence: *“ao final da recordação dessa verdadeira mixórdia normativa, uma conclusão se impõe. Não obstante este pudesse ter sido o pensamento constituinte inicial, ao situar o Distrito Federal na estrutura da Federação, o conjunto normativo da Constituição efetivamente já não permite inferir que, a exemplo do que continua realmente a suceder com o Poder Judiciário e o Ministério Público, o Distrito Federal não tenha polícia civil e polícia militar.”* Noutras palavras, no que toca aos integrantes da Polícia Militar, do Corpo de Bombeiro Militar e da Polícia Civil, forçoso é concluir que, *“por disposições expressas da mesma Constituição Federal, não se cuida de servidores federais, mas de servidores do Distrito Federal”*, conclusão, aliás, a que chegara o eminente Relator, Ministro Néri da Silveira, conforme vimos.

3.8. Vale transcrever o que a seguir lecionou o eminente Ministro Pertence: a *“hipótese de centralização federal da segurança pública no Distrito*

3 Redação atual do art. 42, C.F.: *“Art.42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.”*

*Federal, que seria lógica e institucionalmente compatível com o art. 21, XIV e com o art. 32, § 4º, foi desfeita com as normas específicas do art. 42 e seu § 2º, e o art. 144, § 6º da mesma Constituição: deles resulta que, embora organizados e mantidos pela União, a Polícia Civil, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal, são organismos do Distrito Federal e, conseqüentemente, que os seus quadros se compõem de servidores civis ou militares distritais e não federais."*

Com base nessas premissas e em outras que foram postas, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação direta, afastando a alegação de que a lei distrital, objeto da causa, ao dispor sobre gratificação a ser paga, com recursos do orçamento do Distrito Federal, a militares distritais havia invadido competência da União.

3.10. Mais tarde, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 241.494-DF, Relator Ministro Octavio Gallotti<sup>4</sup>, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que seria inconstitucional, por usurpação de competência legislativa federal, ato normativo distrital que, dispondo sobre remuneração de militares do Distrito Federal, impusesse ônus financeiro à União, responsável, consoante o artigo 21, XIV, pela manutenção das corporações.

3.11. Inspirou-se a decisão, contudo, não na vinculação dos militares, mas na máxima de que um ente federativo não pode criar despesa a ser suportada por outro. Não se questionou o princípio fixado na ADI nº 677, de que os integrantes das corporações são militares e servidores distritais.

3.12. Os dois precedentes, destarte, convivem harmonicamente na jurisprudência da Casa e vêm sendo aplicados sistematicamente, conforme se nota, por exemplo, na ementa da ADI nº 2.705, Relatora Ministra Ellen Gracie<sup>5</sup>.

3.13. Para a Suprema Corte, portanto, os membros da Polícia Militar, do Corpo de Bombeiros Militar e da Polícia Civil do Distrito Federal são servidores do Distrito Federal.

#### **IV A fonte pagadora**

4. É incontroverso caber à União manter as corporações mencionadas, tendo em vista o disposto no artigo 21, inciso XIV, da Constituição Federal, restando saber se essa responsabilidade transforma a União em fonte pagadora dos militares e servidores.

---

4 DJ de 14.11.2002.

5 DJ de 31.10.2003.

4.1. Consequência direta da conclusão de que se trata de servidores civis e militares do Distrito Federal e não da União, sendo o responsável pelo pagamento o Distrito Federal, ante a elementar regra de que cabe à entidade pública a obrigação jurídica de pagar os vencimentos de seus servidores.

4.2. Tanto isso é verdade que a parte legítima para figurar no polo passivo de demandas ajuizadas pelos policiais e bombeiros militares e policiais civis do Distrito Federal é o Distrito Federal e não a União, mesmo nas ações envolvendo assuntos relacionados à remuneração desses servidores.

4.3. Nesse sentido, a incisiva ementa do acórdão prolatado no Mandado de Segurança n.º 2001.00.2.00301-4, no qual o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios deixou expresso que *“embora a organização e manutenção dos serviços de segurança pública do Distrito Federal (Polícia Militar, Polícia Civil e Corpo de Bombeiros) sejam de competência privativa da União (CF/88, art. 21, XIV), tal circunstância não afasta a legitimidade passiva do Governador do Distrito Federal para, em sede de mandado de segurança, responder pela implementação do reajuste pretendido pelos impetrantes mediante a prática dos atos administrativos seus, pois, nos termos do art. 42, caput, e 144 § 6º, da Lei Fundamental, os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares são militares do Distrito Federal, cabendo-lhe, destarte, administrar as dotações orçamentárias repassadas”*.<sup>6</sup>

4.4. Note-se que, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 241.494-DF, já citado, que tratava de Mandado de Segurança objetivando a paridade de remuneração dos Delegados de Polícia com a dos Procuradores do Distrito Federal, o Supremo Tribunal rejeitou até mesmo a possibilidade de litisconsórcio passivo da União, ao fundamento de que *“se a causa de pedir reside em obrigação atribuída ao Distrito Federal pelo impetrante, não há como compeli-lo a demandar pessoa diferente daquela que, segundo a petição inicial, haveria incorrido na arguida ilegalidade ou inconstitucionalidade.”*

4.5. De resto, são inúmeros os acórdãos proferidos pela Suprema Corte em demandas ajuizadas por policiais militares, bombeiros e policiais civis contra o Distrito Federal envolvendo discussões relativas às suas remunerações em que a questão da legitimidade passiva do Distrito Federal sequer é suscitada pelas partes ou por quaisquer das instâncias julgadoras.

---

6 DJ de 12.6.2001.

4.6. Assim, a circunstância de a Constituição ter encarregado a União do dever de arcar com os custos das corporações não retira do Distrito Federal a responsabilidade perante os seus servidores. É dizer, o Distrito Federal não deixa, por isso, de ser o responsável jurídico pelo pagamento dos vencimentos e vantagens dos servidores distritais.

4.7. Ora, o fato de o juiz determinar, por exemplo, a título de alimentos, que um dos cônjuges divorciados arque com os custos de determinado empregado do outro não transforma o prestador de alimentos em empregador nem retira do alimentado a responsabilidade jurídica pelo pagamento de seu empregado.

4.8. Pouco importa, por outro lado, que normas infraconstitucionais tenham disposto ou venham a dispor que, sob o ponto de vista contábil, os recursos saiam diretamente dos cofres da União ou do fundo específico de que trata o artigo 21, inciso XIV, da C.F., para as mãos dos servidores.

4.9. Isso não tiraria dos servidores a sua vinculação funcional com o Distrito Federal nem tiraria deste a condição de fonte pagadora.

### **V A titularidade do imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos dos policiais militares, bombeiros militares e policiais civis do DF**

5. Impõe-se perquirir, agora, se o imposto retido na fonte incidente sobre a remuneração dos integrantes das corporações pertence ou não ao Distrito Federal, frente ao que dispõe o artigo 157, inciso I, da C.F., que estabelece pertencer *“aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem.”*

5.1. A interpretação do dispositivo constitucional acima transcrito leva à conclusão de que, sendo a remuneração dos integrantes das corporações paga, embora com recursos federais, pelo próprio Distrito Federal, pertence a esse ente federativo o produto da arrecadação do imposto de renda retido na fonte. É que uma coisa é a União, que a Constituição mandou manter a Polícia Militar, o Corpo de Bombeiros Militar e a Polícia Civil, repassar para a unidade federativa, o Distrito Federal, recursos necessários a essa manutenção; outra é o Distrito Federal, utilizando-se de tais recursos que lhe foram repassados, remunerar os seus servidores, pagando-lhes os vencimentos a que têm direito por força de lei.

5.2. Não se pode perder de vista, ademais, que o imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos percebidos pelos servidores é incidente, vale enfatizar, sobre rendimentos dos servidores, assim, imposto devido pelo servidor. E o imposto de renda devido pelo servidor estadual ou distrital, retido na fonte, é imposto estadual ou distrital. A jurisprudência é pacífica em tal sentido: CC 10108-SP, Ministro Gomes de Barros; ROMS 6005-RJ e AGA 339.334-MG, Ministros Gomes de Barros e Paulo Medina.<sup>7</sup> A questão, no ponto, assume caráter relevante. É que se tem, na hipótese, distribuição da receita tributária, um dos traços caracterizadores do Estado Federal, conforme veremos a seguir.

## VI A discriminação constitucional das rendas tributárias: traço caracterizador do Estado Federal

6. Em recente parecer que emiti, anotei que constitui traço caracterizador do federalismo a discriminação constitucional das rendas tributárias, no seu duplo aspecto: (i) a repartição da competência tributária e (ii) a distribuição da receita tributária. Registrei, então, que o Estado Federal, forma de organização política, é criação da Convenção norte-americana de 1787, que surgiu com a agregação dos treze Estados independentes em que se transformaram, vitoriosa a Revolução de 1776, as colônias inglesas. Os treze Estados se agregaram e cederam à União, é dizer, à organização total, as suas soberanias e, reservando para eles a autonomia, constituíram os Estados Unidos da América. Essa forma de Estado, anotei em trabalho doutrinário,<sup>8</sup> tem sofrido transformações: o federalismo dual cedeu lugar ao federalismo cooperativo,<sup>9</sup> caracterizando-se aquele *“pela existência de dois campos de poder, ou melhor, dois governos independentes e soberanos: o da União e os dos Estados”*. O segundo, *“que se verifica atualmente”*, é o federalismo cooperativo, *“em que há o desenvolvimento de atividades nacionais, em que a União e os Estados colaboram entre si, planejam juntos a solução de problemas econômicos e sociais.”*<sup>10</sup>

6.1. Estado Federal é forma de descentralização do poder, descentralização geográfica do poder do Estado. Constitui técnica de governo. Todavia, associada à descentralização funcional do poder, tem-

7 DJs de 16.10.95 e de 04.3.2002.

8 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Estado Federal e Estados Federados na Constituição Brasileira de 1988 – O Equilíbrio Federativo*, em *Temas de Direito Público*. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey. p. 381 e segs.

9 VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1997. v. 2. p. 382.

10 CÂMARA, Maria Helena Ferreira da. O Conceito Moderno de Federação. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, p. 71-23.

se a ampliação do sistema de proteção à liberdade, fazendo mais eficaz o regime democrático.<sup>11</sup>

6.2. São dois os princípios básicos do federalismo: o da autonomia das coletividades territoriais distintas do poder central e o da participação dessas coletividades na vida dos órgãos centrais.<sup>12</sup> A autonomia pressupõe a repartição constitucional das competências e a capacidade de auto-organização. É dizer, os Estados elaboram as suas Constituições e as suas leis, com sujeição, entretanto, “aos princípios constitucionais que definem a fisionomia do federalismo constitucional e asseguram a primazia da União na matéria de sua competência.”<sup>13</sup> Autonomia é elemento essencial do federalismo, é certo. Não é menos certo, entretanto, que a participação do Estado-membro na organização da federação é outro dado dominante do federalismo, aduz Raul Machado Horta.<sup>14</sup>

6.3. No trabalho doutrinário linhas atrás citado, anotei que são traços básicos caracterizadores do Estado Federal: a) a repartição constitucional de competências; quer dizer, as competências dos entes federados devem estar na Constituição; b) a autonomia estadual, que compreende a auto-organização, no sentido de que os Estados elaboram as suas constituições e as suas leis, observados, entretanto, os princípios inscritos na Constituição Federal; e compreende, mais, o autogoverno e a autoadministração; c) a participação do Estado-membro na organização da Federação ou na formação da vontade federal, o que ocorre com a existência de uma câmara de representantes dos Estados o Senado Federal, no caso brasileiro, por exemplo e pela possibilidade de os Estados-membros, por suas assembleias, apresentarem proposta de emenda constitucional; d) a discriminação constitucional das rendas tributárias, nos seus dois aspectos: a repartição da competência tributária e a distribuição da receita tributária. É que, sem autonomia financeira a autonomia estadual seria meramente nominal. Ademais, registra Raul Machado Horta que a discriminação constitucional das rendas tributárias “é uma questão crítica na organização federal”, recomendando-se a adoção, para corrigir desníveis, da repartição da receita federal, que faz com que o orçamento

11 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 11. ed., p. 249. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. BHte., 1982. p. 53 e segs.

12 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Novos Rumos do Federalismo**. RDP 65/5; “Teoria Geral do Federalismo”, ob. cit.

13 HORTA, Raul Machado. **Reconstrução do Federalismo Brasileiro**. **Revista de Informação Legislativa**, 72/13.

14 HORTA, Raul Machado. Ob. e loc. citis.

da União desempenhe a função de filtro, presente a “teoria do filtro” de Henry Laufenburger,<sup>15</sup> “mediante a arrecadação nacional da receita e a redistribuição ulterior representada nos percentuais da tributação para fortalecer, sobretudo, as disponibilidades financeiras dos Estados e Municípios mais carentes de recursos”,<sup>16</sup> o que constitui técnica do federalismo de cooperação.<sup>17</sup>

6.4. Em suma, são requisitos caracterizadores do Estado Federal: a) a repartição constitucional das competências entre os seus componentes; b) a autonomia estadual, que compreende a auto-organização, o autogoverno e a autoadministração; c) a participação do estado-membro na formação da vontade federal; d) a discriminação constitucional das rendas tributárias, nos seus dois aspectos: a repartição da competência tributária e a distribuição da receita tributária. Alinham-se, ao lado dos requisitos caracterizadores da Federação, os pressupostos de sua existência: a) a rigidez constitucional e b) a existência de um tribunal constitucional incumbido do controle de constitucionalidade, que velará pelo exato cumprimento dos requisitos mencionados. Esse tribunal, no Estado Federal brasileiro, é o Supremo Tribunal Federal, a Corte Constitucional do Brasil.

6.5. A Constituição Federal estabelece que a República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito, é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (C.F., art. 1º). A norma completa-se com o disposto no art. 18, a dizer que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.” Nesses dois dispositivos deita raízes o pacto federativo, que constitui cláusula pétrea do ordenamento jurídico fundamental. Reza o art. 60, § 4º, inciso I, da C.F., que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa do Estado.

## VII O Sistema Constitucional Tributário

7.0 Sistema Constitucional Tributário, ou a Constituição Tributária brasileira, C.F., artigos 145 a 162, que tem origem na Emenda Constitucional 18, de 1965, e em cuja esteira sobreveio o Código Tributário Nacional, Lei 5.172, de 25.10.1966, recebida pela Constituição de 1967, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, e pela Constituição de 1988,

15 LAUFENBURGER, Henry. *Traité d'économie et de législacions financières*, Budget et Trésor. Paris, Recueil Sirey, 1948. p. 233.

16 HORTA, Raul Machado. Ob. e loc. citis.

17 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Ob. e loc. citis., p. 386 e 387.

como lei complementar, compõe-se de tributos e tem como elementos (i) as limitações constitucionais à tributação, vale dizer, os princípios constitucionais tributários e as imunidades tributárias, que constituem o Estatuto dos Contribuintes, e (ii) a discriminação constitucional das rendas tributárias, que se biparte na repartição da competência tributária e na distribuição da receita tributária. Conforme foi dito, a discriminação constitucional das rendas tributárias, no seu duplo aspecto, constitui traço caracterizador do Estado Federal. É que, também foi dito, seria a autonomia estadual uma quimera, não fossem assegurados aos entes políticos que compõem a Federação os meios materiais necessários a sua existência real.

7.1. A Constituição confere, então, às unidades federativas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – competências tributárias e assegura-lhes, expressamente, participação na distribuição da receita tributária. Uma dessas participações é a que estamos cuidando, art. 157, I: *“Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal: I – o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem.”* É dizer, o imposto de renda retido na fonte, incidente sobre os rendimentos pagos aos servidores dos Estados e do Distrito Federal, pertence a estes. Trata-se, está-se a ver, de imposto de renda devido pelo servidor, que, por força do mandamento constitucional, vira imposto estadual ou distrital. Trata-se, não custa repetir, essa disposição constitucional, de traço caracterizador do Estado Federal, autêntica cláusula pétrea, intangível, por isso, mesmo à mão do constituinte derivado. Pretender, através de interpretação, retirar do ente federado a titularidade de um imposto que a Constituição lhe confere e confere com a finalidade de tornar realidade a autonomia do ente federado é violar o disposto no art. 60, §4º, I. Ora, se nem o constituinte derivado pode atentar contra a cláusula pétrea, seria esdrúxulo e de inconstitucionalidade gritante pudessem agentes públicos, por artes de interpretação, fazê-lo.

### **VIII A interpretação dos artigos 21, XIV e 157, I, da Constituição**

8. Os dispositivos constitucionais que dizem respeito ao caso – art. 21, XIV e art. 157, I – precisam ser interpretados de forma harmônica. O primeiro, art. 21, XIV, estabelece que *“Compete à União: organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio”*. Vale dizer, é dever da União repassar recursos ao Distrito Federal, para que este pague a remuneração dos servidores mencionados e demais despesas relativas àquelas corporações. Esses servidores são servidores distritais e não servidores federais, ficou

claro, linhas atrás. O fato de ser obrigação da União, obrigação que lhe foi imposta pela Constituição, de repassar ao Distrito Federal recursos, para o fim de serem mantidas as corporações, não quer dizer que é a União que paga aos servidores das corporações a sua remuneração. Não custa repetir: os servidores não são da União, os servidores são distritais. O empregador é, juridicamente, responsável pelo pagamento da remuneração do seu empregado.

8.1. O que acontece é que, frente ao art. 21, XIV, C.F., obriga-se a União a repassar ao Distrito Federal recursos para manutenção da Polícia Militar, do Corpo de Bombeiros Militar e da Polícia Civil. Os recursos repassados não vão satisfazer, apenas, a remuneração dos servidores. Eles visam à manutenção das corporações em todos os seus ângulos. Ao repassar recursos, a União não está pagando a remuneração dos servidores, em termos jurídicos. Indiretamente, em termos metajurídicos, isso estaria ocorrendo. Mas o que nos interessa, no ponto, é o aspecto jurídico. Se os servidores são servidores do Distrito Federal, são servidores distritais, sua remuneração é paga pelo Distrito Federal. Este é que, juridicamente, é responsável pelo pagamento. A decisão retro transcrita, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, é incisiva.<sup>18</sup>

8.2. Ora, o que cabe à União é *“organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio.”* (C.F., art. 21, XIV). A Constituição estabelece, está-se a ver, lembrou, no julgamento do RE 241.494-DF, o Ministro Sepúlveda Pertence, que cabe à União a *“criação de um fundo para subvencionar o Distrito Federal em áreas de seus serviços públicos que, dada a peculiaridade da cidade, têm sido deficitários.”* Organizar e manter guarda distância da obrigação de pagar a remuneração dos servidores de que cuidamos. Repassados os recursos ao Distrito Federal, passam eles esclarece, com propriedade, o ilustre Procurador do D.F., Dr. Márcio Wanderley de Azevedo,<sup>19</sup> *“a integrar o patrimônio do Distrito Federal, a quem incumbe realizar as despesas necessárias, entre as quais o pagamento da remuneração dos integrantes das Polícias Civil e Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, corporações que não deixam de pertencer ao Distrito Federal, com submissão hierárquica ao Governador desta unidade da Federação (art. 144, § 6º, da Constituição).”*

8.3. É necessário, portanto, distinguir a obrigação de repassar recursos, o que é feito *“por meio de fundo próprio”* (C.F., art. 21, XIV) –

18 MS 2001.002.00301-4, DJ de 12.06.2001.

19 AZEVEDO, Márcio Wanderley. Parecer 001/2008, de 23.01.2008.

recursos que visam à manutenção das corporações não só relativamente à remuneração dos servidores – obrigação que é da União, da obrigação de pagar vencimentos dos servidores distritais, obrigação jurídica que é do Distrito Federal. Sobre tais vencimentos incidirá o imposto de renda, imposto da União. Mas o imposto de renda incidente sobre os vencimentos dos servidores distritais, retido na fonte, não é da União, mas do Distrito Federal, como seria do Estado-membro, se se tratasse de servidor deste.<sup>20</sup> Aliás, no próprio inciso I do art. 157 da Constituição isto está claro: *“Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal: o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre os rendimentos pagos a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem.”* É ver: *“os rendimentos pagos, a qualquer título, por eles,...”* Ora, *“por eles”*, no texto, quer dizer, pelos Estados e o Distrito Federal. E já se demonstrou, à saciedade, mas vale enfatizar: os integrantes das Polícias Militar e Civil e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal são servidores distritais e não federais.

## IX Revisitando argumentos dos agentes da Fazenda Nacional

9. Insistem os agentes da Fazenda Nacional no argumento de que, porque esta mantém as corporações mencionadas, ela estaria remunerando os servidores destas. O argumento, data vênia, é puramente econômico. Não nos interessa, entretanto, o argumento econômico. Aqui, cuidamos da questão sob o ponto de vista jurídico-constitucional. Sob o ponto de vista econômico, o argumento impressiona. Mas, vale repetir, a questão deve ser visualizada sob o ponto de vista jurídico. E sob tal aspecto, o que precisa ser perquirido é se os servidores são distritais. Vimos de ver que os integrantes da Polícia Militar, do Corpo de Bombeiros Militar e da Polícia Civil do Distrito Federal não são servidores federais, são servidores do Distrito Federal. Quem lhes paga os vencimentos é o Distrito Federal. Não importa que, para assim fazer, disponha o Distrito Federal de verba que lhe é repassada através de um fundo, em razão de disposição constitucional que estabelece que à União cabe manter as corporações. É que manter guarda distância da obrigação de pagar vencimentos e vantagens. O que acontece, conforme acima foi dito, é que insiste a Fazenda Nacional num argumento econômico em detrimento do argumento jurídico. O argumento econômico tem o seu peso, não há dúvida. Mas é preciso distinguir: uma coisa é tomar em apreço dados sociais, econômicos e políticos – políticos, evidentemente, na sua forma grega – na realização de interpretação jurídica, o que é legítimo. Outra, entretanto, é fazer interpretação econômica, em detrimento da interpretação jurídica, ou emprestar prevalência ao dado econômico sobre o dado jurídico.

9.1. Argumenta a Fazenda, sobretudo, com normas infraconstitucionais, como se fosse possível interpretar a Constituição no

20 STF, AI 571.850-AgRg/PE, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. “DJ” de 25.05.2007; STJ, AI 772.655-AgRg/RS, Relator Ministro Castro Meira. DJ de 19.10.2006.

rumo de normas infraconstitucionais. Todo o ordenamento normativo infraconstitucional se interpreta no rumo da Constituição. Esta, vimos de ver, é expressa no estabelecer que as corporações são do Distrito Federal, art. 42, §§ 1º e 2º, art. 144, § 6º. É dizer, os integrantes da Polícia Militar, do Corpo de Bombeiros Militar e da Polícia Civil do Distrito Federal são servidores distritais, certo que a sua remuneração é paga pelo Distrito Federal, irrelevante caber à União repassar recursos à unidade federativa para o fim de manter as corporações. Vale insistir: onde se lê, na Constituição, art. 21, XIV, “manter” as corporações, não se pode ler “pagar” os vencimentos dos servidores do Distrito Federal.

9.2. O que precisa ser considerado, em consequência, é que, repassados os recursos, *“passam a integrar o patrimônio do Distrito Federal, a quem incumbe realizar as despesas necessárias, entre as quais o pagamento da remuneração dos integrantes das Polícias Civil e Militar e do Corpo de Bombeiros Militar”*,<sup>21</sup> corporações que pertencem ao Distrito Federal.

9.3. Finalmente, cumpre lembrar que a questão é eminentemente constitucional, por isso que, conforme exaustivamente foi exposto, ela diz respeito à caracterização do Estado Federal. Realmente, a discriminação das rendas tributárias, no seu duplo aspecto, (i) a repartição das competências tributárias e (ii) a distribuição da receita tributária, constitui traço caracterizador do pacto federativo, pacto federativo intangível à mão do constituinte derivado (C.F., art. 60, §4º, I). O art. 157, I, portanto, é traço caracterizador da Federação. Pretender, mediante interpretação assentada em preceitos infraconstitucionais, afastar da sua incidência um ente federativo, o Distrito Federal, é aplicar maus tratos na Lei Maior, num tema que nem o constituinte derivado poderia fazê-lo.

## X Conclusão

10. Concluo, forte nas considerações retro expostas, que é do Distrito Federal e não da União o produto do imposto de renda retido na fonte e incidente sobre os rendimentos dos policiais militares, bombeiros militares e policiais civis do Distrito Federal, já que são eles servidores distritais e não federais, hipótese em que o imposto é distrital.

É o parecer, s.m.j.

Brasília, DF, 7 de abril de 2008.

Carlos Mário da Silva Velloso

---

21 AZEVEDO, Márcio Wanderley. Parecer nº 001/2008 – Gab./PGDF, 23.01.2008.

## DIREITO INTERTEMPORAL E NORMAS QUE ALTERAM O PADRÃO MONETÁRIO

João Felipe Aranha Lacerda\*<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo aborda a interface entre o direito intertemporal e as normas que alteram o padrão monetário. Primeiramente, abordaremos a teoria do direito intertemporal, com ênfase no direito adquirido, tratando das diferenças no direito comparado e do posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF). Em seguida, passa-se a uma explicação sucinta e individualizada dos planos econômicos instituídos no Brasil no final da década de 80 e início dos anos 90 do século passado. Após essas noções teóricas, buscamos analisar algumas demandas judiciais cujo objeto mescla os temas do direito intertemporal e das leis que alteram padrão monetário, particularmente a incidência imediata dessas normas a contratos em curso, especificamente os de depósito em caderneta de poupança. Por fim, conclui-se o trabalho apresentando o posicionamento do autor acerca das controvérsias suscitadas.

**Palavras-chave:** Direito intertemporal. Padrão monetário. Planos econômicos.

## INTERTEMPORAL LAWS AND LAWS THAT CHANGE A COUNTRY'S MONETARY PATTERN

**ABSTRACT:** This paper analyses the interface between the study of the retroactivity of the law and the rules that modify the monetary standard. Firstly, we will address the theory of the retroactivity of the law, specially regarding vested rights, discussing the differences in comparative law and the position of the Supreme Federal Court (STF). Then, we will detail the economic plans implemented in Brazil in the late 80's and early 90's. After that, we will examine some judicial cases that address this topic, particularly the application of new rules modifying the monetary standard to existing contracts, such as savings deposits. Finally, we conclude with a brief opinion and with a look ahead in relation to the cases mentioned.

**Key words:** Retroactivity of the law. Monetary standard. Economic plans.

---

1 \* Graduando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

## 1 INTRODUÇÃO

A relação entre o direito intertemporal e as leis que instituem mudanças de padrão monetário é extremamente rica e fonte de profundas controvérsias, principalmente no que diz respeito à incidência dessas leis nos contratos em curso. Outra discussão que se coloca é acerca da possibilidade de lei de ordem pública incidir sobre os efeitos futuros de negócios jurídicos celebrados anteriormente. O direito comparado traz importantes reflexões acerca da retroatividade dessas normas em contraste com as de interesse privado. Como as normas que alteram o padrão monetário são de interesse público, tal distinção é de grande valia ao objeto examinado neste trabalho.

Em relação ao tema padrão monetário, o foco deste estudo recai sobre os planos econômicos instituídos no Brasil no final da década de 80 e início dos anos 90 do século passado, cujo objetivo era, precipuamente, frear a hiperinflação. Analisaremos os planos Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e II, em razão das profundas controvérsias acerca da incidência de suas normas aos contratos celebrados anteriormente, especialmente os contratos de depósito em caderneta de poupança.

Serão examinadas ações judiciais em que se discute o direito adquirido dos poupadores ao índice de correção monetária vigente no período da celebração ou da renovação do contrato de depósito com o banco. Essas ações serão o pano de fundo prático para a discussão doutrinária acerca dos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da natureza das normas que alteram o padrão monetário.

O presente artigo aborda a interface entre o direito intertemporal e as normas que alteram o padrão monetário. Primeiramente, abordaremos a teoria do direito intertemporal, com ênfase no direito adquirido, tratando das diferenças no direito comparado e do posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF). Em seguida, passa-se a uma explicação sucinta e individualizada dos planos econômicos instituídos no Brasil no final da década de 80 e início dos anos 90 do século passado. Após essas noções teóricas, buscamos analisar algumas demandas judiciais cujo objeto mescla os temas do direito intertemporal e das leis que alteram padrão monetário, particularmente a incidência imediata dessas normas a contratos em curso, especificamente os de depósito em caderneta de poupança. Por fim, conclui-se o trabalho apresentando o posicionamento do autor acerca das controvérsias suscitadas.

## 2 DIREITO INTERTEMPORAL

A aplicação da lei no tempo constitui tema espinhoso e aberto a inúmeras controvérsias, sendo, por isso, interessante objeto de estudo da doutrina jurídica, cuja função orientadora é ampliada pela ausência de consenso jurisprudencial. O direito intertemporal se situa em área delicada do ordenamento jurídico, pois disciplina o conflito entre o valor “segurança jurídica” e a necessidade de mudança inerente ao processo de evolução social.

O direito não tem o poder de mudar fatos passados. Por mais retroativa que seja uma lei, ela somente terá a possibilidade de mudar os efeitos futuros de fatos já acontecidos. Ela pode mudar o significado jurídico de fatos ocorridos no passado, mas nunca os próprios fatos. Entretanto, não deve o direito se propor a atribuir novas definições a eventos já consumados, sob pena de gerar insegurança jurídica, ou seja, abalar a confiança dos indivíduos nos atos que praticam de forma legítima segundo a ordem jurídica vigente. Em síntese, a segurança jurídica gera a confiança que as relações jurídicas constituídas não serão modificadas pelo futuro legislador e, desta forma, oferece a estabilidade necessária ao direito frente à instabilidade e à alternatividade inerentes à política.

Por outro lado, o direito não pode engessar a evolução da sociedade, sob pena de ser desrespeitado ou ignorado. O direito deve também servir à mudança. Em momentos em que a sociedade busca caminhos novos, evidentemente existirão relações jurídicas tendentes à manutenção do antigo sistema, que não devem impedir o avanço social. A abolição da escravidão é um bom exemplo. A partir de sua extinção, o direito adquirido à propriedade do escravo não poderia ser alegado. Nesses momentos de abolição de institutos jurídicos, o princípio da segurança jurídica deve ceder à mudança. A jurisprudência brasileira abraçou tese da inexistência de direito adquirido a regime de instituto jurídico, como a propriedade industrial ou o regime de aposentadoria, com o intuito de melhor balancear os valores potencialmente conflitantes da segurança jurídica e da adequação à mudança.

O direito intertemporal se rege no Brasil pelo dispositivo constitucional que diz:

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:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (Grifo nosso)

Além disso, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657 de 1942) dispõe em seu artigo 6º:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957).

Apesar de a norma infraconstitucional definir os termos “direito adquirido”, “ato jurídico perfeito” e “coisa julgada”, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que essas definições não passam de mero auxílio doutrinário, já que a lei ordinária não pode vincular a interpretação da Constituição pelo STF. Essa controvérsia, oriunda do tratamento simultâneo do tema pela Constituição e pela legislação ordinária, será abordada posteriormente de forma mais detalhada.

## 2.1 Retroatividade de normas de ordem pública

Exatamente pelo fato de a proteção do direito adquirido ser garantida constitucionalmente é que a grande maioria da doutrina e da jurisprudência brasileiras defende que inexistente a exceção dessa vedação de retroatividade para normas de ordem pública. Tal hipótese de exceção é comum em países onde tal garantia é matéria infraconstitucional. Com extrema clareza trata do tema Reynaldo Porchat em sua obra de 1937:

Uma das doutrinas mais generalizadas e que de longo tempo vem conquistando foros de verdade, é a que sustenta que são retroativas as ‘leis de ordem pública’ ou as ‘leis de direito público’. Esse critério é, porém, inteiramente falso, tendo sido causa das maiores confusões na solução das questões de retroatividade. Antes de tudo, cumpre ponderar que é difícil discriminar nitidamente aquilo que é de ordem pública e aquilo que é de ordem privada. No parágrafo referente ao estudo do direito público e do direito privado, já salientamos essa dificuldade, recordando o aforismo de Bacon — ‘jus privatum sub tutela juris publici

latet. O interesse público e o interesse privado se entrelaçam de tal forma, que as mais das vezes não é possível separá-los. E seria altamente perigoso proclamar como verdade que as leis de ordem pública ou de direito público têm efeito retroativo, porque mesmo diante dessas leis aparecem algumas vezes direitos adquiridos, que a justiça não permite que sejam desconhecidos e apagados. O que convém ao aplicador de uma nova lei de ordem pública ou de direito público, é verificar se, nas relações jurídicas já existentes há ou não direitos adquiridos. No caso afirmativo a lei não deve retroagir, porque a simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade, no dizer de Gabba, é também um forte motivo de interesse público<sup>2</sup>

Seguem essa mesma orientação Pontes de Miranda<sup>3</sup>, Oswaldo Aranha<sup>4</sup> e Moreira Alves, o qual defende que o direito adquirido “se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva”. E continua: “[...], no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos — apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal — de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente”<sup>5</sup>.

Entretanto, o Código Civil de 2002, em seu artigo 2.035, dispõe:

Art. 2.035. - A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar

---

2 PORCHAT, Reynaldo. **Curso elementar de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1937. v.1. p. 338-339.

3 MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. 5. p. 99.

4 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1. p. 333.

5 ADI 493, Rel. Moreira Alves, RTJ, 143(2)/724 (746).

preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. (Grifo nosso)

Assim, nota-se que a lei civil se encontra em desconformidade com o entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante acerca da retroatividade de normas de ordem pública.

Outro ponto controverso decorre da definição infraconstitucional dos institutos do direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada, que são garantidos constitucionalmente. O dilema diz respeito à interpretação de institutos da constituição pelo legislador ordinário, que, nesse caso, é o destinatário principal da vedação constitucional. Essa questão tem efeitos práticos na aferição da competência jurisdicional para os recursos constitucionais, sendo do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sede infraconstitucional e do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria constitucional. Sobre o tema, o STF decidiu que a garantia da não violação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada tem índole constitucional, podendo se opor à legislação ordinária, inclusive de ordem pública. Vale a citação de trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

O problema da incidência simultânea da proteção constitucional da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, e da definição legal da coisa julgada na Lei de Introdução sempre me preocupou, desde o início da prática, neste Tribunal, da difícil convivência entre o recurso extraordinário e o recurso especial.

O que mais me impressionou, no voto do Sr. Ministro Celso de Mello, foi a sustentação peremptória de que a definição do conceito de direito adquirido é um problema de direito ordinário. Fiquei até preocupado ao verificar que se ausentara da sessão o ilustre Advogado-Geral da União, notoriamente, autor intelectual de grande parte das medidas provisórias desta República: fiquei com medo de acordar amanhã e verificar que a Lei de Introdução fora revogada por uma medida provisória e, então, não teríamos mais como invocar o direito adquirido, nem a coisa julgada, nem o ato jurídico perfeito.

Vimos, aqui, na ADIn 493 — e creio que o acompanhamos, por unanimidade — o voto antológico do Ministro Moreira Alves a sustentar que, precisamente porque — ao contrário dos ordenamentos mentos europeus para os quais e sobre os quais tanto polemizaram Gabba e Roubier e tantos outros — a nossa garantia do direito adquirido [...] não é uma construção teórica de direito intertemporal a aplicar na sucessão de leis silentes a respeito: é uma garantia constitucional, irremovível, pois, pelo legislador ordinário. E, por isso, naquele acórdão, unânime no ponto, asseverou-se que o tratar-se de lei de ordem pública pode não afetar no Brasil a proteção do direito adquirido, exatamente, porque

— ao contrário do que sucedia, na França, onde escreveu Roubier ou na Itália, onde escreveu Gabba —, entre nós, se trata de garantia constitucional e não de uma regra doutrinária de solução de questões intertemporais.

[...]. “Penso que adotar a posição do saudoso Professor Limongi França, na tese recordada com brilho pelo Ministro Celso de Mello, implicaria, data vênia, um grave retrocesso em todo o longo caminho corrido pela hermenêutica constitucional contemporânea, na medida em que joga, em que remete, em que delega ao legislador ordinário a definição de conceitos indeterminados necessários a dar eficácia a garantias constitucionais eminentes. De nada valeria a garantia da irretroatividade em prejuízo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada, se o conceito de tais institutos independesse da construção constitucional e tivesse sua eficácia confiada à definição que lhes desse o legislador ordinário — quando não, o editor das medidas provisórias. Não é preciso insistir em que se cuida da garantia constitucional voltada primordialmente — quando não exclusivamente como sustentam muitos — contra o legislador ordinário.

Na discussão do problema do recurso extraordinário, à vista dessas duas fontes normativas possíveis da proteção do direito adquirido, a minha tendência — e a sustentei nos primeiros meses de assento no Tribunal — é que, por isso tudo — isto é, porque o conceito, para ser eficaz, como garantia constitucional, tem de ser construído a partir da Constituição, independentemente da definição que lhe empresta a lei — foi a de entender que, sempre, a questão de direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito é constitucional e não legal.

Tenderia, assim, a reduzir o art. 6º da Lei de Introdução, na versão de 1957, a um valioso subsídio doutrinário. Nada mais do que isso.

Mas o caso concreto, a meu ver, nem chega a colocar o problema. Por isso, intempestivamente, interrompi a exposição do Ministro Marco Aurélio para pedir uma informação ao Relator e confirmar o que guardara do seu relatório. O acórdão primitivo simplesmente 532/2051 não se referiu a nenhum dispositivo de lei ou da Constituição. A Caixa Econômica, em embargos de declaração, é que suscita um único preceito normativo: o art. 5º, XXXVI, da Constituição. Para mim — não para o Ministro Marco Aurélio, estou ciente — tanto bastava para o prequestionamento do tema constitucional (v. g., RE 210.638, 1ª T., 22.04.98, Pertence; RE 219.934, Pl, 14.06.00 Gallotti). [...].

Aí, de duas, uma: ou entendemos que a matéria é constitucional e conheceremos ou não do recurso pela letra ‘a’, conforme avançarmos no mérito, ou, se partimos da tese do Ministro Celso de Mello, simplesmente não teremos como conhecer, porque a questão é de legislação ordinária, e não só o acórdão não cuidou da lei ordinária, nem o recurso especial se fundou no art. 6º da Lei de Introdução. Então, o caso seria de dizer que a matéria é infraconstitucional e, logo, não conhecer do recurso extraordinário, como temos feito milhares de vezes nesse cipal de

recursos vindos do STJ sobre o Fundo de Garantia, nos quais não havia matéria constitucional a enfrentar. [...].

Por isso, nem se põe aqui o difícil problema quando, no acórdão ou nos recursos interpostos, invocam-se simultânea e paralelamente o art. 5º, XXXVI, da Constituição e o art. 6º da Lei de Introdução. Aqui, isso não ocorre.<sup>6</sup>

Portanto, ficou assentado o entendimento de que o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são garantias de índole constitucional e não admitem violação nem mesmo por norma de ordem pública, como ocorre em alguns países onde essas garantias são infraconstitucionais.

## 2.2 Direito adquirido a regime ou a instituto jurídico

A doutrina do direito intertemporal se opõe à possibilidade de direito adquirido a regime jurídico. Leis que extinguem ou alteram fundamentalmente a natureza de um instituto jurídico têm aplicação imediata.

Savigny distingue duas classes de leis, a primeira referente à aquisição de direitos e a segunda à existência de direitos ou institutos jurídicos. Assim, a primeira teria sua retroatividade limitada pela garantia do direito adquirido. Já a segunda, se aplicaria de imediato, extinguindo certo instituto jurídico ou mudando seu regime fundamentalmente. Desse modo, as leis que abolissem a escravidão, redefinissem o regime jurídico da propriedade, normas concernentes ao regime de bens do casamento e normas que alterassem o regime jurídico dos servidores públicos teriam aplicação imediata para todos, sem estarem limitadas pelo direito adquirido. Nesses casos existiria mera expectativa de direito<sup>7</sup>.

Na lição de Roubier: “As leis que aboliram a escravidão ou os direitos feudais puderam aplicar-se às situações existentes, sem que tenham sido retroativas. E, com efeito, pouco importava o modo de aquisição do direito: o que a lei censurava era o regime jurídico do escravo, o conteúdo do direito feudal: a lei era, então, relativa aos efeitos da situação jurídica, e não à sua constituição; sem retroagir, ela atingiu as situações já constituídas”<sup>8</sup>.

---

6 RE 226.855, RTJ, 174, cit., p. 916 (944-945).

7 SAVIGNY, M. F. C. **Traité de droit romain**. Paris: Joubert, 1845. xxvii. p. 503-575.

8 ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire**: Conflits des lois dans le temps. Paris: Dalloz, 2008. p. 213.

Roubier entende que as normas que se referem aos efeitos de uma situação jurídica tem aplicação imediata enquanto aquelas concernentes ao modo de constituição (validade) de uma situação jurídica não podem se aplicar às relações já constituídas, sob pena de violar a garantia do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito<sup>9</sup>. Esse entendimento, entretanto, não é aceito no ordenamento pátrio, apesar do Código Civil de 2002 o adotar em seu artigo 2.035<sup>10</sup>. O STF já se manifestou no sentido de que nem mesmo lei que disponha sobre os efeitos de negócio jurídico pode atingir os anteriormente celebrados, pois violaria o ato jurídico perfeito. O RE 205.999 da relatoria do ministro Moreira Alves exemplifica esse posicionamento ao deixar de aplicar norma do Código de Defesa do Consumidor a contrato de consumo anteriormente celebrado, apesar de tal norma ser referente aos efeitos do contrato. Vale a breve citação:

Compromisso de compra e venda. Rescisão. Alegação de ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição. Sendo constitucional o princípio de que a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, ele se aplica também às leis de ordem pública. De outra parte, se a cláusula relativa à rescisão com a perda de todas as quantias já pagas constava do contrato celebrado anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor, ainda quando a rescisão tenha ocorrido após a entrada em vigor deste, a aplicação dele para se declarar nula a rescisão feita de acordo com aquela cláusula fere, sem dúvida alguma, o ato jurídico perfeito, porquanto a modificação dos efeitos futuros de ato jurídico perfeito caracteriza a hipótese de retroatividade mínima que também é alcançada pelo disposto no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna. Recurso extraordinário conhecido e provido<sup>11</sup>.

Portanto, a lei nova não pode retroagir, nem mesmo para atingir os efeitos dos negócios jurídicos firmados antes de sua vigência. No entanto, leis que extingam institutos jurídicos ou alterem essencialmente o regime jurídico de determinado instituto têm eficácia imediata, não se aplicando a elas a garantia da não retroatividade, pois não há direito adquirido à existência de certo instituto ou a regime jurídico.

O Supremo Tribunal Federal julgou caso relativo à correção monetária sobre os recursos do Fundo de Garantia por Tempo de

---

9 ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire**: Conflits des lois dans le temps. Paris: Dalloz, 2008. p. 215.

10 Art. 2.035. - A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. (Grifo nosso).

11 RE 205.999, Rel. Moreira Alves, DJ de 3-3-2000, p. 89.

Serviço - FGTS, caso que se assemelha bastante ao tratado nesse artigo. Entretanto, apesar da semelhança, o FGTS tem natureza estatutária, ou seja, diz respeito a regime jurídico, enquanto a caderneta de poupança tem natureza contratual. Essa diferença tem fundamental importância no que tange à existência de direito adquirido. Aos contratos se aplica a garantia do ato jurídico perfeito e da aquisição dos direitos dele emanados, diferentemente dos institutos derivados diretamente de lei. Esse julgado é de grande valia para este trabalho no que diz respeito à diferenciação das cadernetas de poupança (natureza contratual) em relação ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS (natureza estatutária).

Fundo de Garantia por Tempo de Serviço — FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, 537/2051 Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II.

— O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado.

— Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico.

— Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional.

— No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II <sup>12</sup>.

Portanto, resta pacífico o entendimento de que não há direito adquirido a instituto jurídico ou a regime de instituto jurídico.

A propriedade privada tem nítido caráter institucional, não se sujeitando à limitação do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito. Dessa

12 RE 226.855, Rel. Moreira Alves, RTJ, 174 (3)/916.

forma, o legislador é livre para alterar o regime jurídico da propriedade, podendo atingir relações preexistentes. Cabe notar, entretanto, que tal liberdade tem limite não no direito adquirido, mas na própria garantia constitucional da propriedade. O legislador tem a faculdade de alterar o regime desse instituto, mas não pode desnaturá-lo a ponto de violar seu “núcleo essencial”. O legislador não pode extinguir a utilidade privada dos bens para seu proprietário.

### 2.3 Direito adquirido e relações contratuais

Antes de tecermos comentários acerca dos efeitos de leis retroativas em contratos, se mostra oportuna a apresentação da construção doutrinária a respeito dos diferentes graus de retroatividade que a lei pode assumir. A doutrina propõe três diferentes graus de retroatividade: máxima, média e mínima.

A retroatividade máxima restitui as partes ao estado anterior (status quo ante). Ela ataca a coisa julgada e fatos já consumados.

A retroatividade média acontece quando a lei se aplica a efeitos pendentes decorrentes de atos praticados antes da vigência da lei.

Já a mínima ou normal, se refere à lei que se aplica a efeitos futuros de contratos celebrados no passado.

No Brasil, o STF não aceita nem mesmo a retroatividade mínima. Assim, a lei vigente no momento da celebração do contrato é a que deve regê-lo até sua extinção. Como já mencionado, o artigo 2.035 do Código Civil prevê a retroatividade mínima, mas a doutrina entende inconstitucional tal dispositivo devido ao caráter constitucional da garantia do ato jurídico perfeito<sup>13</sup>

### 2.4 Direito adquirido a padrão monetário

O padrão monetário constitui um dos mais importantes institutos jurídicos de um país ou bloco econômico. Interessante questão diz respeito à existência de direito adquirido a determinado padrão monetário.

É pacífico na doutrina e na jurisprudência brasileiras que padrão monetário constitui instituto jurídico e que a alteração de seu regime por lei não agride a garantia constitucional do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Registre-se o RE 114.982:

13 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Locação. Plano cruzado. Alegação de ofensa ao parágrafo 3º do artigo 153 da Emenda Constitucional n. 1/69. Decreto-lei n. 2.290/ 86 e Decreto n. 92.592/86. [...]

Já se firmou a jurisprudência desta Corte, como acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República, no sentido de que as normas que alteram o padrão monetário e estabelecem os critérios para a conversão dos valores em face dessa alteração se aplicam de imediato, alcançando os contratos em curso de execução, uma vez que elas tratam de regime legal de moeda, não se lhes aplicando, por incabíveis, as limitações do direito adquirido e do ato jurídico 549/2051 perfeito a que se refere o parágrafo 3º do art. 153 da Emenda Constitucional n. 1/69<sup>14</sup> (Grifo nosso).

Entretanto, posteriormente neste artigo, será tratado do direito adquirido ao índice de cálculo da correção monetária vigente no dia da celebração ou da renovação do contrato de depósito de caderneta de poupança.

Note-se que correção monetária não se confunde com padrão monetário. Este é instituto jurídico e não dá ensejo a direito adquirido, aquele é cláusula contratual, sendo protegida pela garantia do ato jurídico perfeito, ensejando a aquisição do direito. Esse tema será abordado de forma mais detalhada quando examinarmos casos judiciais a respeito da matéria.

## 2.5 Síntese

A doutrina do direito adquirido e do ato jurídico perfeito no Brasil difere da adotada em vários países pelo caráter constitucional de tal garantia, o que acarreta sua aplicabilidade inclusive contra normas de ordem pública.

Essas garantias protegem ainda os contratos da incidência de normas dotadas de retroatividade mínima, ou seja, a lei nova não pode regular os efeitos futuros de acordos celebrados antes de sua vigência.

Entretanto, cabe lembrar que não se pode alegar direito adquirido a instituto jurídico, podendo a lei aboli-lo ou alterar-lhe o regime imediatamente.

Por fim, é importante para este trabalho notar que “padrão monetário” constitui instituto jurídico, ou, como prefere Moreira Alves, “regime legal de moeda”. Portanto, não há direito adquirido a

---

14 RE 114.982, Rel. Moreira Alves, DJ de 1º-3-1991.

determinado padrão monetário. No entanto, este não se confunde com o direito a determinado índice de correção monetária previsto em contrato de depósito.

### 3 PLANOS ECONÔMICOS

O Brasil viveu no final do século XX um longo período de altos índices de inflação. Os números passam de 20 trilhões percentuais de inflação acumulada entre 1980 e 1995.

Inflação pode ser conceituada como o aumento generalizado de preços, o que corrói o poder de compra da unidade monetária. As causas são diversas, como o aumento no preço de algum insumo fundamental (petróleo, por exemplo), o aumento rápido da demanda agregada da economia ou até a simples inércia inflacionária, que significa o aumento de preços futuros causado pela inflação passada por meio da indexação.

Para compreendermos as origens da inflação brasileira, convém o retorno aos anos 1960. Naquele momento, o governo passou a financiar seus investimentos por meio do aumento da dívida pública, com fundos provenientes em grande medida do Banco Central. Esse processo aumentou a quantidade de dinheiro na economia, o que tende a gerar inflação. Os investimentos do setor público cresceram vertiginosamente nesse período. A construção de Brasília exemplifica o engajamento do governo de Juscelino Kubitschek com altos investimentos públicos em infraestrutura.

Iniciou-se, assim, um quadro de desajuste fiscal, que potencialmente redundava em inflação. No período militar, os efeitos da inflação começaram a ser minimizados pela correção monetária, que, longe de resolver a verdadeira causa do processo inflacionário, perpetua a inflação passada para o futuro. A correção monetária consiste no ajuste periódico de preços de acordo com um índice que mede a inflação passada, no intuito de compensar a perda de valor da moeda. Exemplificando: se a inflação no mês foi de 50%, os salários devem ser aumentados em 50% para se manter o poder aquisitivo dos trabalhadores.

Assim, a inflação passada significava aumentos futuros de preços, o que criou um círculo vicioso inflacionário. Além disso, a inflação era maquiada no período ditatorial militar, que não prezava pela transparência característica de regimes democráticos. Dessa forma, por ocasião da

democratização, a inflação real já era de aproximadamente 240% ao ano. Cabe lembrar que a convivência com esses aumentos de preços era possibilitada pela indexação ou correção monetária, que reajustava os rendimentos mensais de acordo com um índice medidor da inflação.

A indexação ataca os efeitos da inflação (a perda do poder de compra), mas nada faz em relação a sua verdadeira causa, que, no Brasil, era os elevados gastos públicos.

### 3.1 Plano Cruzado

Com o intuito de resolver o problema inflacionário que assolava a população brasileira, o Governo Federal, sob a presidência de José Sarney, instituiu, por meio do Decreto-lei 2.283 de 28/02/1986, o Plano Cruzado. Era um conjunto de medidas econômicas heterodoxas para combater o aumento de preços inercial. Dentre as medidas, destacam-se a criação de nova moeda, o Cruzado, para substituir o Cruzeiro; o congelamento de preços no nível do dia anterior; o congelamento dos salários no nível médio dos seis meses anteriores; e a criação do gatilho salarial, que corrigiria os salários quando a inflação atingisse 20%.

No que tange ao índice de correção monetária das cadernetas de poupança, foi determinado pelo citado decreto-lei, em seu artigo 4º, que deveria acontecer a partir do dia 1º de março daquele ano a aplicação *pro rata* dos índices de correção monetária. Assim, as instituições financeiras aplicaram índice diverso daquele pactuado na celebração ou renovação do contrato de depósito. O índice passou a ser o Índice de Preços ao Consumidor - IPC.

O Plano Cruzado não obteve sucesso duradouro. Vários motivos podem ser apontados, entre eles a falta de foco na causa real da inflação, que eram os altos gastos do governo e a inadequação do congelamento de preços imediato, o que causou desequilíbrio dos preços relativos da economia, ou seja, criaram-se vantagens para aqueles agentes econômicos que haviam reajustado seus preços recentemente.

### 3.2 Plano Bresser

O próximo plano econômico contra a inflação foi o chamado Plano Bresser, nome do então Ministro da Fazenda (Luiz Carlos Bresser). O plano foi instituído por meio dos Decretos-lei 2.335, 2.336 e 2.337, todos de 1987. Dentre as alterações impostas, cabe destacar o fim do gatilho salarial e algumas pequenas reformas fiscais.

Em relação às cadernetas de poupança, o plano, conjuntamente com a regulação do Conselho Monetário Nacional, que emitiu a Resolução 1.338/87, modificou seu rendimento. Até o Plano Bresser, as cadernetas de poupança eram corrigidas pelo Índice de Preços ao Consumidor (IPC) ou pelo rendimento das Letras do Banco Central (LBC), aplicando-se o maior. A Resolução 1.338 do Banco Central veio, em 15/06/1987, determinar que, a partir de julho, a correção se faria pela variação do valor nominal das Obrigações do Tesouro Nacional (OTN) e que, a partir do mês de agosto, a correção se faria pela variação do valor nominal das OTN ou, se maior, pelo rendimento das Letras do Banco Central (LBC) que excedesse a taxa fixa de 0,5%. Assim, criou-se a controvérsia se essa mudança para o mês de julho deveria se aplicar inclusive para aqueles poupadores cujo período aquisitivo já havia começado antes da edição da resolução, ou seja, aquelas contas que seriam corrigidas entre o dia 1º e 15 de julho. O Plano Bresser também não obteve sucesso em abolir a grande inflação.

### 3.3 Plano Verão

Em 1989, por meio da Medida Provisória 32 de 15 de janeiro, que foi convertida na Lei n. 7.730 no dia 31 de janeiro, o Governo instituiu o Plano Verão. Dentre as medidas para o combate dos altos índices de inflação, destaca-se a criação de novo padrão monetário, o Cruzado Novo. Além disso, foram alterados os índices de rendimento das cadernetas de poupança. Dizia a lei:

Art. 17. Os saldos das cadernetas de poupança serão atualizados:

I - no mês de fevereiro de 1989, com base no rendimento acumulado da Letra Financeira do Tesouro Nacional - LFT, verificado no mês de janeiro de 1989, deduzido o percentual fixo de 0,5% (meio por cento);

II - nos meses de março e abril de 1989, com base no rendimento acumulado da Letra Financeira do Tesouro - LFT, deduzido o percentual fixo de 0,5% (meio por cento), ou da variação do IPC, verificados no mês anterior, prevalecendo o maior;

III - a partir de maio de 1989, com base na variação do IPC verificada no mês anterior.

Assim, as instituições financeiras aplicaram os novos índices a todas as cadernetas de poupança a partir do dia 1º de fevereiro. Entretanto, é questionável se as contas que já haviam iniciado seu período aquisitivo até a implementação do plano em 15 de janeiro (e, portanto, seriam remuneradas até dia 15 de fevereiro) tinham direito adquirido ao índice vigente no momento da renovação ou celebração do contrato de depósito, que acontece quando se inicia o período aquisitivo. Esse tema será examinado com maior rigor posteriormente.

### 3.4 Plano Collor I

O Plano Collor I foi instituído pela Medida Provisória n. 168, de 15 de março de 1990, convertida posteriormente na Lei n. 8.024/90. Entre outras medidas, o plano instituiu o Cruzeiro como moeda, em substituição ao Cruzado Novo, tentou diminuir o déficit governamental com demissões de servidores públicos e determinou o que se chamou de confisco da poupança.

O confisco determinava que os saldos da caderneta de poupança que excedessem 50 mil Cruzados Novos deveriam ser transferidos para o Banco Central na data do crédito do próximo rendimento (aniversário). O aniversário é o dia em que o saldo completa seu período aquisitivo (de um mês) e a ele deve ser aplicado o índice de rendimento da poupança. Os saldos transferidos ao Banco Central continuariam a ser denominados em Cruzados Novos e deveriam ser convertidos na nova moeda (Cruzeiro) a partir do dia 16 de setembro de 1991 e devolvidas aos titulares em doze parcelas mensais iguais e sucessivas. Os saldos bloqueados deveriam ser atualizados pela variação do BTN Fiscal acrescido de juros remuneratórios de 6% ao ano.

Os valores inferiores a 50 mil Cruzados Novos deveriam ser convertidos em Cruzados imediatamente, pela taxa de um pra um. Esses valores deveriam passar a serem corrigidos pela variação do BTN Fiscal. Entretanto, existe controvérsia sobre a incidência dessa regra às contas cujo período aquisitivo já havia iniciado antes da referida medida provisória. Alguns poupadores argumentam que nesses casos deveria ser aplicado o IPC (substancialmente maior), incidindo o BTN Fiscal somente para as contas cujo período aquisitivo se iniciasse após a vigência do plano. A questão, mais uma vez, diz respeito à existência de direito adquirido ao índice de atualização monetária vigente no momento de celebração do contrato, que, nesse caso, corresponde ao início do período aquisitivo, quando o poupador tem a faculdade de não investir seu dinheiro nessa aplicação já sabendo qual será o rendimento. Cabe lembrar que essa remuneração era devida pela instituição financeira em que se mantinha a conta, enquanto a remuneração dos valores bloqueados deveria ser feita pelo Banco Central.

Confira-se a redação de alguns artigos da Medida Provisória n. 168:

Art. 6º Os saldos das cadernetas de poupança serão convertidos em cruzeiros na data do próximo crédito de rendimento, segundo a paridade estabelecida no § 2º do art. 1º, observado o limite de NCz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos).

§ 1º As quantias que excederem o limite fixado no caput deste artigo serão convertidas, a partir de 16 de setembro de 1991, em doze parcelas

mensais iguais e sucessivas, segundo a paridade estabelecida no § 2º do art. 1º desta lei. (Redação dada pela Lei nº 8.088, de 1990)

§ 2º As quantias mencionadas no parágrafo anterior serão atualizadas pela variação do BTN Fiscal, verificada entre a data do próximo crédito de rendimento e a data do efetivo pagamento das parcelas referidas no dito parágrafo, acrescidas de juros equivalentes a seis por cento ao ano ou fração pro rata. (Redação dada pela Lei nº 8.088, de 1990)

§ 3º Os depósitos compulsórios e voluntários mantidos junto ao Banco Central do Brasil, com recursos originários da captação de cadernetas de poupança, serão convertidos e ajustados conforme regulamentação a ser baixada pelo Banco Central do Brasil.

Art. 9º Serão transferidos ao Banco Central do Brasil os saldos em cruzados novos não convertidos na forma dos arts. 5º, 6º e 7º, que serão mantidos em contas individualizadas em nome da instituição financeira depositante.

§ 1º As instituições financeiras deverão manter cadastro dos ativos financeiros denominados em cruzados novos, individualizados em nome do titular de cada operação, o qual deverá ser exibido à fiscalização do Banco Central do Brasil, sempre que exigido.

§ 2º Quando a transferência de que trata o artigo anterior ocorrer em títulos públicos, providenciará o Banco Central do Brasil a sua respectiva troca por novas obrigações emitidas pelo Tesouro Nacional ou pelos Estados e Municípios, se aplicável, com prazo e rendimento iguais aos da conta criada pelo Banco Central do Brasil. (Vide Lei nº 8.177, de 1991)

§ 3º No caso de operações compromissadas com títulos públicos, estes serão transferidos ao Banco Central do Brasil, devendo seus emissores providenciar sua substituição por novo título em cruzados novos com valor, prazo e rendimento idênticos aos dos depósitos originários das operações compromissadas.

### 3.5 Plano Collor II

O Plano Collor II foi instituído pela Medida Provisória n. 294, de 31 de janeiro de 1991. Além de outras medidas econômicas, modificou o índice de remuneração da caderneta de poupança, substituindo a variação do BTN Fiscal pela Taxa Referencial (TR).

Mais uma vez, surgiu controvérsia no que tange à aplicação do novo índice às cadernetas de poupança iniciadas ou renovadas antes da vigência da medida provisória. A questão, em última análise, se refere aos princípios de aplicação da lei no tempo, ao efetivo alcance das garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI). Em seguida, abordaremos as controvérsias referentes aos rendimentos da poupança à luz da doutrina do direito intertemporal e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tema.

## 4 CONTROVÉRSIA LEVADA AO JUDICIÁRIO

### 4.1 Considerações iniciais

Abordaremos agora a interface entre as normas que alteraram o padrão monetário e o direito intertemporal mediante análise dos vários planos econômicos contra a inflação implementados no Brasil nos anos 80 e 90 e as controvérsias relativas à aplicação da lei no tempo causadas pela mudança dos índices de rendimento das cadernetas de poupança.

O ponto crucial do problema é: têm os poupadores direito adquirido ao indexador de correção monetária vigente no momento da celebração ou da renovação do contrato de depósito?

Para respondermos, ou ao menos expressarmos nossa posição em relação a essa pergunta, devemos nos debruçar sobre outras questões importantes, que são:

(i) O índice de rendimento da poupança constitui instituto ou regime jurídico?

(ii) As normas de ordem pública, como aquelas que alteram o padrão monetário vigente, se sujeitam à limitação do ato jurídico perfeito e do direito adquirido?

Como auxílio nessa empreitada, serão utilizadas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

Ademais, será analisada a aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos de caderneta de poupança e, posteriormente, a aplicação do princípio da segurança jurídica aos casos *sub examine*.

### 4.2 Índice de rendimento configura regime jurídico?

A doutrina e a jurisprudência brasileiras são pacíficas em relação à inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Normas que extinguem institutos jurídicos ou alterem seu regime jurídico têm aplicação imediata a todas as relações jurídicas.

Por exemplo, leis que alteram os requisitos de aposentadoria de servidores públicos se aplicam inclusive para os servidores já efetivos. Eles não poderiam alegar direito adquirido aos requisitos existentes no momento de sua posse, já que o regime dos servidores do Estado é um regime

jurídico estabelecido em lei, e, portanto, pode ser alterado unilateralmente pelo legislador. Cabe notar que essa mutabilidade arbitrária impede a aquisição de direitos, como se pode perceber da definição dada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

[...]

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957) (Grifo nosso).

Assim, ocorre a aquisição do direito à aposentadoria somente quando o servidor completa todos os requisitos definidos pela lei vigente, quando então ele pode exercer o direito.

Outro caso que ilustra bem o tema diz respeito às leis que alteram o regime jurídico da propriedade intelectual. Se o legislador resolve diminuir o limite temporal dos direitos autorais, essa modificação se aplica a todas as obras existentes e não somente às posteriormente criadas. Outro exemplo de mais fácil visualização seria a abolição do instituto jurídico da escravidão, que teria eficácia imediata, não se podendo alegar o direito adquirido à propriedade do escravo. A propriedade é, por excelência, um regime jurídico e não aceita a alegação de direito adquirido e de ato jurídico perfeito. Entretanto, em quase todos os ordenamentos, a propriedade é um direito constitucional garantido, o que limita o legislador ao redefinir seu regime jurídico, não podendo ele esvaziar a utilidade privada do bem para seu titular, mesmo sem abolir explicitamente o instituto. É certo que todos os direitos permitem limitação, não há direitos absolutos, mas a limitação de um direito também encontra restrições, que, segundo a teoria alemã do “limite dos limites”, é o “núcleo essencial” do direito, ou seja, aquele significado que não lhe pode ser retirado sob pena de torna-lo inócuo. Portanto, a limitação ao legislador no que tange à redefinição de um instituto ou regime jurídico não se faz pelo ato jurídico perfeito ou pelo direito adquirido, mas pela própria garantia do direito limitado.

Assim, voltando aos casos aqui tratados, se considerarmos que o índice de rendimento da poupança constitui regime jurídico, derivado da lei e alterável unilateralmente pelo Estado, é forçoso reconhecer a impossibilidade de se alegar direito adquirido ao índice vigente quando da celebração do contrato de depósito. Cabe lembrar que a celebração do contrato de depósito em caderneta de poupança se dá com a abertura de

nova conta com a renovação automática da aplicação, que ocorre com o início do período aquisitivo mensal, quando o poupador tem a faculdade de retirar o dinheiro da caderneta se não lhe agradarem as condições do contrato, inclusive a remuneração de seu capital.

Caso contrário, se entendermos que o índice de remuneração dos fundos investidos em caderneta de poupança constitui simples cláusula contratual entre o poupador e a instituição financeira, apesar de ser determinado por lei, devemos aplicar a garantia do direito adquirido ao caso. Assim, o poupador cujo período aquisitivo já houvesse iniciado teria o direito adquirido ao índice vigente no período da celebração do contrato. Note-se que o direito adquirido aqui é ao índice, independentemente de qual seja seu valor no mês do contrato. O direito se refere à forma de cálculo da remuneração do capital aplicado. Essa ideia se baseia na possibilidade de o poupador não ter celebrado o contrato caso o índice aplicado fosse outro no momento da contratação.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ referente ao Plano Bresser:

Assim, até o advento do Plano Bresser, as Cadernetas de Poupança tinham seus saldos corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor (IPC) ou pelos rendimentos das Letras do Banco Central (LBC), adotando-se o maior índice. A partir de então, determinou-se a atualização dos referidos saldos, no mês de julho de 1987, pelo índice de variação do valor nominal das Obrigações do Tesouro Nacional (OTN), e nos meses subsequentes pela variação do valor nominal das Obrigações do Tesouro Nacional (OTN) ou, se maior, pelo rendimento das Letras do Banco Central que excedesse a taxa fixa de 0,5%.

Essa alteração nos critérios de atualização fez com que os poupadores que já haviam iniciado o período aquisitivo à correção do saldo da Caderneta de Poupança pelo Índice de Preços ao Consumidor (IPC), na primeira quinzena de junho de 1987, tivessem os seus saldos corrigidos pela aplicação do novo índice, de rendimento menor, de forma retroativa. Ocorre que o poupador tinha direito a que a atualização monetária do saldo da Caderneta de Poupança fosse feito em conformidade com a norma vigente na ocasião da contratação ou da renovação do investimento, não podendo ser-lhe subtraído valor mediante aplicação de índice menor, de forma retroativa. (Grifo nosso).

Para as Cadernetas de Poupança iniciadas ou com aniversário na primeira quinzena de junho de 1987 restava vedada a aplicação da Resolução n.º 1.338/87, editada no dia 15/06/87, porque a remuneração era inferior à contratada pelos depositários.

Por esses motivos, a jurisprudência deste Superior Tribunal tornou-se pacífica no sentido de reconhecer que, nesses casos, no mês de junho de 1987, aplica-se o IPC (26,06 %) como índice de correção monetária das

Cadernetas de Poupança<sup>15</sup>

Ainda sobre o Plano Bresser:

CADERNETA DE POUPANÇA. RENDIMENTOS DO MÊS DE JUNHO DE 1987. PLANO BRESSER.

As novas regras relativas aos rendimentos das cadernetas de poupança, resultantes das Resoluções 1336/87, 1338/87 e 1343/87, do Conselho Monetário Nacional, aplicam-se aos períodos aquisitivos iniciados a partir do dia 17 de junho de 1987.

RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. <sup>16</sup> (Grifo nosso).

Em relação ao Plano Verão, disse o STJ:

Também nesse caso, a jurisprudência formou-se no sentido da atualização das Cadernetas de Poupança com base na legislação vigente no período da correção, ou seja, para as Cadernetas de Poupança com período aquisitivo iniciado até o dia 15 de janeiro de 1989, decidiu-se que o saldo deveria ser corrigido pelo Índice de Preços ao Consumidor (IPC)."<sup>17</sup> DIREITO ECONÔMICO. CADERNETA DE POUPANÇA. ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO. JANEIRO/1989. DIREITO ADQUIRIDO. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. INTERESSE COLETIVO. RECURSO DESACOLHIDO.

I- Iniciada ou renovada caderneta de poupança, norma posterior que altere o índice de correção incidente sobre tal modalidade de investimento não pode retroagir para alcançá-la. Tendo incidência imediata e dispondo para o futuro, não afeta as situações jurídicas já constituídas.

II- O critério de atualização estabelecido quando da abertura ou renovação automática das cadernetas de poupança, para vigorar durante o período mensal seguinte, passa a ser, a partir de então, direito adquirido do poupador.<sup>18</sup>

Em relação ao Plano Collor I, temos manifestação do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido do STJ:

Constitucional. Direito Econômico. Caderneta de poupança. Correção monetária. Incidência de Plano Econômico (Plano Collor).

Cisão da caderneta de poupança (MP 168/90). Parte do depósito foi mantida junto à instituição financeira, disponível e atualizável pelo IPC.

Outra parte - excedente a NCz\$ 50.000,00 - constituiu-se em uma conta

15 REsp 1.147.595. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJE 06/05/2011, p. 55.

16 REsp 32.017/RJ, Rel. Ministro Athos Carneiro, Quarta Turma, julgado em 01/06/1993, DJ 21/06/1993.

17 REsp 1.147.595. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJE 06/05/2011, p. 58.

18 REsp 26.864/RS, Relator Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 30.11.1992.

individualizada junto ao BACEN, com liberação a iniciar-se em 15 de agosto de 1991 e atualizável pelo BTN Fiscal. A MP 168/90 observou os princípios da isonomia e do direito adquirido. Recurso não conhecido.<sup>19</sup>

Apesar de o STF ter reconhecido a constitucionalidade do Plano Collor, o tribunal entendeu que o índice aplicável aos valores mantidos na caderneta de poupança era o IPC, o que evidencia a aceitação da tese de que o novo índice (BTN Fiscal) não se aplicava imediatamente a contas cujo período aquisitivo iniciou-se antes da entrada em vigor da medida provisória instituidora do plano. Ainda sobre o mesmo plano, o STJ tem entendimento similar:

Esta Corte, superada a inconsistência inicial, reiteradamente tem decidido que o Índice de Preços ao Consumidor (IPC) é o índice a ser aplicado no mês de março de 1990 aos ativos financeiros até o valor de NCz\$ 50.000,00, retidos até o momento do respectivo aniversário da conta, sendo que os valores excedentes ao limite estabelecido em NCz\$ 50.000,00, que constituíram conta individualizada junto ao BACEN, passaram a ser atualizados pelo BTN Fiscal.<sup>20</sup>

Em relação ao Plano Collor II, da mesma forma entendeu o STJ:

Por fim, com relação ao Plano Collor II, o entendimento consolidado deste Tribunal é o de que, nas hipóteses em que já iniciado o período mensal aquisitivo da Caderneta de Poupança, o poupador adquiriu o direito de ter o valor aplicado remunerado de acordo com o disposto na Lei n. 8.088/90, não podendo ser aplicado o novo critério de remuneração previsto na Medida Provisória n. 294, de 31.1.1991, convertida na Lei n.8.177/91 (...) <sup>21</sup> (Grifo nosso).

Assim, nota-se que o STJ entende que o índice de remuneração do capital aplicado em caderneta de poupança não constitui regime jurídico, devendo, portanto, a norma que lhe modifica respeitar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Dessa maneira, as alterações dos índices empreendidas pelos planos econômicos só poderiam ser aplicadas aos contratos de depósito firmados ou renovados após sua entrada em vigor. Dessa maneira, as contas cujos períodos aquisitivos já haviam iniciado na entrada em vigor dos novos índices deveriam ser reajustadas segundo o índice anterior, só sendo aplicada a nova regra a partir do próximo período aquisitivo.

19 RE 206.048/SC, Rel. Min Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, DJ de 19/10/2001.

20 REsp 1.147.595. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJE 06/05/2011, p. 62.

21 REsp 1.147.595. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJE 06/05/2011, p. 69.

### 4.3 Normas de ordem pública se sujeitam à garantia do direito adquirido e do ato jurídico perfeito?

Tormentoso tema diz respeito à sujeição das normas de ordem pública às garantias do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Muito da controvérsia se deve ao tratamento díspar no direito comparado.

O tema já foi tratado no capítulo destinado ao direito intertemporal. Concluímos, naquela ocasião, que a doutrina majoritária brasileira entende que as normas de ordem pública não se eximem do respeito às garantias da não retroatividade. Tal limitação deriva da natureza constitucional dessas cláusulas.

Entretanto, nem sempre foi assim. No Brasil, a primeira constituição a garantir o direito adquirido e o ato jurídico perfeito foi a de 1934. Na constituição de 1937, tal proteção não se manteve, o que influenciou, cinco anos depois, a então denominada Lei de Introdução ao Código Civil (hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a admitir a retroatividade da lei com a condição de previsão expressa. O artigo 6º da referida lei dispunha: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito”. Com a volta das garantias do direito adquirido e do ato jurídico perfeito ao patamar constitucional com a Carta de 1946, esse artigo tornou-se inconstitucional, o que impulsionou o legislador a alterar sua redação, em 1957, para compatibilizá-lo com o texto constitucional, que adquiriu a forma até hoje vigente: “Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Portanto, diferentemente de outros países onde a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito tem natureza infraconstitucional, no Brasil não se aceita a tese de que lei de ordem pública tem o potencial de retroagir, nem mesmo pela retroatividade mínima, que é a incidência a efeitos futuros de negócios jurídicos celebrados no passado. Entende Gilmar Mendes que “a dimensão constitucional que se confere ao princípio do direito adquirido não permite que se excepcionem da aplicação do princípio as chamadas regras de ordem pública”<sup>22</sup>. Sobre esse tema, cabe a citação de esclarecedor trecho do voto do ministro Sepúlveda Pertence no Recurso Extraordinário 226.855:

Vimos, aqui, na ADIn 493 — e creio que o acompanhamos, por unanimidade — o voto antológico do Ministro Moreira Alves a sustentar

22 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

que, precisamente porque — ao contrário dos ordenamentos mentos europeus para os quais e sobre os quais tanto polemizaram Gabba e Roubier e tantos outros — a nossa garantia do direito adquirido (...) não é uma construção teórica de direito intertemporal a aplicar na sucessão de leis silentes a respeito: é uma garantia constitucional, irremovível, pois, pelo legislador ordinário. E, por isso, naquele acórdão, unânime no ponto, asseverou-se que o tratar-se de lei de ordem pública pode não afetar no Brasil a proteção do direito adquirido, exatamente, porque — ao contrário do que sucedia, na França, onde escreveu Roubier ou na Itália, onde escreveu Gabba —, entre nós, se trata de garantia constitucional e não de uma regra doutrinária de solução de questões intertemporais<sup>23</sup> (Grifo nosso).

Portanto, no Brasil, normas que alteram padrão monetário ou aquelas que somente modificam o rendimento de determinada aplicação financeira não podem retroagir sob o pretexto de serem de ordem pública. Podem, no entanto, ter aplicação imediata se alterarem ou extinguirem instituto ou regime jurídico, posto que a eles não há direito adquirido.

Nos casos em discussão no Poder Judiciário, ainda não é trivial a classificação das normas que alteram o rendimento da caderneta de poupança como de interesse público. Alguns alegam que tais normas apenas regulam relações eminentemente privadas, entre o banco e o poupador, não se incluindo no campo do direito público. No entanto, nos parece mais correto o entendimento de incluí-las nessa última classificação. O direito econômico, cujas normas são de ordem pública, expande seus efeitos às relações comerciais privadas, principalmente naqueles ramos econômicos altamente regulados pelo Estado, como é o caso do setor financeiro. A caderneta de poupança é uma das aplicações financeiras mais reguladas, com a determinação de seu rendimento/índice de correção monetária pelo Estado. Assim, essas normas de regulação financeira se revestem de caráter público.

Devido a esse fato, as instituições financeiras defendem em juízo a tese de que tais normas tem aplicação imediata e a elas não se pode opor o direito adquirido às condições vigentes no momento da celebração do contrato de depósito em caderneta de poupança. Com a devida vênia, entendemos que nem mesmo as normas de ordem pública se excepcionam da garantia da não retroatividade devido ao seu caráter constitucional no ordenamento jurídico pátrio.

---

23 RE 226.855, RTJ, 174, cit., p. 916 (944-945)

#### 4.4 Teoria da imprevisão

A Teoria da Imprevisão encontra fundamento na ordem jurídica brasileira no artigo 478 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. (Grifo nosso)

Ainda, o Código Civil traz, em seu artigo 317, a possibilidade de revisão contratual por onerosidade excessiva:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação. (Grifo nosso)

Nota-se que o direito civil pátrio permite tanto a resolução como a revisão do contrato pela Teoria da Imprevisão.

Os requisitos exigidos pela lei para a relativização do *pacta sunt servanda*, princípio fundamental do direito privado, são a imprevisibilidade do evento e a onerosidade excessiva da prestação de uma das partes. Alguns autores entendem que a natureza continuada ou diferida da execução do contrato também constitui requisito para a aplicação da teoria. Contudo, entendemos que essa característica é pressuposto para a onerosidade excessiva causada por evento imprevisível, já que se o contrato for de execução imediata não se poderá alegar desequilíbrio econômico superveniente, pois todas as prestações já aconteceram no momento da celebração.

Como observado, a Teoria da Imprevisão prega que o juiz pode intervir no contrato privado para sanar o desequilíbrio econômico-financeiro causado por fato imprevisível e extraordinário. Trata-se de relativização do princípio *pacta sunt servanda*, que institui a obrigatoriedade dos contratos, fruto da autonomia da vontade. Essa teoria defende a existência implícita da cláusula *rebus sic stantibus*, que pode ser traduzida como “enquanto as coisas estão assim”. Essa cláusula prega a obrigatoriedade do contrato enquanto se mantiverem as condições fáticas da data da sua celebração. Assim, havendo ruptura imprevisível do quadro fático que gere desequilíbrio econômico do contrato, as obrigações ali

instituídas deixam de ser obrigatórias, podendo o juiz revisar as cláusulas ou até resolver o contrato por requisição da parte.

Questão relevante para a controvérsia objeto deste trabalho diz respeito à possibilidade de, não só o juiz no caso concreto, mas da lei geral e abstrata prever alteração nos contratos afetados por evento imprevisível com o intuito de reequilibrá-los economicamente.

Parece-nos possível a intervenção estatal, seja pelo juiz ou pela lei, nos contratos que foram substancialmente afetados por evento imprevisível para evitar a onerosidade excessiva de uma das partes. Assim também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal que aceitou a aplicação do fator de deflação (“tablita”) em vários precedentes, como no RE 141.190:

O fator de deflação veio a preservar o equilíbrio inicial dos contratos, diante da súbita interrupção do processo inflacionário, evitando uma distorção distributiva, sendo sua incidência imediata em relação aos ajustes em curso que embutiam a tendência inflacionária, por se tratar de norma de ordem pública, visto que instituiu novo padrão monetário <sup>24</sup>.

Entretanto, no que concerne à mudança do indexador da caderneta de poupança, não nos parece justificada a aplicação imediata aos contratos celebrados anteriormente. Não se verifica o requisito da onerosidade excessiva nas prestações dos bancos caso tivessem mantido os indexadores acordados nos contratos de depósito já celebrados. É pacífico que a mudança fática imprevisível ocorreu com a instituição de plano que alterou o padrão monetário, inclusive congelando preços. Esse requisito para a aplicação da Teoria da Imprevisão não se discute. Porém, o outro requisito essencial não se verificou, ou seja, não restou comprovada a onerosidade excessiva que seria corrigida pela mudança de indexador.

A remuneração do contrato de poupança é pós-fixada. Não se estabelece no dia da celebração ou renovação do contrato um percentual fixo de remuneração, já embutida a expectativa inflacionária. O único fator determinado é o indexador, que será utilizado para medir a inflação no período e não um valor esperado de inflação. Assim, se a inflação, em decorrência do plano econômico, sofre uma brusca diminuição, o índice anterior seria capaz de medir essa alteração. Então, se durante a execução do contrato de depósito ocorre uma abrupta queda na inflação, o indexador vai refletir a inflação do período, nesse caso menor do que o esperado. Desse modo, não restou comprovada pelas instituições financeiras a inadequação dos índices antigos para medir a inflação após os planos econômicos.

---

24 RE 141.190. Rel. Min Ilmar Galvão. DJ 26/05/2006.

Caso se tratasse de contrato cuja correção monetária é pré-fixada, ou seja, estabelecesse um valor determinado que refletisse a expectativa inflacionária para o mês e ocorresse durante sua vigência um plano econômico de mudança de padrão monetário e congelamento de preços, estaria autorizada a relativização do *pacta sunt servanda* pela Teoria da Imprevisão, posto que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato estaria prejudicado por evento imprevisível (congelamento de preços e mudança da moeda). Por esse motivo, o fator de deflação (tablita) foi reconhecido como constitucional pelo STF.

Portanto, é reconhecida a possibilidade de intervenção (retroativa) da lei nos contratos pela Teoria da Imprevisão, com o intuito de reequilibrar economicamente as prestações, concretizando, assim, a garantia do ato jurídico perfeito. Entretanto, nos casos aqui abordados, não restou demonstrado um dos requisitos para a aplicação dessa teoria, especificamente a onerosidade excessiva em que incorreria as instituições financeiras caso aplicassem os novos índices de forma não retroativa, atingindo somente os contratos de depósito celebrados após a entrada em vigor da lei instituidora do plano.

#### 4.5 Segurança jurídica

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 165, que indicará o entendimento final do Supremo Tribunal Federal acerca da controvérsia tratada por este trabalho, as instituições financeiras suscitaram o princípio da segurança jurídica para fundamentar sua posição. Elas defendem que o julgamento favorável aos poupadores iria expor essas instituições a perigos de insolvência, podendo gerar risco sistêmico para o sistema financeiro nacional. A estimativa de potenciais perdas judiciais calculadas pelos bancos é de mais de 100 bilhões de reais. O Banco Central se posicionou no mesmo sentido das instituições financeiras, pedindo o provimento da ADPF, o que viria a firmar a constitucionalidade da aplicação retroativa dos índices de correção da poupança instituídos pelos planos econômicos, selando o destino das milhares de ações indenizatórias ajuizadas pelos poupadores e que ainda aguardam julgamento.

Apesar da impossibilidade de se saber ao certo se há a possibilidade dessas indenizações gerarem risco sistêmico ao sistema financeiro brasileiro, o argumento da segurança jurídica não parece procedente.

Atualmente no Brasil, existem milhares de ações já julgadas em favor dos poupadores, afirmando a impossibilidade de a lei instituidora de novo índice de remuneração da poupança retroagir, aplicando-se a

contratos de depósitos celebrados ou renovados antes de sua vigência. Inclusive o entendimento do STJ é pacífico quanto a esse tema. O próprio STF já proferiu alguns julgados nesse sentido.

Assim, entendemos que o dano à segurança jurídica será maior caso o Supremo mude o entendimento dominante na jurisprudência nacional, inclusive o do próprio tribunal. Vale a breve citação de trechos dos votos do ministro Sepúlveda Pertence, em 2006, e da ministra Cármen Lúcia, em 2009:

“É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, presente na decisão agravada, no sentido de garantir aos depositantes em caderneta de poupança a correção do saldo pelo índice vigente no início do período contratual.

O contrato de caderneta de poupança é firmado entre o poupador e a instituição depositária, o que afasta de plano a pretensão do agravante de responsabilizar a União e o Banco Central do Brasil.”<sup>25</sup> (Grifo nosso)  
“Ademais, esse Supremo Tribunal firmou o entendimento de que os saldos das contas de caderneta de poupança devem ser corrigidos pelo índice vigente à época do início do contrato”<sup>26</sup>.

Dessa maneira, a segurança jurídica estará sendo afetada caso o Supremo Tribunal Federal mude totalmente sua firmada jurisprudência, inclusive presente em recentes julgados. O princípio da segurança jurídica e o da equidade impõem que casos semelhantes sejam julgados do mesmo modo, desaconselhando-se a jurisprudência pendular, principalmente na mais alta corte do país.

## 5 CONCLUSÃO

Pelo exposto nesse artigo, entendemos que a doutrina e a jurisprudência brasileiras acerca do direito intertemporal impõe o reconhecimento do direito adquirido ao indexador vigente no período da celebração do contrato de depósito em caderneta de poupança.

A forma de cálculo do rendimento de uma aplicação, que, no caso da poupança, é o índice de correção monetária, não constitui instituto ou regime jurídico emanado de lei, mas tão somente cláusula contratual privada, apesar de ser determinada pelo legislador. Assim, a norma que o modifica não pode ser aplicada de forma a atingir as situações já consolidadas anteriormente. O Estado, principalmente, se sujeita a

<sup>25</sup> Ag. Reg. no AI 456.985, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 06/02/2004

<sup>26</sup> Ag. Reg. no AI 701.190. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJE 06/02/2009

vedação da retroatividade, não podendo norma jurídica, nem mesmo de ordem pública, prejudicar o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido. Tal impossibilidade deriva da natureza constitucional de que reveste essa garantia no ordenamento jurídico brasileiro.

É de suma importância notar que não está sendo discutida a constitucionalidade dos planos econômicos, mas tão somente a aplicação retroativa de uma das suas medidas (alteração do indexador da poupança) pelas instituições financeiras. Não procede a tentativa dessas instituições de responsabilizar o Estado pelos expurgos da caderneta de poupança, pois em nenhum momento a lei instituidora dos planos econômicos determinou a aplicação retroativa dos novos índices de correção. A lei apenas os alterou, o que é absolutamente constitucional.

Ademais, não nos parece válida a aplicação da Teoria da Imprevisão na controvérsia em tela. Reconhecemos, assim como o STF, a possibilidade de a lei interferir nos contratos para reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro abalado por fato superveniente imprevisível. Nesses casos, o ato jurídico perfeito não está sendo violado, mas preservado. A vontade original das partes está sendo mantida. Entretanto, nos casos aqui tratados, a lei não determinou a aplicação retroativa dos novos indexadores. Além disso, não restou comprovada a onerosidade excessiva em que incorreriam os bancos caso houvessem aplicado os indexadores corretamente, que seria o reajuste por aquele vigente à época do início do período contratual, que no caso da poupança se dá 30 dias antes da correção do saldo (início do período aquisitivo).

Entendemos que o índice antigo continuaria sendo capaz de medir a inflação mesmo após a mudança de padrão monetário. Esses índices medem a variação percentual dos preços de determinados itens fundamentais de consumo. Não importa se o arroz e o feijão estão cotados em cruzeiros ou cruzados, a variação medida é percentual. Dessa forma, se a inflação foi abruptamente interrompida pelos planos aqui discutidos, o índice refletiria um valor consideravelmente menor, comparado com a hipótese de inexistir o plano. Portanto, pensamos que o indexador antigo continuava a ser adequado à medição da variação percentual dos preços, mesmo se denominados em outra moeda.

Caso se entenda o contrário, ou seja, que com a mudança do padrão monetário o indexador antigo se tornou inadequado à medição

da inflação, a melhor solução continua não sendo a aplicação retroativa do novo índice. Nesse caso, seria correta a correção proporcional (*pro rata*) pelo indexador antigo no dia da instituição do plano, antes de se converter o saldo da conta para a nova moeda e após a conversão seria aplicado, também proporcionalmente, o novo índice. Para facilitar a compreensão, um exemplo se faz útil: uma conta de poupança foi aberta dia 1º do mês com o saldo de 100 cruzados e o indexador vigente naquele dia foi o IPC, sendo devida a correção no dia 30. No dia 15 desse mês, foi instituído um plano econômico que alterou a moeda para o Cruzado Novo na proporção de 10 cruzados por cruzado novo e alterou o indexador da poupança para o BTN. Se considerarmos que o IPC se tornou inadequado para medir a variação dos preços dos bens de consumo devido à mudança da moeda (tese com a qual não concordamos), o que deveria ser feito, sob pena de prejudicar o poupador, é a correção proporcional pelo IPC no dia 15, antes de se converter para o cruzado novo, aplicando-se depois o índice adequado para a nova moeda. Assim, supondo que o IPC tenha sido 20% na primeira quinzena e 10% na quinzena seguinte (o índice mensal seria 30%) e a variação da BTN tenha sido 10% na primeira quinzena e 5% na segunda (índice mensal de 15%) os bancos deveriam aplicar os 20% do IPC (primeira quinzena) e os 5% do BTN (segunda quinzena), sendo devida a correção de 25% no final do mês, resultado intermediário entre os 30% do IPC e os 15% do BTN mensal. O que os bancos fizeram foi aplicar o novo indexador (nesse exemplo, o BTN) retroativamente ao mês inteiro, ou seja, o saldo foi corrigido em 15% e não em 25%, valor que refletiria a correção proporcional dos índices.

Entretanto, cabe lembrar que não vemos motivo para o indexador antigo se tornar incapaz de medir a variação percentual dos preços de determinados bens de consumo apenas por ter sido alterada a moeda. A composição da cesta de bens e serviços que é levada em conta na medição do IPC não foi alterada pelo plano econômico. O índice ainda seria apto a medir a alta desses preços, refletindo, se fosse o caso, a abrupta queda da inflação causada pelo plano. Mesmo que ele seja considerado inapto, a solução mais justa não é a aplicação retroativa do novo índice, mas a aplicação proporcional dos índices antigos, para o período da moeda antiga e do índice novo para o da moeda nova.

A possibilidade de criação de risco sistêmico causado pela onda de indenizações cobradas dos bancos permanece obscura devido

às divergências sensíveis entre os pareceres técnicos. Os opinativos disponibilizados pelas instituições financeiras e pelo Banco Central apontam para a possibilidade de mais de 100 bilhões de reais em prejuízos, enquanto pareceres disponibilizados pelas associações de defesa do consumidor assinados por economistas e o parecer dos peritos do Ministério Público Federal apontam para um valor consideravelmente menor, cerca de 20 bilhões de reais. Com a divergência a respeito dessas informações técnicas, não se pode concluir se há ou não possibilidade de risco sistêmico se o STF reafirmar a tese favorável aos poupadores.

Em síntese, não se vislumbra fundamento nas teses suscitadas pelas instituições financeiras arguindo a constitucionalidade da aplicação retroativa dos índices de rendimento das cadernetas de poupança alterados pelos planos econômicos brasileiros da década de 1980 e 1990. Indexador não constitui instituto ou regime jurídico, caso em que não se sujeitaria a garantia da não retroatividade. Tampouco é lícita a retroatividade com base na classificação como norma de ordem pública, conforme melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial no Brasil. Ainda, não cabe nos casos aqui examinados a aplicação da Teoria da Imprevisão, já que falta a comprovação do requisito da onerosidade excessiva das prestações de uma parte. Além disso, não há motivo para se considerar o indexador antigo como inapto a medir a inflação dos preços cotados em nova moeda, visto que se trata de variação percentual do preço nominal de certos bens e serviços. Mesmo que o indexador antigo seja considerado inadequado, a aplicação retroativa não desponta como solução justa, o que se poderia obter com a aplicação proporcional do índice antigo ao período anterior ao plano e do novo índice ao período posterior. Além disso, não há condições de determinar a existência de risco sistêmico causado por decisão favorável aos poupadores, já que se verifica enorme divergência técnica a respeito do tema. Por fim, não vemos o princípio da segurança jurídica como óbice ao reconhecimento da responsabilidade das instituições financeiras pelos expurgos da poupança, uma vez que que nesse sentido vem decidindo a grande maioria do Poder Judiciário brasileiro, inclusive o STJ e o STF. Portanto, entendemos que a tese dos poupadores encontra respaldo na doutrina do direito intertemporal brasileira e que as alegações jurídicas apresentadas pelas instituições financeiras não procedem.

## 6 REFERÊNCIAS

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. 2. tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. 5.

PORCHAT, Reynaldo. **Curso elementar de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1937. v.1.

ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire: Conflits des lois dans le temps**. Paris: Dalloz, 2008.

SAVIGNY, M. F. C. **Traité de droit romain**. Paris: Joubert, 1845. xxvii.

---

## MEDIDAS CAUTELARES EM ADI: COMPETÊNCIA, PRESSUPOSTOS E EFEITOS

Jeferson Soares Marinho de Sousa Junior\*<sup>1</sup>

**RESUMO:** Trata-se de um breve apanhado sobre as medidas cautelares concedidas em ações diretas de controle de inconstitucionalidade das leis e outros atos normativos. Neste sentido, em um primeiro momento, passa-se a um exame referente à previsão legal, os procedimentos e requisitos referentes aos mencionados provimentos, considerando a doutrina especializada sobre o tema e alguns julgados do STF com posicionamentos relevantes para o atual entendimento da matéria. Em um segundo ponto, partindo com a mesma abordagem, ruma-se para uma rápida análise dos efeitos da concessão das cautelares nos procedimentos diretos do controle de inconstitucionalidade, notadamente na busca da definição parâmetros para balizar o entendimento do alcance subjetivo das liminares em tais processos.

**Palavras-chave:** Medidas Cautelares. Efeitos. Controle Concentrado.

## PRECAUTIONARY MEASURES ON ADI: COMPETENCE, ASSUMPTIONS AND EFFECTS

**ABSTRACT:** This is a brief summary about the precautionary measures granted in direct actions of unconstitutionality control laws and other normative acts. In this sense, at first, goes to an examination on the legal provision, the procedures and requirements relating to provisionses mentioned, considering the specialized literature on the subject and tried some of the STF with relevant placements to the current understanding of matter. In a second point, starting with the same approach, heads up for a quick analysis of the effects of granting the interim in direct unconstitutional control procedures, notably trying to define parameters to guide the understanding of the subjective scope of injunctions in such processes.

**Keywords:** Precautionary Measures. Effects. Control Concentrate.

---

1 \*Mestrando em Direito Constitucional e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Auditor Fiscal do Trabalho. Chefe da Divisão de Disciplina e Ética da Corregedoria do Ministério do Trabalho e Emprego, em Brasília, DF. E-mail: [jeferson82junior@hotmail.com](mailto:jeferson82junior@hotmail.com).

RECEBIDO EM: 14/01/2015      ACEITO EM: 16/03/2015

## 1 DA PREVISÃO LEGAL, REQUISITOS E PROCEDIMENTOS

A Constituição Federal brasileira estabeleceu, no seu art. 102, I, “p”<sup>2</sup>, que cabe ao Supremo Tribunal, enquanto o seu natural guardião, processar e julgar originalmente os pedidos de medidas liminares em ações direitas de inconstitucionalidade.

Em que pese a agudeza do tema, já que os questionamentos sobre a legitimidade da Corte responsável pela jurisdição constitucional brasileira ganham contornos críticos quando decisões nesses sentidos são adotadas de maneira liminar e perfunctória, as cautelares em ADI não são novidade na realidade no nosso controle de constitucionalidade<sup>3</sup>. De acordo com Bulos (2011, p. 294), no que se refere ao disciplinamento das ações de controle concentrado, ainda “no ordenamento passado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o pedido de medida cautelar era possível, independentemente da prescrição constitucional expressa (STF, Repre. 933, Rel. Min. Thompson Flores, RTJ, 76:343, 1976).”

No mesmo sentido, impende destacar as lições extraídas de parte do voto do Ministro Gilmar Mendes, conforme relatado nos autos da Recl. 2.256/RN (julgado em 11/09/2013), que, ao examinar os efeitos normativos e fáticos da concessão de medidas liminares no direito processual alemão e brasileiro, expôs alguns dados históricos sobre a origem das medidas cautelares em nossa história:

**Tal como se poderá constar, entre nós, o tema não oferece as mesmas dificuldades verificadas no direito processual tedesco, especialmente porque, desde 1977 o texto constitucional brasileiro (CF 1967/69, com a Emenda Constitucional n. 7/77, art. 119, I, p e CF 1988, art. 102, I, p) atribui competência originária ao Supremo Tribunal Federal para julgar o pedido de medida cautelar nas representações e nas ações diretas de constitucionalidade, respectivamente. (Grifo nosso).**

---

2 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe I - processar e julgar, originariamente:

[...]

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

3 Em termos, podemos observar que, de fato, as primeiras referências em relação a concessão de medida liminar em ações que envolviam, ainda que indiretamente ou incidentalmente, o controle de constitucionalidade por parte do STF remontam a década de 1960, notadamente aquelas que determinaram a suspensão da “eficácia dos atos impugnados, nos termos das representações n.º 466 e 467, relatadas, respectivamente, pelos Ministros Ari Franco e Victor Nunes, cujos despachos monocráticos foram mantidos pelo Plenários.” (SALLES, 2000, p. 23)

No que tange ao procedimento, tal matéria é regulada pela Lei 9.868, de 10 de novembro de 1990, além de complementos previstos no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Pela regra geral, as cautelares em ações diretas de inconstitucionalidades serão concedidas por manifestação da maioria absoluta dos membros da Corte<sup>4</sup>, desde que presente pelo menos oito Ministros<sup>5</sup> na audiência de apreciação do pedido. Frise-se que, em caso de recesso do Tribunal, a medida pode ser concedida monocraticamente pelo Presidente do STF, entretanto, é necessário, neste caso, posterior referendo do Pleno. Impende destacar que, para Mendes e Branco (2014, p. 1160), “a palavra ‘recesso’ foi empregada na Lei 9.868/99 (art. 10, caput) com sentido amplo, abarcando tanto o recesso propriamente dito como as férias forenses.”

Outra exceção ainda pode ser verificada em casos de urgência, quando, nesta hipótese, a cautelar pode ser concedida diretamente pelo Ministro relator e submetida, em momento posterior, também ao crivo do Plenário<sup>6</sup>.

Tais possibilidades de concessão monocrática merecem algumas breves considerações.

De plano, como se verá mais especificadamente adiante, as manifestações em caráter liminar em ADI têm exatamente o mesmo efeito que o pronunciamento de mérito da ação: atingem diretamente a validade da lei, de forma *ergas omnes* e vinculante. Deste modo, ainda que se considerem as peculiaridades relacionadas com a urgência da medida traduzidas justamente em uma leitura dos seus requisitos de concessão, a gravidade de sua implementação a partir de manifestações monocráticas deve ser muito bem avaliada. E isso, inicialmente, pelo trauma causado no sistema harmônico de repartição de competências, e ainda porque há uma série de medidas previstas na própria Lei 9.869/99 que tornam desnecessários tais expedientes na maioria dos casos, como, por exemplo, a possibilidade de se emitir liminares com efeitos retroativos, que passam a atingir situações já consolidadas bem como a possibilidade do STF modular os efeitos de suas decisões, o que, segundo Mendes e Vale (2012, p. 10-11), “é instrumento hábil para se assegurar a decisão de mérito na

---

4 Art. 10 da Lei 9.868/90

5 Art. 10 c/c 22 da Lei 9.868/90

6 Art. 21, IV do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

ação direta e, dessa forma, ela praticamente elimina as hipóteses sem que seja necessária uma urgente decisão monocrática do relator.” Neste sentido, considerando as ideias acima, concluem os autores afirmando que “na maioria das vezes a decisão monocrática era dispensável, seja em virtude da proximidade da realização de Sessão Plenária, do longo tempo de vigência da norma impugnada, seja em razão da sempre possível modulação dos efeitos da medida liminar”.

Retornando ao procedimento, vê-se que o rito, em condições normais, também prevê que as cautelares somente serão concedidas após prévia manifestação das autoridades ou representantes dos órgãos responsáveis pela elaboração do ato questionado, entretanto, também em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a referida audiência<sup>7</sup>.

Quanto ao julgamento, faculta-se a sustentação oral dos procuradores das mencionadas autoridades<sup>8</sup>, assim como os do requerente da medida. Do mesmo modo, ainda há a possibilidade de o relator solicitar a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, os quais, uma vez demandados, devem manifestar-se no prazo de 03 (três) dias<sup>9</sup>.

Interessante aspecto do procedimento é a possibilidade prevista do art. 12 da Lei 9.868/99, que confere, ainda, ao relator, frente à relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica e em nome da celeridade do processo, a possibilidade de sugerir ao Pleno a conversão do julgamento da medida perfunctória no próprio julgamento de mérito da ação direta de inconstitucionalidade.

Por óbvio que, para o julgamento da ação cautelar ser convertido no julgamento de mérito da ADI, os requisitos desta última, ainda que adaptados à singularidade das medidas liminares, devem-se fazer presentes no processo. Neste caso, a manifestação do requerido, bem como a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, antes facultativas, tornam-se indispensáveis. Fixe-se que entendimento semelhante foi proferido no julgamento da ADI n.º 4.163/SP (Rel. Min. Cesar Peluso, julgado em 29/02/2012), senão vejamos a ementa no que se refere a tal aspecto:

---

7 Art. 10, §1º da Lei 9.868/90

8 Art. 10, §2º da Lei 9.868/90

9 Art. 10, §1º da Lei 9.868/90

**EMENTAS:** 1. AÇÃO OU ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF. **Procedimento adotado para decisão sobre requerimento de medida liminar. Manifestação exaustiva de todos os intervenientes na causa, assim os necessários, como os facultativos (*amicus curiae*), ainda nessa fase. Situação processual que já permite cognição plena e profunda do pedido. Julgamento imediato em termos definitivos. Admissibilidade. Interpretação do art. 10 da Lei federal nº 9.868/1999.** Embora adotado o rito previsto no art. 10 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 2009, ao processo de ação direta de inconstitucionalidade ou de descumprimento de preceito fundamental, **pode o Supremo Tribunal Federal julgar a causa, desde logo, em termos definitivos, se, nessa fase processual, já tiverem sido exaustivas as manifestações de todos os intervenientes, necessários e facultativos admitidos.** (Grifo nosso)

Relendo com atenção Mendes e Vale (2012), e mesmo que não se possa estabelecer uma relação necessária entre eventos distantes no tempo, é possível extrair um excelente exemplo de que, provavelmente, se o disposto no art. 12 da Lei 9.868/99, caso já observável em 1998, a peculiar, para não dizer incômoda ou constrangedora situação referente à análise do pedido de liminar constante nos autos da ADI 1.805, já teria sido contornada, ou pelo menos já haveria, à época, instrumentos para isso. A mencionada ação impugna a Emenda Constitucional n.º 16/97 (Emenda Constitucional das Reeleições), a qual, por sua vez, altera o art. 14 da Carta Federal para permitir a reeleição, por um período subsequente, dos chefes dos Executivos ou de quem os houvessem substituídos no curso do respectivo mandato. Pregavam os referidos autores (MENDES E VALE, 2012, p. 17), ainda em 2012, que:

A ação foi proposta em 18 de março de 1998 e, poucos dias depois, exatamente em 26 de março, o pedido de medida cautelar foi levado ao julgamento do Plenário pelo então Relator, Ministro Neri da Silveira, tendo em vista a proximidade das eleições gerais de 1998, na qual a nova norma constitucional seria aplicada pela primeira vez. Apesar de não haver instrução completa dos autos, e mesmo ante o curto espaço de tempo para a análise do pedido e de seus fundamentos, o Ministro Neri da Silveira fez um profundo estudo sobre as questões constitucionais suscitadas na ação, com considerações teóricas sobre condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade que até hoje são referência tanto na jurisprudência como na doutrina especializada sobre o tema.

Frise-se que, prosseguindo no referido julgamento, o Tribunal, na parte em que conheceu da ação, indeferiu, por votação majoritária, o pedido de medida cautelar no respectivo processo. Mas a peculiaridade

da situação reside no fato de que, até hoje, mais de 16 anos depois, a ação ainda não foi julgada no mérito, e provavelmente nem precisará mais ser, embora formalmente não tenha perdido o seu objeto. É que é muito improvável que a Suprema Corte, após vários pleitos eleitorais afinados com a possibilidade de reeleição para os cargos de comando do Executivo, venha a alterar tais regras. Destaque-se que tal situação poderia muito bem ter sido contornada, caso o julgamento da cautelar tivesse sido convertido no exame do próprio mérito, considerando a profundidade do voto proferido pelo eminente relator<sup>10</sup>.

Quanto aos requisitos, é interessante notar, neste aspecto, que, além daqueles normalmente exigidos nos processos subjetivos para a concessão de medidas cautelares<sup>11</sup>, quais sejam, o *fumus boni juris* (plausibilidade jurídica do pedido) e o *periculum in mora* (possibilidade de prejuízo irreparável em caso de demora no provimento), em determinadas situações, o STF passou a exigir uma espécie de terceiro pressuposto: a conveniência da medida para o deferimento da liminar.

Neste sentido, a conveniência surge como uma espécie de elemento conformador, tendo de um lado a atividade contramajoritária da Corte, enquanto guardiã da Constituição, face à possibilidade de ofensa à própria Carta (justamente pelos atos atacados em vias de controle concentrado), e no outro fiel da balança, a própria presunção de constitucionalidade destas mesmas espécies normativas.

Em outras palavras, cabe ao Tribunal observar, antes de manifestar-se liminarmente em relação à determinada ação concentrada, se a concessão da medida perfunctória é mais conveniente, ou menos gravosa ou traumática, que manutenção do ato atacado. Vejamos a seguinte manifestação constante em trecho selecionado da ADI n.º 1.549-4-MC/RJ (Rel. Min. Francisco Rezek, julgado em 18/05/2001):

---

10 Constatções lastreadas no exame de MENDES, Gilmar Ferreira e VALE, André Rufino do. **Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, DF, ano 5. 2011/2012, cuja leitura é recomendada.

11 Para Humberto Theodoro Junior (2007, p. 549), por exemplo, “os requisitos para alcançar-se uma providência de natureza cautelar são, basicamente, dois: I) um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivo e apurável, e II) a plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda a segurança, ou seja, o *fumus boni iuris*”

No juízo liminar da ADIN é imperioso que, além do aspecto de bom direito na tese do autor, tenha-se como seguro que os danos resultantes da continuidade da vigência da norma são maiores que aqueles que adviriam de sua suspensão até o juízo definitivo.

## 2 DOS EFEITOS DAS CAUTELARES

De uma forma geral, para produzir efeito, a ata de julgamento da medida cautelar deve ser publicada no Diário da Justiça da União, exceto quando o Supremo, no exercício do poder geral de cautela, determinar outro termo inicial. Neste sentido, inclusive, o STF já firmou vários entendimentos, como, por exemplo, o exarado na Rcl. 3.309/ES (Rel. Celso de Mello, julgado em 01/07/2005) o qual adverte que “antes da publicação da ata de julgamento no Diário da Justiça da União, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal - que defere medida cautelar [...] - não produz os efeitos que lhe são inerentes, ressalvados, contudo, os casos excepcionais a serem examinados pelo Presidente do Tribunal, de maneira a garantir a eficácia da decisão”.

### 2.1 EM RELAÇÃO AO TEMPO E AS RELAÇÕES JURÍDICAS ALCANÇADAS

No tempo, considerando a excepcionalidade da medida adotada em caráter liminar, os efeitos da decisão proferida cautelarmente têm eficácia *ex nunc*, tal qual como prescreve a determinação contida no art. 11, §1º da Lei 9.868/99.

Quanto a este tema, aparentemente de simples entendimento, haja vista a excepcionalidade da medida adotada, a questão ganha contornos mais sérios quando o caso submetido à análise na Suprema Corte envolve leis ou ato dotados de efeitos já consumados. Obviamente que a simples concessão da cautelar com efeitos *ex nunc* (desconsiderando o *periculum in mora* dos atos já praticados como elemento não apenas autorizativo, mas verdadeiramente constitutivo da prestação jurisdicional incidental), põe em evidência toda utilidade (necessidade) do instituto. Ou seja: em que linhas, e com que fundamentos, a Constituição Federal iria prevê que cabe a mais alta Corte da Nação o exame do pedido de cautelar em uma ação direta de inconstitucionalidade se este instrumento não tivesse valor efetivo algum? Pois é o que de fato aconteceria se os provimentos liminares só tivessem efeitos, ou melhor, só disciplinassem relações jurídicas constituídas após a sua data de publicação.

O Ministro Gilmar Mendes (2002, p. 100), em interessantes anotações sobre o tema, seguindo a mesma linha de raciocínio, afirmou que:

Por isso, e atendendo ao fim que justifica a existência mesma desse excepcionalíssimo instrumento que é essa cautelar, não tenho dúvidas de que, quando a norma impugnada tem os seus efeitos exauridos logo após sua entrada em vigor, mas com repercussão indireta no futuro pela desconstituição de atos pretéritos, repercussão essa capaz de justificar a concessão de liminar, tal concessão se dá para o efeito único possível de suspender a eficácia da norma *ex tunc*, certo é que não se pode suspender para o futuro o que já se exauriu no passado.

Neste sentido, firmou-se o entendimento de que, como na definição do termo inicial, o Supremo pode, desde que motivada e expressamente, conferir efeitos retroativos à medida concedida, notadamente quando visar regular atos normativos com efeitos já consumados. Assim, por exemplo, na cautelar julgada nos autos da ADI 4.698 MC / MA<sup>12</sup> (Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 01/12/2011), que questionava a constitucionalidade de uma emenda à Constituição do Estado do Maranhão, a qual fixava a idade máxima de 75 anos antes da concessão da aposentadoria compulsória no serviço público estadual, o STF cuidou de explicitar o efeito *ex tunc* da medida.

## 2.2 EFEITO QUANTO AOS DESTINATÁRIOS

Quanto à extensão dos efeitos em relação aos destinatários, faz-se necessário, antes de qualquer consideração neste aspecto, relembrar a real natureza do controle concentrado de constitucionalidade: trata-se de processo eminentemente objetivo, ou seja, não se estrutura sobre a definição comum de partes presente no processo civil subjetivo, muito menos no conceito de lide (pretensão a algo juridicamente resistida).

O que marca tais ações é justamente a institucionalidade da demanda traduzida no juízo que se circunscreve em uma espécie de análise da compatibilidade de determinado ato normativo face à Constituição Federal. Neste sentido, leciona Zavascki (2000, p. 277) que as ações diretas de controle de constitucionalidade traduzem-se em uma espécie de:

[...] jurisdição com o objetivo de tutelar, não direitos subjetivos, mas sim a própria ordem constitucional, o que se dá mediante solução

---

12 EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MARANHÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL 64/2011. SERVIDORES PÚBLICOS. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS 75 ANOS DE IDADE. DENSA PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PERIGO NA DEMORA CONFIGURADO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA COM EFEITOS RETROATIVOS.

de controvérsias a respeito da legitimidade da norma jurídica abstratamente considerada, independentemente da sua incidência em específicos suportes fático, portanto, o processo é objetivo. Nele não figuram partes, no sentido estritamente processual, mas entes legitimados a atuar institucionalmente, sem outro interesse que não o da preservação do sistema de direito.

Há consenso, como não poderia deixar de ser, na Suprema Corte, em reconhecer a natureza objetiva do controle concentrado de constitucionalidade. Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho lançado nos autos da ADI n.º1430-0/SP (Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29/08/1996):

O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata ao ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Das observações acima quanto à natureza dos processos de controle concentrado de constitucionalidade, pode-se extrair, de plano, três conclusões óbvias: a primeira é de que, nem de longe, a cautelar nestes processos tem por objetivo garantir uma futura execução ou satisfação de um direito, tal qual formatada no processo civil subjetivo, haja vista a inexistência da prestação jurisdicional a ser garantida.

A segunda é que o pronunciamento de mérito em uma ação direta tem exatamente o mesmo conteúdo cognitivo-jurisdicional das medidas liminares analisadas no mesmo procedimento. Trata-se, como bem define Nascimento Filho (2007, p.5), de uma espécie de duplo julgamento<sup>13</sup>, visto a “a necessidade de o tribunal manifestar-se duas vezes, da mesma forma, com iguais níveis de cognição, sobre as mesmas questões substantivas, apresentadas por uma dada ação direta de constitucionalidade.”

A terceira, surgida quase como um modal deôntico ou um corolário das outras duas, é, considerando a ausência de partes na ação direta (estas tais como definidas em um processo subjetivo comum), considerando ainda a similitude dos pronunciamentos no mérito e na cautelar em sede de controle concentrado, nada mais natural que ambas (a principal e incidente)

13 E tanto é assim, que a Lei 9.868/99, em seu art. 12, prevê a possibilidade de ser converter o julgamento da medida cautelar no próprio mérito da ação, satisfeito alguns requisitos. Ora, como prevê tal possibilidade se ambos os pronunciamentos, em essência, não fossem a mesma coisa?

tivessem imediatamente a mesma abrangência quanto aos destinatários: *erga omnes*. Neste sentido, a Lei 9.868/99, ainda no seu art. 11, § 1º, informa que a liminar deferida atinge a todos bem como vincula diretamente os Tribunais e juízes inferiores e órgãos da Administração Pública, já que, em termos, suspende a eficácia do ato normativo questionado de forma absoluta até a manifestação final.

### 2.3 DE UM EVENTUAL EFEITO REPRISTINATÓRIO DAS MEDIDAS

Questão interessante é tratar da natureza dos efeitos proporcionados pela concessão das medidas cautelares em relação à legislação atacada: teriam tais decisões força para suspender somente a eficácia ou seguem mais profundas e atingem a vigência normativa do ato questionado?

Ainda que, para Kelsen (1999, p. 148), sob determinadas condições, a perda de eficácia implique logo em seguida em perda da validade da norma, ou seja, a “eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes”, temos que observar este fenômeno em condições instantâneas, isto é, quando a verificação de perda de um implica imediatamente na perda do outro, como, por exemplo, o que pode ocorrer nas decisões de mérito e cautelar (duplo julgamento) em ações concentradas de verificação de constitucionalidade.

Para responder tal questão, é preciso ter em mente que o art. 11, § 2º da Lei 9.868/99 esclarece que a concessão de medida liminar torna aplicável a legislação anterior, caso existente e incompatível com a norma suspensa, salvo, obviamente, se o Tribunal entender de modo diverso.

Este efeito repristinatório<sup>14</sup> da liminar expõe a real força do instituto: trata-se de mecanismo capaz de suspender tanto aplicação da lei questionada como também a sua vigência normativa.

Embora soe precitada tal afirmação, já que mais razoável supostamente seria se apenas os efeitos práticos fossem suspensos e a validade da lei fosse mantida intacta até o pronunciamento definitivo do Pleno em relação ao mérito da ADI, é impossível pensar que a cautelar tenha efeito suspensivo somente em relação à aplicação da lei, quando,

---

14 Salles, ao contrário do acima exposto, nega que tal fenômeno tenha a mesma natureza de uma repristinação tal qual prevista no art. 2º, §3º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, “em razão de que instituto em exame tem como pressuposto a revogação constitucional, ou seja, válida, de um preceito por outro e o retorno do revogado à vigência por força de uma terceira norma”.

em determinadas ocasiões, sua concessão pode implicar em um possível retorno de um ato solenemente revogado pelo Legislativo.

De fato, não há um simples comando de sustação dos efeitos de determinado ato normativo dirigido ao Judiciário e/ou aos administradores públicos. Há, em espécie, verdadeiramente uma retirada da lei do mundo a despeito da regular atividade legislativa desenvolvida.

Entretanto, em que pese a tentação de assumir um posicionamento contrário à força normativa da concessão das medidas cautelares face a efetividade do ato questionado, sustentando, para isso, principalmente argumentos construídos com base na proibição, ou pelo menos mitigação, de um controle eminentemente jurisdicional da atividade legislativa, antes é necessário atentar para dois problemas.

O primeiro nos leva a considerar a seguinte questão: caso o STF conceda um liminar e determine a suspensão de aplicação de determinada lei e desse ato surja um vazio normativo por falta absoluta de regulamentação da matéria, nesta situação, o que há de ser feito? Deve a Corte se omitir e deixar ao livre alvedrio da sociedade o disciplinamento dos fatos? (fatos esses já provavelmente em situação conturbada, haja vista o questionamento constitucional). Ou deve o STF disciplinar tais situações na própria liminar?

A resposta mais razoável provavelmente não deve contemplar nenhuma das alternativas acima expostas. Veja que é muito menos traumático para a manutenção da legitimidade da proteção jurisdicional da Constituição que a cautelar tenha por si, salvo provimento da própria Corte, força repristinatória, o que, por sua vez, só é possível se tal força atuar no campo normativo da vigência das leis e não apenas na eficácia. Vejamos as esclarecedoras lições de Mendes (2002, p. 96):

Aparentemente o dilema somente pode ser solvido se se puder admitir que a medida cautelar suspensiva diz respeito não só a eficácia mas também à validade, afetando a vigência da lei, tanto no plano fático quanto no plano normativo. A decisão proferida na medida cautelar mostrar-se-ia, assim, hábil a suspender, temporariamente, a própria validade da norma questionada, dando ensejo, eventualmente, à repristinação do direito anterior.

Frise-se inclusive que, para Kelsen (2003, p. 107), em relação à segunda medida, a alternativa proposta está totalmente fora de cogitação, haja vista que, para o autor austríaco: “A legiferação, que é do que se trata

aqui [...], não pode ficar a cargo de um tribunal; nem tanto por causa da diversidade das funções legislativa e jurisdicional, mas antes, porque a organização do órgão legislativo é essencialmente dominada por outros pontos de vista que o da constitucionalidade de seu funcionamento.”

Por fim, impende destacar que o próprio Ministro Gilmar Mendes já enfrentou especificamente tal questão no STF, nos termos da Recl. 2.256/RN (julgado em 11/09/2013), da qual se faz imperioso transcrever parte do seu voto referente à análise da questão no Direito brasileiro a partir da evolução dos entendimentos professados pela doutrina alemã sobre o tema. Assim, tem-se o seguinte:

Como justificar a autorização, contida expressamente na medida cautelar, para que fosse aplicado o direito anterior? Essa autorização somente poderia ser aceita se se afigurasse possível admitir que as providências cautelares, previstas § 32 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, afetam, eventualmente não só a chamada vigência fática (*faktische Geltung*), mas também a vigência normativa (*normativa Geltung*).

## REFERÊNCIAS

ALVES, Paulo César Amorim. **O tempo como ferramenta de decisão no STF**: um mapeamento da seletividade do tribunal nos tempos processuais das ações diretas de inconstitucionalidade. Monografia apresentada como conclusão da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2006. Disponível na Internet: <http://www.sbdp.org.br>, acesso em 05.09.14;

BRASIL. **A Constituição e o Supremo**. Brasília: Secretaria de Documentação do STF, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na reclamação n.º 2.256/RN. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJe de 11/09/2013.

\_\_\_\_\_. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.163/SP. Relator: PELUSO, Cesar. Publicado no DJe de 29/02/2012.

\_\_\_\_\_. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.698 MC/MA. Relator: BARBOSA, Joaquim. Publicado no DJe de 01/12/2011.

\_\_\_\_\_. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.549-4-MC/RJ. Relator: REZEK, Francisco. Publicado no DJe de 18/05/2001.

\_\_\_\_\_. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade (Liminar) 1.805-2 - DF. Relator: SILVEIRA, Néri da. Publicado no DJe de 26/06/1998.

BULOS, Lammêngo Uadi. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011

CARVALHO, Marcio Cruz Nunes de. **Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade de acordo com a emenda constitucional n. 45/2004**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

CONTI, Giovanni. **Requisitos da tutela cautelar constitucional**. Porto Alegre: Norton, 2004.

FILHO, Pedro Luiz do Nascimento. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Monografia apresentada como conclusão da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007. Disponível na Internet: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/102\\_Pedro%20Luiz%20do%20Nascimento%20Filho.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/102_Pedro%20Luiz%20do%20Nascimento%20Filho.pdf), acesso em 06.09.14;

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. A garantia constitucional da Constituição:(a justiça constitucional). **Revista de Direito Público**. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, DF, vol. I, n. 1, p. 90-130, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade. Observatório da Jurisdição Constitucional. **Instituto Brasiliense de Direito Público**. Brasília, DF, ano 5. 2011/2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Do efeito vinculante das decisões concessivas de cautelares em ação direta de inconstitucionalidade. **Revista Ibero-Americana de Direito Público**. Rio de Janeiro, ano III, n.º 10, p. 95-106, 2002.

SALLES, Rodolfo Cunha. Apontamento sobre a medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, n. 3, p.17-35, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 2º v. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das liminares nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. **Revista de Processo**, v. 25, n. 98, p. 275-294, abr./jun. 2000.

---

## ÁGUA, UM LÍQUIDO VITAL EM BUSCA DE RECONHECIMENTO COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE DIGNIDADE

Ana Alice De Carli\*<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho visa demonstrar as diversas funções da água bem como a importância de se repensar certos institutos do Direito, a fim de que se possa elevar a natureza e a água à categoria de sujeitos de direitos, visto ser necessária a mudança do paradigma de que a natureza é mero objeto à disposição das vontades do homem. Afinal, é sujeito de direitos quem o Direito assim o reconhece, como o fez com as sociedades, associações e com a própria figura do Estado. Tal linha de raciocínio tem o objetivo de buscar despertar nas pessoas o desejo de proteger e preservar os recursos naturais e o sentimento de respeitá-los, e dessa forma, lançar mão de remédios constitucionais com vistas a tutelá-los, a exemplo da Ação Popular, cujo único legitimado é o cidadão.

**Palavras-chave:** Direito à água. Direito das águas. Natureza.

### WATER, A LIQUID VITAL TO SEEK RECOGNITION AS A SUBJECT OF RIGHTS AND HOLDER OF DIGNITY

**ABSTRACT:** The present work aims to demonstrate the many functions of the water and the importance of rethinking certain law institutes in order to elevate nature and the water to the category of subjects of rights, since it is necessary to change the paradigm of that nature is mere object to the provision of the wills of men. In fact, it is subject of rights who the law thus recognizes, as it did with societies, associations and figure of the State. This line of reasoning has the objective to seek awakening in people the desire to protect and preserve natural resources and the feeling of respect them, and thus make use of constitutional remedies in order to safeguard them, such as the Popular Action, whose sole legitimate is the citizen.

**Keywords:** Right to water. Water law. Nature.

---

1 \* Doutora em Direito Público e Evolução Social. Professora Adjunta de Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Tecnologia Ambiental, da Universidade Federal Fluminense – UFF. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Meio Ambiente e Direito - GEMADI/UFF. Parecerista da Revista de Direito Administrativo –RDA- FGV-Direito/Rio. Membro do Conselho Editorial da Editora Millennium.

RECEBIDO EM: 13/01/2015      ACEITO EM: 23/03/2015

## 1 INTRODUÇÃO

O mundo globalizado e cheio de complexidades depara-se com diversos problemas. Entre eles encontra-se, talvez, uma das mais difíceis questões da atualidade, que é buscar compatibilizar sustentabilidade dos bens naturais e desenvolvimento econômico; assunto que tem sido a tônica de debates entre governantes, especialistas e acadêmicos, nos planos nacional e internacional. A rigor, é imperioso que o binômio sustentabilidade-desenvolvimento esteja sempre presente nos diálogos, mesmo quando o foco da discussão esteja centrado na economia.

Em um contexto no qual a demanda por bens e serviços cresce vertiginosamente, a preocupação parece vigorosamente justificada quando se constata que, no mundo contemporâneo, em paralelo ao crescimento da economia, da ciência e da tecnologia, ampliam-se os causadores de poluição e seus nefastos efeitos, enquanto os recursos naturais (a exemplo das águas) apresentam sinais de exaustão e finitude.

A cada dia, novos desafios impulsionam o homem a buscar novos caminhos que possam ajudá-lo a viver melhor. Recentemente, a Organização Mundial da Saúde (OMS) divulgou, por meio de seu diretor assistente em saúde, Keiji Fukuda, relatório sobre a resistência globalizada a antibióticos (<http://www.who.2014>).

Nessa trilha, outro problema que tem preocupado as sociedades refere-se ao direito fundamental ao acesso à água com qualidade e quantidade. Com relação a esta riqueza natural, o Brasil, que sempre se orgulhou por deter aproximadamente 12 % do potencial de água doce do mundo, já está enfrentando o que se pode denominar de “a crise da água”.

As secas na Região Nordeste do país sempre foram de conhecimento notório, ceifando vidas em seu sentido mais amplo, porquanto a inexistência de água conduz inevitavelmente a prejuízos de ordem física e econômica.

Atualmente, no entanto, a questão da falta deste líquido vital chegou ao grande centro econômico do país, o Estado de São Paulo. Apenas para ilustrar: o consumo deste bem finito, somente na região metropolitana do citado Ente Político, teve um aumento, entre os anos de 2004 a 2013, de 26%. O Sistema Cantareira, um dos principais da região, tem reduzido significativamente o seu potencial, chegando, no início de maio do ano de 2014, ao patamar de 9,6%, agravando-se por vários fatores, entre eles, a ausência de chuvas e o excessivo consumo, considerando as múltiplas funções da água: irrigação, indústria e abastecimento urbano (BRENHA, GERAQUE e GARCIA, 2014).

O governo paulista já está adotando política de contenção do uso da água, incentivando o consumidor a utilizá-la de forma mais sustentável, concedendo-lhe descontos de até 30% na tarifa (fonte : [www.sabesp.com.br](http://www.sabesp.com.br)). A propósito, tal política de bônus adotada pelo Estado de São Paulo, para tentar adequar a necessidade de água da população ao mesmo tempo em que visa garantir potencial hídrico mínimo no Sistema Cantareira, enquanto as chuvas não chegam, assemelha-se ao que se tem defendido em outros trabalhos, que é a criação da contribuição especial da água, cujos contribuintes seriam os consumidores do *líquido precioso* no espaço urbano, já que, para a agricultura e indústria, existe o regime de outorga do direito de uso da água, previsto na lei nacional das águas (Lei nº 9.433/97). Tal exação, com caráter extrafiscal, teria a especial finalidade de incentivar o consumo sustentável da água, *pari passu*, servir de instrumento de educação ambiental (via profícua para a promoção da cidadania ecológica). Afinal, seguindo a lógica aristotélica, se a água consubstancia elemento essencial para a vida, logo, não há vida sem ela. Não há vida, tampouco desenvolvimento econômico!

Apesar dos constantes avanços tecnológicos, infelizmente a humanidade ainda tem muito caminho a trilhar para encontrar soluções sustentáveis de consumo e preservação dos recursos naturais, em particular, dos mananciais hídricos. Entretanto, já se pode vislumbrar na combinação de mecanismos como, a educação ambiental; a normatização (que enfeixa normas jurídicas e práticas de controle estatal); a tecnologia e a tributação, soluções para a gestão participativa das águas.

Nesse contexto, indaga-se: como o Direito, associado a outros aspectos, poderia ajudar a preservar as águas, além do elemento normativo-regulatório? E é com base nesta indagação que se defende a qualidade de sujeito de direitos à água.

## 2 A ÁGUA E O DIREITO

Desde a Antiguidade, vários pensadores estudam os fundamentos do Direito e, bem assim, sua função construtora e modificadora da realidade (SABADELL, 2008).

Nessa toada, cabe uma reflexão sobre a relação natural e necessária entre o homem e a Natureza, em particular neste estudo, entre a humanidade e a água, e a importância funcional do Direito para disciplinar tal convivência. Acentua o filósofo brasileiro Saldanha (2005) que o Direito

é “uma estruturação que se pretende estável, mas que frequentemente muda, altera-se, reconstrói-se”. Ainda, nessa trilha, professa Nader (2009, p. 17):

Para o homem e para a sociedade, o **Direito não constitui um fim, apenas um meio para tornar possível a convivência e o progresso social**. Apesar de possuir um substrato axiológico permanente, que reflete a estabilidade da ‘natureza humana’, o **Direito é um engenho à mercê da sociedade e deve ter a sua direção de acordo com os rumos sociais**. (Grifo nosso)

Na atualidade, a ideia do positivismo clássico normativista, calcado no método de subsunção do fato à norma, tem sido contestada pela doutrina e jurisprudência, que buscam nova forma de interpretar o Direito; isto é, uma nova hermenêutica. Nesse diapasão, Eros Grau, ex-ministro do Supremo Tribunal brasileiro (GRAU, 2009, pp. 2-7) pontifica que o Direito é alográfico, uma vez que “o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador” e aduz “a ‘completude’ do texto somente é atingida, quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete”. Em outras palavras: texto e norma, embora se imbriquem, são significantes distintos. O texto fecha-se em si mesmo, enquanto a norma é flexível, transmuda-se em função dos contextos em que se insere, adaptando-se às situações fáticas enfrentadas pelo hermenêuta. Dessa feita, pondera Eros Grau: “a norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto e o intérprete a desnuda”.

Do outro lado do oceano, pensadores, a exemplo de Gadamer (2009), propõem nova hermenêutica, amparada na filosofia da linguagem, cujos elementos basilares são a linguagem, a existência e a facticidade.

Nessas linhas de intelecção, entende-se, como condição necessária à defesa da tese de a água ser elevada ao patamar de sujeito de direitos, que o objeto do Direito bem como sua moldura estrutural tenha como premissas basilares: *a uma*, o homem, em uma relação jurídica, precisa ser tratado como “uma pessoa de carne e osso”, no dizer de Barcellona (1996, p. 17), e não apenas como mais um dos elementos essenciais das relações jurídicas; *a duas*, o Direito deve tratar o Meio Ambiente, em especial as águas, a partir de uma dúplici perspectiva, ecocêntrica e antropocêntrica, contemplando a relação entre *homem-natureza-natureza-homem*, isto é, examinar esta complexa relação a partir de um ângulo interdisciplinar e holístico e não apenas como homem-objeto, sendo a natureza o objeto.

Assim, a partir da ideia de que o Direito é, ao mesmo tempo, um *instrumento* por meio do qual o homem, politicamente civilizado, orienta

sua conduta na busca do equilíbrio das relações, e uma *função social*, no sentido de que desempenha os papéis de criador e transformador da realidade, é possível defender a existência de três formas jurídicas de tutela das águas, quais sejam: o *direito das águas*, o *direito de águas* e o *direito à água* (CARLI, 2013).

Nessa toada, enquanto o *direito de águas* compreende um conjunto de regras e princípios que disciplinam os variados usos desta riqueza natural; no caso brasileiro, destaca-se a já mencionada lei nacional das águas, que traz um rico arcabouço de normas disciplinadoras do uso dos mananciais hídricos; o *direito à água*, por sua vez, consubstancia um direito fundamental dos seres humanos, dos animais e da própria Natureza.

A questão que se coloca é: por que o Direito precisa disciplinar e tutelar esse elemento da Natureza, e, ainda, qualificá-lo, ao mesmo tempo, como direito fundamental e como sujeito de direitos?

No que se refere à ideia de a água ser um direito fundamental, assevera a indiana Shiva (2006), os direitos à água são natos, não se originando da normativa estatal; “eles surgem de um dado contexto ecológico da existência humana”, pontifica a ecologista.

A rigor, dois atributos são inerentes ao direito à água e ao direito *das águas*. São eles: a *essencialidade* e a *fundamentalidade*, que os transformam, por excelência, em direitos naturais, ainda que o Direito institucionalizado, positivado, não os explicita como tais. Evidencia-se, entretanto, que o reconhecimento do direito fundamental à água potável e do direito *das águas* pelo Estado reforça sua importância, tornando sua observância norma coercitiva, além de servir, em tese, de instrumento de conscientização de toda a sociedade.

No tocante aos mencionados elementos *essencialidade e fundamentalidade*, preleciona Sarlet (2007.a, pp.88-89) que a *fundamentalidade*, sob a perspectiva material, “decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”<sup>2</sup>. Nessa trilha, visualiza-se, por força do art. 5º, par. 2º, da CR/88, duas

2 Ensina o autor que a *fundamentalidade* pode variar de Estado para Estado, isto é, o que é fundamental para uma Organização Política pode não sê-lo para outra. Defende, no entanto, a existência de valores universais, como a vida, a liberdade, a igualdade e a dignidade humana; os quais ainda podem ser axiologicamente ponderados de forma distinta, dependendo do espaço cultural e temporal.

vertentes de direitos fundamentais: *a uma*, aqueles de natureza dúplice, formal e material (estabelecidos na Constituição formal); e *a duas*, os direitos materialmente fundamentais (sem previsão expressa na Carta Constitucional).

A *essencialidade*, por sua vez, vincula-se à natureza do interesse protegido, servindo de parâmetro de mensuração da *fundamentalidade* a partir da análise de determinada situação fática. Posto de outra forma: quando estiverem em colisão dois direitos/interesses materialmente fundamentais, dever-se-á considerar as circunstâncias do fato da vida, o grau de interferência no núcleo de cada interesse em jogo, conforme lições do pensador alemão Alexy (2007, pp. 295-304).

Segundo a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), o consumo de água diária pelo ser humano deve ser de, no mínimo, 40 litros<sup>3</sup>.

De fato, a água, por suas características de *fundamentalidade* e *essencialidade* à vida e ao desenvolvimento econômico, deve ser garantida a todos, dentro de um padrão do mínimo existencial, mas cumpre a todos também o dever de usá-la com responsabilidade e sustentabilidade.

Ainda sobre o mínimo existencial, pondera Sarlet (2007, p.336) que, a despeito de inexistir norma expressa na Constituição Republicana Brasileira de 1988, é possível visualizá-lo “nos próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros)”. Entre esses “outros”, a que se refere o autor em tela, pode-se incluir os direitos ao acesso à água com qualidade e aos serviços de coleta e tratamento de esgoto, ou seja, os direitos ao saneamento básico.

Variados são os argumentos que podem fundamentar a tese segundo a qual a água consubstancia direito fundamental. Nesse sentido, apregoa-se a possibilidade de o Constituinte derivado de 1988, por meio de emenda à Constituição, incluir no Capítulo I, do Título II, que trata dos *Direitos e Garantias Fundamentais*, os direitos ao acesso à água potável e aos sistemas de tratamento e coleta adequada de esgoto e de lixo, e, ainda, estabelecer em capítulo próprio para o direito das águas.

3 Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2006, a Organização das Nações Unidas – ONU - recomenda aos Estados que desenvolvam políticas que garantam a todos o acesso à água limpa, por preço razoável e **permitam o acesso gratuito de, pelo menos, 20 litros de água por dia à população hipossuficiente economicamente**. (Grifo nosso)

A propósito, tramita no Congresso Nacional, desde 2007, uma Proposta de Emenda à Constituição, de autoria do deputado federal do Estado do Ceará, Raimundo Gomes de Matos, cujo objeto é a inserção do direito à água no rol dos direitos sociais, os quais estão delineados no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, parece incontestável o reconhecimento da natureza jurídica de direito fundamental à água, sob dúplici perspectiva constitucional: formal e material.

Dando continuidade à proposta deste artigo, busca-se, no próximo capítulo, tratar dos aspectos gerais sobre a água, para, em seguida, apresentar argumentos defensáveis de que o Direito pode (e deve) elevar esta riqueza à categoria de sujeito de direitos.

### 3 A ÁGUA E SUA IMPORTÂNCIA

A importância da água já era reconhecida na Antiguidade; o filósofo grego Tales de Mileto, por exemplo, defendia a água ou o úmido como o princípio de tudo, ou seja, como o elemento principal da formação do *cosmos* (CHAUI, 2002).

A água, sob a perspectiva jurídica, pode ser analisada como: 1) direito fundamental; 2) elemento da natureza; 3) direito de propriedade; 4) direito de uso e 5) sujeito de direitos. Assim definida, a disciplina do *ouro azul* impõe a coexistência de vários regimes jurídicos, os quais devem harmonizar-se, malgrado albergar regras distintas.

Oportuno ressaltar que, no Brasil, as águas doces diferenciam-se ora pelo seu uso, ora pelas suas características, implicando a existência de mais de um regime jurídico.

Veja-se o quadro abaixo:

USOS E CARACTERÍSTICAS DAS ÁGUAS DOCES	
1.	<b>ÁGUA CANALIZADA: água fornecida por aqueduto por prestadora de serviço público</b>
	LEI Nº 9.433/97
	a) Arts. 1º, I, II, e 2º, I.

<b>b) Outorga de Direito de Uso de Recursos Hídricos.</b>
<b>2. ÁGUA MINERAL ENVASADA:</b>
<b>a) DECRETO-LEI 7.841/45 (Código de águas minerais)</b>
<b>b) DECRETO-LEI 227/67 (Código de Minas)</b>
<b>3. RECURSOS HÍDRICOS PARA FINS DE GERAÇÃO DE ENERGIA – Art. 20, § 1º, CF/88</b>
<b>a) Outorga de Direito de Uso de Recursos Hídricos: Art. 12, IV e § 2º, Lei 9.433/97.</b>
<b>a) Art. 20, § 1º, CF/88</b>

Conforme se extrai do quadro acima, as águas podem se diferenciar de acordo com as suas especificidades. A água potável, por exemplo, que, na atualidade, requer tratamento para estar apta ao consumo, é um direito fundamental, não podendo ser confundida com mercadoria (entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro) e disciplinada pela Lei Nacional das Águas (Lei nº 9.433/97). A água mineral envazada, por outro lado, é disciplinada pelo Código de Águas Minerais e pelo Código de Minas, e é tratada como mercadoria, não consubstanciando, em regra, um direito fundamental, podendo incidir o tributo estadual, imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), previsto no art. 155, inciso II, da Carta Constitucional brasileira de 1988. Por fim, há as águas como potencial de geração de energia, as quais são disciplinadas pela Constituição brasileira de 1988 e pela Lei Nacional de Águas.

“A água é o motor da economia verde”, acentua Zafar Adeel, diretor da UN WATER. O *líquido vital*, no entanto, é mais do que isso, visto que suas múltiplas concepções e funções o tornam, indelevelmente, essencial à vida e ao desenvolvimento econômico.

No que se refere à noção do elemento água, o conhecimento físico-químico apresenta o líquido vital como a conjugação de duas moléculas de hidrogênio e uma de oxigênio (H<sub>2</sub>O), alterando-se de uma forma a outra, dependendo da temperatura; isto é, a água pode apresentar-se em três estágios: líquido, gasoso e sólido. É a “água científica”, no dizer de D’isep (2010, p. 37).

Branco (2003, pp. 30-34) ensina que as geleiras de água doce surgiram “da condensação e do congelamento da umidade do ar (neve) às baixas temperaturas”. Os exemplos clássicos de geleiras citados na literatura especializada são: as planícies do Polo Norte; a Antártida, no Polo Sul; as altas montanhas, como as Cordilheiras dos Andes, na América do Sul; as cordilheiras dos Alpes, na Europa; as cordilheiras do Himalaia, entre os países Índia e China. Tais monumentos de águas sólidas, criados por mudanças climáticas, estão em processo de derretimento acelerado, o que preocupa, sobretudo, em razão de seus efeitos globais, como a elevação dos mares, causando enchentes e destruição.

A água em estado gasoso no Planeta Terra é de aproximadamente 0,001%, conforme acentua Branco (2010), ao sublinhar que o “vapor é responsável pela umidade do ar, geralmente medida em termos de porcentagem de umidade relativa, pois ela é proporcional à temperatura ambiente”. Desse modo, quando o ar está bastante úmido, ocorre a neblina. Preceitua ainda o biólogo em tela que a água em forma de vapor caracteriza o “efeito estufa natural”, que, por sua vez, “é o responsável pela manutenção de uma temperatura compatível com a existência de vida na superfície do Planeta” (BRANCO, 2010, p. 34)<sup>4</sup>.

A água em forma líquida, como é de conhecimento empírico de todos, tem funções múltiplas, que inicia como elemento da estrutura corpórea de todos os seres vivos. Sua capacidade de dissolver outras substâncias faz dela um solvente universal. Além de outras funções elementares, como as de saciar a sede e de higienização.

O *líquido precioso* caracteriza-se, basicamente, pela *sua densidade*, capaz de alterar o Meio Ambiente natural; pelo *seu calor específico*, o qual pode gerar mudanças climáticas e pela *sua solubilidade*, visto que a água tem a aptidão de dissolver diversas substâncias. Nesse sentido, explica D’isep (op.cit., p. 35-37):

É a importância das propriedades físicas, químicas e biológicas da água que permite afirmar que a garantia do direito de acesso à água implica, inelutavelmente, instrumental a serviço da incolumidade – física, biológica, química e psíquica – do ser humano, assim como o equilíbrio do seu meio.

Ainda, a água revela seu mérito e essencialidade a partir de aspectos sociais, econômicos, geopolíticos, jurídicos, ambientais, ontológicos e

4 Explica o autor que a expressão “efeito estufa natural é dada em oposição ao efeito estufa ‘artificial’, resultante da excessiva produção de gás carbônico e outros gases pelo homem, a qual provoca uma elevação progressiva e perigosa da temperatura da terra”.

éticos. Nesse diapasão, assevera D'isep (op.cit., pp.37-38) que a “água social” desempenha, pelo menos, duas funções básicas: *a uma*, como “vetor dos usos e costumes sociais” e; *a duas*, “como fator de interação e gerenciador hídrico”. No tocante à primeira função, a de influenciar o *modus vivendi* das pessoas em sociedade, argumenta a autora, a água social desempenha diversos papéis, a saber:

- a) Água Histórica: ao influenciar os usos e costumes de uma sociedade, torna-se vetor e fonte histórica, influenciando na cultura das civilizações. Exemplo: a clássica influência do delta do Rio Nilo na civilização local;
- b) Água Controle de Natalidade: na Índia, as monções são responsáveis pelo aumento da taxa de natalidade. São os chamados ‘filhos da água’;
- c) Água Paisagem: como elemento integrado da paisagem, se preservada e não poluída, é fonte de bem-estar, proporcionando a felicidade, o turismo, o lazer etc;
- d) Água Controle do Êxito Rural: a existência em determinada região garante a sobrevivência e permanência humana no local [...];
- e) Água Simbologia: representa a pureza, a vida e, por isso, é utilizada no batismo e em outros ritos religiosos [...].

O *ouro azul*, em razão de suas múltiplas funções e de sua finitude, é tratado pela Economia como bem de valor econômico finito e escasso. Nesse sentido, ensina Nusdeo (2009, p. 154) que as políticas adotadas para o desenvolvimento econômico precisam considerar as externalidades negativas<sup>5</sup>, as quais ocorrem normalmente em razão do “divórcio entre escassez e propriedade que leva bens já escassos a serem oferecidos como se livres fossem”. Segundo o citado autor, a precificação traria, de pronto, duas vantagens: 1. o uso racional do bem escasso e 2. o aumento dos recursos financeiros à implementação de obras de preservação e recuperação ambiental. De fato, o que se verifica na atualidade é o aumento acelerado da demanda por água e, por outro lado, a perda desta riqueza, seja por conta da poluição, seja pelo uso insustentável.

Contrapondo-se à ideia de precificação dos recursos hídricos e referindo-se metaforicamente à revolução da água como mecanismo de garantir o “direito à vida para todos”, o economista Petrella (2004,

5 Explica Nusdeo que as *externalidades* “correspondem a custos ou benefícios circulando externamente ao mercado, vale dizer, que se quedam incomensurados, pois, para eles, o mercado, por limitações institucionais, não consegue imputar um preço. E, assim, o nome *externalidade* ou efeito externo não quer significar fatos ocorridos fora das unidades econômicas, mas sim fatos ou efeitos ocorridos fora do mercado, externos ou paralelos a ele”.

p. 24-25) assevera que a água não pode ser objeto de mercantilização, sob o argumento de que o líquido vital é “um patrimônio comum da humanidade”, vinculado aos direitos fundamentais. Ao contrário da maioria dos economistas, Petrella assume visão mais social da questão do acesso à água.

Por outro lado, a Declaração de Dublin de 1992 - documento no qual, pela primeira vez, o *ouro azul* foi mencionado como bem passível de valoração econômica - estabelece, em seu princípio nº 4, que “a água tem valor econômico em todos os usos competitivos e deve ser reconhecida como um bem econômico”. Do teor desse texto, infere-se que a precificação do uso da água, em sentido contrário ao pensamento de Petrella de que a mercantilização<sup>6</sup> da água traria mais injustiças sociais, compreenderia um instrumento a garantir a todos o acesso qualitativo e quantitativo do líquido precioso; o que não significa que o tratamento seguisse a lógica da mercância para obtenção de lucro. A propósito, a lei nacional das águas brasileiras, o diploma normativo nº 9.433/97, também estabelece, em seu art. 1º, II, que a água é um bem natural dotado de valor econômico, seguindo a legislação francesa (a Lei 92-3/92) e a mencionada Declaração de Dublin.

Retomando os diferentes aspectos da água, tem-se a *perspectiva geopolítica*, segundo a qual o líquido vital deve ser analisado, disciplinado e gerido, a partir de interesses locais, regionais, nacional e internacional: todos harmônicos em prol do bem-estar dos ecossistemas hídricos. Mais uma vez oportunas são as lições de D’isep (op. cit. p. 44), que demonstra ser o *ouro azul* uma questão de soberania nacional, com os seguintes argumentos:

- i) *Água fronteira*: [...] ter rios e lagos como fronteiras implica regulamentação de uso que deverá ser partilhado pelas partes limítrofes [...];
- ii) *Água para transporte e navegação*: [...] uma das mais significantes barreiras a serem transpostas seria a regulamentação da ‘liberdade de navegar’, o que foi acontecendo pouco a pouco, advindo no ‘princípio da liberdade de navegação sobre os rios considerados internacionais’ (Congresso de Viena, de 1815);
- iii) *Água como arma de defesa e ataque*: A necessidade de proibição de utilização de água como arma de guerra, quando de conflitos armados, e sua proteção contra as ações terroristas

---

6 Cabe destacar que a expressão *mercantilização* aqui empregada é no sentido de cobrança do uso da água tratada, não equiparando, por certo, este líquido precioso com qualquer produto industrializado, inclusive a água mineral envazada.

passam a ocupar o centro das preocupações em debates internacionais<sup>7</sup> e iv) *Desertificação e Cheias*: Elas têm causas, efeitos e extensões difusas, sendo fatores de impactos ambientais, sociais e econômicos [...].

De fato, tais razões transformam as águas em bens estratégicos, impondo políticas de caráter nacional, justificando, por exemplo, em solo brasileiro, a competência da União para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos bem como disciplinar e explorar os serviços de transporte aquaviário, nos termos do art. 21 da Carta Maior brasileira de 1988.

Na França, por exemplo, embora a Lei das Águas estabeleça que a “água é parte do patrimônio comum da nação”, sendo que seu “uso pertence a todos”, ainda vigora, entre os vários regimes existentes, o regime jurídico clássico de recursos hídricos, fundado no direito de propriedade (D’ISEP, op. cit., pp. 50-51). No Brasil, com a promulgação da Constituição Republicana de 1988, por força do art. 225, a água é considerada “bem de uso comum do povo”, ou seja, não existe mais a possibilidade de águas de caráter privado, desse modo, considerando sua natureza jurídica de bem público, é dever de todos os atores sociais preservá-la, bem como participar ativamente de seu processo de gestão, começando pelo seu uso de forma racional, o que já importa em grande diferença.

A água ambiental, no dizer de D’isep, (op. cit., p. 52-54) pode ser examinada a partir de três enfoques: 1) como “elemento natural”, ou seja, como um microbem ambiental, implicando tratamento próprio de um recurso finito; 2) como um “ecossistema ecológico”, interagindo com os demais ecossistemas, a fim de preservar o equilíbrio das vidas; 3) como elemento “essencial à sadia qualidade de vida do homem”, ou seja, a água como condição de possibilidade para suprir as necessidades básicas das pessoas e dos demais seres vivos.

A “*água ética*” ou “*hidroética*”, a seu turno, é corolário da ética ambiental, implicando trazer à luz o discurso da responsabilidade social e bem assim o reconhecimento dos valores norteadores da relação homem-natureza. Nessa toada, defende o filósofo brasileiro Boff (2010, p. 175) a “*ética do cuidado*”, fundada em duas premissas básicas: a *autolimitação* e a *justa medida*. A primeira (a *autolimitação*) consubstancia “a renúncia necessária que fazemos de nossos desejos e a voracidade produtivista e consumista para salvaguardar a integridade e a sustentabilidade de nosso planeta”; de tal sorte que a ética do cuidado para com o ecossistema deva ser o mote do agir humano. A *justa medida* (a *segunda premissa*), por sua

7 Vide os Princípios 23 e 24, da Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Rio/92.

vez, no dizer do estudioso, “está na base de todas as virtudes, porque a *justa medida* é o ótimo relativo, o equilíbrio entre o mais e o menos”. Este equilíbrio no que diz respeito às ações humanas com impacto negativo no Meio Ambiente exige um exercício de cidadania ecológica, somado à vontade de mudar padrões de conduta.

Nessa trilha, professa o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e fervoroso defensor das questões ambientais Nalini (2010):

Somente uma conversão – ou uma reconversão ética – poderá inverter o círculo vicioso da inércia, da ganância, do desperdício, da insensibilidade, para uma existência de zelo pela natureza. De uso responsável. De desenvolvimento sustentável. De sensibilidade ambiental. De amor à natureza e de amor ao próximo. De respeito à vida. De luta permanente para a consecução de uma vida digna.

A ética ambiental impõe uma relação de igualdade e respeito entre o homem e a natureza e não mais uma relação entre pessoa-pessoa e a natureza como objeto.

Nesse cenário, a água como elemento natural, finito e essencial à qualidade de vida das pessoas, dos animais e do próprio Planeta Terra é, por certo, o fundamento do surgimento do *direito de águas*, o qual, conforme referido, consubstancia um conjunto de regras e princípios, cuja função é disciplinar o agir antropocêntrico em relação ao Meio Ambiente natural. Também a essencialidade do líquido vital justifica a tese do *direito das águas*, segundo a qual a água deixa de ser objeto e passa a ser sujeito de direitos.

#### 4 ÁGUA: UM SUJEITO DE DIREITOS

Na trilha de alguns estudiosos, defensores de que a Natureza pode ser sujeito de direitos, a exemplo de Boff (2010, p. 40), Lovelock, Margulis, entre outros, sustenta-se a possibilidade de a água ser sujeito de direitos (CARL I, 2013).

Nesse contexto, faz-se mister reavaliar as relações jurídicas tradicionais triangulares, em que há, pelo menos, um indivíduo em cada polo e um objeto no meio que os vincula, com vistas a coadunar a ideia de a natureza e a água poderem ser tratadas como sujeito de direitos.

É de se realçar que já existe normativa constitucional reconhecendo os direitos da Natureza, sendo o caso da Constituição da República do Equador de 2008 que, em seu art. 71, estabelece tais direitos:

#### **Derechos de la naturaleza**

**Art. 71.** - La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Nessa senda, o economista equatoriano Acosta (<http://www.derechosdelanaturaleza.com>.) acentua a necessidade de elaboração de uma Declaração Universal dos Direitos da Natureza, argumentando:

Al reconocer a la Naturaleza como sujeto de derechos, en la búsqueda de ese necesario equilibrio entre la Naturaleza y las necesidades y derechos de los seres humanos, enmarcados en el principio del Buen Vivir, se supera la clásica versión jurídica. Y para conseguirlo nada mejor que diferenciar los Derechos Humanos de los Derechos de la Naturaleza, tal como lo plantea Gudynas.

No passo de Acosta, reconhece-se a necessidade de releitura de alguns institutos do Direito a fim de se criar condições à defesa da tese de que a Natureza pode ser sujeito de direitos e por conseguinte, as águas.

A *Declaração Universal dos Direitos da Água*, da ONU, de 1992<sup>8</sup> sinaliza no sentido de que há fundamentos racionais que podem embasar a tese da possibilidade de existência da categoria fundamental de *direitos das águas*, estas como sujeitos de direitos. Nesse cenário, o homem ocuparia duas posições distintas: a de predador e a de defensor das águas. Dispõe o documento em tela:

[...]7. A água não deve ser desperdiçada, nem poluída, nem envenenada. De maneira geral, sua utilização deve ser feita com consciência e discernimento para que não se chegue a uma situação de esgotamento ou de deterioração da qualidade das reservas atualmente disponíveis.

8 Dia 22 de março de 1992 é considerado, de acordo com a ONU (Organização das Nações Unidas), o "Dia Mundial da Água", o qual vem sendo celebrado por Estados, Organizações governamentais e não governamentais, outros segmentos sociais, além de pesquisadores e acadêmicos em geral.

8. A utilização da água implica em respeito à lei. **Sua proteção constitui uma obrigação jurídica para todo homem ou grupo social que a utiliza. Esta questão não deve ser ignorada nem pelo homem nem pelo Estado.**
9. A gestão da água impõe um equilíbrio entre os imperativos de sua proteção e as necessidades de ordem econômica, sanitária e social. (Grifo nosso).

Por que elevar a água à categoria de sujeito de direitos? Considera-se importante elevar a água à categoria de sujeito de direitos e de dignidade, por duas razões básicas: a primeira atrela-se à ideia de conscientização, ou seja, tem finalidade didático-pedagógica, a de despertar nas pessoas (consumidores do líquido vital) o desejo de cuidado, tanto no que se refere aos seus aspectos quantitativos como com os de caráter qualitativo. Outra razão diz respeito à necessidade de se mudar paradigmas, ou seja, o homem precisa deixar de ver a Natureza como mero objeto à sua disposição.

A rigor, a consequência de elevar a água ao patamar de sujeito de direitos, sob a perspectiva jurídica, seria a de qualquer pessoa poder se utilizar dos instrumentos constitucionais processuais para defendê-la. A Constituição Republicana Brasileira de 1988, em seu art. 5º, LXXIII, consagra a Ação Popular como instrumento à disposição de qualquer cidadão para repelir ato lesivo ao Meio Ambiente.

Ocorre que a Lei nº 4.717/65, que disciplina o referido *remédio constitucional*, em seu art. 1º, §3º, estabelece como requisito para a propositura da Ação Popular a comprovação da cidadania brasileira com a juntada ao processo do Título de Eleitor. Daí pode-se concluir que a normativa infraconstitucional restringe o escopo do vocábulo cidadão aos limites de sua nacionalidade, não podendo outro cidadão, senão o brasileiro, defender os direitos das águas.

Uma solução possível para que os direitos das águas possam ser tutelados por qualquer pessoa domiciliada no Brasil, seria, primeiramente, fazer uma releitura do termo *cidadão*, insculpido no art. 5º, LXIII, CF/88, que trata da Ação Popular, bem como fazer interpretação conforme a Constituição da expressão *cidadão*, prevista na Lei 4.717/65, que disciplina a Ação Popular.

Na linha de pensamento do jurista italiano Guastini (2007, p. 273), a interpretação conforme a Constituição, como técnica de interpretação, “é aquela que adequa a lei à Constituição (...), escolhendo – diante de uma dúplici possibilidade interpretativa – o significado (ou seja, a norma)

que evita toda contradição existente entre lei e Constituição”. No caso brasileiro, a releitura do sentido do substantivo *cidadão* teria que começar pela própria Carta Constitucional, o que, naturalmente, se estenderia para a legislação infraconstitucional.

Sob a perspectiva histórica, verifica-se que a noção de *cidadão* já passou por mudanças ao longo do tempo, acompanhando a evolução das sociedades e bem assim de seus costumes e valores. Na Antiguidade, por exemplo, os gregos usavam o termo *cidadão* para indicar aqueles que exerciam atividade política, ou seja, a expressão cidadania vinculava-se à atividade de eleger e ser eleito, o que implicava restrição na abrangência do conceito.

Já na Modernidade, conforme Dallari (2010, p. 97), o povo compreende o “conjunto dos cidadãos de um Estado”. Há de se levar em conta, entretanto, que os avanços tecnológicos e a consequente possibilidade de ampliação de relações de toda ordem com pessoas de outros países abre espaço a novas definições para alguns vocábulos, a exemplo de *cidadão*.

Na Europa, atualmente, há quem defenda a tese da *cidadania europeia*, de tal modo que se encaixaria no conceito de cidadão da União Europeia todo indivíduo que possuir a nacionalidade de um Estado-membro (DALLARI, 2010, p. 101).

Assim, pondera-se se não é tempo de rever as noções de *cidadão*, a fim de utilizá-lo em sentido mais amplo, globalizado, de tal sorte que qualquer pessoa residente no Brasil possa defender os mananciais de águas aqui existentes, por meio da propositura da Ação Popular ou mesmo denunciando irregularidades perante os órgãos públicos competentes.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode negar que a modernidade tem trazido avanços, especialmente no campo tecnológico e de comunicação; a internet, por certo, é um exemplo concreto que enfeixa tecnologia e mecanismo de comunicação democrático. Ressalte-se, todavia, que juntamente com os avanços tecnológicos, mazelas de variados tipos têm exurgido, como o consumo excessivo de bens e serviços, o que impacta direta e indiretamente no ecossistema em sentido lato.

O *direito das águas* surge em um contexto no qual a natureza clama por socorro e a humanidade precisa despertar para salvar a si mesma e o Planeta Terra. Defender o *direito das águas* significa dar um passo à frente rumo à preservação e ao respeito do Meio Ambiente.

Nesse sentido, entende-se de vital importância sócio-jurídico-ambiental o reconhecimento expresso no texto da Constituição Federal brasileira de 1988 do *direito à água, pari passu* o direito ao saneamento básico, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, e do *direito das águas*, em capítulo próprio ou inserido no capítulo, já existente, do Meio Ambiente. Isso tudo como forma de ampliar o escopo de proteção das mananciais hídricos brasileiros, uma vez que aumentará o número de tutores desta riqueza vital e finita. Ademais, a previsão expressa desses direitos pode servir de instrumento de educação ambiental e, por conseguinte, de conscientização ecológica.

Por fim, cumpre frisar que o Direito, *per si*, não dá conta de compreender e resolver todos os problemas envolvendo os recursos naturais, em especial as águas, porquanto tais questões precisam ser examinadas a partir de uma visão holística - aqui definida como perspectiva que visa ao entendimento integral dos fenômenos -, amparada em diversos saberes, como condição *sine qua non* para se avançar tanto no estudo de soluções como para a realização de políticas públicas.

## REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza**. Disponível em: <<http://www.derechosdelanaturaleza.com>>. Acesso em: 21 set. 2013.

ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante. In: DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel (Coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2007.

BARCELONA, Pietro. **El individualismo propietario**. *Presentación* Mariano Maresca. *Traducción* Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1996.

BOFF, Leonardo. **Cuidar da terra, proteger a vida: como evitar o fim do mundo**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2010.

BRANCO, Samuel Murgel. **Água, Origem, Uso e Preservação**. 2 ed. São Paulo: Editora Moderna, 2003.

BRASIL. Poder Legislativo. **Câmara dos Deputados**. Proposta de Emenda à Constituição nº 39/2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 01 out. 2011.

BRASIL. Poder Legislativo. **Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965. Lei da Ação Popular. Publicada no Diário Oficial de 05.07.1965**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 03 abr. 2014.

BRENHA, Heloisa; GERAQUE, Eduardo; GARCIA, Rafael. As últimas gotas. **Jornal Folha de São Paulo**. 27 de abril de 2014. Seção C. São Paulo.

CARLI, Ana Alice De. **A Água e seus instrumentos de efetividade: educação ambiental, normatização, tecnologia e tributação**. São Paulo: Editora Millennium, 2013.

CHAUI, Marilena. **Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles**. 2 ed. Rev. e Ampl. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2002.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO EQUADOR de 28 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.mmrree.gob.ec>>. Acesso em: 20 set. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA ÁGUA. Disponível em: <[www.ecolnews.com.br](http://www.ecolnews.com.br)>. Acesso em: 23 dez. 2013.

D'ISEP, Clarissa, Ferreira Macedo. **Água Juridicamente Sustentável**. São Paulo: Editora RT, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. 4 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Revisão da tradução, Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

GUASTINI, Riccardo. A Constitucionalização do Ordenamento Jurídico e a Experiência Italiana. In: DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira e Daniel Sarmento. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2007.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 31 ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

NALINI, José Renato. **Ética Ambiental**. 3 ed. Campinas, São Paulo: Editora Millennium, 2010.

NUSDEO, Fabio. Sustentabilidade. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e Temas Fundamentais de Direito Ambiental**. Campinas, São Paulo: Editora Millenium, 2009.

PETRELLA, Ricardo. **O Manifesto da Água**: argumentos para um contrato mundial. 2 ed. Tradução de Vera Lucia Mello Joscelyne. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**: introdução a uma leitura externa do Direito. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. 2 ed. Rev. e Ampl. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo Existencial e Direito Privado: Apontamentos sobre Algumas Dimensões da Possível Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais das Relações Jurídico-Privadas. In: DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira e Daniel Sarmento. **A Constitucionalização do**

---

**Direito:** Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Júris*, 2007, p. 336-337.

SHIVA, Vandana. **Guerras por Água:** privatização, poluição e lucro. Tradução de Georges Kormikiaris. São Paulo: Editora Radical Livros, 2006.

WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **WHO's first global report on antibiotic resistance reveals serious, worldwide threat to public health.** Disponível em: <<http://www.who.int/med>>. Acesso em: 02 maio 2014.

## MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO URBANA: AS PERMISSÕES DE USO DE ESPAÇOS PÚBLICOS NO DISTRITO FEDERAL

Niedjha Abdalla-Santos\*<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho propõe o entendimento da modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade como instrumento de gestão urbana capaz de interligar ações dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Analisa a hipótese proposta a partir da gestão de pequenas permissões de uso de espaços públicos no Distrito Federal, como bancas de jornais e revistas, quiosques e boxes de feiras e de mercados públicos, estações rodoviárias e metroviárias. Conduz investigação sobre os instrumentos jurídicos que regulamentam tais ocupações, como eventuais contestações por meio de ação direta de inconstitucionalidade, os resultados desses julgamentos e suas consequências sobre a gestão ambiental urbana. Não se trata de análise jurídica, mas de discussão preliminar quanto a aspectos jurídicos com fortes reflexos na administração de bens públicos imóveis. Conclui pela possibilidade de considerar, em alguns casos, a modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade como instrumento de gestão urbana, exemplificando situação de ativismo judiciário positivo.

**Palavras-chave:** Inconstitucionalidade. Judicialização. Modulação. Permissão de uso.

---

1 \* **Abdalla-Santos, N.L.** Mestre em Gestão Ambiental e Territorial pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Administração de Empresas pela UnB, onde também cursou parte do bacharelado em Matemática iniciado na Universidade Federal da Bahia. Graduanda em Direito pela Unisul (SC). Pós-graduada em Gestão Pública (especialização - UEG) em Engenharia de Sistemas (MBA - ESAB) e em Auditoria Governamental (especialização - OMNI). Professora-pesquisadora do curso técnico em Administração do Instituto Federal de Brasília (IFB). Professora-tutora do curso de Administração Pública da UnB por meio da Universidade Aberta do Brasil. Instrutora da Escola de Governo do Distrito Federal. Servidora da carreira técnico-jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal. [niedjha@gmail.com](mailto:niedjha@gmail.com); [niedjha@unb.br](mailto:niedjha@unb.br).

## MODULATION EFFECTS OF THE DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY AS A TOOL OF URBAN MANAGEMENT: PERMITS THE USE OF PUBLIC SPACES IN FEDERAL DISTRICT

**ABSTRACT:** Proposes the understanding of modulation effects in the declaration of unconstitutionality as urban management tool capable of linking actions of legislative, executive and judicial branches. Analyzes the hypothesis proposed by the management of small public spaces using permissions in the Federal District, as newsstands and magazines, kiosks and boxes fairs and public markets, bus stations and subway. Conducts research on the legal instruments governing such occupations, any disagreement through direct action of unconstitutionality, the results of these judgments and their effects on urban environmental management. It is not legal analysis, but a preliminary discussion on the legal aspects with strong reflections in the administration of public property. It concludes with the possibility of considering, in some cases, the modulation effects in the declaration of unconstitutionality as urban management tool, exemplifying positive judicial activism situation.

**Keywords:** Public Policies. Judicialization. Modulation.

### INTRODUÇÃO

O desafio da gestão urbana tem sido assunto recorrente nos discursos da atualidade. Sociedade, acadêmicos, legisladores e governantes se apropriam do tema que, com marcante presença na mídia e fortemente imbricado com direitos de cidadania, tanto oportuniza promessas de grande potencial político como pode desencadear conflitos capazes de atingir a legitimidade governamental. O sistema judiciário não se tem mantido à margem desse cenário, o que se evidencia pelo uso cada vez mais frequente de expressões como ‘ativismo judicial’, ‘judicialização das políticas públicas’ e ‘politização da Justiça’.

Esse papel ativo crescente do Judiciário não é exclusivo do nosso país. Ao contrário, retrata um fenômeno que se manifesta de forma mais ou menos intensa pelo mundo ocidental, tendo em vista os diversos momentos históricos nos quais cortes constitucionais ou supremas cortes posicionaram-se diante de situações “envolvendo questões de largo

alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade” (BARROSO, 2009, p.1).

Configura-se, assim, um cenário que se faz cada vez mais presente, uma vez que, diante da diversidade e da complexidade das questões urbanas, impõe-se continuamente ao gestor público a necessidade de encontrar o equilíbrio entre o que se propõe a fazer em termos de promessas eleitorais e o que realmente pode ser feito diante da indisponibilidade da *res publica*, que cria restrições políticas, administrativas, financeiras e jurídicas para a Administração Pública.

Conhecer tais limitações passa a ser, portanto, imperativo para o gestor público, como forma de responder positivamente às complexas exigências de uma sociedade cada vez mais consciente no que diz respeito ao próprio ambiente e aos próprios direitos (TACHIZAWA, 2009). Notadamente tendo em vista que a mobilização da sociedade civil em defesa de direitos difusos e coletivos tem sido crescente, o que acaba por influenciar decisões judiciais voltadas à melhoria das políticas públicas, bem como por compatibilizar as iniciativas de agentes públicos de variadas esferas e poderes.

Analisando o ecossistema urbano, Nascimento, Campos e Schenini (2003) afirmam que planejar um sistema de tamanha complexidade requer a participação dos diversos atores envolvidos na dinâmica das cidades, buscando prioritariamente entender a relação existente entre espaço urbano, meio ambiente e sociedade. Cenário do qual o Judiciário não se tem ausentado.

Aparentemente, o Judiciário brasileiro tem enfrentado tais complexidades ajustando seu entendimento, nas ações de controle de constitucionalidade, a variadas necessidades, exigências e contextos sociais e políticos. Para tanto, lança mão de recursos que lhe permitem expandir a análise em meio à estruturação dos ordenamentos jurídicos e dos sistemas políticos modernos. Realidade que, a propósito da modulação de efeitos e no entendimento de Cançado Júnior (2012, p.1), “comprova seu sucesso e sua relevância institucional em todo o mundo”.

Desse contexto, emerge a seguinte questão: em que medida seria possível o entendimento do ativismo judiciário como instrumento de gestão urbana capaz aproximar os poderes Executivo e Judiciário, com total respeito ao princípio da separação dos poderes?

Este artigo tenta responder tal questão, investigando se a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quando voltada ao uso de imóveis públicos por terceiros, pode ser entendida como ativismo judiciário., tendo ainda por objeto de pesquisa as permissões de uso de pequenos espaços públicos no Distrito Federal, como boxes de feiras, bancas de jornal e revistas, e quiosques de lanches.

Não é exatamente um estudo jurídico, pois se preocupa prioritariamente em contribuir com a gestão de equipamentos públicos urbanos. Entretanto, ao entender decisões jurídicas como instrumentos de gestão urbana, o trabalho busca contribuir com a discussão em torno dos aspectos que devem ser considerados nas fases de planejamento e de administração do patrimônio público urbano, oferecendo subsídios para futuras discussões acadêmicas e ações organizacionais, notadamente aquelas voltadas à aproximação dos interesses e ações dos Poderes da República.

Pretende, assim, colaborar para minimizar a assimetria informacional decorrente da complexidade de fatores relacionados à gestão urbana; tanto como para ampliar não só as possibilidades de ação das organizações e entidades envolvidas com o assunto, como também o alcance do diálogo acadêmico em torno da temática.

## METODOLOGIA

A pesquisa teve abordagem empírico-analítica, sendo tanto exploratória como descritiva, limitando-se a investigação à revisão bibliográfica e documental. O referencial teórico elencado, embora básico para os operadores do Direito, objetivou facilitar o entendimento por gestores públicos e agentes políticos de variadas áreas de formação.

Dados primários e secundários foram obtidos a partir de repositórios oficiais de legislação, bem como da jurisprudência disponível nos *websites* do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF).

Não houve envolvimento de participantes externos. Com abordagem mista, a pesquisa adotou instrumentos de coleta e análise de dados voltados para avaliação qualitativa e quantitativa.

## 2 APORTE TEÓRICO

### 2.1 Ativismo judicial, judicialização de políticas e politização da Justiça

‘Ativismo judicial’, ‘judicialização de políticas públicas’ e ‘politização da justiça’ são termos que, com pequenas variações, estão associados à ideia de ampliação da presença do Direito e do Poder Judiciário na sociedade e na política, o que se dá, muitas das vezes, por meio de decisões judiciais que obrigam os poderes Executivo e Legislativo ao cumprimento de certos limites que, de outra forma, não seriam alcançados. Daí porque o tema se reveste de acentuada polêmica, no âmbito da qual sempre cabe a discussão quanto aos papéis de cada Poder e quanto ao (des) respeito ao sistema de freios e contrapesos.

O crescente papel dos juízes na cena política e de “autorregulação societária”, projetando-os “em quase todos os aspectos da vida social”, foi discutido por Vianna, Burgos e Salles (2007) que, entretanto, não atribuem tal fenômeno a ambições de poder. Os referidos autores acreditam que tais processos originam-se de instâncias variadas e resultam de profundas transformações que vêm afetando as sociedades ocidentais desde o fim da Segunda Guerra Mundial.

O Tribunal de Nuremberg teria sido um exemplo desses processos, ao permitir a penalização de agentes estatais que violem os Direitos Humanos, como foi o caso dos dirigentes nazistas julgados por crimes contra a humanidade.

Da guerra igualmente veio a motivação, de importância crucial, para que as constituições trouxessem em seu corpo um “núcleo dogmático”, na expressão de J. Habermas, explicitando valores fundamentais a obrigar o poder soberano. O chamado constitucionalismo democrático reclamava, portanto, um judiciário dotado da capacidade de exercer jurisdição sobre a legislação produzida pelo poder soberano. E, na esteira da guerra, o *Welfare State*, com suas ambições de organizar o capitalismo e introduzir relações de harmonia entre as classes sociais, com suas fortes repercussões no sentido de trazer o direito para o centro da vida social (Vianna, Burgos, Salles, 2007, p.40).

Entre o pós-guerra e a crise do Estado de Bem-estar Social, as expectativas de direitos sociais foram pulverizadas no rastro de um sistema capitalista cuja agressividade parecia não encontrar freios senão pela ação da Justiça que, naturalmente, passou a se constituir em “política pública de primeira grandeza” (Vianna, Burgos, Salles; 2007, p.40).

Desde então, seja por meio de juizados de pequenas causas, legislação de defesa do consumidor, questões trabalhistas ou eleitorais, os juízes têm assumido o papel de protagonistas das questões sociais, muitas vezes pelo simples controle de constitucionalidade das leis.

Nesse sentido, Vianna, Burgos e Salles (1999; 2007) estudaram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizadas entre 1988 e 1998 e, posteriormente, investigaram o mesmo objeto entre 1999 e 2005. Consolidaram, então, todas as 3.648 ADI disponíveis no *website* do Supremo Tribunal Federal (STF) no período eleito. O propósito daquela pesquisa foi observar o padrão de judicialização das políticas, com foco em sua evolução mais recente, quando o governo passou a ser exercido por coalizão política de esquerda. O resultado pode ser visto na Tabela 1.

*Distribuição dos Autores versus Períodos de Governo*

AUTOR	PERÍODOS DE GOVERNO			TOTAL
	Pré-FHC (1988-1994)	FHC (1995-2002)	Lula (2003-2005)	
ASSOCIAÇÕES	292 24,7%	424 26,0%	191 23,0%	907 24,9%
GOVERNADORES	336 28,4%	441 27,0%	172 20,7%	949 26,0%
PROCURADORES	330 27,9%	182 11,2%	298 35,9%	810 22,2%
PARTIDOS	153 12,9%	456 28,0%	114 13,7%	723 19,8%
OAB	32 2,7%	83 5,1%	25 3,0%	140 3,8%
OUTROS	41 3,5%	45 2,8%	30 3,6%	116 3,2%
TOTAL	1184 100,0%	1631 100,0%	830 100,0%	3645 100,0%

**Tabela 1 - ADI impetradas entre 1988 e 2005, conforme sítio do STF na *web*.**

FONTE: Vianna, Burgos e Salles (2007, p.49)

## 2.2 As gerações de Direitos Fundamentais

Estabelecer um conceito para os direitos fundamentais não é uma tarefa simples. Apesar disso, é possível captar da história do Direito constitucional e da própria evolução da legislação relativa ao tema que os direitos fundamentais “formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito” e que “outorgam a seus titulares a possibilidade de impor interesses pessoais” diante dos órgãos estatais obrigados a provê-los (FERNANDES, 2011, p. 121).

Essa percepção inicial parece suficiente como ponto de partida na tentativa de situar os direitos de cidadania urbana, que incorporam influências de normas e princípios nacionais e internacionais. É exatamente do direito internacional, mais especificamente do nascimento do constitucionalismo<sup>2</sup> no Ocidente que surgem os chamados direitos de primeira geração (ou direitos de liberdade), reclamados pela revolução francesa na passagem do século XVIII para o século XIX.

De acordo com Fernandes (2011), as gerações, ou dimensões, de direitos fundamentais traduzem uma leitura inicialmente feita por Bonavides que, indo além do entendimento da teoria constitucional clássica, interpreta a influência das revoluções burguesas na generalização e universalidade dos direitos e adota o perfil histórico dos direitos fundamentais para assim agrupá-los, segundo o grau de institucionalização de seus conteúdos: liberdade, igualdade e fraternidade.

Dessa forma, os chamados direitos de liberdade seriam considerados direitos de primeira geração, aqui se inserindo os direitos civis e políticos, de titularidade individual e de conotação negativa em relação ao Estado. Entende-se por conotação ou natureza negativa, ou oposição frente ao Estado, ou dever de abstenção estatal, os direitos que limitam a atuação do Estado em respeito aos direitos individuais. Englobam os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, à liberdade de expressão, à participação política.

A segunda geração de direitos fundamentais surge ao longo do século XX e se expressa na dimensão da igualdade. São os direitos sociais, culturais e econômicos, que exigem uma atuação estatal e não só sua abstenção. Nessa dimensão de direitos, cabe ao Estado atuar positivamente

---

2 Movimento que, iniciado na Inglaterra do século XVII, modernamente, traz em seu cerne os objetivos que irão fundar (constituir) uma nova ordem, sem precedentes na constituição das sociedades, pautada essencialmente em: (1) organizar e estruturar o Estado, limitando seu poder; e (2) conceder, reconhecer, e registrar direitos e garantias fundamentais. (FERNANDES, 2011, p. 110: 119)

para satisfazer as necessidades da coletividade e propiciar o bem-estar da sociedade. Incluem-se nos direitos de segunda geração: os direitos econômicos, sociais e culturais, o direito ao trabalho, à habitação, à saúde, à educação e ao lazer.

Já os direitos de terceira geração, revelam-se na dimensão da fraternidade. Emergem no final do século XX, a partir de uma leitura que rejeita a enorme distância existente entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas.

Não só o indivíduo; não só as coletividades; a terceira geração de direitos fundamentais enxerga como destinatários todo o gênero humano (presente e futuro), como um todo conectado, de modo que se fundamentaria no princípio da fraternidade ou da solidariedade (FERNANDES, 2011, p. 122).

Nesta categoria de direitos incluem-se o direito ao meio ambiente (inclusive urbano), à qualidade de vida, ao desenvolvimento, o direito do consumidor, entre outros. A essência dos direitos de terceira geração está em sua destinação à proteção indistinta dos grandes grupos humanos, povos e nações, de forma difusa; são direitos cuja titularidade é indefinida e indeterminada.

Embora com entendimento não pacificado, há doutrinadores que definem ainda a quarta e a quinta gerações de direitos fundamentais, exemplificadas respectivamente pelo direito à informação e pelo direito à paz que, no entendimento de alguns, deveria ser alçada a um patamar superior e específico (FERNANDES, 2011).

### 2.3 Gestão urbana e seus instrumentos

A Política Urbana nacional está prevista nos artigos 182 e 183 da Carta Magna, posteriormente regulamentados pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001). Entretanto, o direito à cidade pode também ser visto como parte do direito ao meio ambiente. É, portanto, tutelado pela Constituição Federal brasileira de 1988, que estabelece, de forma geral, o princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal, da proteção e da educação ambiental em seu artigo art. 225, *caput*, §§ 1º a 6º e incisos; estende a proteção ambiental ao ambiente de trabalho (art. 200, VIII), à comunicação social (art. 220, §3º, II), aos princípios da ordem econômica (art. 170, VI), e à função social da terra (art.186, II), entre outros.

A Lei 6.938/1981, que estabelece as diretrizes (art. 2º) e instrumentos (art. 9º) da Política Nacional de Meio Ambiente e a estrutura básica do Sistema Nacional do Meio Ambiente, também é abrangente em termos de objeto. Mais que isso, orienta os entes federativos quanto ao cumprimento de seu dever-poder compartilhado de gerir o meio ambiente (independente de ser natural ou construído, urbano, rural, ou trabalhista).

Sob o aspecto do controle da gestão, o direito à cidade conta ainda com a tutela da Lei 7.347/1985, da Ação Civil Pública (ACP), que permite a responsabilização por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente (art. 1º, I), ao consumidor (art. 1º, I), a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º, IV), à ordem urbanística (art. 1º, VI); inclusive de forma cautelar (art. 4º).

Acima de todos os outros, o instrumento mais específico para garantir o direito ao uso democrático e sustentável do ambiente urbano é a Lei 10.257, Estatuto da Cidade, que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988. Voltada a “regular o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (art. 1º, parágrafo único). A Lei 10.257/2001 especifica, ainda que não exaustivamente, as competências da União em termos das atribuições de interesse da política urbana. Relaciona também uma série de instrumentos para levar a efeito tal política (art. 4º, detalhados nos artigos subsequentes). cujas diretrizes gerais são discriminadas no art. 2º, *caput* e incisos I a XVII, podendo-se destacar (grifos nossos):

**Art. 2º Diretrizes gerais da Política Urbana:**

**I** – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

**II** – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; [...]

**V** – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais; [...]

e

**Art. 4º** Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre **outros instrumentos**: [...]

**f)** gestão orçamentária participativa; [...]

§ 3º Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de

controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil (BRASIL, 2011 – grifo nosso).

Para Nascimento, Campos e Schenini (2003, p.182) esse diploma legal reflete uma conquista da sociedade brasileira, pois apresenta, de forma progressista e inovadora, “instrumentos capazes de revolucionar toda a gestão do espaço urbano introduzindo políticas de democratização e de ordenamento territorial ambientalmente correto”.

Utilização de imóveis públicos por particulares: o instituto da permissão de uso.

A permissão de uso de bens públicos imóveis é um dos instrumentos jurídicos voltados a regular o uso de imóveis públicos por terceiros e, por regra, deveria submeter-se previamente a processo licitatório. Os itens que se seguem registram a doutrina que, em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), entendem que a permissão de uso, quando não qualificada, não precisa ser precedida de licitação, pois possui natureza de ato e não de contrato. Trata-se de mero termo de uso no qual a Administração manifesta unilateralmente sua anuência para que o particular se utilize precariamente de certo imóvel público.

A esse respeito, José Afonso da Silva (1990: 93) entende que a permissão para o uso de bens públicos “pode ser conceituada como ato negocial discricionário e precário [...]”.

Meirelles (2003, p. 112), de forma idêntica, expressa que:

Permissão de uso é ato negocial unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial, pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o exigir, dados sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público.

No entendimento de Di Pietro (2001), permissão de uso é o ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso privativo de bem público, a título precário.

Ainda segundo Di Pietro, agora em 2011, para que a permissão de uso tenha natureza contratual e se sujeite à licitação, é necessário que

tenha prazo estabelecido, gerando para o particular o direito de receber indenização em caso de revogação antecipada. É a conhecida permissão qualificada, que a autora identifica como

[...] verdadeiras concessões de uso que são disfarçadas sob a denominação de permissão de uso, tendo a natureza contratual; isto ocorre especialmente quando ela é concedida com prazo estabelecido, gerando para o particular direito a indenização em caso de revogação da permissão antes do prazo estabelecido. Neste caso, a permissão de uso está sujeita a licitação. (DI PIETRO, 2011, p. 232)

Moreira Neto (1994: 98) leciona:

O regime permissional, menos rígido, tem sido caracterizado na doutrina tradicional como vínculo produzido por simples manifestação de vontade unilateral da Administração, através de um ato administrativo, discricionário e precário, que seria, por isso revogável a qualquer tempo.

Em obra dedicada especificamente ao tema, Di Pietro (2010, p. 224-227) mais uma vez é taxativa ao afirmar que a permissão de uso não possui natureza contratual, ficando excluída da necessidade de ser precedida de licitação:

Já a permissão de uso constitui, em regra, ato unilateral e, como tal, não se enquadra na exigência do art. 2º (da Lei 8.666/93) que, ao mencionar as várias modalidades (obras, compras, alienações, concessões, permissões e locações), acrescenta a expressão ‘quando contratados com terceiros’. Além disso, o § 2º do mesmo dispositivo define o contrato, para os fins da lei, como ‘todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.’ A permissão de uso, quando dada precariamente (como é de sua natureza), ou seja, sem prazo estabelecido, não cria obrigações para a Administração Pública, que concede a permissão e a retira discricionariamente, independentemente do consentimento do permissionário, segundo razões exclusivamente de interesse público. Nesses casos, a permissão não tem natureza contratual e, portanto, não está sujeito à licitação [...] (grifos nossos).

Nesse sentido, também o STJ tem estabelecido que o ato administrativo de permissão de uso de imóvel municipal (distrital) por particular possui natureza precária e discricionária, podendo ser cancelada a qualquer momento, tendo usado tal entendimento tanto para defender a discricionariedade da Administração para revogar a permissão como para proteger a probidade do Administrador que concede a concessão sem processo licitatório:

**RMS 18349/2004 - RJ ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ATO ADMINISTRATIVO - AUTORIZAÇÃO DE USO - BEM PÚBLICO – REVOGAÇÃO DO ATO - POSSIBILIDADE - NATUREZA PRECÁRIA - AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO - LIMITES DO PODER REVOGADOR - COMPETÊNCIA – CERTEZA E LIQUIDEZ DO DIREITO NÃO COMPROVADA.** 1. Hipótese em que Prefeito do Município do Rio de Janeiro revogou autorização de uso de bem público onde a pessoa jurídica desenvolve comércio para a realização de obra de interesse comum, qual seja, o alargamento da Avenida das Américas. [...] 4. Ainda que se possa alegar, trata-se não de autorização, mas de permissão, pois nenhum direito líquido e certo vindicado neste *mandamus* socorreria ao recorrente, uma vez que doutrina e jurisprudência vai ao encontro da pretensão recursal da recorrente. Senão vejamos: Permissão - é ato unilateral pelo qual a administração faculta precariamente a alguém a prestação de um serviço público ou defere a utilização especial de um bem público. No primeiro caso serve de exemplo a permissão para desempenho do serviço de transporte coletivo, facultada precariamente por esta via, ao invés de outorgada pelo ato convencional denominado concessão. Exemplo da segunda hipótese tem-se no ato de facultar a instalação de banca de jornais em logradouro público, ou de quiosque para venda de produtos de tabacaria etc.' (Celso Antonio Bandeira de Mello; Curso de Direito Constitucional...; 21ª ed.; p. 417); Jurisprudência do STJ: '...2. A permissão de uso é instituto de caráter precário que pode ser revogado a qualquer tempo pela Administração Pública, desde que não mais se demonstre conveniente e oportuna. Aplicação da Súmula 473 do STF...' (RMS 17.644/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 12.4.2007). No mesmo sentido: RMS 16280/RJ, Rel. Min. José Delgado, DJ 19.4.2004.

**RMS 17160/2003– RJ ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO. RESCISÃO. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. PRECARIIDADE DO ATO CONCESSIVO. DEMONSTRAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA AVENÇA. I - A permissão de uso de bem público configura ato administrativo precário, no qual o particular está sujeito à rescisão unilateral do ato concessivo, desde que respeitados os critérios de oportunidade e conveniência, de modo a atender ao interesse público, o que ocorreu na hipótese vertente. II - A demonstração de descumprimento das cláusulas do Termo de Permissão de Uso de Bem Público, lavrada por técnico da Municipalidade, goza de fé pública, de modo a constituir prova que demonstra a motivação necessária do ato rescisório. III - Recurso Ordinário improvido.**

**RE 78290/1977 - PR** Permissão de uso de bens públicos. Regulamentação municipal de localização de banca de jornais em área de domínio

público. Tratando-se de permissão de uso de bem público não gera direito subjetivo ao permissionário, sendo lícita sua revogação pela administração pública. Decisão que se assenta em mais de um fundamento, não tendo o recurso abrangido a todos eles. Recurso Extraordinário não conhecido.

### 3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

#### 3.1 O uso de bens públicos imóveis no Distrito Federal

O uso de imóveis públicos por terceiros no Distrito Federal tem sido historicamente associado a polêmicas que impedem o alcance de ações capazes de solucionar pendências, que se arrastam há décadas. Na revisão bibliográfica inicialmente realizada para esta pesquisa, em setembro de 2013, uma rápida busca no Google pela expressão “permissão de uso” no *website* do Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF) retornou 13.600 ocorrências em apenas 0,5 segundos. Os resultados continham inúmeros processos, de variados portes, apresentações em eventos, discussões em plenária e estudos específicos. Ocorrências que procedem de longas datas e retratam a dimensão do problema distrital.

Entre os resultados daquela busca, encontramos o relatório de pesquisa elaborada pelo TCDF em 2003 e consolidada sob o título “Estudos sobre a utilização de bens públicos por terceiros”. Trata-se de documento aprovado pela Decisão TCDF nº 131/2003, prolatada na Sessão Ordinária nº 3.721, realizada em 06.02.2003:

Referida decisão decorreu da apreciação do Processo 3.564/97, que trata da Representação nº 8/97-CF, da lavra da Procuradora do Ministério Público junto à Corte, Dra. CLÁUDIA FERNANDA DE OLIVEIRA PEREIRA, sugerindo a realização de estudos a respeito dos institutos da cessão de uso, da concessão de uso, da concessão de direito real de uso, da permissão de uso e da autorização de uso, **com o fim de unificar o entendimento** deste Tribunal em relação à matéria. (DISTRITO FEDERAL, 2003) (Grifos nossos).

O relatório do TCDF desenvolveu interpretações em torno da jurisprudência associada aos institutos da concessão de uso, concessão de direito real de uso, permissão e autorização de uso, sempre em face das leis então vigentes. Tais estudos foram enriquecidos com ênfase na jurisprudência, além de exemplificados com fatos concretos de recorte local.

Daquele universo destacamos aspectos específicos da permissão de uso. Como a adoção, pelo TCDF, do seguinte entendimento por ocasião do exame de atos e contratos de outorga de uso de bens públicos do Distrito Federal e de sua Administração Indireta:

1) em relação a concessão, permissão e autorização de uso: **1.1)** em razão da não aplicabilidade das disposições do art. 175 da Constituição Federal e da Lei nº 8.987/95 à outorga do uso de bens públicos, ainda vigora o instituto da permissão de uso, segundo o conceito doutrinário tradicional, consistente em ato administrativo, não abrangido pela Lei nº 8.666/93, desde que não seja fixado prazo no instrumento, de forma a caracterizar a precariedade e transitoriedade do ato (permissão de uso não qualificada), dado que a fixação de prazo confere caráter contratual à permissão de uso (permissão de uso qualificada), sujeitando-a à prévia licitação, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.666/93; **1.2)** a concessão de uso e a permissão qualificada de uso de bem público sujeitam-se à prévia licitação (art. 2º da Lei nº 8.666/93); (...) **1.6)** o instrumento da permissão de uso não qualificada mostra-se compatível, no Distrito Federal, com a ocupação de espaços públicos por feiras livres, bancas de jornais e revistas, e a exploração de atividade econômica em trailers, quiosques e similares, desde que os equipamentos a serem utilizados pelos particulares na ocupação de área pública sejam removíveis e transportáveis, sendo que a precariedade do instrumento de permissão de uso possibilita, nesses casos, a remoção dos permissionários pela Administração sempre que o interesse público exigir, sem a necessidade de indenização; [...] **4.1)** a dispensa de licitação por lei do Distrito Federal para, entre outras finalidades, possibilitar a outorga de uso de bens distritais a terceiros é inconstitucional, pois não cabe à lei estadual ampliar os casos de dispensa de licitação, nos termos dos arts. 37, XXI, e 22, XXVII, da Constituição Federal; **5)** transferência, prorrogação, renovação e limitação dos instrumentos de outorga de uso de bens públicos: **5.1)** os instrumentos de concessão administrativa, permissão e autorização de uso não admitem transferência a terceiros, pois são celebrados *intuitu personae*, ou seja, têm em vista a pessoa com quem são celebrados (caráter pessoal); [...] (Grifos nossos)

A importância das conclusões então formuladas no estudo do TCDF estava, principalmente, na possibilidade de serem portadoras de novo fôlego as tratativas entre o Governo do Distrito Federal e as entidades representativas dos direitos de usuários de imóveis públicos, principalmente os pequenos permissionários, como feirantes, jornalheiros, entre outros.

A notícia de maior interesse para a gestão urbana parecia ser a interpretação dada pelo TCDF ao instituto da permissão não qualificada

de uso de imóvel público. Em primeiro lugar, porque a Corte de Contas passou a admitir que o fato de não ser qualificada, ou seja, de não ser estabelecida por prazo certo, por exemplo, concede ao instrumento maior precariedade, não gerando para a Administração Pública o dever de indenizar (pelo prazo restante), caso houvesse necessidade de suspender a permissão a qualquer momento; trata-se de entendimento consonante com parte da doutrina que, conforme já visto aqui, não é pacífica em relação ao assunto.

Em segundo lugar, porque o TCDF passou também a entender que a permissão não qualificada de uso não tem caráter contratual, pois não representa declaração bilateral (ou multilateral) de vontades, uma vez que tão somente expressa a anuência da Administração em que um terceiro faça uso de determinado bem estatal. Não tendo natureza contratual, não se sujeita às disposições da Lei de Licitações e Contratos (8.666/1993), podendo ser firmada unilateralmente por termo de permissão, simples ato administrativo.

As esperanças trazidas pelo estudo do Tribunal de Contas, entretanto, não se sustentaram por muito tempo, pouco alterando a situação dos que dependiam de uma definição (administrativa, judicial ou política) para a questão. De fato, os desdobramentos verificados nos anos que se seguiram configuraram uma realidade aparentemente distante de ver solucionados os problemas até então existentes.

## **3.2 Pequenas permissões de uso no Distrito Federal**

### **3.2.1 Quiosques de Lanches e Bancas de Jornais e Revistas**

Os quiosques de lanches e as bancas de jornais e de revistas em todo o Distrito Federal parecem viver com os dias contados. Uma simples busca pela internet evidencia não só a gravidade como também a antiguidade do drama.

Governo do DF quer padronizar bancas de jornais e quiosques. Administração diz que não serão permitidas lojas feitas de madeira e alvenaria. GDF começou a entregar permissões de uso para donos de estabelecimentos. 14/07/2012 14h40 - Atualizado em 14/07/2012 14h40. (G1, 2012).

Entre os inúmeros processos localizáveis no *website* do TCDF, alguns remontam à década de 1980, com decisões recentes que reiteram

as que haviam sido tomadas àquela época. Como se o Tribunal de Contas nunca tivesse elaborado, ou sequer tomado conhecimento, dos próprios “Estudos sobre a utilização de bens públicos por terceiros”.

Observe-se o exemplo a seguir, que mostra processo de 1990 sendo objeto de parecer de 2009, que determina às Regiões Administrativas de Brasília que realizem licitação para regularizar as bancas de jornais e revistas, conforme decisão de 1998:

PROCESSO Nº 1421/1990. PARECER Nº 736/2009-DA. EMENTA: Auditoria **Outorga de uso de áreas públicas** para bancas de jornais e revistas. Ausência de licitação. Ocupação de área superior à permitida. **Determinação para que as RA realizem licitação** visando a regularidade da ocupação de área para bancas de jornais e revistas (**Decisão nº 1980/98**). Pedido de Reexame. Arguição de nulidade e pedido de sustentação oral do Sindicato dos Vendedores de Jornais e Revistas em Brasília. Instrução. Representação do MPC/DF acerca da incompatibilidade do Decreto nº 20.092/99 com as normas de licitação e contratos e com a Constituição Federal. Extravio dos autos. Nova instrução. Exame dos Decretos nº. 20.092/99 e 21.382/00. Inconstitucionalidade e ilegalidade dos decretos normativos. Suspensão do processo com fundamento no art. 65 da LOTCDF. Nova paralisação dos autos. Estudo realizado no Processo nº 5949/06. Decisão nº 411/09. Sobrestamento do feito. Matéria diversa. Restituição dos autos ao Relator. **Pela manutenção da Decisão nº 1980/98**. Pelo deferimento de pedido de sustentação oral. (Grifos nossos)

Atualmente, a legislação distrital aplicável às bancas de jornais e revistas compreende as Leis 324/1992, 4.384/2009 e 4.534/2011. A Lei nº 324, de 30 de setembro de 1992, instituiu “o serviço de Bancas de Jornais e Revistas e áreas anexas no Distrito Federal”, outorgando a ocupação e a exploração dos serviços em imóvel público, “mediante a assinatura de Termo de Permissão ou Concessão de uso com prazo de 10 (dez) anos”.

A partir de 2002, com a expiração do prazo das primeiras permissões, os responsáveis por essas que são figuras marcantes do cotidiano urbano passaram a sofrer com a ameaça de serem retirados de seus locais de trabalho, uma vez que os gestores públicos alegavam a necessidade de submeter as bancas a novo processo licitatório.

O Sindicato dos Jornaleiros do Distrito Federal lutou politicamente por cerca de sete anos, até que conseguiu a aprovação da Lei 4.384/2009, que “prorroga as concessões e permissões previstas na Lei nº 324, de 30 de setembro de 1992, e dá outras providências”; bem como da Lei 4.534, de

12 de janeiro de 2011, que “regulamenta os procedimentos para renovação da concessão e permissão de bancas de jornais e revistas e área anexa e dá outras providências”. Questionados pelos gestores das diversas regiões administrativas do Distrito Federal, tais dispositivos legais acabaram sendo objeto da ADI Nº 2010002019355-7 (art. 19 da Lei Distrital 324 e Lei Distrital 4.384/2009).

A questão dos quiosques de lanches espalhados pela Capital não foi muito diferente, e alguns permissionários chegaram ao extremo de se verem sem local para trabalhar quando algumas administrações regionais ordenaram a demolição de seus quiosques. À parte das especificidades, as articulações políticas dos ‘quiosqueiros’ conseguiram, junto à CLDF, a aprovação da Lei 4.257/2008, na qual o Distrito Federal “assegura a antigos ocupantes de espaços públicos com mobiliário dos tipos quiosque e trailer o direito a novas áreas em condições semelhantes àquelas objeto da remoção”. A Lei 4.257/2008 foi posteriormente alterada pelas Leis 4.486/2010 e 5.015/2013.

Tal qual a legislação voltada para bancas de jornais e revistas, a legislação dos quiosques foi objeto de ADI, estas sob o números 20090020119018 (Lei distrital 4.257/2008) e-20130020268860 (Leis Distritais 4.486/2010 e 5.015/2013). No âmbito de tanta polêmica administrativa, legislativa e judicial, nem o Governo do Distrito Federal (GDF) conseguia resolver as questões nem os pequenos permissionários se podiam permitir trabalhar em paz.

### **3.2.2 Terminais rodoviários, metroviários e a Galeria dos Estados**

A gestão dos imóveis públicos do Distrito Federal não apresentava problemas apenas quanto aos quiosques e às bancas de jornais e revistas. Abstraindo da realidade correspondente às grandes ocupações comerciais ou industriais, uma vez que o recorte deste trabalho contempla apenas pequenos permissionários, é preciso considerar que um grande número de ocorrências é representado pelos boxes comerciais nos terminais rodoviários, metroviários e mercados populares.

Veja-se o caso da Galeria dos Estados, aqui destacada por ser um logradouro cuja associação de usuários mostrou possuir razoável grau de organização, disponibilizando acesso a uma base de dados de grande valia para esta pesquisa. Além disso, pela similaridade de situações, é possível estender a análise feita para a Galeria para diversos outros logradouros no DF.

A Galeria dos Estados é uma passagem subterrânea de pedestres situada na região central de Brasília (Figura 1), capital federal do Brasil, e inserida na área poligonal tombada pelo Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

Trata-se de região de grande importância estratégica, por onde circulam diariamente dezenas de milhares de pessoas que se dirigem aos setores Bancário, Comercial, Hoteleiro, Hospitalar, de Diversões e de Autarquias Sul. É também onde fica a segunda maior estação metroviária de Brasília e se destaca por suas dimensões - um corredor com cerca de trezentos metros de comprimento por dez metros de largura.

Além disso, por ser uma passagem de pedestres (Figura 2), a Galeria é um equipamento público de segurança viária, cuja função, segundo o Código Nacional de Trânsito, é garantir a segurança de usuários, constituindo-se sua utilização em um direito e um dever.

Inicialmente gerida pela Companhia Imobiliária de Brasília – TERRACAP, o logradouro passou a ser de responsabilidade da então Administração Regional de Brasília – RA I a partir da publicação do Decreto Distrital Número 17.928, de 20 de dezembro de 1996. Tal normativo, entretanto, dispõe exclusivamente “sobre a ocupação, organização e funcionamento das lojas da Galeria dos Estados”, sem qualquer referência aos serviços ofertáveis aos demais usuários daquele equipamento público.

No local, por onde passam diariamente cerca de cem mil pessoas, transeuntes e lojistas sofrem, igualmente, as consequências da gestão

**Figura 1** - Plataforma superior da Galeria dos Estados no Setor Comercial Sul (SCS).

Acesso à Estação Metroviária, ao Setor Bancário Sul (SBS) e ao Setor de Autarquias Sul (SAS). Escadarias no SBS permitem acesso direto ao Complexo Cultural da República (Biblioteca Nacional e Museu Nacional) bem como à Esplanada dos Ministérios. Vista do Banco Central ao fundo. Local quase deserto aos domingos.

Fotos: Gabriel Melo



pública. A Galeria dos Estados poderia ser classificada de muitas formas diferentes. Isso porque, as pessoas que circulam por ali todos os dias são de variadas origens geográficas, sociais, profissionais, com destinos e motivações diversas já que o local é possivelmente o principal eixo concentrador e distribuidor de trânsito de pedestres da cidade (ABDALLA-SANTOS, 2011).

Assim sendo, altos executivos, moradores de rua, turistas, 'skatistas', trabalhadores de empresas públicas e privadas, entre outros, buscam democraticamente aquele espaço com motivações diversas em direção aos setores bancário, comercial, hoteleiro, médico-hospitalar, de autarquias, de diversão, ou mesmo em direção à Esplanada dos Ministérios, que abriga alguns dos principais prédios e monumentos do centro de poder da capital brasileira.

Tamanha diversidade de perfis, aliada à expressiva quantidade de usuários do logradouro, é aqui evidenciada apenas para enfatizar a importância de se atentar às necessidades e direitos dos cidadãos. Com efeito, na Galeria dos Estados a ausência da gestão pública se reflete historicamente pela falta de limpeza, de manutenção, de policiamento, de iluminação, de acessibilidade, entre outras necessidades, o que acaba por atingir memória, história, patrimônio e qualidade de vida, necessidades indistintamente garantidas aos indivíduos, como direitos difusos que representam.



**Figura 2** - Área descoberta da Galeria dos Estados entre os Eixos L, W (eixinhos) e Rodoviário (eixão) Sul.

Galeria dos Estados às 06:30 horas da manhã: início do movimento de pedestres em direção aos setores Bancário e de Autarquias Sul (SBS e SAS). Travessia sob o Eixão e eixinhos L, W Sul. Ao fundo, vista parcial do Edifício Sede I do Banco do Brasil.

Cabe observar que a realidade da Galeria dos Estados representa, sem grandes diferenças, o cotidiano dos terminais rodoviários, metroviários e pequenos mercados das diversas regiões administrativas do Distrito Federal. Nesse contexto, além de necessidades idênticas aos demais usuários, os comerciantes de cada logradouro apenas carecem de trato diferenciado sob certos aspectos de sua relação com o governo do Distrito Federal, mais especificamente a relação jurídica que rege o uso de bens públicos imóveis (os boxes ou lojas nas quais exercem suas atividades).

No caso da Galeria dos Estados, até 2012 essa relação foi definida pelo Decreto N. 17.928/1996. Sob tal normativo, as permissões de uso do local estavam todas vencidas. Em consequência, todos os comerciantes encontravam-se com as licenças de funcionamento expiradas, o que os deixava expostos a articulações políticas e a contínuas ameaças de ‘despejo’.

Segundo um pôster elaborado pela Associação de Cidadãos Usuários da Galeria dos Estados (ACLUG) e exposto por meses no local, para conscientização popular, com tais características, a Galeria “se torna ideal para panfletar e prometer. Talvez por isso a Galeria seja lembrada pelos políticos a cada quatro anos.”

Entretanto, passadas as eleições, a história invariavelmente se repete: abandono e descaso com o patrimônio público; desrespeito a direitos de cidadania; esquecimento total.

Os que deveriam cuidar, esquivam-se ao diálogo democrático e, quando cobrados, repetem o velho discurso da licitação.

Discurso que surge disfarçado de interesse público, apesar dos fortes indícios de que não passa de ameaça estrategicamente acionada.

Ameaçam retirar os pequenos comerciantes ali estabelecidos há décadas, como se fossem culpados pela omissão e irresponsabilidade de sucessivos (des)governos.

Os administradores se aproveitam do impacto de mídia inerente ao tema para promover suas trajetórias pessoais.

E desfilam de uma emissora para outra, de um jornal para outro, repetindo argumentos com pouquíssima consistência. Sempre buscando tirar o foco da irresponsabilidade histórica dos gestores urbanos. (ACLUG, 2010).

No mesmo pôster, a ACLUG alega que a Administração de Brasília, embora legalmente competente, mostrava-se historicamente incapaz de equacionar os problemas relacionados ao uso dos boxes da Galeria, pendência que perdura há décadas. O texto cita Bandeira de Melo, para quem, “mesmo no cumprimento da lei, é preciso modular seus efeitos em respeito a princípios constitucionais, pois a violação de um princípio

é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comando. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005) (ACLUG, 2010).

### 3.3 Modulação de efeitos e as ADIs 20100020.19355-7 e 20090020119018.

A Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal” e prevê diversas hipóteses para que a Guardiã Constitucional possa adotar medidas capazes de ir além da declaração de nulidade total de uma norma analisada sob ADI. É o caso, por exemplo, do artigo 27 da referida lei:

**Art. 27.** Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A partir de tal dispositivo, é possível admitir-se que apenas os dispositivos inconstitucionais sejam declarados nulos e não a lei inteira. A Corte Suprema poderá declarar a inconstitucionalidade a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*). Ou fazê-lo suspendendo os efeitos por tempo determinado na própria sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*). Trata-se de possibilidades para que o STF module os efeitos de suas decisões fazendo uso de variadas técnicas, como declarações parciais ou totais de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, efeitos *ex tunc*, *ex nunc* e *pro futuro*.

Foi o que ocorreu relativamente às ADI 2010002019355-7 e 20090020129018, respectivamente interpostas contra a legislação ‘dos jornaleiros’ e ‘dos quiosques’ do DF. Pode-se dizer que o rumo tomado por aquelas ações de inconstitucionalidade foi surpreendentemente inovador para a situação dos pequenos permissionários de imóveis públicos do Distrito Federal, permitindo-lhes aliviar a acentuada apreensão inicial.

Relatada pelo Desembargador Mario Machado, do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a ADI 2010002019355-7 teve o Acórdão prolatado em 14 de fevereiro de 2012, que

julgou inconstitucional o artigo 19 da Lei Distrital nº 324/92, assim como as Leis distritais 4.384/2009 e 4.534/2011. Entretanto, considerou a modulação dos efeitos da decisão relativamente “àqueles que ocupavam as áreas por longos anos, por relevante interesse social e razões de segurança jurídica, permitindo-se que a mesma tenha efeitos *ex nunc*.” Com os demais Desembargadores seguindo o Relator, o Acórdão se deu por unanimidade.

No Relatório, além dos argumentos apresentados, o Relator Desembargador Mario Machado cita a ADI 20090020129018, que, julgada em 13/04/2010, quase dois anos antes, havia considerado inconstitucional o artigo 28 da Lei distrital nº 4.257/2008, admitindo igualmente a necessidade de modulação de efeitos, diante de relevante interesse social e por razões de segurança jurídica :

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N.º 4.257, DE 2.12.2008. ART. 28 E PARÁGRAFO ÚNICO. OCUPAÇÃO DE ESPAÇOS PÚBLICOS. QUIOSQUES E TRAILERS. DISPENSA DE LICITAÇÃO AOS QUE JÁ OCUPAVAM E FORAM REMOVIDOS. VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. PROCEDÊNCIA. RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS.**

1. O parágrafo único do artigo 28 da Lei Distrital n.º 4.257, de 2 de dezembro de 2008, viola a Lei Orgânica do Distrito Federal e os princípios constitucionais da legalidade, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, da razoabilidade, da motivação e do interesse público.

2. O dispositivo apontado ao assegurar, sem licitação, aos antigos ocupantes de espaços públicos que já exerciam as atividades e foram removidos, o direito a novas áreas em condições semelhantes àquelas objeto da remoção encerra vício de inconstitucionalidade material.

3. **Deve ser considerado o relevante interesse social** que a questão encerra, **uma vez que o dispositivo legal em comento assegura àqueles que já ocupam as áreas por longos anos, a permanecer no exercício da atividade econômica da qual tiram o seu lucro e, quiçá, sua própria subsistência.**

4. Hipótese que enseja a **aplicação da técnica da modulação dos efeitos** da declaração de inconstitucionalidade, a fim de preservar situações consolidadas, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e em homenagem ao postulado da segurança jurídica.

5. Ação direta de inconstitucionalidade com pedido julgado **procedente, com modulação dos efeitos**, em relação ao art. 28 e seu parágrafo *único da Lei nº 4.257/2008, com eficácia erga omnes e efeitos ex nunc.*

(20090020119018ADI, Relator MÁRIO-ZAM BELMIRO, Conselho Especial, julgado em 13/04/2010, DJ 16/06/2010 p. 63) (Grifos nossos).

Dessa forma, foi apenas parcialmente provido o pedido da Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios que havia ajuizado

[...] ação direta de inconstitucionalidade visando à declaração, em tese e com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, da inconstitucionalidade do artigo 19 da Lei Distrital 324, de 30 de setembro de 1992, da Lei Distrital 4.384, de 29 de julho de 2009, e da Lei Distrital 4.534, de 12 de janeiro de 2011, que tratam da prorrogação, sem licitação, das permissões de uso de áreas públicas do Distrito Federal para o exercício de atividade econômica (banca de jornais e revistas), em face dos artigos 19, caput, 26 e 49, 51, caput e parágrafo 3º, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal, promulgada em 8 de junho de 1993.[...] Ressalta que a propositura da presente ação permitirá que o Conselho Especial do Tribunal de Justiça local examine a apontada inconstitucionalidade da Lei Distrital 4.384/2009 e, também, reconheça expressamente a revogação do artigo 19 da Lei distrital 324/92 pela Lei Orgânica do Distrito Federal, ou a sua inconstitucionalidade, de sorte a afastar qualquer dúvida acerca da inocorrência de sua repristinação. No que se refere ao mérito, demonstra que a ofensa material à Lei Orgânica do Distrito Federal está patenteadada contra os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da razoabilidade, da motivação e do interesse público, colacionando farta jurisprudência sobre o tema.

Observa-se que, procurando cumprir seu papel de guardião legal, o MPDFT pareceu afastar-se do mesmo princípio de razoabilidade que chamou em defesa de seus argumentos. Isso porque, ainda que se aceitasse (como foi aceita) a alegada inconstitucionalidade da Lei 324/92, anterior à promulgação da Lei Orgânica do Distrito Federal, seria muito mais razoável admitir-se o ajuste de soluções para situações configuradas por longo tempo do que desencadear problemas sociais e de gestão pública, o que poderia vir a ocorrer caso o TJDF houvesse julgado a inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*.

[...] Por fim, em conformidade com o que dispõe o artigo 27 da Lei n. 9.868/99, a hipótese está a indicar a necessária atribuição de efeito *ex nunc* a esta decisão, diante da já ocupação destes espaços públicos por longos períodos, de forma que o interesse social e a necessária segurança jurídica impõem a modulação do efeito desta decisão. Nessa conformidade, JULGA-SE PROCEDENTE o pedido formulado na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, declarando-se a inconstitucionalidade material do art. 19, da Lei Distrital n. 324/92, da Lei Distrital n. 4384/09 e da Lei Distrital n. 4534/11, em face dos artigos 19, caput, 26, 49 e 51, caput e parágrafo 3º, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal, com efeito *ex nunc* e eficácia *erga omnes*.

**DECISÃO**

Rejeitadas as preliminares à unanimidade. No mérito, julgou-se procedente a ação, por maioria, modulando-se os efeitos da decisão nos termos do voto do Relator.

(ADI 2010002019355-7, 14.02.2012, Des. Otávio Augusto (Presidente e Vogal))

A ADI 2010002019355-7 foi, ainda, objeto do Recurso Extraordinário 725.308, tendo como Relatora a Ministra Carmen Lúcia, que negou seguimento ao recurso

DECISÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. PERMISSÃO PARA USO DE ESPAÇO PÚBLICO. CONFLITO ENTRE NORMAS LOCAIS. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA: SÚMULA N. 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Brasília, 14 de março de 2013.

### **3.4 Gestão urbana no Distrito Federal e as ADIs 2010002019355-7 e 20090020119018.**

As ADIs 2010002019355-7 e 20090020119018 ficaram razoavelmente conhecidas como as ADI das leis dos jornaleiros e dos quiosques. A modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade de ambos os institutos abriu um novo caminho para a gestão dos imóveis públicos urbanos utilizados por pequenos permissionários. A tensa relação entre os administradores públicos e administrados com tais características pareceu receber nova formatação. E foi além.

Em 2010, usuários de espaços públicos das estações metroviárias, rodoviárias, da Galeria dos Estados, Mercados das Flores, Parque da Cidade, e logradouros similares, começaram a se organizar em busca de patrocínio legislativo para elaboração de um Projeto de Lei (PL) que, nos moldes da legislação dos quiosques e das bancas de jornais, pudesse regularizar a situação de milhares de pequenos comerciantes historicamente mantidos em situação irregular.

Durante quase um ano de campanha na Galeria dos Estados, a ACLUG conseguiu cerca de quinze mil assinaturas ao manifesto de apoio à causa. Levada adiante, a proposta resultou na Lei 4.954/2012, depois regulamentada pelo Decreto 34.573/2013.

Questionados pela imprensa sobre possível declaração de inconstitucionalidade dos novos diplomas legais, os antigos permissionários mostraram-se confiantes na possibilidade de se repetir a

situação ocorrida com jornaleiros e 'quiosqueiros'. Segundo representantes da Coordenadoria das Cidades, *órgão com* nível de Secretaria de Estado de Governo, os primeiros Termos de Permissão não qualificada de uso começaram a ser emitidos ainda em 2013.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs a investigar se a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade pode ser entendida como ativismo judiciário que resulte em instrumento de gestão urbana capaz aproximar os Poderes Executivo e Judiciário, com total respeito ao princípio da separação dos poderes. Tomou como objeto de pesquisa as permissões de uso de pequenos espaços públicos no Distrito Federal, como boxes de feiras, bancas de jornais e revistas e quiosques de lanches.

Contextualizou a complexidade histórica da gestão de imóveis públicos no DF e o crescimento das demandas da sociedade civil por respeito a direitos e necessidades dos cidadãos. Analisou dois casos concretos: um deles retratou a realidade dos permissionários de bancas de jornais e revistas no Distrito Federal, enquanto o outro investigou a situação dos quiosques de lanches e similares naquele mesmo recorte geográfico. Identificou que a legislação de referência em ambos os casos foi questionada por Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

As ADIs de cada uma das situações foram julgadas com diferença aproximada de dois anos entre elas. Tanto as normas dos quiosques como as dos jornaleiros foram consideradas inconstitucionais com efeitos *erga omnes e ex nunc*. Entretanto, os julgadores manifestaram entendimento no sentido de preservar situações previamente existentes, nas quais antigos permissionários já viviam daqueles comércios há muitos anos.

Tais resultados de certa forma incentivaram outros permissionários a buscarem seus direitos, na expectativa de deixarem de viver na irregularidade na qual se encontravam há décadas. Foi como se os julgadores tivessem adotado a posição de gestores públicos, agindo no sentido de produzir soluções para problemas práticos de grande repercussão no meio urbano.

É a esse tipo de atitude que se convencionou chamar de ativismo judicial nas últimas décadas. Ativismo que acaba por produzir resultados nas políticas públicas urbanas. Ao prolatar decisões judiciais que obrigam o Poder Executivo a adotar certos limites que não buscariam sozinhos, possivelmente pela dificuldade de apreensão da complexidade do cenário, o Judiciário de certa forma avança na seara do Executivo.

Entretanto, antes que se considere negativamente tal procedimento, é preciso levar em conta que o mesmo ocorre principalmente em casos concretos cuja complexidade de gestão atinge tanto administradores públicos como administrados. Além disso, resulta em definição para problemas futuros, preservando direitos e necessidades dos cidadãos.

Direitos constitucionalmente garantidos, como a dignidade da pessoa humana, o direito ao uso democrático e sustentável da cidade, entre outros. Admissível, nesses casos, relativizar igualmente o sistema de freios e contrapesos à importância do contexto. É possível não destacá-lo como ponto de discórdia, mas como de harmonia, passando a admitir que foi a cooperação entre os Poderes que permitiu a solução daqueles problemas urbanos.

Dessa forma, mostrou-se possível, nas situações escolhidas, tornar natural o entendimento da modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade como instrumento de gestão urbana capaz de harmonizar ações dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Especificamente nos casos aqui elencados, novos desdobramentos já trouxeram novos elementos à discussão, acrescentando-lhe contrapontos. É o caso da ADI 20130020268860, impetrada contra as Leis distritais 4.486/2010 e 5.015/2013, também dos quiosques.

Quando este trabalho foi elaborado, aquela ADI havia sido recentemente impetrada. Posteriormente, foi decidida em Acórdão de 13/05/2014, que considerou as normas inconstitucionais com efeito *ex tunc* e eficácia *erga omnes*. Decisão que volta a deixar na ilegalidade dezenas de milhares de ‘quiosqueiros’ em todo o Distrito Federal, tornando ainda mais complexa a busca de solução entre gestores e permissionários. O que amplia o potencial de análise do tema, deixando aberta a via para novas explorações.

## REFERÊNCIAS

ABDALLA-SANTOS, N.L. **Qualidade de vida das cidades**. Brasília: ACLUG, 2011.

BARROSO, L.. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 16 Ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2011.

CANÇADO JÚNIOR, H.L. Modulação de efeitos no controle incidental e o controle de políticas públicas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Orgs.). **Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e experimentalismo institucional**. Brasília, IDP, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso privativo de bem público por particular**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. **Discrecionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). **Lei Orgânica do Distrito Federal**. Promulgada em 8 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=0&txtAno=0&txtTipo=290&txtParte=>>>. Acesso em: 09 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas. **Estudos sobre a utilização de bens públicos por terceiros**. Brasília: Seção de Documentação, 2003.165 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

G1, Globo.com. Distrito Federal. **Governo do DF quer padronizar bancas de jornais e quiosques**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2012/07/governo-do-df-quer-padronizar-bancas-de-jornais-e-quiocques.html>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed., rev., refund. e atual. pela Constituição de 1988, Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NASCIMENTO, Daniel Trento do; SCHENINI, Pedro Carlos; CAMPOS, Edson Telê. Estatuto da Cidade: um instrumento para a participação social na gestão urbana. **Katálisis**, v.6 n.2 jul./dez.2003 Florianópolis SC p.181-182. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/rt/metadate/6460/0>>. Acesso em: 05 jun. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TACHIZAWA, Takeshy. **Gestão ambiental e responsabilidade social corporativa**: estratégias de negócios focadas na realidade brasileira. 6.ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann e SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, n. 19, nov. 2007.

## A CONSTITUCIONALIDADE DO SIGILO DO ORÇAMENTO NA LEI Nº 12.462/11

Cláudia Simone da Rosa Treutel<sup>1\*</sup>

**RESUMO:** A Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011, criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), cujas regras são aplicáveis às licitações e contratos necessários à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo FIFA de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Com o intuito de aumentar a competitividade e evitar a formação de cartéis nos processos licitatórios, a nova legislação previu, no artigo 6º, o sigilo do orçamento estimado pela Administração Pública até o encerramento do certame. Tal dispositivo vem gerando diversas controvérsias na esfera política e jurídica, inclusive por suposta afronta ao princípio da publicidade, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal e do princípio da transparência. O presente artigo se dedica ao exame da constitucionalidade do sigilo do orçamento das obras e contratações públicas sob o regime do RDC.

**Palavras-chave:** RDC. Copa do Mundo. Jogos Olímpicos. Orçamento sigiloso. Constitucionalidade.

## THE CONSTITUTIONALITY OF THE SECRECY OF THE BUDGET IN LAW Nº 12.462/11

**ABSTRACT:** Law No. 12462 of 05 August 2011, created the Regime Differential Procurement (DRC), whose rules apply to bids and contracts required to complete the Confederations Cup 2013, the FIFA World Cup in 2014 and the Olympic and Paralympic Games in 2016. In order to increase competitiveness and prevent the formation of cartels in bidding processes, the new legislation provided for in Article 6, the secrecy of the budget estimated by the public until the closing. This device has generated several controversies in the political and legal, including for alleged affront to the principle of publicity provided for in the *caput* of Article 37 of the Constitution and the principle of transparency. This article is dedicated to examining the constitutionality of the secrecy of the budget of public works and contracts under the regime of the RDC.

**Keywords:** DRC. World Cup. Olympics. Budget secrecy. Constitutionality.

1 \* Assessora Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Administrativo. E-mail: [claudia-treutel@pge.rs.gov.br](mailto:claudia-treutel@pge.rs.gov.br).

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei 12.462/11 instituiu o regime diferenciado de contratações públicas, destinado à licitação e contratação de bens e serviços necessários à realização dos eventos esportivos que serão sediados no Brasil.

A Medida Provisória nº 527, de 2011, que dispunha sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios; sobre a criação da Secretaria de Aviação Civil e sobre a criação de cargos e contratação temporária de controladores de tráfego aéreo, acrescida de 47 artigos, foi convertida na Lei nº 12.462/2011, dando origem ao Regime Diferenciado de Contratações - RDC.

O RDC, com o objetivo de ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, incentivar a inovação tecnológica; promover a troca de experiências e tecnologias na busca da melhor relação entre custos e benefícios, assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e buscar a proposta mais vantajosa para a Administração, destina-se à viabilização dos (a) dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; (b) viabilizou as Copa das Confederações, em 2013 e a Copa do Mundo, em 2014, e (c) as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados distantes até 350 quilômetros das cidades-sedes dos citados eventos.

Posteriormente à edição da Lei 12.462/11, tal regime diferenciado de contratação foi estendido às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (incluído pela Lei nº 12.688/12); às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (incluído pela Lei nº 12.745/12) e às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (incluído pela Lei nº 12.722/12).

Em 11 de outubro de 2011, foi editado o Decreto nº 7.581, que veio a regulamentar detalhadamente o regime de que trata a Lei nº 12.462/2011.

Atualmente tramitam, no Supremo Tribunal Federal, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, que questionam dispositivos da Lei do RDC. A ADI nº 4.645 foi proposta pelos partidos PSDB, DEM e PPS e a ADI nº 4.655 foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel. Ambas as ações insurgem-se basicamente contra a inclusão de matéria estranha à tratada na Medida Provisória nº 527, de 2011; a delegação ao Executivo da escolha do regime de contratação sem parâmetros mínimos para identificação das obras e

serviços e a contratação integrada. A ADI nº 4.645 questiona, também, a constitucionalidade do artigo 6º, § 3º do RDC (CAMMAROSANO; DAL POZZO; VALIM, 2012, p. 57).

O presente trabalho tem por objeto o exame da constitucionalidade do § 3º do artigo 6º da Lei nº 12.462/11.

## 2 O ORÇAMENTO SIGILOSO DA LEI Nº 12.462/11

O sigilo do orçamento nos processos licitatórios foi introduzido pelo legislador no § 3º do artigo 6º da Lei nº 12.462/11, senão vejamos:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Nesse mesmo sentido, regulamenta o artigo 9º do Decreto nº 7.581/11:

Art. 9º O orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto, sem prejuízo da divulgação no instrumento convocatório do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º O orçamento previamente estimado estará disponível permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

§ 2º O instrumento convocatório deverá conter:

I - o orçamento previamente estimado, quando adotado o critério de julgamento por maior desconto;

II - o valor da remuneração ou do prêmio, quando adotado o critério de julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico; e

III - o preço mínimo de arrematação, quando adotado o critério de julgamento por maior oferta.

Acerca da inovação da Lei, refere Pessoa Neto (2012, p. 987):

Como inovação, e objetivando aumentar a competitividade, a legislação possibilita à Administração divulgar o valor orçado somente por ocasião da adjudicação do objeto, à exceção no caso em que for utilizado o critério de julgamento de maior desconto ou melhor técnica.

Portanto, poderá a Administração Pública manter o sigilo do orçamento até o encerramento do certame, quando tornará público os valores definidos para a contratação. Os parágrafos §§ 1º e 2º do artigo 6º são exceções à regra do orçamento sigiloso, em razão do próprio critério de julgamento escolhido pelo órgão público, como o de maior desconto, melhor técnica ou maior oferta.

Com base em tal regra, embora a despesa seja previamente estimada, a Comissão de Licitações divulga o detalhamento do objeto, dos quantitativos e outras informações que possam contribuir para a estimativa dos valores, fazendo constar, no instrumento convocatório, que o orçamento tem caráter sigiloso e que a divulgação ocorrerá apenas no final da licitação. (MONTEIRO, 2012, p. 6)

A norma insculpida no § 3º do artigo 6º da Lei nº 12.462/11 é inovadora em relação à Lei nº 8.666/93, lei geral das licitações, que veda a utilização de qualquer elemento ou fator sigiloso que possa elidir o princípio da igualdade entre os licitantes (artigo 44, § 1º) e proíbe a licitação sigilosa, garantindo à sociedade o acesso a todos os atos do certame, com exceção ao conteúdo das propostas apresentadas pelos concorrentes (artigo 3º).

A modificação das normas insertas na Lei nº 8.666/93 objetivou, principalmente, evitar a formação de cartel entre os concorrentes e incentivar a apresentação de propostas mais realistas economicamente, garantindo, com isso, contratações mais vantajosas aos órgãos públicos.

### 3 DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA TRANSPARÊNCIA

O princípio da publicidade na Administração Pública está previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Conceitualmente, o princípio da publicidade consiste no dever de divulgação de todos os atos praticados pela Administração. “Tal

princípio encarta-se num contexto geral de livre acesso dos indivíduos a informação de seu interesse e de transparência da atuação administrativa (...)” (MAZZA, 2013, p.103). Carvalho Filho (2012, p. 25), ao tratar dos princípios que regem a Administração Pública, expõe sobre o princípio da publicidade:

[...] os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui um fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.

Dos referidos conceitos, infere-se que a publicidade possui duas acepções, quais sejam: a publicitação dos atos praticados pela Administração Pública, através de publicação em órgão oficial dos atos que devam produzir efeitos externos, conferindo-lhes eficácia e a transparência da atuação administrativa, derivada do princípio da indisponibilidade do interesse público, em que a divulgação dos atos da Administração viabiliza o maior controle pelos administrados e por outros órgãos públicos.

Portanto, pelos ditames do princípio da publicidade, “o povo tem o direito de conhecer dos atos praticados na administração pública, passo a passo, para o exercício do controle social, derivado do exercício do poder democrático”. (NETO; CRUZ; ENSSLIM; ENSSLIM, 2007, p. 78).

Especificamente acerca da incidência do princípio da publicidade nas licitações, Moraes (2007, p. 565) afirma que:

O objetivo evidente da imposição de observância do princípio da publicidade nas licitações é permitir o acompanhamento e a fiscalização do procedimento, não só pelos licitantes, como também pelos diversos órgãos de controle interno e externo e pelos administrados em geral.

Diante desse contexto, podemos concluir que a essência da publicidade e da transparência nos procedimentos licitatórios é dar amplo conhecimento aos cidadãos de todos os atos, de modo a viabilizar maior fiscalização no trato com a coisa pública.

#### 4 A CONSTITUCIONALIDADE DO ORÇAMENTO SIGILOSO DO RDC

A regra contida no § 3º do artigo 6º da Lei 12.462/11 vem sendo alvo de diversas críticas tanto na esfera política como na esfera jurídica, especialmente por supostamente afrontar os princípios constitucionais da publicidade e da transparência.

Como referido anteriormente, os princípios constitucionais da publicidade e da transparência requerem que todo e qualquer ato da Administração Pública sejam levados ao conhecimento dos administrados. Em contrapartida, o § 3º do artigo 6º do RDC prevê que, caso a Administração entenda ser mais vantajoso, o orçamento de determinada obra ou contratação pública será mantido em sigilo até o encerramento do certame. Denota-se, portanto, um conflito aparentemente inconstitucional.

Ocorre que, como é sabido, os princípios constitucionais não são absolutos, podendo, em algumas situações, sofrerem mitigações em detrimento de outros de maior prevalência na ponderação do caso concreto.

No caso da colisão entre princípios, a doutrina apresenta, basicamente, duas soluções, saber: (1) a concordância prática, na qual se busca a harmonização entre eles e (2) a dimensão de peso e importância, na qual se avalia qual dos bens envolvidos deverá ser preservado, ou seja, que tenha maior peso ou valor naquela situação.

No caso em tela, os princípios constitucionais da publicidade e da transparência sofrem mitigação frente aos princípios, também constitucionais, quais sejam: o da indisponibilidade do interesse público e da eficiência, na medida em que, o agir da Administração Pública, pautado no interesse coletivo e na aplicação eficiente dos recursos públicos, deve prevalecer.

Da mesma forma entende o constitucionalista Moraes (Ibidem, p. 307): “a regra, pois, é que a publicidade somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar, prevalecendo esse em detrimento do princípio da publicidade”.

O interesse público constitui pressuposto fundamental em todas as funções estatais, uma vez que se trata de um princípio basilar para o Estado Democrático de Direito. “Trata-se de um princípio implícito, e deles decorrem diversos princípios expressos que norteiam a Administração

Pública, como o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade, o da eficiência". (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 186).

Sobre tal princípio, explica Carvalho Filho (Ibidem, p. 34):

Os bens e interesse públicos não pertencem à Administração nem aos seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos. [...] O princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade.

A Administração Pública tem o dever de praticar os atos de forma que melhor atenda o interesse social, não havendo, portanto, outra opção ao agente público senão agir com zelo, probidade e eficiência no trato com a coisa pública, sempre em prol da coletividade, que detém a titularidade desse bem. Portanto, o agir do administrador, de maneira eficiente e de modo a assegurar o interesse público, passa pela utilização dos instrumentos legais que mais se mostrem vantajosos para a coletividade.

Por sua vez, a eficiência, princípio previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, orienta o agente público no sentido de que toda atividade estatal deve buscar o equilíbrio entre a produtividade e a economicidade.

O princípio da eficiência impõe à Administração Pública o dever de boa administração, obrigando-a a realizar suas tarefas com rapidez, perfeição e rendimento (GASPARINI, 2006, p. 21), ou seja, deverá a Administração desempenhar suas atividades com a finalidade de prestar um serviço público com qualidade e rapidez, buscando os melhores resultados para a Administração e, conseqüentemente para a coletividade.

Pois bem. Nos processos licitatórios, em que adotada a regra do sigilo do orçamento, os concorrentes serão obrigados a apresentarem propostas mais realistas com os preços praticados no mercado, minimizando a incidência de ofertas muito próximas aos valores estimados pelos órgãos públicos, a exemplo do que ocorre com os procedimentos disciplinados pela Lei nº 8.666/93.

É certo que, obrigando o licitante a analisar efetivamente sua estrutura de custos para a elaboração das propostas, a Administração receberá melhores preços e produtos, preservando, dessa forma, o interesse da sociedade, diante de uma aplicação mais eficiente dos recursos públicos.

Nesse sentido, Calazans Júnior (2012, p. 595), ao analisar o RDC *versus* a Lei nº 8.666/93, defende que a divulgação do orçamento é prejudicial à Administração Pública, vez que o administrador não realiza pesquisa de mercado, podendo elaborar orçamento com preços superfaturados, o que seria aproveitado pelos concorrentes:

Sobre esse ponto, temos opinião formada, que resulta da experiência vivida ao longo dos anos no processamento de licitações em empresa estatal. Expor ao licitante quanto se pretende gastar na realização de uma obra, um serviço ou uma compra equivale a dizer que o proponente não precisa se preocupar em fazer uma avaliação criteriosa dos custos a serem suportados na execução do contrato.

Nesse aspecto, ainda, pondera o próprio Tribunal de Contas da União:

[...] Embora também seja posição desta Corte de que a Administração deve franquear o acesso aos licitantes do referido documento, bem explicitou a instrução que há divergências acerca do momento oportuno para tanto, ou seja, antes ou depois da fase de lances, sendo apontado, neste último caso, os benefícios para manutenção do sigilo do orçamento estimativo até essa fase.

8. Conquanto a ampla publicidade seja imperativa na Administração Pública, julgo que, em situações semelhantes a que se apresenta, o acesso ao referido orçamento colidiria com outros princípios não menos importantes, como o da busca da proposta mais vantajosa para a administração, de modo que a reserva do seu conteúdo não se configura violação ao princípio da publicidade, nem mesmo ao seu propósito de assegurar o controle pela sociedade da legalidade e legitimidade dos atos administrativos.

9. Ademais, a prática tem se revelado, inclusive no âmbito do próprio FNDE, que a manutenção do sigilo do orçamento estimativo tem sido positiva para Administração, com a redução dos preços das contratações, já que incentiva a competitividade entre os licitantes, evitando assim que os concorrentes limitem suas ofertas aos valores previamente cotados pela Administração [...]. (TCU. Acórdão nº 2080/2012 – Plenário. Relator: Ministro José Jorge. Data da sessão: 8/8/2012).

Especificamente quanto às vantagens da adoção da regra do §3º do artigo 6º do RDC, refere-se o Tribunal de Contas da União:

Orçamento fechado, no RDC, foi pensado em prestígio à competitividade dos certames. Isso porque, a disponibilização prévia do valor estimado das contratações tende a favorecer a formação de conluios. Ao saber, de antemão, o valor máximo admitido pela Administração como critério de classificação das propostas, facilita-se a prévia combinação de valores

ofertados. Nesse caso, em termos do princípio fundamental licitatório – o da obtenção da melhor proposta –, a isonomia e a competitividade compensariam possível perda de transparência, no que se refere à publicação dos preços estimativos. (TCU. Acórdão nº 3011/2012 – Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Data da sessão: 8/11/2012).

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (ODCE) também orienta nesse sentido nas *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement* (Diretrizes para combater o conluio nos certames para contratação pública), para que não haja divulgação do orçamento (REZENDE, 2011, p. 40). Destaca-se, por oportuno, que tal regra é adotada pelos Estados Unidos e pela União Europeia para os contratos de empreitada e para o regime de compras.

Por fim, cumpre ressaltar que, no caso do RDC, o orçamento permanecerá em sigilo apenas e enquanto perdurar o procedimento licitatório, ou seja, após o encerramento do certame, os valores previstos pelo órgão público para aquela determinação contratação estarão ao alcance de todos, em observância ao artigo 37 e ao inciso XXXIII do artigo 5º, ambos da Constituição Federal.

O orçamento apenas é divulgado em momento procedimental diverso daquele previsto na lei geral de licitações. Dessa forma, não haverá prejuízos ao controle social viabilizado através dos princípios da publicidade e da transparência, na medida em que os cidadãos poderão exercê-lo por ocasião da divulgação do orçamento.

Além disso, em relação aos órgãos de controle externo e interno, o próprio § 3º do artigo 6º da Lei nº 12.462/11, explicitou a disponibilização a esses órgãos de maneira irrestrita e permanente do orçamento que não constar do instrumento convocatório (ZYMLER; DIOS, 2012, p. 9). Assim, o administrado poderá, ainda, denunciar, a qualquer tempo, irregularidades ou ilegalidades no procedimento licitatório junto ao Tribunal de Contas da União, dos respectivos Estados e do Distrito Federal, nos termos da Constituição da República.

## 5 CONCLUSÃO

Com a eleição do Brasil para sediar a Copa das Confederações de 2013, a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016 e a necessidade de agilizar as obras e contratações necessárias à realização de tais eventos

esportivos, foi instituído um regime diferenciado de contratações - RDC através da Lei nº 12.462/11.

Com o RDC, foi introduzida no ordenamento jurídico a regra que permite à Administração Pública manter, nos processos licitatórios, o sigilo do orçamento até o final do certame, nos termos do § 3º do artigo 6º da referida lei.

Conforme exposto, o orçamento sigiloso apresenta uma aparentemente inconstitucionalidade frente aos princípios da publicidade e da transparência. Entretanto, após uma análise mais detalhada, verifica-se que tais princípios são mitigados pelos princípios da indisponibilidade do interesse público e da eficiência. Primeiro, porque o agir da Administração Pública, em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, deve ser pautado pelo interesse coletivo, de modo a zelar pelos bens e interesses comuns. Segundo, porque o administrador público deve agir buscando os melhores resultados possíveis para a Administração e, conseqüentemente, para a coletividade, na aplicação e uso eficiente dos recursos públicos.

Diante disso, não há que se falar em inconstitucionalidade do sigilo do orçamento, na medida em que as vantagens obtidas pela Administração Pública, a partir do recebimento de propostas mais realistas economicamente e de contratações mais benéficas, resultam em uma gestão pública eficiente e de interesse da coletividade, os quais devem prevalecer frente aos princípios da publicidade e da transparência.

Destacou-se, ainda, que o controle social, decorrente da transparência e da publicidade no procedimento licitatório, permanece hígido, de modo que poderá ser exercido por ocasião da divulgação do orçamento ou a qualquer momento, por meio dos órgãos de fiscalização existentes no Brasil.

Portanto, importante avanço foi trazido pela Lei nº 12.462/11, que, através de regras inovadoras, como a do sigilo no orçamento, busca tornar os processos de licitação mais ágeis e economicamente mais interessantes para a Administração e para a sociedade.

Por fim, a exemplo da Lei nº 12.462/11, almeja-se que o legislador possa modificar a atual Lei nº 8.666/93, introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro uma legislação mais simplificada e moderna destinada às licitações, a fim de conferir maior celeridade às contratações.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011**. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 020.473/2012-5. Acórdão nº 2080/2012 – Plenário. Relator: Ministro José Jorge. Data da sessão: 8/8/2012. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2080-30/12-P.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 017.603/2012-9. **Acórdão nº 3011/2012** – Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Data da sessão: 8/11/2012. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-3011-45/12-P.

CALASANS JUNIOR, José. O RDC versus a Lei nº 8.666/93. **Revista Zênite de Licitações e Contratos – (ILC)**, Curitiba: Zênite, v. 19, n. 220, p. 592-602, junho 2012.

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves Dal Pozzo; VALIM, Rafael. **Regime Diferenciado de contratações públicas - RDC**. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MONTEIRO, Vitor Trigo. **Comentários sobre o regime diferenciado de contratações públicas. Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3152, 17 fev. 2012. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/21119>. Acessado em 11 de março de 2013.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

PESSOA NETO, José Antônio. Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC- Definição dos procedimentos a serem adotados para instaurar o certame e a condução da fase externa do processo. **Boletim de Licitações e Contratos**, ano XXV, n. 10, p. 985-990, out. 2012.

PLATT NETO, Orion Augusto; CRUZ, Flávio da; ENSSLIM, Sandra Rolim; ENSSLIM, Leonardo. Publicidade e transparência das contas públicas: obrigatoriedade e abrangência desses princípios na administração pública brasileira. **Contabilidade Vista e Revista**, v. 18, n. 1, p. 75-94, jan./mar. 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de; FREITAS, Rafael Véra. O regime diferenciado de contratações públicas (RDC) e a administração de resultados. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, v. 9, n. 35, p. 9-36, out./dez. 2011.

REZENDE, Renato Monteiro de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011. Textos para Discussão 100. **Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado**. Agosto/2011. Disponível em [http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos\\_discussao.htm](http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm). Acessado em 11 de março de 2013.

ZYMLER, Benjamim; DIOS, Laureano Canabarro. O regime diferenciado de contratação (RDC) aplicável às contratações necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, v. 11, n. 125, p. 9-18, maio 2012.

## VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS DOS DOENTES MENTAIS INTERNADOS JUDICIALMENTE

Suelen de Azevedo\*<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo científico tratará da análise de uma pesquisa desenvolvida com a finalidade de averiguar a aplicação dos direitos humanos na medida de segurança imposta ao réu Kleiton da Silva<sup>2</sup>, cujo processo é o de número 00000000000000000000<sup>3</sup>, acessado em cartório judicial no dia 29/08/2011. Também se realizou uma visita à Ala de Tratamento Psiquiátrico (ATP), local onde ficam internos submetidos à medida de segurança e onde ficou o interno Kleiton. Diante da coleta de dados, estes serão analisados à luz dos dispositivos legais que regem os direitos dos inimputáveis, ocasião em que se verificará se os direitos humanos foram desrespeitados ou não na aplicação da medida de segurança deste único caso.

**Palavras-chave:** Doenças mentais. Medida de segurança. Internação. Direitos humanos. Crimes.

### VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS OF MENTALLY ILL INPATIENTS BY JUDICIAL ORDER

**ABSTRACT:** This work is the result of a scientific research that addresses how the human rights are applied on the case number 00000000000000000000, the case of the defendant Kleiton da Silva. This case was taken in judicial office in 29/08/2011. A facility for mental illness treatment was visited (Ala de Tratamento Psiquiátrico (ATP)). In this place, Kleiton da Silva spent a long time of his life, where he was subject to security measures. After collecting data, human rights and other legal aspects involving the case will be discussed.

**Keywords:** mental illness. security measures. hospital. human rights. crimes

1 \* Advogada membro titular e Secretária-geral da Comissão de Direitos Humanos da OAB/DF. Representante da OAB no Conselho de Assistência Social do DF. Mestranda na Universidade de Brasília- UnB. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Bacharel e Licenciada em Letras Português pela Universidade de Brasília – UnB.

2 Todos os nomes utilizados neste artigo são fictícios para se manter o sigilo das informações prestadas em campo.

3 Número fictício para fins de sigilo. Ressalta-se que todos os números que aparecerem no bojo da redação são fictícios para fins de sigilo das informações prestadas em campo.

RECEBIDO EM: 12/01/2015      ACEITO EM: 20/03/2015

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo científico objetiva trazer reflexões sobre a aplicabilidade do disposto em lei sobre as medidas de segurança. Assim, por meio de estudo de caso, será analisado o quanto a lei é aplicada na íntegra, procurando-se verificar que, caso seja cumprida parcialmente, existiria violação dos direitos humanos.

Nesse sentido, será realizada pesquisa qualitativa por meio do estudo de um único caso, este referente ao processo nº 00000000000000000000, que diz respeito à medida de segurança de internação imposta ao réu Kleiton da Silva. A partir da pesquisa, buscar-se-á responder a seguinte hipótese: Houve respeito aos direitos humanos na aplicação da medida de segurança no caso de Kleiton da Silva?

A pesquisa, portanto, será realizada por meio de análise documental, por intermédio de acesso ao referido processo a fim de se verificar o desenrolar da história material e acontecimentos processuais. Também será realizada uma visita à Ala de Tratamento Psiquiátrico - ATP, local em que o réu chegou a ficar internado por aproximadamente 13 anos de sua vida, a fim de verificar a estrutura do local e realizar entrevistas, seja com funcionários ou com o interno Kleiton. O ponto de vista a ser adotado consistirá em verificar se o básico e o essencial previsto expressamente na lei estiveram presentes na aplicação da medida de segurança.

## 2 BREVE RESUMO SOBRE O DISPOSTO EM LEI SOBRE OS DIREITOS DOS INIMPUTÁVEIS

Consoante a lógica adotada pela sistemática atual, três são os requisitos essenciais para aplicação das medidas de segurança: prática de fato punível, periculosidade do agente e ausência de imputabilidade da pena (BRAGA, 2007, p. 618).

No Código Penal, a medida de segurança encontra-se disciplinada nos artigos 96 a 99; já o Código de Processo Penal, dispõe sobre a insanidade mental do acusado nos artigos 149 a 154; e a Lei de Execuções Penais - LEP aborda a medida de segurança nos seus artigos 171 a 174, e a cessação da periculosidade nos artigos 175 a 179. Os direitos das pessoas com transtornos mentais estão estipulados na Lei 10.216/01 (MARCÃO, 2010, p. 143).

Primeiramente, os artigos mencionados do Código Penal mostram que as medidas de segurança, consistentes tanto em internação como em tratamento ambulatorial, podem ser estabelecidas por tempo indeterminado enquanto persistir a enfermidade mental do agente, representando ausência de limites máximos, apesar da estipulação de limites mínimos da medida (BRITO E SOUTO, 2007, p. 590).

Tais estipulações legais também permitem que o cidadão portador de distúrbio mental que comete delitos não tenha acesso a certos direitos legais como: possibilidade de aplicação de causa de diminuição de pena, saída a qualquer tempo sem ressalvas perigosas, ou redução dos prazos prescricionais aos menores (BRITO E SOUTO, 2007, p. 590-598).

Nessa situação, substituída a pena privativa de liberdade por internação ou tratamento ambulatorial, o internado irá se tratar em estabelecimento de características hospitalares. Contudo, caso o estabelecimento penal não esteja aparelhado para promover a assistência médica- psiquiátrica necessária, esta pode ser prestada em outro local mediante autorização da direção do estabelecimento, conforme colacionado no art. 14, § 2º cumulado com o art. 42 da LEP. Esse outro estabelecimento pode ser hospital particular, desde que assegurada a custódia do internado, não permitindo a permanência do sentenciado em cadeia pública ou outro estabelecimento em que não lhe seja prestado o devido tratamento. A lei ainda permite que seja contratado pelo interessado médico de sua confiança pessoal a fim de orientar e acompanhar o tratamento (MIRABETE; FABBRINI, 2011, p. 98- 99).

Ainda nessa linha de raciocínio, o Código de Processo Penal, em seus arts. 149 e 150, afirma que é preciso que a dúvida a respeito da sanidade mental do acusado ou indiciado seja razoável, demonstrativa de efetivo comprometimento da capacidade de entender o ilícito, cabendo, então, ao juiz, de ofício, a instauração do processo incidente, em que haverá realização de exame, o qual também poderá ser feito ainda na fase do inquérito policial (NUCCI, 2008, p. 331).

Atualmente não existem mais manicômios judiciários, situação em que é comum a terminologia Hospitais de Custódia e Tratamento. O exame em réu solto será realizado no local indicado pelos peritos, podendo ser inclusive os referidos hospitais. Os laudos não possuem prazo fatal, pois, caso haja necessidade, é possível a prorrogação do prazo. Tais laudos também não poderão ser utilizados em outros processos, pois o que se apura é inimputabilidade penal. Uma vez suspenso o processo, nada impede que os autos sejam entregues aos peritos (NUCCI, 2008, p. 334).

Os artigos seguintes do CPP, ou seja, de 151 a 154, dizem respeito ao prosseguimento do processo, pois, uma vez concluída a perícia, podem os expertos concluir que o acusado, ao tempo da infração, era imputável, ocasião em que o processo seguirá normalmente seu curso, contudo, sem a presença do curador. Em caso de superveniência de doença mental após a infração penal, paralisa a instrução, suspendendo-se o processo a fim de aguardar a melhora do agente para este ter condições de se defender com eficácia, consoante o princípio da ampla defesa. Caso a doença mental se instaure durante a execução, há duas possibilidades, a depender da doença ser transitória ou duradoura. No caso pesquisado, se discutirá doença de caráter duradouro, ocasião em que se converterá a pena em medida de segurança, conforme o disposto no art. 183 da LEP. O incidente de insanidade mental, neste caso, portanto, seguirá a regra do processo incidente, sendo autuado à parte, não se mesclando com o processo principal (NUCCI, 2008, p. 335).

Continuando, cabe destacar também a lei específica que regulamenta os direitos dos doentes mentais, ou seja, a Lei 10.216/01. Da elaboração do Projeto até a aprovação da citada lei, houve um longo tempo e uma série de mudanças no contexto sócio-político-cultural que se refletiram na elaboração dos artigos do dispositivo legal. A Lei 10.216 de 06 de abril de 2001 dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Seu título apresenta uma proposta de proteção da pessoa portadora de transtorno mental, estabelecendo os seus direitos e pretendendo redirecionar o modelo de assistência em saúde mental (BRITTO, 2004, p. 210).

Em seu artigo 1º, já se estabelece que a proteção e os direitos dos portadores de transtorno mental são assegurados a todos, sem a existência de qualquer forma de discriminação. Diante deste quadro, formou-se um novo modelo assistencial em atenção psicossocial alcançando a hipótese de internação compulsória em seu artigo 6º. Assim, ao submeter o agente inimputável à medida de segurança, deve o juiz dar preferência ao tratamento ambulatorial, somente determinando a internação “quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” (BRITTO, 2004, p. 210).

Quanto aos direitos das pessoas com transtornos mentais, vejamos, assim, o artigo 2º do referido diploma legal, abaixo, *in verbis*:

**Art. 2. Lei 10.216/01:** Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.  
Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

- I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;**
- II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;**
- III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;**
- IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;**
- V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;**
- VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;**
- VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;**
- VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;**
- IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.** (Grifo nosso).

O artigo 2º, por sua vez, estipula o dever de informação dos direitos estabelecidos para os portadores de doença mental nos estabelecimentos especializados. Em seu parágrafo único, são situados tais direitos, que se referem às condições de realização do tratamento e riscos possíveis de serem sofridos. Desta forma, o próprio tratamento pode ser considerado um risco para a integridade da pessoa, ocasião em que esta possui direito de conhecê-los e dispor sua opinião sobre eles (BRITTO, 2004, p. 210).

Os parágrafos do artigo 4º regulamentam, por sua vez, a internação e determinam que o tratamento deve primar pela reinserção social do paciente e oferecer assistência integral através de uma equipe multidisciplinar. A humanização do atendimento é regra absoluta, sendo vedada a internação em instituições com características asilares e que não assegurem ao paciente os direitos enumerados no § único do art. 2º da Lei 10.216/01. Assim, conforme a norma analisada, resta claro que o doente mental não deve ser alvo de uma estrutura de negação dos direitos humanos. O Estado, nesse prisma, tem limites na imposição de sanção penal a inimputáveis (BRITO E SOUTO, 2007, p. 582).

Porém, não havendo recursos extra-hospitalares suficientes e uma vez determinada pelo juiz a internação, esta deve observar os limites estabelecidos pela referida lei anti-manicomial, sendo obrigatoriamente precedido de "*laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos*" (Art. 2º e 6º Lei 10.216/01).

Com relação à alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, prevista no art. 5º da lei, é requerida, para sua plena realização, segundo a pesquisadora Dra. Marchewka, a concretização de um sistema alternativo,

composto pela redução dos leitos nos hospitais psiquiátricos, construção de residências terapêuticas, programa de volta para casa, Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), centros de convivência, ambulatorios, saúde mental na atenção primária, programas de inclusão social pelo trabalho, centro de convivência e cultura, leitos psiquiátricos no hospital geral, entre outros. O que infelizmente não parece ocorrer (MARCHEWKA, 2009, p. 18- 214).

Nesse diapasão, analisando-se a Lei de Execuções Penais, ressalta-se que esta dispõe sobre como deve ocorrer o tramite processual desses internos. Vejamos o disposto no artigo 171 da LEP: “Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução”.

Dessa forma, expedida a guia para execução pela autoridade judiciária, esta só pode ser ordenada após o trânsito em julgado da sentença (MARCÃO, 2006, p. 170-171).

Ressalta-se que tal guia deve ser escrita por quem dispõe de fé pública: o escrivão. Além de assiná-la, o escrivão opõe sua rubrica em todas as folhas da guia. Exige também a lei, para maior segurança, que o instrumento contenha também a assinatura do juiz que determinou a expedição (MIRABETE, 2004, p. 628). A seguir, o disposto no art. 172 da Lei 7210/84: “Ninguém será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, ou submetido a tratamento ambulatorial, para cumprimento de medida de segurança, sem a guia expedida pela autoridade judiciária”.

Assim, quem possui transtorno mental e é submetido à medida de segurança, para ser internado, necessita que seja expedida sua guia de internação, baseada nos laudos periciais que comprovem sua periculosidade relacionada ao transtorno mental. Tal medida de segurança, nesse sentido, deve obedecer ao princípio da jurisdicionalidade, já que é meio de providencia jurisdicional, ou seja, é um meio de restrição a bens jurídicos, incluindo a liberdade de locomoção, impossível de ser inserida em medida administrativa. A seguir, vejamos o disposto no art. 173 do mesmo diploma legal (MIRABETE, 2004, p. 611):

**Art. 173. Lei 7210/84:** A guia de internamento ou de tratamento ambulatorial, extraída pelo escrivão, que a rubricará em toldas as folhas e a subscreverá com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterà:

I - a qualificação do agente e o número do registro geral do órgão oficial de identificação;

II - o inteiro teor da denúncia e da sentença que tiver aplicado a medida

- de segurança, bem como a certidão do trânsito em julgado;
- III - a data em que terminará o prazo mínimo de internação, ou do tratamento ambulatorial;
- IV - outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento ou internamento.
- § 1º Ao Ministério Público será dada ciência da guia de recolhimento e de sujeição a tratamento.
- § 2º A guia será retificada sempre que sobrevier modificações quanto ao prazo de execução.

A guia de internação deve apresentar os requisitos formais necessários à execução regular da medida de segurança, sendo eles mencionados no artigo acima. Com vistas à identificação do internado, determina-se que também conste o seu nome e a qualificação, além do número do registro geral do órgão oficial de identificação. Deve conter ainda o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado desta. Interessa às autoridades administrativas e judiciárias que conheçam todos os fatos pelos quais o internado foi submetido ao processo, a fim de que se facilite a individualização do tratamento a que deve ficar sujeito. Facultativamente, poderá o juiz determinar também a transcrição de peças do processo que repute indispensáveis ao adequado tratamento, ressaltando a importância do laudo de exame juntado aos autos do incidente de sanidade mental (MIRABETE, 2004, p. 628). A seguir, o disposto no art. 174 da mesma lei: “Aplicar-se-á, na execução da medida de segurança, naquilo que couber, o disposto nos artigos 8º e 9º desta Lei”.

Tal artigo mencionado diz respeito aos exames criminológico e exame geral de personalidade, que podem ser necessários conforme as circunstâncias do caso da medida de segurança. O exame criminológico é obrigatório quando se trata de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Contudo, tal pressuposto é facultativo em hipótese de tratamento ambulatorial, dependendo da natureza do fato e das condições do agente (MIRABETE, 2004, p. 630).

Por fim, se cessada a periculosidade, ou findo o prazo mínimo da duração da medida de segurança, a LEP estipula que se procederá com a verificação do estado de periculosidade, a partir de procedimento ex officio. Ressalta-se que o juiz da execução não pode determinar, de ofício, a antecipação do exame de cessação da periculosidade, pois somente pode arguir se provocado (MARCÃO, p. 490-491).

Atingida a finalidade da medida, expede-se guia de desinternação condicional, mediante alguns requisitos que devem ser cumpridos pelo desinternado, ou seja, os requisitos do art. 132 da LEP. Assim, deve o

sentenciado obrigatoriamente obter ocupação lícita, se for apto a trabalhar; comunicar sua ocupação; não mudar de comarca sem prévia autorização. Facultativamente, podem também ser impostas outras condições: não mudar de residência sem comunicação; recolher-se a determinada hora; não frequentar determinados lugares (MARCÃO, 2006, p. 380- 381).

Nesse sentido, a decisão judicial será instruída com o relatório da autoridade administrativa, laudo psiquiátrico e diligências. Todos os outros exames sucessivos seguirão a mesma regra, sendo que todas as pesquisas sobre a condição dos internados devem ser estimuladas de rigor científico e desvelo humano, evitando que o interno tenha a perpétua privação de sua liberdade (MARCÃO, 2006, p. 490-491).

Finalmente, analisando-se os direitos humanos, o princípio da prevalência dos direitos humanos é o princípio fundamental que rege o Estado brasileiro nas relações internacionais (Art. 4º Constituição Federal de 1988), conforme está previsto no artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos”.

Nesse prisma, a Constituição brasileira, em seu artigo 5º, também garante a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, que “III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Além disso, o parágrafo segundo, do mesmo artigo, versa o seguinte: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Art. 5º Constituição Federal de 1988).

Assim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem por objetivo concretizar, plenamente, a eficácia dos direitos humanos fundamentais dos quais o homem é dotado, que, inerentes à sua personalidade, são reconhecidos pelo Direito Internacional Público, que os coloca sob sua garantia (QUEIROZ, 2006, p. 63).

A internacionalização e a universalização do Direito dos Direitos Humanos tiveram como marcos precursores do processo de institucionalização o Direito Humanitário, a Liga das Nações e, também, a Organização Internacional do Trabalho - OIT. Seus princípios básicos cifram-se em torno da proteção da vida, da segurança, da moral, da

dignidade e da honra das pessoas, limitando, de certa forma, a soberania dos Estados que se sujeitariam a perder uma parcela de sua soberania em benefício da comunidade de nações (QUEIROZ, 2006, p. 64).

A Emenda Constitucional de 45/2004 deu nova posição hierárquica aos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos no sistema de fontes do Direito Brasileiro. Os tratados internacionais que não veiculem normas sobre direitos humanos continuam a serem integrados ao ordenamento como normas infraconstitucionais (QUEIROZ, 2006, p. 73).

Dessa forma, tratados internacionais como o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto de Direitos Civis e Políticos devem ser respeitados consoante a humanização do preso, respeitando-se sua integridade física e psicológica. Em responsabilidade do Estado, nada mais lógico que tais internos sejam tratados de forma a não serem punidos eternamente, respeitando-se seus direitos como cidadão e pessoa humana.

Quando se fala em saúde, geralmente as pessoas acreditam que saúde é sinônimo da ausência de doença. Contudo se enganam. Uma das organizações mais importantes no mundo especializada em assuntos de saúde, a Organização Mundial de Saúde (OMS), adverte que não é suficiente a ausência de doenças para que se diga que uma pessoa tem saúde. É preciso que esta goze de completo bem-estar físico, mental e social. Isso quer dizer que a pessoa deve estar com a cabeça tranquila, podendo pensar normalmente e relacionar-se com outras pessoas sem qualquer problema (DALLARI, 2005, p. 73).

Diante disso, também se destaca que é importante a pessoa não ser tratada como um estorvo ou fardo repugnante e que possa conviver em condições de igualdade e respeito. Dessa forma, é importante destacar que o tratamento conferido aos internos submetidos a medida de segurança jamais deve afrontar o disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê que estas pessoas, na condição de seres humanos, devem receber tratamentos médicos dignos, que lhe assegurem a saúde e bem-estar, e o façam ser reconhecidos como pessoas na sociedade, impedindo uma condição degradante (DALLARI, 2005, p. 74).

### 3 ANÁLISE DOS DADOS

Conforme o doutrinador Marcão, a execução penal visa à integração social do condenado ou internado, já que se adota no Brasil a teoria mista ou eclética, que, além de buscar a prevenção do crime, busca a humanização (MARCÃO, 2010, p. 31).

Assim, o preso e internado tem direito à assistência à saúde, que constitui caráter preventivo e curativo, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico (MARCÃO, 2010, p. 53). Ao se visitar a ATP, verificou-se que o estabelecimento possui sala de atendimento odontológico, farmacêutico e médico, contudo, carecem de vários profissionais, uma vez que somente possuem um clínico médico, um enfermeiro, um psiquiatra, um terapeuta e um dentista, tanto que, quando questionados os entrevistados, houve a afirmação de que às vezes é necessário chamar o Serviço de Atendimento Médico de Urgência - SAMU, sistema separado da ATP, caso aconteçam certas emergências médicas. Dessa forma, notou-se que os pacientes em cumprimento de medida de segurança não são acompanhados por uma equipe multidisciplinar da área de saúde, pois a equipe necessita ultrapassar os órgãos do sistema penitenciário para melhor atender os internos.

Assim sendo, verifica-se que deveriam ter mais profissionais nessas áreas a fim de fornecer maior apoio aos sentenciados, pois estes, além de estarem presos ao sistema, não deveriam estar presos à precariedade de condições adequadas para a sua dignidade. Por vezes, um atendimento médico realizado instantaneamente, com profissionais disponíveis a qualquer momento para o sistema, preveniria a piora dos sofrimentos psíquicos vivenciados por Kleiton.

Conforme relato dos entrevistados, a ATP dispunha de somente um psiquiatra, que não frequenta reiteradamente o local, pois não é funcionário fixo da ATP, já que trabalha no CIR. Ademais, o psiquiatra trabalha em mais três outros locais, não se dedicando exclusivamente à ATP. Inclusive, constatou-se que os internos recebem nova avaliação médica somente uma vez por mês. Imaginemos quanto sofrimento os internos deste lugar devem ter passado, pois, diante de sua condição mental, sequer tiveram um psiquiatra disponível. Inclusive, é preocupante uma pessoa, em condição de internado, receber avaliação médica uma vez por mês. Tais avaliações deveriam ser contínuas, num espaço de tempo menor.

Conforme o estipulado no art. 2º da Lei 10.216/01, que demonstra os direitos das pessoas com transtorno mental, resta evidenciado que o

sentenciado do caso deveria ter tido acesso ao melhor tratamento de saúde consentâneo a suas necessidades, incluindo presença médica a qualquer tempo, a fim de ser tratado com humanidade para recuperação de seu quadro clínico (Art. 2º Lei 10.216/2001). Contudo, ao estudar o caso, percebeu-se que Kleiton foi vítima e infelizmente teve que vivenciar a piora de seu quadro mental ao realizar o tratamento na ATP, após sua transferência do Hospital de Custódia Heitor Carrilho.

Pelo analisado nos dados colhidos e pelas informações buscadas no ensinamento de doutrinadores, pode-se perceber que o ambiente destinado ao tratamento do interno Kleiton da Silva demonstrou também grande precariedade em diversos outros aspectos, inclusive também na falta de observância ao estipulado na Lei 10.216/01, pois se tratava de lugar pouco ventilado ou arejado, uma vez que na cela de Kleiton residiam 26 internos, que dividiam um único banheiro.

Assim, quanto às instalações, notou-se que estas pareciam ser insuficientes para acolher a demanda de segurados, pois, conforme constatado em relatório, existem por volta de 26 internos na cela de Kleiton, os quais dividem um único sanitário, num local pouco arejado e mal iluminado.

Para se garantir uma boa saúde, deve-se primeiro verificar as condições do meio ambiente, isto é, do lugar onde as pessoas vivem e exercem suas atividades. Para que seja respeitado o direito à saúde é preciso que o ar seja puro, que não haja excesso de barulho, que a iluminação não seja fraca ou forte demais, que as pessoas não sejam forçadas a suportar calor ou frio excessivos, mau cheiro e sujeira (DALLARI, 2005, p. 74).

Quando as pessoas vivem amontoadas em um pequeno espaço, quando não há janelas que assegurem boa iluminação ou ventilação e tudo o mais que é necessário para se viver com conforto, não está assegurado o direito à saúde (DALLARI, 2005, p. 74).

Portanto, somente com o observado nas celas em que ficam os internos pôde-se ver que se trata de condições não adequadas para o desenvolvimento sadio do tratamento de doenças mentais, pois, conforme abordado no relatório, trata-se de lugares mal cheirosos, mal iluminados, pouco ventilados. Assim, por ser a saúde um bem assegurado pela constituição e por tratados internacionais, pôde-se ver que os direitos humanos não foram respeitados nesse aspecto.

Quanto à burocracia, também houve ofensas aos direitos humanos, pois esta impediu que o interno do caso tivesse maior contato com familiares, o que lhe teria proporcionado grande melhora do estado clínico. Em princípio, Kleiton foi encaminhado para tratamento no Hospital de Custódia Heitor Carrilho, localizado no Rio de Janeiro, longe de sua família, que, muito pobre, sobrevive em Brasília. Após estabilização de seu quadro clínico em ambiente hospitalar, Kleiton foi encaminhado para a Ala de Tratamento Psiquiátrico (ATP), local também de difícil acesso a sua família, pois, conforme o relatório processual, sua mãe reside no estado de Goiás e não possui renda suficiente para pagar passagem de ônibus para ver o filho no Gama. Diversas vezes, na fase executória, observou-se pedidos de transferência do interno para o Hospital São Vicente de Paulo (HPAP), ocasião em que o sistema tardou substancialmente tal pedido. Tardou tanto que, durante os laudos psiquiátricos, constou averiguação de aparência abatida e triste do segurado, que sentia muita falta da família, não respondendo da maneira desejada ao tratamento.

Uma das maiores dificuldades analisadas é que realmente houve omissão do Estado, pois este permitiu que a medida de segurança vivenciada por Kleiton não passasse por depositá-lo num ambiente, semelhante ao carcerário, e desestruturado para o tratamento determinado pela lei, desprovido de recursos pessoais e materiais apropriados à finalidade a que se destina (MARCÃO, 2010, p. 143). No próprio depoimento de Laura Paiva, esta afirmou que, às vezes, falta medicamento e que, quando não é possível substituí-lo por outro, recorre-se às famílias, quase sempre carentes.

Para exemplificar este fator no estudo do caso, observa-se que, em vários momentos do processo, Kleiton possuiu dificuldades de estabilizar sua condição mental, ocasião em que a própria ATP e o CIR oficiaram pedido de sua remoção para outro estabelecimento, pois não possuíam estrutura que desse conta do tratamento individualizado necessitado pelo interno.

Ademais, outro fator preocupante é o relato da própria terapeuta ocupacional, que afirmou não existir tratamento mental para os terapeutas e funcionários que convivem com os internos. Segundo seu entendimento, tais profissionais deveriam ser tratados para estarem sãos e em condições de tratar os internos. Provavelmente, como isso não aconteceu, também é possível cogitar a hipótese de Kleiton ter tido tratamento mental com funcionários que talvez não estivessem mentalmente sãos, o que, de fato, atrapalhou a estabilização de seu quadro clínico. Diante disso, não houve observância ao estipulado no art. 9º da Lei 10.216/01, que estipula: “a

*internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.” (Art. 9º da Lei 10.216 de 2001)*

O direito à saúde é um dos direitos fundamentais dos seres humanos, porque, sem esse direito, ninguém consegue viver com bem-estar e realizar tudo o que é necessário para que ser feliz. Além disso, uma pessoa sem saúde não pode ajudar outras a conquistarem o bem-estar (DALLARI, 2005, p. 75).

O doutrinador Marcão afirma veementemente que contra tais abusos os tribunais têm se posicionado reiteradas vezes, entendendo que: “*O Estado só poderá exigir o cumprimento de medida de segurança de internação (detentiva, portanto), se estiver aparelhado para tanto*” (MARCÃO, 2010, p. 143). No estudo do caso de Kleiton, principalmente na visita realizada à Ala de Tratamento Psiquiátrico localizada na colmeia dentro da penitenciária feminina do Gama, observou-se diversas irregularidades materiais e estruturais. Mesmo diante dessas precariedades, persistiu a medida de segurança do interno do caso analisado, que permanece há 18 anos no sistema.

A ciência consagrou a loucura como um perigo para a sociedade moderna, sobretudo o louco infrator, único do qual se exige, pelo Código Penal brasileiro, um exame de cessação de sua periculosidade realizado pela psiquiatria, por meio de dois psiquiatras designados pela autoridade judicial. Essa é a condição para que o sentenciado venha conseguir ou não a extinção de sua medida de segurança (CASTRO, 2010, p. 94).

Na análise dos dados processuais, principalmente no tocante ao depoimento de Laura Paiva, chefe do departamento de saúde, pôde-se perceber uma grande irregularidade quanto ao fato de ser possível misturar na ATP, em uma mesma cela, dependentes químicos com indivíduos portadores de doença mental. Segundo sua opinião, tal fato atrapalha substancialmente no tratamento clínico oferecido pelo sistema, pois certos dependentes químicos, ao terem acesso à droga, acabam por fornecê-la aos psicóticos, que, em vez de se curarem, ganham outro problema.

Assim, violam-se também os direitos humanos ao se misturar tantos internos, psicóticos e dependentes numa estrutura pouco adequada. Ainda mais quando tal estrutura se parece tanto com o ambiente carcerário e não com um local terapêutico. As próprias portas dos quartos possuem grades.

Quanto à alimentação, destaca-se que a saúde inclui a possibilidade de boa alimentação. O corpo humano necessita de alimentos para se manter vivo e a fim de que a pessoa tenha energia suficiente para desenvolver suas atividades. Durante toda a vida, o ser humano necessita de alimentos, não só em quantidade suficiente para matar a fome, mas também de qualidade boa e variada, pois é dos alimentos que as pessoas retiram o que é necessário para manter e desenvolver sua capacidade física e mental (DALLARI, 2005, p. 75).

Pôde-se observar, no relatório do processo, várias queixas de Kleiton com relação à comida fornecida pela ATP. Tanto que, em certos laudos médicos, ficou constatado que chegou a emagrecer e ficar com aparência abatida, o que pode ter sido por conta de não estar se alimentando apropriadamente e não receber o amparo do qual sua mente carecia. Na visita à ATP, observaram-se as caixas de armazenamento de tais alimentos. Segundo relatos da diretora da ATP, a alimentação é fornecida por uma empresa terceirizada, que embala em marmitex o alimento fornecido aos sentenciados. Contudo, de acordo com a diretora, tais embalagens possuem um cheiro forte, pois são feitas de alumínio e isopor, que interferem no gosto e qualidade da comida, uma vez que muitas embalagens chegam a se abrir e se misturarem no transporte.

#### 4 CONCLUSÕES

Postas as constatações, conclui-se que, como não foram observadas atitudes que buscassem o melhor tratamento possível ao interno em consonância com suas necessidades, houve desrespeito claro ao estipulado pelos direitos humanos. O doente mental que comete delito é, sem dúvidas, alvo de uma estrutura de estigmatização que pode ser considerada a mais brutal ingerência punitiva de negação a direitos humanos sustentada em nosso sistema (BRITO E SOUTO, 2007, p. 582). O sistema jurídico-terapêutico aparenta-se mais com o sistema punitivo. Não se deveriam misturar tais sistemas. Doentes mentais são inimputáveis e, segundo a lei, não possuem condições de discernimento de delitos criminosos; por essa razão, não devem ser punidos.

O ser humano vai além das necessidades básicas de sobrevivência. A saúde implica também o sadio desenvolvimento mental e não necessariamente na alimentação. A sociedade só poderá ser considerada justa se todas as pessoas, sem nenhuma exceção, tiverem efetivamente assegurado seu direito à saúde desde o primeiro instante de vida. E, no

direito à saúde, deve estar compreendido tudo o que for necessário para que a pessoa goze de completo bem-estar físico, mental e social. Portanto, também notou-se o desrespeito ao estipulado nos direitos humanos com relação a este fato vivenciado por Kleiton, que, além do transtorno mental, teve de sobreviver e procurar tratamento num ambiente pouco arejado, mal iluminado, mal cheiroso, sem muitas atividades para ocupar a mente, cuja comida lhe fazia perder o apetite, e ainda misturado a mais 26 internos, com os quais dividia um único banheiro e um único lavatório, numa mesma cela. Quem poderá estabilizar um quadro psicótico sério nessas condições? (DALLARI, 2005, p. 78).

Também não é de se deixar de ressaltar o vivenciado pelo interno quando recebeu a desinternação condicional pela primeira vez. Ao percebê-la, ficou condicionado pelo juiz que receberia medicação de 30 em 30 dias no Hospital São Vicente de Paulo. Contudo, dados posteriores no relatório do processo demonstraram que o sentenciado apenas recebia tal medicação de 60 em 60 dias, e que, num dado momento, tal estabelecimento hospitalar deixou de fornecer o medicamento, situação em que não tardou a levar Kleiton a praticar de um sequestro com uma pistola max laser da Nintendo, num momento de delírio e crise psicótica, expondo-se a condições que afetaram sua saúde mental e a segurança e paz de outros.

Finalmente, uma grande crítica realizada é que, quando uma pessoa com transtornos mentais comete um crime e recebe medida de segurança, há estabelecimento de seu destino, que pode se tornar um asilo perpétuo em Hospitais de Custódia. A título ilustrativo, foi destacado, na Comissão de Direitos Humanos do Conselho Federal de Psicologia em 1999, que “esses lugares são o pior do pior” (CASTRO, 2010, p. 94- 95). O doente mental é punido por ser doente. Nenhuma pena deve basear-se nos princípios da vingança e arbitrariedade. Segundo os tratados internacionais destacados no terceiro capítulo desta artigo, nenhuma pena deve ser degradante, desumana, que submeta o ser humano a tortura e degradação psicológica.

Espera-se que os operadores da área do direito que estão envolvidos no caso Kleiton não deixem que sua medida se torne uma prisão perpétua ou que o faça piorar no quadro clínico. Tal interno deve ser tratado como ser humano e, diante disso, receber um tratamento humanitário, que permita a estabilização de seu quadro, a fim de permiti-lo vivenciar a convivência social e concluir seu sonho de estudar Direito. Será um verdadeiro milagre uma vítima do sistema superar tais obstáculos.

Diante do exposto, conclui-se que, no caso observado, o indivíduo foi submetido à medida com objetivo curativo, representado no juízo

de cessação de periculosidade e explícito na legislação pátria. Diante desta imposição curativa, notou-se pouco aproveitamento do método terapêutico e, também, violação aos direitos humanos, em especial a garantia fundamental da saúde, protegida por diversos diplomas legais, constitucionais e internacionais.

Depois do pesquisado, acredita-se, antes da necessidade de reforma no tratamento de saúde mental, que nenhum tratamento deve ser imposto, devendo haver possibilidade de o indivíduo participar dos rumos que serão dados a sua saúde. Inclusive, no caso pesquisado, observou-se que tais medidas impositivas demonstraram pouco resultado, operando, inclusive, contra direitos e garantias fundamentais do indivíduo e de sua família. Deveria Kleiton ao menos ter a possibilidade de escolher o estabelecimento médico no qual seria tratado. Resta a necessidade de se refletir para além da anuência do tratamento, sobre a missão curativa dos discursos jurídicos psiquiátricos em relação aos inimputáveis. Suas opiniões também deveriam ser levadas em consideração, até porque, diante das medidas de segurança, são privados de diversos direitos, entre eles, a sua liberdade de ir e vir.

Espero, portanto, que esta pesquisa possa proporcionar reflexões, para, num futuro, ajudar Kleiton e outros internos vítimas do sistema punitivo-terapêutico do Estado. Afinal, segundo os relatos nas entrevistas, dos muito internos que adentram a ATP, poucos conseguem a inserção social. Tal sistema precisa ter investimento e qualidade, para o bem dos internos e da sociedade. Não se deve misturar o método punitivo com o terapêutico, pois, se a pessoa é legalmente irresponsável e possui transtornos mentais, é contraditório absolvê-la para depois puni-la. Deve-se buscar a saúde, direito e garantia fundamental.

## REFERÊNCIAS

BRAGA, Vinícius Gil. **Crítica à Execução Penal. As Medidas de Segurança à Luz do Estado Democrático de Direito**: Apontamentos à Consecução de uma Teoria Agnóstica da Medida de Segurança. 2. ed. São Paulo: Lúmen Juris, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 27 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 27 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)> Acesso em: 27 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>, Acesso em: 27 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei 7210/84.** Institui a lei de execução penal. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)> Acesso em: 27 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.216/01.** Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm)> Acesso em: 27 set. 2011.

BRASIL E WEIGERT, Mariana de Assis. **Crítica à Execução Penal.** 2. ed. São Paulo: Lúmen Juris, 2007.

BRASÍLIA. VARA DE EXECUÇÕES PENAIIS-VEC. **Processo nº 00000000000000000000.**

BRITTO, Renata Corrêa. **A internação psiquiátrica involuntária e a Lei 10.216/01:** Reflexões acerca da garantia de proteção aos direitos da pessoa com transtorno mental. Dissertação de mestrado defendida no Rio de Janeiro: s.n., 210 f, il., 2004.

BRITO E SOUTO, Ronya Soares de. **Crítica a Execução Penal. Medidas de Segurança:** Da criminalização da Doença aos Limites do Poder de Punir. 2. ed. São Paulo: Lúmen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia.** 4. ed. São Paulo: Lúmen Juris, 2011.

CASTRO, Ulysses Rodrigues de. **Reforma Psiquiátrica e o Louco Infrator:** Novas Ideias, Velhas Práticas. [s.l.]: Hinterlândia, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania.** 9. imp. São Paulo: Moderna, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais.** 2. ed. São Paulo: Wmf - Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **História da Loucura.** São Paulo: Perspectiva, 2000.

MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. **Direitos Humanos e Atenção Psicossocial**. MPF em pauta.com: Brasília, 2007.

\_\_\_\_\_. Atenção Psicossocial no Contexto do Direito Sanitário. In: COSTA, Alexandre Bernadino et. al. (Orgs). **O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada**. 2. ed., São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão- PFDC. **Parecer Sobre Medidas de Segurança e Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico sob a perspectiva da Lei 10.216/2001**. Brasília- DF, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Tratado de Metodologia Científica**. [s. l.]. Thomsom, 1999.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Resumo Jurídico de Direitos Humanos**. 3. ed., v. 22. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Medidas de Segurança**. [s.l.]. Editora Safe, 1998.

VILHENA, Oscar Vieira. **Direitos Humanos, normativa internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

## A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UM REQUIEM PARA O MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO?

Alexandre Pereira Pinheiro\*<sup>1</sup>

**RESUMO:** Classicamente, sempre se afirmou que o mérito em si do ato administrativo emanado do Poder Executivo era insuscetível de controle pelo Poder Judiciário. E isso com sustento na doutrina da separação dos Poderes – ou funções –, pela qual não poderia um Poder (no caso, o Judiciário) pretender substituir o juízo de conveniência e oportunidade de outro (o Executivo). Ocorre que tal formulação foi pensada e desenvolvida em contexto completamente diferente do atual, no qual se travam discussões cada vez mais profundas acerca do papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional e suas consequências para os mais diversos atos do poder público. Tomaremos como nosso norte o chamado neoconstitucionalismo. Afirmações como a força normativa dos princípios constitucionais, a chamada “dependência constitucional do Direito Administrativo”, a necessidade de concretização dos direitos fundamentais, entre outras, reforçam o entendimento que propugna por um esvaziamento cada vez maior do campo valorativo do Administrador Público, que passa a estar sujeito, em seus julgamentos de conveniência e oportunidade, a uma série de amarras jurídicas previstas abstratamente na Constituição e aplicadas ao caso concreto pelo Poder Judiciário. O objetivo do presente artigo é mostrar como a jurisdição constitucional, levada às suas consequências lógicas e naturais, pelo viés do neoconstitucionalismo, leva à invasão do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário; não é nosso propósito, neste momento, fazer uma crítica profunda acerca da legitimidade dessa atuação que coloca, contraditoriamente, em risco alguns dos próprios princípios que pretende proteger.

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional. Neoconstitucionalismo. Ato administrativo. Mérito. Controle judicial.

---

1 Master of Laws pela Universidade de Chicago. Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília. Pós-graduado em Regulação de Telecomunicações pela UnB e em Direito da Concorrência e da Regulação pelo Centro Universitário de Brasília. Procurador do Estado de Goiás e advogado. E-mail: alexppinheiro@uol.com.br

## CONSTITUTIONAL JURISDICTION: A *REQUIEM* FOR THE MERIT OF THE ADMINISTRATIVE ACT?

**ABSTRACT:** Traditionally, it has always been said that the so-called merit of the administrative act issued by the Executive branch was subject to no control by the Judiciary, an affirmation made with support in the doctrine of separation of powers - or functions -, by which the Judiciary could not replace the judgment of convenience and opportunity of the Executive power. It turns out that such a formulation was designed and developed in completely different context of the current, in which are waged ever deeper discussions about the role to be played by constitutional jurisdiction and its consequences for the various acts of the government. We will take as our guiding theory the “neoconstitutionalism”. Statements such as the normative force of the constitutional principles, the “constitutional dependence of the Administrative Law”, the need for implementation of the fundamental rights, among others, reinforce the understanding that advocates for increasingly emptying the evaluative field of the Public Administrator. The aim of this paper is to show how constitutional jurisdiction, taken to its logical and natural consequences, from the perspective of neoconstitutionalism, leads to the invasion of the merit of the administrative act by the Judiciary; it is not our purpose at this time to do a thorough criticism about the legitimacy of this action that puts, contradictorily, at risk some of the very principles it states to protect.

**Key words:** Constitutional jurisdiction. Neoconstitutionalism. Administrative act. Merit. Judicial control

### 1 INTRODUÇÃO

O ato administrativo está no centro do estudo do Direito Administrativo. De fato, é por meio dele que a Administração concretiza o comando legal que lhe foi dirigido pelo Legislador. Classicamente, sempre se dividiram os atos administrativos em vinculados e discricionários. No caso dos primeiros, a Lei já prevê todos os elementos do ato, de forma que não há margem de escolha para o Administrador; no segundo, diz-se, tradicionalmente, que o Administrador possui margem valorativa da conveniência (se e em que medida deve fazer o ato) e oportunidade (qual o melhor momento para sua edição). Esse binômio - conveniência e oportunidade – constitui o que se denominou de mérito administrativo, ou reserva de administração.

Assim, novamente na linha da doutrina clássica, sempre se afirmou que o mérito em si do ato administrativo emanado do Poder Executivo era insuscetível de controle pelo Poder Judiciário<sup>2</sup>. E isso com sustento na doutrina da separação dos Poderes – ou funções –, pela qual não poderia um Poder (no caso, o Judiciário) pretender substituir o juízo de conveniência e oportunidade de outro (o Executivo).

Ocorre que tal formulação foi pensada e desenvolvida em contexto completamente diferente do atual, no qual se travam discussões cada vez mais profundas acerca do papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional e suas consequências para os mais diversos atos do poder público. Tomaremos como nosso norte o chamado neoconstitucionalismo.

Afirmações como a força normativa dos princípios constitucionais, a chamada “dependência constitucional do Direito Administrativo”, a necessidade de concretização dos direitos fundamentais, entre outras, reforçam o entendimento que propugna por um esvaziamento cada vez maior do campo valorativo do Administrador Público, que passa a estar sujeito, em seus julgamentos de conveniência e oportunidade, a uma série de amarras jurídicas previstas abstratamente na Constituição e aplicadas ao caso concreto pelo Poder Judiciário.

De fato, se a jurisdição constitucional avança sobre o campo dos atos políticos, como o são os atos legislativos, elaborados por quem tem clara legitimidade popular, quanto mais, em visão moderna (mas não necessariamente a melhor), não deve avançar para adentrar o mérito dos atos administrativos. Isso se verifica de duas maneiras: quando o Poder Judiciário, explícita e diretamente, analisa o mérito do ato administrativo, ou indiretamente, quando não o afirma diretamente (às vezes até o nega frontalmente), mas termina por valorar e julgar o seu mérito de toda maneira.

Esta última forma de atuação, até certo ponto camuflada, como se verá, se dá com a invocação do princípio da proporcionalidade para anulação de atos administrativos. Seus defensores dizem que ato administrativo que viola a proporcionalidade é ato ilegal e que não se trata de adentrar o seu mérito. Reputamos, contudo, que uma análise um pouco mais detida leva à conclusão contrária. Pensemos no exemplo da construção de um presídio em determinado local. O Poder Judiciário, para não afirmar que substitui,

---

2 Sempre que nos referirmos à (im)possibilidade de controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, faremos referência ao caso em que o ato é emanado do Poder Executivo; não se desconhece que o Poder Judiciário pode, obviamente e sem maiores indagações jurídicas, controlar o mérito de seus próprios atos administrativos.

pura e simplesmente, a vontade do administrador pela sua, invoca a proporcionalidade e determina sua construção em outro lugar.

Isso quando não há, explicitamente, afirmações mais diretas, como no Resp 493.811/SP, no qual se afirmou que “Na atualidade, o império da lei ou seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador”.

Em suma, o que se pretende, neste artigo, é mostrar como a jurisdição constitucional, levada às suas consequências lógicas e naturais, leva à invasão do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário; não é nosso propósito, neste momento, fazer uma crítica profunda acerca de sua legitimidade dessa atuação que coloca, contraditoriamente, em risco alguns dos próprios princípios que pretende proteger.

Tais aspectos críticos já foram muito bem levantados por vários doutrinadores brasileiros, e teríamos pouco a acrescentar. O que nos levou a adotar o corte metodológico que usamos foi a constatação de que muitos dos operadores do Direito que podem ser contabilizados como entusiastas do neoconstitucionalismo poderiam, vendo os desdobramentos práticos de suas posições, enxergar o que Sarmento viu a respeito do neoconstitucionalismo:

Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação de poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança-jurídica, porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juízes<sup>3</sup>.

---

3 SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 191. Apud: FERREIRA, Eber de Meira. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

## 2 O ITINERÁRIO HISTÓRICO DA DISCRICIONARIEDADE E SEU CONTROLE, NA VISÃO CLÁSSICA

É frequente a afirmação, nos livros, de que discricionariedade e arbitrariedade se confundiam na antiguidade ocidental e no período absolutista da formação dos Estados Modernos. Como exemplo desse pensamento, Coelho afirma:

De modo geral, no ocidente, tanto na antiguidade romana como na formação dos modernos Estados-nacionais europeus, o soberano detém todos os poderes, sejam de caráter administrativo, legislativo ou jurisdicional. Haverá, portanto plena identidade entre a vontade do príncipe absoluto e a ordem jurídica<sup>4</sup>.

No entanto, o advento do Estado de Direito, caracterizado pela submissão não só do Povo mas também do próprio Estado aos ditames da Lei, iniciou uma gradual mas perceptível mudança de entendimento, passando a ocorrer o que se convencionou denominar de “juridicização da discricionariedade”.

A referida juridicização buscou trazer para o domínio do campo jurídico os contornos da discricionariedade administrativa. Assim, o surgimento de teorias sobre os elementos do ato administrativo, de controle do ato discricionário a partir de parâmetros como desvio ou excesso de poder e teoria dos motivos determinantes do ato administrativo terminaram por balizar a atuação administrativa dentro de certos parâmetros jurídicos.

Como anota Binenbojm, citando Krell, “o desafio do jovem Estado de Direito foi justamente conciliar a tradicional liberdade decisória do Poder Executivo com a observância do princípio da legalidade”<sup>5</sup>. A questão do controle judicial dos atos administrativos resultantes do poder discricionários atravessou três momentos históricos distintos: (a) ausência absoluta de controle do ato; (b) controle externo (ou extrínseco, ou indireto, ou formal)<sup>6</sup>; e (c) controle de legalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, atualmente aceito pela maior parte da doutrina, sem que se conceda que, com isso, haja avaliação de mérito administrativo.

4 COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 40.

5 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 208.

6 SCOCA, Franco Gaetano. Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità. In: PARISIO, Vera (Org.). **Potere Discrezionale e Controllo Giudiziario**. Giuffrè, 1998, p. 107.

Quanto ao controle de legalidade, o juiz deve verificar se estão presentes os elementos do ato administrativo. Portanto, deverá verificar: (a) a competência administrativa, ou seja, “se a manifestação da vontade do agente partiu do ente, órgão ou agente a quem a lei cometeu a função de exprimi-la e vinculá-la juridicamente”<sup>7</sup>; (b) a finalidade do ato, uma vez que “a manifestação de vontade do Poder Público não admite qualquer outra destinação que não seja o atendimento de uma finalidade pública, que estará sempre e obrigatoriamente expressa em lei”<sup>8</sup>; (c) a forma do ato administrativo, consistente na “exteriorização do ato, necessária para assegurar a plena publicidade, sindicabilidade e estabilidade das relações jurídicas”, sendo certo que a forma é sempre e indisponivelmente vinculada<sup>9</sup>; (d) o motivo, “pressuposto de fato e de direito que determina ou possibilita a edição do ato administrativo”, ou seja, o motivo ora determina uma conduta administrativa ora possibilita uma ou várias condutas juridicamente possíveis, decorrendo daí a necessidade de explicitação dos motivos, a motivação<sup>10</sup>, e (e) o objeto, que consiste no resultado visado, a alteração jurídica que se pretende obter ou introduzir<sup>11</sup>.

Ocorre que, “não obstante presentes os elementos do ato (competência, finalidade, forma, motivo e objeto) e a plena compatibilidade entre eles e a lei, em muitos casos será vislumbrada a inadequação dos motivos declinados e da finalidade almejada com a realidade fática e o verdadeiro elemento volitivo do agente”, ou seja, “o ato formalmente adequado à lei mas que vise, em essência, a prejudicar ou beneficiar outrem, será moralmente ilegítimo, isso em virtude da dissonância existente entre a intenção do agente, a regra de competência e a finalidade que deveria ser legitimamente alcançada com esta”<sup>12</sup>. Assim, ato fundado em motivo inexistente, insuficiente, inadequado, incompatível, etc é considerado moralmente ilegítimo, inválido.

---

7 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 133.

8 *Idem*, *ibidem*, p. 134.

9 *Idem*, *ibidem*, p.135.

10 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 135-136.

11 *Idem*, *ibidem*, p. 136.

12 GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 155, 2002, p. 166.

Por fim, o juiz poderá valer-se dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade na verificação da compatibilidade do ato, pois, de acordo com a doutrina, tais critérios “limitam o juízo estimativo do aplicador submetendo-o aos limites do contexto fático dos valores insculpidos nas normas e nos fatos, enfim, à relação de adequação e proporcionalidade que deve respeitar o ato a ser expedido – que se constitui meio – para se alcançar os fins desejados pela ordem jurídica”<sup>13</sup>.

Eis uma breve exposição acerca das formas de controle do controle do ato administrativo atualmente aceitas pela maior parte da doutrina.

Quanto à sua fundamentação, parece claro que a discricionariedade está, tradicionalmente, ligada ao exercício da função administrativa. Marzuoli chega a afirmar que “a discricionariedade se identifica com a parte essencial da função; na sua falta, ela se torna automação e não administração”<sup>14</sup>.

A noção básica subjacente à discricionariedade, segundo Woehrling, é a de que “o poder discricionário corresponde a um elemento da decisão administrativa não determinado inteiramente pelo direito; a administração tem um poder discricionário quando ela pode escolher, segundo sua concepção de oportunidade, entre várias decisões que são todas conforme o direito”<sup>15</sup>. Assim, pode-se afirmar que o poder discricionário é o “Poder de escolha, que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem o agente do Estado entre duas ou mais alternativas na realização da ação estatal”<sup>16</sup>. Esse poder de escolha está baseado na “indeterminação do dado normativo: entre a norma e o fato há um vazio a ser preenchido”<sup>17</sup>. No caso do poder vinculado, ao revés, “não existe margem alguma de escolha relativamente

---

13 NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. A razoabilidade e o exercício da discricionariedade. In: **Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao professor Celso Antônio B. de Mello**. Max Limonad, 1996, p. 37.

14 MARZUOLI, Carlos. Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali. In: PARISIO, Vera (Org.). **Potere Discrezionale e Controllo Giudiziario**. Giuffrè, 1998, p. 72.

15 WOEHLING, Jean-Marie. **Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France**. In: PARISIO, VERA (Org.), op. cit. p. 25.

16 SILVA, Almiro do Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **RDA**: Rio de Janeiro, 179/80, 1990, p. 54.

17 MARZUOLI, Carlo, op. cit. p. 73.

à emanação do ato e seu conteúdo é rigorosamente predeterminado”<sup>18</sup>, uma vez que, “quando pratica ato vinculado, já encontra esgotado o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal”<sup>19</sup>.

Importa deixar bem vincado que, em nosso regime, “todo poder discricionário tem uma medida legal” e “não existe no estado de direito nenhum poder absoluto e imune à apreciação de outro poder”<sup>20</sup>. Nesse passo, tradicionalmente,

os limites do poder discricionário são os traçados na lei que o instituiu ou os que resultam da *ratio legis* e do fim geral de utilidade pública, bem como das normas e princípios constitucionais conformadores da ação do Estado. Dentro desses limites jurídicos estende-se a área de livre apreciação da Administração Pública, guiada pelos critérios da conveniência e oportunidade. É o território do mérito de ato administrativo, em que não é dado intrometer-se o judiciário<sup>21</sup>.

Por fim, não se pode finalizar esse tópico sem antes falar brevemente sobre a diferenciação entre poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados. A doutrina muito discute a questão<sup>22</sup> e não se pretende esgotá-la aqui. Seguindo exposição de Silva, entende-se ser possível afirmar que “o poder de escolha, característico do poder discricionário, relaciona-se com o “se” e com o “como” da ação administrativa ou com ambos. O conceito jurídico indeterminado, contudo, se liga a vários vocábulos vagos e imprecisos, mas que, no caso concreto, devem ser preenchidos para aplicação da norma”. É o caso de “injúria grave”, “falta grave”, “perigo”, “utilidade pública”, etc. Em relação aos conceitos jurídicos indeterminados,

costuma-se referir à imagem extremamente plástica de Philip Heck, segundo a qual eles teriam um núcleo de significação preciso e um halo periférico vago e nebuloso. Ninguém hesitaria, assim, em qualificar como falta grave a violenta agressão física praticada por funcionário

---

18 ZUBALLI, Umberto. Il controllo della discrezionalità. In: PARISIO, Vera (Org.). **Potere Discrezionale e Controllo Giudiziario**. Giuffrè, 1998, p.149.

19 FAGUNDES, Miguel Seabra. O Conceito de Mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Seleção Histórica p. 194.

20 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Do poder discricionário. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Histórica, p. 440

21 SILVA, Almiro do Couto e, op. cit. p. 61.

22 Cf, entre outros, GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.) **Perspectivas de Direito Público**. Belo Horizonte: Del Rey 1995 e BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

subalterno contra seu chefe que, cortesmente, apontara um erro no trabalho do subordinado. Por outro lado, a ninguém ocorreria considerar como falta grave o fato de o funcionário comparecer dois dias ao trabalho sem barbear-se. Na zona cinza, que é o limite entre o “conceito” e o “não conceito”, isto é, entre o campo coberto pela norma jurídica e a área que por ela não é atingida, é que surgem todas as dificuldades<sup>23</sup>.

Em seguida, o citado autor ilustra da seguinte forma: “O ato do Governado do Estado que nomeia juiz para o Tribunal de Alçada, escolhendo-o da lista tríplice que lhe foi apresentada pelo tribunal é típico exercício do Poder Discricionário”<sup>24</sup>.

Para os estritos limites deste trabalho, consideraremos que a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados estão dentro de um poder discricionário em sentido amplo.

Pois bem, na execução da vontade legal, o administrador, e não o juiz, é considerado, tradicionalmente, o “perito do interesse público”<sup>25</sup> e, portanto, o mérito do ato administrativo “constitui um aspecto do procedimento da administração de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento”<sup>26</sup>. Destarte, era comum encontrarem-se afirmações como estas:

Na doutrina e na jurisprudência tem sido sustentado que, em tais casos, pode haver controle jurisdicional limitado da aplicação pela administração Pública de conceitos jurídicos indeterminados. Reconhece-se, desse modo, em favor dos órgãos administrativos do Estado, a existência de uma área de apreciação como quer Bachof, ou a impossibilidade de o Judiciário substituir a decisão tomada pela Administração Pública ao eleger uma das várias soluções sustentáveis ou razoáveis, como pretende Ule, pois em todas essas situações teria a Administração Pública o que Hans Julius Wolf chama de ‘prerrogativas de avaliação’. Nesses casos altamente duvidosos, como a Administração Pública está mais perto dos problemas e, de regra, está mais bem aparelhada para resolvê-los, parecer que só a ela deve caber a decisão final, não indo, pois, excepcionalmente, o controle judicial ao ponto de

---

23 SILVA, Almiro do Couto, op. cit., p. 58.

24 SILVA, Almiro do Couto e. op. cit., p. 60

25 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. op. cit., p. 436.

26 FAGUNDES, Miguel Seabra. O Conceito de Mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Seleção Histórica p. 189.

modificar ou substituir a decisão administrativa”<sup>27</sup> Caso isso ocorresse, haveria uma “usurpação pela Justiça da discricionariedade privativa do Poder executivo”<sup>28</sup>.

Nos manuais clássicos de Direito Administrativo, continua-se a afirmar, no tocante ao controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, o seguinte:

Finalmente, este proceder do judiciário não elimina a discricionariedade e nem pode fazê-lo, pena de agravo à própria lei. Deveras: à perquirição judicial nunca assistirá ir além dos limites de significação objetivamente desentranháveis da norma legal. Conquanto valendo-se desassombadamente das vias mencionadas. O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o que haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior.<sup>29</sup>

Na mesma toada caminha Di Pietro:

O controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. [...] Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites<sup>30</sup>.

### 3 NEOCONSTITUCIONALISMO E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Neoconstitucionalismo é o termo utilizado para designar uma série de mudanças por que tem passado o direito brasileiro a partir da Constituição de 1988 e que envolve vários fenômenos reciprocamente relacionados: (i) reconhecimento da força normativa da constituição; (ii)

27 SILVA, Almiro do Couto. op. cit. p. 59

28 FAGUNDES, Miguel Seabra. op. cit. p. 190.

29 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1010.

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 219-221.

rejeição ao formalismo e aderência a estilos mais abertos de raciocínio jurídico; (iii) constitucionalização do direito: irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do ordenamento jurídico; (iv) reaproximação entre direito e moral; (v) judicialização da política e das relações sociais, com um deslocamento de poder da esfera do Legislativo para o Judiciário<sup>31</sup>.

No Brasil, o neoconstitucionalismo deve muito ao que se chama de doutrina brasileira da efetividade<sup>32</sup>, bem como às teorias pós-positivistas, que trouxeram à discussão autores que estudam a relação entre direito e moral, como Rawls, Habermas, Dworkin e dos estudos da hermenêutica jurídica que procurou corrigir os equívocos da interpretação assentada unicamente na separação entre sujeito, intérprete, e o objeto, ou seja, o texto da norma<sup>33</sup>.

O neoconstitucionalismo tem também um viés interpretativo, que deriva da verificação de que os problemas deixaram de ser apenas o conjunto de fatos sobre o qual incidirá a norma, mas se transformaram em parte da fonte de elementos jurídicos que formarão o direito. Esse remapeamento do que é problema e do que é a norma decorre dos mais variados fatores, tanto de uma compreensão mais precisa de fenômenos que sempre existiram como do reconhecimento de uma maior complexidade da vida moderna, composto por múltiplos e “válidos projetos existenciais e visões de mundo”<sup>34</sup>.

No que concerne ao Direito Administrativo, tem-se um cenário no qual houve a combinação: (i) da existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais que tratam da Administração Pública; (ii) do conjunto de alterações sofridas pelo Estado Brasileiro recentemente, especialmente a partir das reformas administrativas nos anos do governo Fernando Henrique Cardoso; e (iii) de uma crescente influência dos princípios constitucionais sobre institutos do direito administrativo.

---

31 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113.

32 Luís Roberto Barroso explica que efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social... (representa) a materialidade, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o ser normativo e o ser da realidade social. BARROSO, Luís Roberto. A Doutrina Brasileira da Efetividade. In: **Temas de Direito Constitucional**, Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 71.

33 STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 117.

34 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 309.

Isso tudo contribuiu para o fenômeno, assim como em outros ramos do direito, como o direito civil, de uma constitucionalização do direito administrativo<sup>35</sup>.

Barroso exemplifica essa influência com o caso da redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, em que primário seria o interesse da sociedade traduzido em seus anseios de justiça e bem-estar social, e secundário, onde estaria o interesse da pessoa jurídica de direito público, propriamente dita. Ou seja, diante de uma perspectiva neoconstitucional, nem sempre tais espécies de interesses seriam coincidentes. Com isso, deveria haver uma vinculação da Administração Pública à Constituição e não somente à Lei<sup>36</sup>.

Esse processo de “constitucionalização do direito” gerou como consequência, ainda segundo Barroso, uma transformação no papel do juiz. Isso porque ele passou a trabalhar com novas categorias jurídicas, entre as quais se incluem cláusulas gerais, princípios, colisões de normas com status constitucional, ponderação e argumentação<sup>37</sup>.

#### 4 A POSIÇÃO NEOCONSTITUCIONALISTA APLICADA AO PRESENTE ESTUDO

Das premissas teóricas assentadas, a consequência lógica pode ser tirada: deve-se reconhecer um “totalitarismo constitucional”, que deve impregnar todas as searas de atuação jurídica. Seja na seara do Legislativo, seja na do Judiciário. Utilizando-se da força normativa dos princípios constitucionais e da efetivação dos direitos fundamentais estampados na Carta maior como duas de suas principais armas, o Poder Judiciário passa a se tornar o protagonista maior na condução política do País, vez que deve filtrar, por meio desses instrumentais, todas as ações dos outros Poderes.

Sabe-se, por exemplo, que a fiscalização abstrata de constitucionalidade de leis e atos normativos confere ao Poder Judiciário enorme poder. Trata-se do poder de retirar do mundo jurídico um ato de caráter eminentemente político elaborado por quem detém legitimidade popular. Não se desconhece a crise acerca do princípio da legalidade

35 Barroso, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 101.

36 Idem, p. 103-104.

37 Apud GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111.

e acerca da própria lei. Mas o fato é que a própria Constituição, que os neoconstitucionalistas pretendem efetivar, confere a ela posição de destaque inegável na criação e supressão de direitos.

E no controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário tanto pode invalidar uma norma com base em aspectos formais quanto em aspectos materiais, ou seja, tem ele o poder de dizer que o conteúdo mesmo da norma (equivalente ao mérito administrativo) viola a Constituição.

Se isso ocorre em relação à Lei, ato emanado pelos representantes eleitos do povo, por que o Judiciário não poderia intervir no mérito do ato administrativo? Ainda mais quando se percebe que, em muitas ocasiões, dois elementos que geralmente fazem um ato legislativo escapar à sindicabilidade do Judiciário não estão presentes no ato administrativo. Expliquemos. Muitos atos administrativos são emanados por autoridade que ocupam órgãos autônomos, superiores e subalternos, com cargos providos por nomeação em concurso público ou indicação política. Inexiste, aqui, uma legitimidade popular especial desses agentes, ao contrário do caso da atuação dos agentes políticos, que estariam, por causa do voto, atuando em nome do povo (em ambos os casos, obviamente, devem atuar em prol do interesse público).

Ademais, o ato administrativo é emitido (classicamente) em cumprimento à Lei, sendo subordinado a ela. Não podendo, em regra, inovar na ordem jurídica, descabe falar, também em geral, de uma grande relevância política de seu conteúdo, estando adstrito geralmente a questões mais triviais do cotidiano jurídico, e a seara política sempre foi considerada uma barreira inexpugnável para a apreciação do Poder Judiciário.

Conjugando-se a falta desses dois elementos, o que se percebe é que duas das barreiras tradicionalmente invocadas para impedir ou diminuir a incidência da fiscalização judiciária na constitucionalidade das leis estão ausentes no caso do ato administrativo. Assim é que uma doutrina administrativa mais moderna (mas não necessariamente a melhor, como já dito) apregoa a plena sindicabilidade do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Tal posição está em descompasso, como visto, com o que ainda se diz nos manuais tradicionalmente utilizados na formação jurídica dos estudantes de Direito do País. Pela sua relativa novidade, transcrevemos algumas citações que exemplificam a referida posição:

Partindo do pressuposto de que o mérito do ato administrativo somente é aferível no caso concreto e existe só quando não houver como verificar qual a melhor escolha a ser adotada, tem-se que a escolha do administrador pode ser

objeto de análise e revisão judicial, quando o julgador perceber que a decisão administrativa não foi a melhor possível, na medida em que não respeitou o correto sopesamento dos princípios envolvidos ou não atendeu, da melhor maneira, ao interesse público.<sup>38</sup>

Na contemporaneidade, todos os ramos do Direito exigem uma leitura constitucionalizada. Nessa linha, o Direito Constitucional Administrativo não se coaduna mais com as ideias tradicionais, especialmente a de que o mérito administrativo é zona imune ao controle judicial<sup>39</sup>.

Deve-se destacar que alguns doutrinadores, como Di Pietro, já interpretaram a discricionariedade como inatacável pelo Judiciário, não com base na teoria tradicional, mas sustentando que o controle dá-se na limitação do espaço de ação. Discorda-se desse entendimento, pois ao se adentrar o exame da limitação da esfera de ação já se está atuando dentro da zona da discricionariedade, podendo-se até mesmo restringi-la ao se decidir que a lei não dá maior espaço para a escolha do administrador. Isso já passa a ser o exame da própria discricionariedade, posto que é impossível restringi-la sem atingi-la. O fato é que a discricionariedade é sindicável, mas não simplesmente por um processo de substituição do Administrador, mas em uma interpretação e fundamentação jurídica que considere todo o ordenamento e a sua intenção dentro do paradigma constitucional democrático instaurado em 1988<sup>40</sup>.

Ademais, alguns afirmam que, apesar de o mérito do ato administrativo não poder ser apreciado pelo Poder Judiciário, este pode invalidar o ato administrativo com base no princípio da proporcionalidade. Tratar-se ia de um juízo de legalidade e não acerca do mérito.

Bandeira de Mello, por exemplo, falando do princípio da razoabilidade, mas em raciocínio aqui aplicável ao princípio da proporcionalidade, afirma:

Com efeito, discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal. Ou seja: naquelas em que mais de uma opinião for razoavelmente admissível sobre a medida apropriada para dar a melhor

---

38 OLIVEIRA, Aline Silva de. Discricionariedade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 197-231, jan./mar. 2011, p. 224-225.

39 ZAVASCKI, Liane Tabarelli. Interpretação constitucional e o controle judicial das políticas públicas de promoção dos direitos fundamentais. **Interesse Público IP**, Belo Horizonte, ano 12, n.64, nov./dez. 2010, p. 1 (versão digital).

40 GRISA, Jr., Cesar Jackson. A moralidade no controle da discricionariedade do ato administrativo. **Debates em Direito Público**, Belo Horizonte, n. 11, ano 11, Out. 2012, p. 6 (versão digital).

satisfação para ao objetivo da lei [...] Logo, nos casos em que, em juízo equilibrado, sereno, procedido segundo padrões de razoabilidade, seja convinável que dada providência seguramente é a melhor ou que seguramente não o é, ter-se-á de reconhecer inexistência de discricionariedade na opção que houver discrepado de tal juízo<sup>41</sup>.

A utilização da proporcionalidade tem se mostrado uma boa arma daqueles que adentram o mérito do ato administrativo sem precisa dizer que o estão fazendo. Mas entendemos que o argumento não resiste a um maior raciocínio, pois a análise da proporcionalidade, em nossa ótica, significa adentrar, sim, no mérito do ato administrativo. Assente-se, em primeiro lugar, que, de acordo com a doutrina, a utilização da proporcionalidade ocorre com a aplicação pré-definida e independente dos três subelementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação pressupõe a análise empírica de que os meios usados são hábeis para alcançar, no todo ou em parte, os fins pretendidos. O objetivo deve ser alcançado ou, ao menos, fomentado. Meios adequados podem revelar-se, no entanto, excessivamente onerosos a uma parcela dos princípios envolvidos. Daí a nasce a necessidade: em caso de pluralidade de meios idôneos, opta-se pelo menos gravoso. Caso a opção feita pelo legislador fuja desses parâmetros será considerada contrária à proporcionalidade em sentido amplo. Já a proporcionalidade em sentido estrito vem manifestada na chamada lei da ponderação: “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maior há de se revelar o fundamento justificador dessa intervenção”. Trata-se de uma relação de custo-benefício, resumida na seguinte indagação prática: o fim alcançado justifica a intervenção aos princípios contrários?<sup>42</sup>

Entendemos que sua utilização, longe de passar apenas por parâmetros de legalidade, adentra o mérito do ato analisado. Um caso que já se tornou clássico sobre o tema deve ser mencionado como exemplo, a elucidar melhor a questão: trata-se da ADI 855.

Tratava-se de analisar a Lei nº Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obrigava os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente.

---

41 Op cit., p. 982-983.

42 VICTORINO, Fábio Rodrigo. Proporcionalidade e o princípio formal da competência decisória do legislador: equívocos no controle judicial dos atos normativos. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/20982543>. Acesso em: 02 mar. 2015.

A Lei foi declarada formalmente inconstitucional, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238) e também materialmente inconstitucional, por violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos.

Em *obter dicta*, o Min. Eros Grau, que não votou no caso (pois seu antecessor, Min. Maurício Correa, já havia votado), afirmou:

O meu temor é com relação ao princípio da proporcionalidade, porque isso significa que estamos julgando o legislador, estamos a ele imputando um desvio legislativo. Nós temos competência para apreciar a constitucionalidade da lei, não se ela é boa ou má. E, independentemente de ser boa ou má, se não viola a Constituição, a única maneira de investir contra ela seria nós nos candidatarmos e participarmos do Poder Legislativo. O Poder Judiciário não pode praticar aquilo que Canotilho chama de ‘desvio de Poder Legislativo’.

Outro caso que ilustra a situação é a ADI 4467. Neste, o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme ao art. 91-A da Lei 9.504/97, que exigia a apresentação do título de eleitor e de documento oficial de identidade com foto como requisito de votação, afirmando que a exigência da dupla identificação feriria os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. No julgamento da Medida Cautelar, o então Presidente da Corte assim se pronunciou:

Eu não me sinto, e digo isso com o maior respeito, autorizado a fazê-lo por vários motivos. Em primeiro lugar não encontro, com devido respeito, ofensa a nenhuma norma constitucional [...]. Em segundo lugar, a proporcionalidade, a razoabilidade e outros critérios e postulados de que se valha a doutrina, na verdade não são normas, porque não são regra nem princípio constitucional. São apenas critério de interpretação de normas constitucionais, em caso de colisão, sobre o qual não vou me perder, porque tanto o voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, como o do Ministro Celso de Mello já exauriram esta questão. Não há norma constitucional de razoabilidade, nem norma constitucional de proporcionalidade que pudesse estar sendo ofendida no caso!

Ambas as decisões deixam claro que, ao contrário do que pensam alguns, a aplicação dos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade na fiscalização de atos normativos, muito longe de se circunscrever a aspectos meramente legais, adentra, de fato, a seara do mérito. Na discussão do primeiro caso, inclusive, chegou a ser tragicômica a discussão entre os Ministros do STF sobre o que seria proporcional ou razoável no caso. Alguns argumentavam que a lei obrigar a pesar um botijão de 13kg, com

a balança em cima do caminhão, seria desproporcional. O Min. Moreira Alves então perguntou o que seria proporcional? 5 kg? 10 kg? Por que não 8 kg? Obviamente, a resposta não veio. E como viria, sendo que se trata de subjetivismo puro?

A conclusão é que esse tipo de raciocínio leva a “uma impregnação judicial, nos termos de Carbonell, e salientam o aspecto da criação do Direito por meio da interpretação constitucional”<sup>43</sup>.

## 5 AS CONSEQUÊNCIAS DA POSIÇÃO NEOCONSTITUCIONALISTA E UMA BREVE CRÍTICA

A prevalência dos princípios sobre as regras, da ponderação sobre a subsunção e da Constituição sobre todas as áreas jurídicas, somadas à fluidez e prolixidade do texto constitucional, torna possível erguer qualquer argumento em qualquer área da ciência jurídica, fragilizando posições de segurança jurídica e causada a morte do sistema jurídico por dentro<sup>44</sup>.

Os desafios levantados pela aplicação da posição neoconstitucionalista são de grande monta. Talvez até pudéssemos dizer que os problemas são maiores do que os que levaram à origem da solução neoconstitucional, em certa medida. Seus efeitos aparentemente salutares se fizeram logo sentir. Mas, como toda teoria nova, as consequências serão percebidas aos poucos, passando-se primeiramente por uma fase de euforia (correspondente à ‘concretização dos direitos’, antes inefetivos, por exemplo) para uma fase de acomodação crítica e posteriormente, quiçá, de readaptação ou mesmo rejeição. Entretanto, ressalto que essa posição possui um germe muito bem delineado por Costa em interessantíssimo artigo<sup>45</sup>. Nele, o autor deixa patente, em análise histórica, que juízes e tribunais sentiram-se outorgados com poderes para decidir toda e qualquer controvérsia há tempos. De fato, o autor faz remontar a origem da imiscuição de juízes nas políticas públicas a três fatores.

O primeiro diz respeito à criação de Códigos de cunho iluminista, racionalista, que tinham como objetivo regular completamente as relações sociais, esgotando todas as possibilidades

43 GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Op. cit., p. 115.

44 Ver, por todos, Galvão, Jorge Octavio Lavocat, op. cit.

45 COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e Interpretação: Entre Direito e Política. *Revista Pensar*, v. 18, n. 1, 2013, p. 9-46.

em previsões normativas abstratas. Em segundo lugar, a inserção, nos ordenamentos jurídicos, de cláusula normativa vedando que o juiz se abstenha de julgar a causa (vedação ao *non liquet*), impondo-se, portanto, a prolação de sentença mesmo em casos de legislação omissa ou contraditória, forçando o magistrado a “criar” o Direito para determinado caso concreto. Por fim, a cristalização de Direitos sociais nas cartas constitucionais do começo do século XX, como resposta às reivindicações populares surgidas desde a Revolução Industrial do século anterior, deslocou o anseio da proteção normativa (lacuna de direitos) para a sua proteção material, o que levou os juízes a se tornarem agentes cada vez mais preeminentes nesse processo de mudança social.

Se, de fato, somarmos a tais fatores históricos o peso do neoconstitucionalismo, poderemos perceber que estamos diante de um problema jurídico de contornos muito mais complexos e com raízes mais profundas do que se imagina. O panorama apresentado permite levar à conclusão de que a aplicação da posição neoconstitucionalista ao exame dos atos administrativos pelo Poder Judiciário leva, como consequência natural e, a nosso ver, inexorável, à apreciação do mérito do referido ato pelo Poder Judiciário.

A razão para tanto já ficou clara: um dos motes mais fortes dos neoconstitucionalistas é a da proteção dos direitos fundamentais. Essa noção cresceu e ganhou força após as atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, exacerbando-se a tendência de criar, ou de dotar de efetividade, caso já exista, um rol de direitos no nível constitucional capazes de servir como parâmetro de controle das leis e atos normativos. Qualquer ato que (pretensamente) viole os direitos fundamentais será fiscalizado e invalidado, à luz da sua [do ato administrativo] necessária vinculação à Constituição e seus princípios:

A lógica do argumento da proteção de direitos é a de que nenhum ato governamental deve quedar-se imune ao crivo dos tribunais. A submissão dos outros poderes ao Judiciário por meio do controle de constitucionalidade baseado em um texto constitucional repleto de cláusulas substantivas foi a fórmula encontrada para monitorar a atividade governamental<sup>46</sup>.

Como o neoconstitucionalista vê na jurisdição constitucional o seu método de transformação social mais relevante, não é de se duvidar que, defrontando-se com um ato administrativo que julgue violar algum direito fundamental, o seu arsenal argumentativo-interpretativo será todo voltado

46 GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. Op. cit., p. 98.

invalidar o ato, ainda que isso implique invadir o mérito administrativo. Cabe aqui tecer algumas considerações. De acordo com Ramos:

A principiologização do direito, característica do moralismo, desponta como a face mais visível desse pretensão “pós-positivismo” tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se de contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhe os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolores<sup>47</sup>.

Julgando-se, assim, verdadeiros agentes transformadores da realidade, valendo-se da força normativa dos princípios jurídicos, podem estender suas atividades a campos antes inatingíveis, ultrapassando, assim, e muito, o seu mandato:

Não sendo a “nova hermenêutica constitucional” uma teoria com traços próprios, caracteriza-se como uma formulação retórica que busca justificar uma realidade, qual seja, a extrapolação indevida das funções jurídico-políticas, em especial pelos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, num claro movimento ideológico. À retórica pernicioso do “neoconstitucionalismo” e à vulgata brasileira da sociedade aberta dos intérpretes alia-se ainda um outro fator: A extensão analítica do texto constitucional e a indeterminação de muitos de seus preceitos<sup>48</sup>.

A invasão do mérito do ato administrativo pelo Judiciário, muito longe de ser reputada uma conquista democrática, também é vista por autores insuspeitos como puro autoritarismo:

Ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão,

---

47 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. Apud FERREIRA, Eber de Meira. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

48 HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional, pós positivismo e outros modismos. In: **Revista dos Tribunais**, v. 859, ano 96, p. 89, maio de 2007. Apud FERREIRA, Eber de Meira. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga-mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito<sup>49</sup>.

A abertura do texto constitucional e a elasticidade ainda maior que lhe é conferida por meio da interpretação aumentam ainda mais o subjetivismo dos julgadores e das opções por eles escolhidas quando adentram o mérito administrativo:

Juízes, especialmente os chamados juízes constitucionais, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como contudo inexistente, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico teórica, ou atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de “voo cego”, na expressão de RÜTHERS. Em ambos os casos essas escolhas são perigosas<sup>50</sup>.

Não há garantia de que o ponto de vista dos juízes será melhor do que o dos outros. Tome-se o exemplo do controle jurídico das questões subjetivas de concurso público. A jurisprudência tradicional afirma que esse controle pode dar-se apenas no aspecto da legalidade (soma de pontos, presença de conteúdo no edital, prazo para recurso, divulgação de espelho de correção, etc.).

Assim é que o Princípio da separação dos Poderes é invocado seletivamente, casuisticamente, quando o Poder Judiciário, ao não reconhecer a relevância de determinada questão, ou sentir-se temeroso de

---

49 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Flávio Beno Siebeneichler (Trad). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 312. V. 1. p. 320-1. Apud FERREIRA, Eber de Meira. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 101**. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 24 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF101ER.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2013. Apud FERREIRA, Eber de Meira. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

ter de lidar com a questão repetidas vezes, com elevação potencialmente exponencial de demandas a ele submetidas, simplesmente se esquivar de adentrar o mérito administrativo. Mas onde está a coerência com a visão neoconstitucional da jurisdição? E se o Poder Judiciário se defrontar com o que julgar uma violação a direito fundamental na escolha de uma resposta da banca de concurso público? E aqui não estamos nem falando de uma decisão fruto de um ato administrativo com maior repercussão, como seria o caso de uma decisão do Poder Executivo que escolhe determinado lugar para construção de um estabelecimento prisional. E se o Poder Judiciário entender que a escolha viola o direito fundamental à moradia (sossego) dos vizinhos? Ou quiçá o direito à segurança pública, pelo risco de fuga dos presos.

O tipo de intervenção judicial descrita no último parágrafo tem sido uma constante pelo Poder Judiciário. Até porque, a própria repercussão social e política do caso convida o Poder Judiciário a tanto. Mas o foco deste trabalho foi a intervenção do Judiciário no mérito do ato administrativo, ainda que este seja de pouca relevância. Procurou-se demonstrar que a teoria neoconstitucional da jurisdição constitucional é mais do que um convite, mas impõe<sup>51</sup>, mesmo, que o Judiciário adentre, rotineiramente, no mérito do ato administrativo, quando as condições estiverem presentes para tanto.

Percebeu-se, portanto, haver um descompasso entre a teoria neoconstitucional (que não concebe ato insindicável, em nenhum de seus aspectos) e sua prática (ainda um pouco reticente quanto a adentrar, explicitamente, no mérito do ato administrativo). Esse descompasso tem ficado cada vez menor, pois paulatinamente o Poder Judiciário vem adentrando o mérito do ato administrativo sob o argumento de torná-lo compatível com princípios constitucionais ou de proteger direito fundamentais. Como visto, há vários estudiosos que o sustentam explicitamente. Se não o fazem alguma vez, ou é por razão de ordem prática (um precedente nesse sentido aumentaria muito a demanda dos Tribunais) ou apego cômodo e pouco reflexivo (mas incoerente) à doutrina tradicional.

---

51 Não se desconhece a posição de vários autores que matizariam essa afirmação; citemos o caso dos “princípios formais” de Alexy, tão esquecidos no Brasil. Mas o propósito do artigo é analisar a regra geral e as formulações mais comuns.

## 6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A Doutrina Brasileira da Efetividade. In: **Temas de Direito Constitucional**, Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Do poder discricionário. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Histórica.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e Interpretação: Entre Direito e Política. **Revista Pensar**, v. 18, n. 1, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O Conceito de Mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Seleção Histórica.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 155, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Perspectivas de Direito Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GRISA, Jr., Cesar Jackson. A moralidade no controle da discricionariedade do ato administrativo. **Debates em Direito Público**, Belo Horizonte, n. 11, ano 11, Out. 2012 (versão digital).

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Flávio Beno Siebeneichler (Trad). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 312. v. 1.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional, pós positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, v. 859, ano 96, p. 89, maio 2007.

MARZUOLI, Carlos. Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali In: PARISIO, Vera (Org.). **Potere Discrezionale e Controllo Giudiziario**. Giuffrè, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense.

NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. A razoabilidade e o exercício da discricionariedade. In: **Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao professor Celso Antônio B. de Mello**. Max Limonad, 1996.

OLIVEIRA, Aline Silva de. Discricionariedade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 197-231, jan./mar. 201.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCOCA, Franco Gaetano. Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità. In: PARISIO, Vera (Org.). **Potere Discrezionale e Controllo Giudiziario**. Giuffrè, 1998.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **RDA**, Rio de Janeiro, 179/80, 1990.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Proporcionalidade e o princípio formal da competência decisória do legislador**: equívocos no controle judicial dos atos normativos. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/20982543>. Acesso em: 02 mar. 2015.

WOEHLING, Jean-Marie. Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France. In: PARISIO, Vera (Org.). **Potere Discrezionale e Controllo Giudiziario**. Giuffrè, 1998.

ZAVASCKI, Liane Tabarelli. Interpretação constitucional e o controle judicial das políticas públicas de promoção dos direitos fundamentais. **Interesse Público IP**, Belo Horizonte, ano 12, n.64, nov./dez. 2010 (versão digital).

ZUBALLI, Umberto. Il controllo della discrezionalità. In: PARISIO, Vera (Org.). **Potere Discrezionale e Controllo Giudiziario**. Giuffrè, 1998.

---

## REFLEXOS DA IMPUNIDADE DOS AGENTES ESTATAIS POR GRAVES VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS COMETIDAS DURANTE A DITADURA MILITAR NO BRASIL

Flávia Saldanha Kroetz<sup>1\*</sup>

**RESUMO:** Nos anos de 1964 a 1985, o Brasil foi governado por um regime ditatorial que implementou práticas cruéis e atroztes contra qualquer pessoa que se opusesse à ideologia estatal. Após a transição democrática, a Lei nº 6.683/79, consoante interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, justificou a impunidade dos agentes estatais que praticaram crimes em nome do Estado. Como consequência, a cultura da impunidade permanece enraizada nas sociedades violadas, manifestando-se notadamente na completa descrença da população nas instituições estatais e na própria democracia, bem como na aplicação da lei penal.

**Palavras-Chave:** Ditadura Militar. Violência de Estado. Lei de Anistia. Impunidade. Cultura de Impunidade.

## REFLECTIONS OF THE IMPUNITY OF STATE OFFICIALS FOR GRAVE VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS COMMITTED DURING THE BRAZILIAN MILITARY DICTATORSHIP

**ABSTRACT:** From 1964 to 1985, Brazil was ruled by a dictatorial regime that implemented cruel and atrocious practices against anyone who opposed the state ideology. After the transition to democracy, Law No. 6.683/79, according to the interpretation of the Supreme Court in the judgment of the Allegation of Breach of Fundamental Precept 153, justified the impunity of State officials who committed crimes on behalf of the State. As a result, the culture of impunity remains rooted in the violated societies, manifesting mainly through the complete disbelief of the population in

---

1 \* Mestre em International Human Rights Law pela University of Oxford. Atua nas áreas de Direito Internacional, Direito Penal, Direito Internacional Penal e Direitos Humanos. Possui especialização em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional e em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: flaviakroetz@gmail.com.

RECEBIDO EM: 16/12/2014 ACEITO EM: 04/03/2015

State institutions and in democracy itself, as well as in the implementation of criminal law.

**Keywords:** Military Dictatorship. State Violence. Amnesty Law. Impunity. Culture of Impunity.

## INTRODUÇÃO

As últimas décadas foram marcadas por governos autoritários e ditaduras militares que, ignorando as obrigações internacionais dos Estados em matéria de proteção e garantia dos direitos humanos, deixaram como legado uma situação de permanente reprodução da violência, caracterizada por uma cultura de negação de tudo aquilo que é diferente. Essa ausência de aceitação do “outro” não apenas reproduz a violência, como, mais ainda, a torna aceitável e justificável, servindo como base e fundamento de discursos opressores enraizados na sociedade e que buscam relevar e minimizar violações de direitos.

O discurso torna-se, então, o principal mecanismo de manutenção de práticas violentas, que pretendem silenciar as vozes e ocultar o passado, construindo e reconstruindo historicamente versões palatáveis e até mesmo admiráveis da violência. É exatamente assim que, por exemplo, a chamada luta contra o terrorismo – e as conseqüentes atrocidades que dela decorrem, tais como sequestros, torturas, desaparecimentos forçados e assassinatos – passa a integrar campanhas eleitorais e tem o assustador poder de angariar votos e manter no poder os mais perversos ditadores.<sup>2</sup>

Ao mesmo tempo, o terror passa a integrar a ideologia do governo totalitário, em que o medo e a lógica racional atuam como princípio de ação, ignorando características pessoais e convicções íntimas de indivíduos para selecionar objetivamente os inimigos da humanidade contra quem o terror será desencadeado.<sup>3</sup> O poder arbitrário, então, utiliza a ideologia do terror

2 A título exemplificativo, destaca-se Alberto Fujimori, ex-Presidente peruano, eleito democraticamente em 1990. Em abril de 1992, Fujimori realizou um autogolpe, alegadamente necessário para combater a prática terrorista, e dissolveu o Congresso Nacional, suspendeu a Constituição Peruana e tomou controle do Poder Judiciário. Foi instituído o Governo de Emergência e Reconstrução Nacional para eliminar, de forma seletiva, os grupos opositoristas considerados subversivos. Uma nova Constituição, elaborada pelo recém instituído Congresso, foi aprovada por meio de referendo popular. O autogolpe de Fujimori foi aceito pela população peruana como uma prática essencial para livrar o país dos terroristas.

3 ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.517.

como justificação da adoção de instrumentos de violência e métodos de intimidação. A respeito da legitimidade totalitária e dos crimes praticados em nome da ideologia, Arendt ensina:

Se é verdade que os monstruosos crimes dos regimes totalitários destruíram o elo de ligação entre os países totalitários e o mundo civilizado, também é verdade que esse crimes não foram consequência de simples agressividade, crueldade, guerra e traição, mas do rompimento consciente com aquele *consensus iuris* que, segundo Cícero, constitui um 'povo', e que, como lei internacional, tem constituído o mundo civilizado nos tempos modernos, na medida em que se mantém como pedra fundamental das relações internacionais, mesmo em tempos de guerra.<sup>4</sup>

O processo de reconstrução e internacionalização dos direitos humanos, especialmente no período pós-Segunda Guerra Mundial, possibilitou a visão de que a desumanização do indivíduo não mais seria aceita no cenário internacional. A respeito da necessidade de reconstrução dos direitos humanos, Piovesan destaca:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral.<sup>5</sup>

Embora tenha surgido no cenário pós-guerra, o entendimento de que a completa ruptura com os direitos humanos demanda sua reconstrução aplica-se diretamente a períodos de transição vivenciados por sociedades afetadas por conflitos armados internos ou violência de Estado. É possível, com efeito, verificar que o momento subsequente a períodos de violência em massa exige uma verdadeira reconstrução da dignidade das vítimas, mediante a implementação de medidas que reposicionem a relação Estado-sociedade-indivíduo e que busquem restabelecer a confiança das comunidades locais no aparato estatal recém instituído.

---

4 *Ibid*, p.514.

5 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.118.

De fato, nesse cenário de terror impregnado pela violência, em que violações de direitos humanos se tornam constantes e generalizadas, percebe-se a importância do processo de transição democrática e a adoção conjunta de diferentes mecanismos para o restabelecimento da paz e a reconciliação nacional, a fim de preservar a memória histórica, propagar a verdade dos acontecimentos e, em especial, impedir futuras repetições dos erros cometidos no passado.

Pode-se dizer, assim, que a justiça de transição é composta pelo direito à memória e à verdade; pelo direito à justiça; pelo direito à reparação às vítimas; e pela reforma de instituições que foram veículo das violações sistemáticas e generalizadas de direitos humanos.

Assim sendo, a reconciliação nacional não significa tão somente a manutenção da paz. Uma vez aproveitados os instrumentos capazes de reconstruir e reformular a estrutura das sociedades afetadas, a justiça de transição ensinaria o fortalecimento da proteção dos direitos humanos, exerceria função pedagógica em relação às gerações futuras – evitando ou, ao menos, reduzindo futuras repetições – e, mais que isso, teria o poder de reafirmar a própria democracia.

Em síntese, pode-se definir justiça de transição como sendo “a concepção de justiça associada com períodos de mudança política, caracterizada por respostas legais para confrontar os erros de regimes repressores anteriores”.<sup>6</sup>

## 1 DITADURA MILITAR, DISCURSO DA SEGURANÇA NACIONAL E VIOLÊNCIA DE ESTADO

Em 1964, o golpe militar retirou do poder o então Presidente João Goulart, dando continuidade a uma antiga tradição intervencionista militar na contenção de lutas e reivindicações populares. De fato, os anos de 1962 a 1964 foram marcados pelo aumento dos movimentos sociais e ligas camponesas e, conseqüentemente, das lutas por reformas institucionais, fazendo crescer, especialmente na classe média e nos apoiadores da direita, o sentimento anticomunista.

Podem-se identificar, ao menos, três diferentes leituras sobre o golpe militar de 1964. Inicialmente, há quem argumente que o golpe foi consequência direta da instabilidade decorrente do governo de João

6 TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice*. New York: Oxford University Press, 2000. p.69. Tradução livre.

Goulart, que ia de encontro aos interesses das Forças Armadas; outros sustentam que a ditadura brasileira deve ser interpretada à luz do contexto político de crise generalizada dos regimes latino-americanos nos anos de 1960/1970; finalmente, alguns entendem que, antes de constituir movimento isolado dos militares, o golpe foi amparado pelas elites dominantes, ameaçadas pelo crescimento das lutas operárias em desfavor da manutenção da propriedade privada.<sup>7</sup>

Com o advento do regime militar, criou-se todo um sistema dentro da estrutura organizacional do Estado ditatorial voltado ao controle de qualquer atividade considerada subversiva bem como das atividades de movimentos estudantis, camponeses e de trabalhadores. Os Departamentos de Ordem e Política Social – DOPS, que já existiam no Brasil desde os anos 1920 e eram incumbidos de monitorar e perseguir os movimentos trabalhistas, passaram a integrar o sistema de órgãos de informações e de operações trilhadas para o combate aos opositores do regime e às lutas armadas.<sup>8</sup>

Outros três órgãos de controle e repressão da estrutura estatal autoritária merecem destaque: o Conselho de Segurança Nacional - CSN, que tinha como função principal auxiliar diretamente o Presidente da República na elaboração e execução da política de segurança nacional, bem como analisar pedidos de cassação; o Serviço Nacional de Informações - SNI, fundado em 1964 e incumbido da coordenação nacional das atividades de informação e contrainformação; e a Comissão Geral de Investigação - CGI, instituída em 1968 para realizar investigações sumárias para fins de confisco de bens de indivíduos que supostamente obtiveram enriquecimento ilícito em decorrência de cargo, emprego ou função pública.<sup>9</sup>

Os atos institucionais foram o meio utilizado pelo governo militar para implementar medidas de restrições de liberdades e garantias individuais e coletivas, cassar diversos mandatos eletivos, demitir milhares de funcionários públicos, criar a Comissão Geral de Investigações (encarregada dos inquéritos policiais militares), eliminar partidos políticos e legitimar diversas outras práticas autoritárias.

---

7 NOHARA, Irene P. Direito à Memória e Reparação: da inclusão jurídica das pessoas perseguidas e torturadas na ditadura militar brasileira. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 17, n.67, abr-jun/2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.142.

8 D'ARAUJO, Maria C. Memória da Ditadura Militar no Brasil: fontes e métodos. In: GOMES, A. de C. **Direitos e Cidadania**: memória, política e cultura. Rio de Janeiro: Editora FVG, 2007. p.124.

9 *Ibid*, p.128-130.

A ditadura militar brasileira atingiu cerca de 50.000 cidadãos. Milhares de pessoas foram presas por razões políticas; 20.000 foram torturadas; ao menos 360 morreram, das quais 144 ainda constam como desaparecidas; 10.034 pessoas foram indiciadas; 7.367 foram acusadas em 707 processos judiciais referentes a crimes em tese cometidos contra a segurança nacional; 4.862 pessoas foram cassadas de seus cargos; houve 780 cassações de direitos políticos como resultado da adoção de atos institucionais; 130 pessoas foram banidas do território nacional. Por fim, 6.592 militares foram atingidos pela repressão.<sup>10</sup>

Em síntese, a doutrina da segurança nacional justifica a supressão dos direitos individuais e coletivos, das liberdades e das garantias constitucionais e a adoção de práticas severas de repressão pela preponderância da segurança sobre o bem-estar na luta contra o inimigo interno. A perseguição política e os processos militares eram instaurados contra cidadãos comuns que simpatizassem com organizações clandestinas de esquerda ou integrassem determinados setores sociais – sindicalistas, estudantes, políticos, jornalistas, religiosos – e, ainda, contra aqueles que exerceram atividades ou apoiaram o governo constitucional deposto, bem como os ligados à propagação subversiva e os que meramente criticavam a autoridade ditatorial.

O Ato Institucional nº 5, baixado em 13 de dezembro de 1968 pelo general Costa e Silva, legitimou a espionagem como mecanismo imprescindível ao combate à qualquer espécie de dissidência política e implementou diversas medidas de repressão, fazendo constar, nas considerações iniciais do texto legal, a justificativa de que a “Revolução Brasileira de 31 de março de 1964” tem como objetivo fundamental o “combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo” e, portanto, “não pode permitir que pessoas ou grupos anti-revolucionários contra ela trabalhem, tramem ou ajam”.<sup>11</sup>

E, assim, foram legitimadas as mais variadas formas de supressão de direitos e garantias fundamentais, considerando-se “imperiosa a adoção de medidas que impeçam sejam frustrados os ideais superiores da Revolução” com o objetivo de preservar “a ordem, a segurança, a tranquilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do País comprometidos por processos subversivos e de guerra revolucionária”.

10 CUNHA, Paulo Ribeiro da. Militares e Anistia no Brasil: um dueto desarmônico. In: TELES, Edson; Safatle, Vladimir (Org.). **O que Resta da Ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010, p.30.

11 BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

Além disso, todos os demais Poderes (Legislativo e Judiciário) e órgãos estatais, assim como as divisões verticais entre União, Estados e Municípios, foram expressamente submetidos à autoridade do Presidente da República.

O desenvolvimento de um aparato estatal encarregado da segurança nacional objetivou, portanto, a implementação dos mecanismos e do discurso do combate a qualquer espécie de dissidência política. Nesse cenário, “a violência de Estado de exceção se tornou organizada e institucionalizada e a letra da lei foi suspensa em sua aplicação e mantida vigente sob a forma de uma força necessária e legítima”.<sup>12</sup>

A partir de 1968, portanto, pode-se concluir que a ditadura assumiu sua forma mais cruel e institucionalizou formas de violência e repressão a fim de assegurar o poder e dismantelar opiniões contrárias. Os atos institucionais instrumentalizaram o estado de exceção no Brasil e, ao longo dos anos de 1964 a 1969, totalizaram dezessete documentos.

A tortura foi o instrumento repressor utilizado pela ditadura em decorrência de sua inequívoca eficácia, uma vez que tem o poder de “fazer suas vítimas dizerem não só a verdade, mas ‘muito mais do que a verdade’”<sup>13</sup>, confessando, em inúmeras ocasiões práticas delitivas das quais sequer haviam participado.

O relato elaborado pela Arquidiocese de São Paulo destaca que a prática foi institucionalizada no país e que, inclusive, diversos presos foram utilizados como cobaias em verdadeiras aulas de métodos de tortura. Nesse sentido, o estudante Ângelo Pezzuti da Silva, preso em Belo Horizonte e torturado no Rio de Janeiro, relatou que “foi o instrumento de demonstrações práticas desse sistema, em uma aula de que participaram mais de 100 (cem) sargentos”. Igualmente, denunciou o desabafo de Maurício Vieira de Paiva, segundo o qual “à concomitância da projeção dos ‘slides’ sobre torturas elas eram demonstradas na prática, nos acusados, como o interrogado e seus companheiros, para toda a plateia”.<sup>14</sup>

---

12 TELES, Edson. Entre Justiça e Violência: estado de exceção nas democracias do Brasil e da África do Sul. In: In: TELES, Edson; Safatle, Vladimir (Org.). **O que Resta da Ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010, p.304.

13 SWENSSON JUNIOR, Lauro J. **Anistia Penal**: problemas da validade da Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/79). Curitiba: Juruá, 2007. p. 61.

14 ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil**: Nunca Mais. Petrópolis: Editora Vozes, 1985. p.31.

Diante disso, verificou-se que a prática institucionalizada da tortura como método científico de controle físico e mental sobre os presos fez parte da luta do Estado contra supostos dissidentes políticos. Constatou-se, ainda, que foram implementadas quase cem técnicas diferentes de tortura, que eram executadas por agressões físicas ou psicológicas e mediante a utilização de variados instrumentos.<sup>15</sup>

Com efeito, no período ditatorial brasileiro, as reiteradas torturas foram muito mais que simples fatos isolados e sem qualquer idealização prévia, tratando-se, na verdade, de resultado da sistematização da repressão estatal e tratada como matéria acadêmica que compunha o currículo dos militares<sup>16</sup>.

Tal prática exigiu, para sua concretização, a elaboração de critérios e determinações específicas, bem como a estruturação logística dos interrogatórios, abrangendo a escolha de locais adequados, instrumentos e técnicas diversificadas, e, ainda, a participação de médicos e enfermeiros para dar assistência aos torturados – possibilitando o prolongamento da dor e a postergação da morte.

Diretamente ligada à prática da tortura, encontra-se outra prática ilegal perpetrada sistematicamente pelos repressores: os desaparecimentos forçados. Não raro, os métodos de obtenção de informações aplicados pelos agentes estatais aos militantes arbitrariamente perseguidos pelo Estado acarretavam a morte. A fim de ocultar a atuação estatal e legitimar a lógica da ideologia autoritária, os militantes eram enterrados, em cemitérios públicos e valas comuns, com identidades adulteradas ou mesmo na qualidade de indigente.

Por outro lado, era necessário certo equilíbrio entre medidas de ocultação e de projeção das atrocidades estatais. Isso porque, ao mesmo tempo em que o regime militar precisava ocultar as violações de direitos humanos, era imperativa, até mesmo para a manutenção da ditadura e do discurso da segurança nacional, a seletividade das informações que chegavam aos meios de comunicação e, naturalmente, à sociedade brasileira.

Ao final do governo Geisel, registrava-se a existência de “10 mil exilados políticos, 4.682 cassados, milhares de cidadãos que passaram

<sup>15</sup> *ibid*, p.34.

<sup>16</sup> NOHARA, 2009, p.147.

pelos cárceres políticos, 245 estudantes expulsos das universidades, e uma lista de mortos e desaparecidos tocando a casa das três centenas”.<sup>17</sup>

Além disso, verifica-se uma diminuição dos registros de ativistas supostamente mortos por suicídio ou em decorrência de confronto com as Forças Armadas. Ganhava força e amplitude, por outro lado, a atribuição da qualidade de desaparecido aos dissidentes políticos, inexistindo atestado de óbito a certificar as causas da morte, tampouco a mera notícia da morte da pessoa. Com isso, “essas pessoas perderam seus nomes, perderam a possibilidade de ligação com seu passado, dificultando a inscrição dessa experiência na memória e o trabalho de luto”.<sup>18</sup>

## 2 O DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE

Destaca-se, outrossim, o papel exercido pela verdade ao término de conflitos armados e governos autoritários, nos quais a história foi escondida, reescrita e moldada de acordo com interesses dos detentores do poder. Nesse cenário, pode-se dizer que a memorização histórica dos acontecimentos é fundamental não apenas para a instalação da democracia como também para restabelecer a dignidade das vítimas e seus familiares.

Com efeito, é imprescindível o estabelecimento de um registro histórico dos acontecimentos que defina quais crimes foram perpetrados, identifique os perpetradores e as vítimas e analise o padrão de violência praticado contra a população. Mais que isso, a abertura dos documentos oficiais referentes a períodos obscuros de uma sociedade exerce uma função positiva na recuperação da memória histórica e no esclarecimento da verdade, assim como na busca pela justiça e na luta contra a impunidade.

O direito à verdade foi expressamente reconhecido pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas no documento intitulado “United Nations Basic Principles on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law”, que consagra que todas as pessoas têm o direito inalienável de saber

17 ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil**: Nunca Mais. Petrópolis: Editora Vozes, 1985, p.68.

18 TELES, Janaina de A. Os Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos e a Luta por “Verdade e Justiça” no Brasil. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que Resta da Ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. p.259.

a verdade quanto às violações ocorridas no passado, bem como os motivos que ensejaram tais crimes.<sup>19</sup>

Além disso, de acordo com os princípios estabelecidos pelas Nações Unidas, as vítimas e seus familiares possuem o direito imprescritível de ter conhecimento acerca das circunstâncias em que as violações de direitos humanos foram praticadas, independentemente de qualquer procedimento legal. Na hipótese de morte ou desaparecimento forçado, subsiste o direito dos familiares de ter pleno conhecimento acerca dos delitos contra ela praticados.<sup>20</sup>

Importante salientar, ainda, que o simples reconhecimento dos fatos ocorridos no passado não é, por si só, suficiente para a reconciliação nacional. Deve-se assegurar que a população, em especial as vítimas diretas e indiretas, tenha efetivo conhecimento dessa verdade histórica. Não há democracia sem a verdade revelada e posta de forma transparente para toda a sociedade.

Ao lado da busca pela verdade, a garantia ao direito à informação é essencial para a consolidação do processo de transição, considerando que está diretamente relacionado com o direito de acesso à justiça e, também, à paridade de armas. Afinal, se o Estado nega o acesso aos arquivos, acaba por negar, igualmente, uma prova fundamental para a obtenção da justiça.

Em que pese o direito ao acesso à informação e o direito à verdade não serem sinônimos, há que se reconhecer que sem o acesso à informação não é possível a obtenção do direito à verdade. Não se pode, com efeito, construir um relato sobre as atrocidades do passado sem o acesso aos documentos referentes ao período em que as violações ocorreram. Além disso, a própria democracia não pode se opor à obtenção das informações; essa negação é evidentemente incompatível com um Estado democrático.

No âmbito internacional, recai sobre os Estados a obrigação positiva no sentido de adequar seus ordenamentos jurídicos internos aos tratados internacionais sobre direitos humanos, tendo em vista que “a universalização dos direitos humanos fez com que os Estados consentissem em submeter ao controle da comunidade internacional o que até então era

---

19 UNITED NATIONS Basic Principles on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law. UN Document E/CN.4/2005.59, UN Commission on Human Rights

20 *Ibid.*

de seu domínio reservado”<sup>21</sup> A respeito do direito à verdade e à memória, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas reconheceu que os Estados devem assegurar a preservação e o amplo acesso a arquivos referentes a violações de direitos humanos e de direito humanitário.<sup>22</sup>

Tendo em vista que atores violentos, historicamente, saem do cenário político por meio da elaboração de mecanismos garantidores da impunidade, a manipulação das versões dos acontecimentos constitui verdadeira ameaça à democracia e ao Estado de Direito. Se o próprio Estado alega a inexistência de informações e documentos ou decreta unilateralmente a confidencialidade de determinados arquivos, o controle exercido por um órgão externo de verificação, que identifique a efetiva ausência de documentos comprovadores das violações de direitos, é fundamental para reduzir os espaços de negação e de justificação e atenta contra a necessidade de medidas de memorização.<sup>23</sup>

Com efeito, a decisão da existência ou não de arquivos pertinentes a períodos de violência não pode ser feita pela mesma instituição cujos atos estão sendo investigados, devendo existir um órgão independente e imparcial que tenha pleno acesso a esses arquivos e que disponha de tempo suficiente para analisar as informações ali contidas – ou omitidas.

### 3 LEIS DE ANISTIA E O DIREITO À JUSTIÇA

O direito à justiça envolve a investigação séria e transparente dos crimes cometidos durante os conflitos e que seguiram um padrão de ataque generalizado à população civil, bem como a consequente identificação e responsabilização dos perpetradores.

A questão da responsabilidade criminal por atos de destruição em massa constitui objeto de grandes discussões e questionamentos, especialmente no âmbito do Direito Internacional. Isso porque, em primeiro

21 PIOVESAN, 2008. p.157.

22 UNITED NATIONS Basic Principles on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law. UN Document E/CN.4/2005.59, UN Commission on Human Rights.

23 Para um estudo mais aprofundado a respeito do impacto dos mecanismos utilizados para memorização histórica dos acontecimentos: HAMBER, Brandon [et al.]. Utopian Dreams or Practical Possibilities? The Challenges of Evaluating the Impact of Memorialization in Societies in Transition. In: **The International Journal of Transitional Justice**, v.4, n.3, 2010, p.395-420.

lugar, em regimes totalitários a estrutura burocrática do Estado é moldada de maneira a diluir as responsabilidades e obstar a individualização das condutas, dificultando, assim, a identificação dos maiores responsáveis pelas atrocidades. De fato, sabe-se que “o grau de responsabilidade aumenta quanto mais longe nos colocamos do homem que maneja o instrumento fatal com suas próprias mãos”.<sup>24</sup>

Por essa razão, em determinados contextos, as anistias podem ser consideradas essenciais para a reconciliação nacional e o restabelecimento da paz e da democracia. Essa espécie normativa, então, tem o condão de afastar o julgamento criminal dos crimes sistematicamente cometidos durante os conflitos, tratando-se de verdadeiro esquecimento político capaz de obstar a responsabilização criminal dos perpetradores.<sup>25</sup>

As anistias, dependendo da natureza do processo de transição democrática, podem ser implementadas de quatro maneiras distintas, embora não mutuamente exclusivas: (a) mediante o exercício de discricionariedade administrativa; (b) como resultado de negociações de paz; (c) por meio da promulgação de leis de anistia; e (d) através de referendo popular.<sup>26</sup>

De fato, anistias impostas por aqueles que somente aceitam deixar o poder em troca de imunidade quanto aos fatos praticados, sob pena de reiteração da violência ou de não concordância com os termos da paz, parecem não obstar por completo a continuidade da violência e a perpetuação da impunidade:

[...] senhores da guerra e líderes políticos capazes de cometer atrocidades contra os direitos humanos não são desencorajados pelas anistias obtidas, mas encorajados. De fato, os casos de Serra Leoa, da ex-Iugoslávia e do Haiti sugerem que anistias impostas de cima ou negociadas sob mira de uma arma não levam ao estabelecimento da paz – mas, na melhor das hipóteses, criam uma pausa temporária nos conflitos. Na verdade,

---

24 ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p.268.

25 PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Leis de Anistia Face ao Direito Internacional: “desaparecimentos” e “direito à verdade”. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.285-305.

26 MALLINDER, Louise. **Amnesty, Human Rights and Political Transitions: bridging the peace and justice divide**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2008. p.30.

acordos de anistia geralmente promovem uma cultura de impunidade em que a violência se torna a norma, e não a exceção.<sup>27</sup>

Faz-se necessário, então, estabelecer uma distinção entre anistias concedidas pelo Estado em relação a delitos praticados contra o próprio Estado, normalmente abrangendo delitos políticos, e as anistias que exoneram de responsabilidade as condutas praticadas por agentes do Estado por meio do aparato estatal. Nesse caso, argumenta-se que, embora aplicadas a crimes políticos, as anistias não se estendem a situações de violência cometida por agentes da repressão em nome do Estado, o que seria, em última análise, permitir o autojulgamento.<sup>28</sup>

Apesar da suposta necessidade e utilidade prática da ausência de perseguições criminais, verifica-se que as anistias também podem ser adotadas como mecanismo oculto de garantia da impunidade, evitando o julgamento de responsáveis pela prática de delitos de gravidade e repercussão imensuráveis e mantendo no poder ou na estrutura organizacional do Estado pessoas diretamente envolvidas com as violações de direitos humanos.

A impunidade significaria, nesse passo, não somente a inexistência de perseguição criminal a ensejar responsabilização individual por graves delitos cometidos durante regimes autoritários e em períodos de guerra. De fato, Perrone-Moisés destaca as três dimensões de impunidade que resultam da adoção de anistias:

Pode-se falar em impunidade, primeiro, quando as vítimas e a sociedade não conseguem conhecer a verdade sobre as razões pelas quais foram cometidas as violações, segundo, as vítimas ou seus familiares não receberem a compensação devida e, finalmente, se não forem tomadas todas as medidas de prevenção para que não se repitam as violações de direitos humanos.<sup>29</sup>

---

27 SADAT, Leila Nadya. The Effect of Amnesties before Domestic and International Tribunals: morality, law and power. In: HUGHES, E.; SCHABAS, W. A.; THAKUR, R. (ed.). **Atrocities and International Accountability: beyond transitional justice**. New York: United Nations University Press, 2007, p. 227. Tradução livre.

28 ROHT-ARRIAZA, Naomi. Special Problems of a Duty to Prosecute: derogation, amnesties, statutes of limitation, and superior orders. In: ROHT-ARRIAZA (Ed.). **Impunity and Human Rights in International Law and Practice**. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 57.

29 PERRONE-MOISÉS, 2002, p.289.

A luta contra a impunidade é justificada pela gravidade dos crimes sistemáticos cometidos de maneira generalizada contra a população e que se mostram inseridos em um padrão intencional e predeterminado de atos de crueldade. Por esse motivo, a concessão de anistias aos mais graves delitos cometidos contra a dignidade humana – tortura, assassinato, desaparecimento forçado – enseja a negação da própria essência dos direitos humanos, ignorando a concepção de que tais direitos seriam invioláveis e inderrogáveis.<sup>30</sup>

Além disso, a isenção de responsabilidade penal dos agentes de Estado obsta o efetivo acesso à informação, pelas vítimas sobreviventes, pelos familiares dos assassinados e desaparecidos, e pela própria população brasileira, acerca das circunstâncias em que foram os delitos praticados, bem como dos responsáveis pelas atrocidades.

Tendo em vista que, via de regra, a adoção de anistias não é acompanhada por outras medidas de descobrimento da verdade e divulgação das circunstâncias concretas em que violações de direitos humanos foram reiteradamente praticadas, subsiste a possibilidade de negação ou relativização dos crimes e da extensão dos crimes e, como consequência, a ausência de reconhecimento do sofrimento das vítimas.<sup>31</sup>

No caso do Brasil, a Lei nº 6.683/79, também chamada de Lei de Anistia, foi elaborada de maneira “disfarçada”, fazendo-se incluir em sua redação o termo “crimes conexos” sem, contudo, precisar quais condutas poderiam ser classificadas na hipótese legal. Nesse passo, pode-se constatar um paradoxo democrático no processo transacional brasileiro, uma vez que a nova ordem constitucional, que passou a reconhecer a garantia de diversos direitos individuais e coletivos, deixou de afastar a impunidade dos torturadores em nome de uma anistia ampla, geral e irrestrita, mantendo intocado o passado repressivo.<sup>32</sup>

Portanto, a Lei de Anistia constituiu, para o regime autoritário em decadência, um instrumento para desvincular-se do poder e, simultaneamente, controlar o processo de transição democrática do país, assegurando imunidade contra eventual julgamento por violações de direitos humanos. Tampouco inviabilizou-se a volta dos perpetradores

---

30 JEFFERY, Renée. *Amnesty and Accountability: the price of peace in Aceh, Indonesia*. In: **The International Journal of Transitional Justice**, v.6, n.1, 2012. p.67.

31 CRYER, Robert [et al.]. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 570.

32 D'ARAUJO, 2007, p.127.

e torturadores ao poder por outros meios – inclusive vias democráticas –, ao contrário, por exemplo, do caso argentino, que, conforme analisado previamente, excluiu os agentes políticos que integravam o quadro estatal do antigo regime ditatorial.<sup>33</sup>

Desse modo, a transição democrática brasileira foi realizada de maneira a garantir a posição de retaguarda dos militares, incumbindo aos políticos que os apoiavam a legitimação da retomada da democracia “em aliança com a elite burocrática e política que emergiu do regime e orientou a conciliação com a maior parte da oposição legal”.<sup>34</sup>

Mais ainda, consoante interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, a expressão “crimes conexos”, contida na Lei nº 6.683/79, deve ser interpretada de modo a estender seus efeitos aos crimes praticados por agentes estatais – tortura, assassinatos e desaparecimentos forçados – em nome do Estado. Como consequência, o STF acabou por legitimar a impunidade de tais agentes.

#### 4 PARA ALÉM DO REVANCHISMO: CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA IMPUNIDADE NO BRASIL

##### 4.1 DESCONFIANÇA E DESCRENÇA DA POPULAÇÃO NAS INSTITUIÇÕES ESTATAIS E NA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

As consequências da ausência de persecução criminal dos delitos cometidos durante a ditadura militar não se restringem ao âmbito dos direitos e necessidades das vítimas e de seus familiares, tampouco diz respeito unicamente ao lapso temporal imediatamente subsequente ao restabelecimento da democracia.

Pelo contrário: a impunidade contamina a legitimidade das instituições estatais e da força da lei e do Direito e molda a percepção social a respeito da credibilidade do próprio Estado. De fato, é incontroverso

---

33 PAYNE, L. A.; ABRÃO, P.; TORELLY, M. D. A Anistia na Era da Responsabilização: contexto global, comparativo e introdução ao caso brasileiro. In: **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. p.18.

34 ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação. In: **MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Comissão de Anistia. Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal**. Brasília, 2010, p. 48.

que, no Brasil, a visão geral é de que apenas os pobres e excluídos são processados e presos, ao contrário de políticos, empresários e demais membros das classes elitistas. O senso comum aponta, ainda, para a existência de corrupção em todos os setores estatais, já que “todos os políticos são corruptos”, para a descrença social em todas as instâncias públicas, e para a ausência de credibilidade da própria democracia.

O Min. Gilmar Mendes apontou que a transição democrática brasileira, pautada nas negociações e no diálogo, “nos faz positivamente diferentes em relação aos nossos irmãos latino-americanos, que ainda hoje estão atolados num processo de refazimento institucional sem fim”.<sup>35</sup>

Apesar de tal alegação, parece mais crível aduzir que tamanha fragilidade institucional pode ser facilmente encontrada no Estado brasileiro, em diversos níveis e nas esferas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Se o Brasil há de ser comparado a algum país latino-americano no tocante à eficácia dos mecanismos transacionais, então que essa comparação seja realizada de maneira realística. E se países como Uruguai, Chile, Peru e Argentina foram capazes de punir as atrocidades cometidas em nome da repressão; então o Brasil somente pode ser equiparado a El Salvador, país em que a institucionalização da violência e a ausência de credibilidade das instituições estatais geram um estado de insegurança e desconfiança generalizadas.

Nesse sentido, a ausência de punição consolida na memória social a percepção de que o Estado de Direito é inexistente, uma vez que sempre será possível, mediante acordos políticos, suprimir o próprio Direito. Como consequência, há uma desconfiança generalizada na democracia e na força da lei, e “a sociedade não consegue, até hoje, ver no Estado agente protetor”.<sup>36</sup>

Mais ainda, a impunidade dos repressores do passado gera, nos integrantes dos atuais aparatos de repressão e de poder estatais, a ideia de que eles também são imunes ao Direito, bem como de que violações de direitos são instrumentalizadas e institucionalizadas – e, portanto, não merecem qualquer tipo de reprimenda. Essa memória “consolida-se numa

---

35 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 153, Decisão de Julgamento**. Inteiro Teor. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>>. Acesso em: 16 dez 2014. p.242.

36 TORELLY, M. D. Justiça Transicional, Memória Social e Senso Comum Democrático: notas conceituais e contextualização do caso brasileiro. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Comissão de Anistia. **Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal**. Brasília, 2010. p.110.

desconfiança permanente quanto a tudo que ocorre no espaço público e, mais especificamente, numa desconfiança generalizada em relação ao Estado, suas instituições e seus agentes”.<sup>37</sup>

#### 4.2 INSTITUCIONALIZAÇÃO E ACEITAÇÃO DA VIOLÊNCIA DE ESTADO

Outra consequência dessa verdadeira amnesia social sobre a ditadura diz respeito à “repetição da violência, a continuação do uso da tortura como procedimento de investigação das forças de (in)segurança pública, e a sua aceitação pela opinião pública”.<sup>38</sup>

Sikkink, em relevante estudo acerca do impacto de julgamentos por crimes praticados em governos não democráticos, destaca a intrínseca relação entre a efetiva punição dos responsáveis por atrocidades durante períodos ditatoriais na América Latina e a atual condição do respeito e garantia dos direitos humanos nesses países. Em relação ao Brasil, Sikkink ressalta que, embora o nível democrático seja considerado relativamente alto, semelhante aos casos da Argentina e Peru, não se pode dizer o mesmo quanto à situação dos direitos humanos.<sup>39</sup> A citada autora conclui:

(...) países com mais anos de perseguições criminais têm, em média, níveis de direitos humanos melhores do que a média regional, enquanto que os estados de transição que não buscaram julgamentos tiveram uma pontuação pior do que a média. (...) Todos os catorze países que realizaram julgamentos passaram por processos de transição democrática. Ainda assim, os países que realizaram mais perseguições tiveram uma melhora média mais elevada em direitos humanos do que os países que tiveram menor número de processos.<sup>40</sup>

Além disso, porque os violadores sequer foram afastados de seus cargos, são justamente eles que participam da formação dos novos integrantes do poder repressivo estatal, como nos mostram documentários, relatos e aclamados filmes sobre o processo de treinamento dos aspirantes a policiais.

---

37 *Ibid*, p.110.

38 SILVA FILHO, José C. M. da. Dever de Memória e a Construção da História Viva: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na concretização do direito à memória e à verdade. In: In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Comissão de Anistia. **Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal**. Brasília, 2010. p.197.

39 SIKKINK, Kathryn. **The Justice Cascade: how human rights prosecutions are changing world politics**. New York: W. W. Norton & Company, 2011. p.150.

40 *Ibid*, p.150-152. Tradução livre.

Verifica-se, assim, que a ausência de julgamento dos crimes cometidos no passado por agentes estatais leva a uma cultura de impunidade cujos efeitos se espalham por toda a sociedade brasileira e que acaba por acarretar um ciclo de constantes violações de direitos humanos. A violência policial, então, além de ser prática cotidiana – utilizando-se, inclusive, do ultrapassado discurso da luta contra o terrorismo, agora atribuído a supostos traficantes, bandidos e meliantes – passa a ser amplamente aceita pela sociedade, como forma de proteger as elites contra a criminalidade e a violência. Essa triste realidade é verificada por Sikkink:

No Brasil, por exemplo, a ausência de qualquer punição pelas violações cometidas por agentes estatais durante a ditadura pode ter contribuído para uma atmosfera de impunidade que fomenta altos e contínuos níveis de violações hoje. O Brasil é um dos poucos países democráticos da região que registra níveis de direitos humanos piores do que aqueles registrados durante o governo militar. Isso pode ser atribuído aos policiais, que rotineiramente assassinam suspeitos de crimes em níveis tão elevados que tais atos são, frequentemente, vistos como execuções sumárias ao invés de uso legítimo da força: apenas no Estado de São Paulo, funcionários do Estado foram responsáveis por 334 mortes em 2006.<sup>41</sup>

Kehl denomina essa implícita aceitação da violência como “covarde cumplicidade dos ofendidos e oprimidos com seus ofensores/opressores”, resultante do suposto perdão dos históricos e reiterados abusos causados pelo próprio Estado. Para ela, “o esquecimento’ da tortura produz (...) a naturalização da violência como grave sintoma social no Brasil”.<sup>42</sup>

Nesse sentido, a violência de Estado passa a fazer parte da vida cotidiana e, além de não provocar grandes alardes ou indignações, muitas vezes é incentivada e utilizada como plataforma eleitoral. Esse resquício de ditadura, presente nos dias atuais, constitui verdadeiro estado de exceção constante e “expõe uma indistinção entre o democrático e o autoritário no Estado de direito”.<sup>43</sup>

---

41 *ibid*, p.158. Tradução livre.

42 KEHL, Maria R. Tortura e Sintoma Social. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que Resta da Ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010. p.123-124.

43 TELES, 2010, p.316.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arbitrariedade inerente a regimes autoritários conforma discursos políticos e ideológicos a fim de, mediante práticas de terror contra a população, justificar a supressão de direitos e garantias individuais e coletivos em nome de um governo ilegítimo. Nesse contexto de violência em massa, em que o desrespeito aos direitos humanos se torna generalizado e sistematizado, faz-se essencial a adoção de mecanismos de transição democrática capazes de reconstruir a dignidade das vítimas e reposicionar a relação Estado-sociedade-indivíduo de modo a firmar a confiança das comunidades locais nas novas instituições de poder.

Sabe-se que a estrutura burocrática de regimes ditatoriais é intencionalmente moldada de maneira a diluir as responsabilidades de cada participante, dificultando a identificação dos mandantes ou autores intelectuais das atrocidades praticadas contra militantes e opositores políticos. Verifica-se, então, a complexidade da questão da responsabilidade criminal dos perpetradores.

Historicamente, atores violentos não se retiram do cenário político sem a imposição de instrumentos que garantam a impunidade dos grandes responsáveis. A manipulação das versões dos acontecimentos, por exemplo, é usualmente utilizada a fim de justificar as atrocidades e consolidar um ambiente de negação do passado. Outra forma de obstar a perseguição criminal diz respeito às anistias, que podem ser voltadas efetivamente à reconciliação nacional ou, ao contrário, à perpetuação da impunidade.

A impunidade dos repressores do passado produz, ainda, para membros dos atuais aparatos de poder (especialmente no âmbito policial), a imagem de que eles também seriam imunes ao Direito e à lei, bem como de que os abusos de direitos são institucionalizados e integram os objetivos mesmos do Estado, não ensejando qualquer espécie de reprovação. A violência policial, nesse cenário, torna-se não apenas cotidiana como também consentida pela sociedade, reforçando um ciclo de constantes violações de direitos e que sequer despertam a indignação dos que as presenciam.

**REFERÊNCIAS**

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Comissão de Anistia. **Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal**. Brasília, 2010. p.26-59.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

\_\_\_\_\_. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: Nunca Mais**. Petrópolis: Editora Vozes, 1985.

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências.

CRYER, Robert [et al.]. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

CUNHA, Paulo Ribeiro da. Militares e Anistia no Brasil: um dueto desarmônico. In: TELES, Edson; Safatle, Vladimir (Org.). **O que Resta da Ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010. p.15-40.

D'ARAUJO, Maria C. Memória da Ditadura Militar no Brasil: fontes e métodos. In: GOMES, A. de C. **Direitos e Cidadania: memória, política e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FVG, 2007. p.115-135.

HAMBER, Brandon [et al.]. Utopian Dreams or Practical Possibilities? The Challenges of Evaluating the Impact of Memorialization in Societies in Transition. In: **The International Journal of Transitional Justice**, v.4, n.3, 2010, p.395-420.

JEFFERY, Renée. Amnesty and Accountability: the price of peace in Aceh, Indonesia. In: **The International Journal of Transitional Justice**, v.6, n.1, 2012. P.60-82.

KEHL, Maria R. Tortura e Sintoma Social. In: In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que Resta da Ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. p.123-132.

MALLINDER, Louise. **Amnesty, Human Rights and Political Transitions**: Bridging the Peace and Justice Divide. Portland: Hart Publishing, 2008.

NOHARA, Irene P. Direito à Memória e Reparação: da inclusão jurídica das pessoas perseguidas e torturadas na ditadura militar brasileira. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 17, n.67, abr-jun/2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.125-161.

PAYNE, L. A., ABRÃO, P.; TORELLY, M. D. A Anistia na Era da Responsabilização: contexto global, comparativo e introdução ao caso brasileiro. In: **A Anistia na Era da Responsabilização**: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. p.18-31.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Leis de Anistia Face ao Direito Internacional: “desaparecimentos” e “direito à verdade”. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.285-305.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. Special Problems of a Duty to Prosecute: derogation, amnesties, statutes of limitation, and superior orders. In: ROHT-ARRIAZA (Ed.). **Impunity and Human Rights in International Law and Practice**. Oxford: Oxford University Press, 1995. p.57-70.

SADAT, Leila Nadya. The Effect of Amnesties before Domestic and International Tribunals: morality, law and power. In: HUGHES, E.; SCHABAS, W. A.; THAKUR, R. (ed.). **Atrocities and International Accountability**: beyond transitional justice. New York: United Nations University Press, 2007. p.225-245.

SIKKINK, Kathryn. **The Justice Cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. New York: W. W. Norton & Company, 2011.

SILVA FILHO, José C. M. da. Dever de Memória e a Construção da História Viva: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na concretização do direito à memória e à verdade. In: In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Comissão de Anistia. **Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro**: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. Brasília, 2010. p.186-227.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 153, Decisão de Julgamento**. Inteiro Teor. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>>. Acesso em: 16 dez 2014.

SWENSSON JUNIOR, Lauro J. **Anistia Penal**: problemas da validade da Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/79). Curitiba: Juruá, 2007.

TEITEL, Ruti G. **Transitional Justice**. New York: Oxford University Press, 2000.

TELES, Edson. Entre Justiça e Violência: estado de exceção nas democracias do Brasil e da África do Sul. In: In: TELES, Edson; Safatle, Vladimir (Org.). **O que Resta da Ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. p.299-318.

TELES, Janaína de A. Os Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos e a Luta por “Verdade e Justiça” no Brasil. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que Resta da Ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. p.253-298.

TORELLY, M. D. Justiça Transicional, Memória Social e Senso Comum Democrático: notas conceituais e contextualização do caso brasileiro. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Comissão de Anistia. **Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro**: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. Brasília, 2010. p.104-123.

UNITED NATIONS. Basic Principles on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law. UN Document E/CN.4/2005.59, UN Commission on Human Rights.

## A REGULAÇÃO POR CONSÓRCIO PÚBLICO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SANEAMENTO

Alexandre Melo Soares<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem por finalidade apresentar a regulação no serviço público de saneamento básico a partir da Lei 11.445/2007. O texto segue o método de descrição legal do funcionamento do setor de saneamento no Brasil, em especial a sua regulação e fiscalização, fazendo a relação com a teoria regulatória do serviço público que foi debatida na disciplina. Percebe-se uma pouca compreensão de um modelo regulatório que utiliza a figura, em alguns casos, do consórcio público como entidade reguladora, e que tal escolha destoa de um formato de regulação frequentemente adotado no país. O texto pode ser utilizado para pesquisadores em Direito Administrativo e na área de saneamento básico, pois permite uma leitura do panorama normativo do tema de saneamento básico com ênfase na discussão sobre o formato mais eficiente da regulação e fiscalização. Pouco se discute a respeito da regulação em saneamento básico exercido por consórcios públicos, pelo que pode ser uma ferramenta para entender os avanços e limites da proposta.

**Palavras-chave:** Saneamento básico. Regulação. Consórcio público.

**ABSTRACT:** This article to present a regulation on public service sanitation from the law 11.445/2007. The text follows the legal description of the method of operation of the sanitation sector in brazil, in particular its regulation and supervision, making the relationship with the regulatory theory of public service that was debated in the discipline. It also indicated a lack of understanding of a regulatory model that uses the figure, in some cases, the public consortium as the regulatory authority, and that such a choice deviates from one format adjustment often adopted in the country. The text can be used for administrative law and researchers in the area of sanitation, it allows a reading of the legislative overview of the topic of sanitation with emphasis on the discussion of the most efficient form of regulation and supervision. Little is discussed regarding the regulation in sanitation exercised by consortia, so it could be a tool to understand the advances and limitations of the proposal.

---

1 Bacharel em Direito. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Especialista em Direito Tributário. Mestre em Desenvolvimento Sustentável. Professor Substituto na Universidade de Brasília de Direito Ambiental. Advogado.

RECEBIDO EM: 27/06/2014 ACEITO EM: 13/01/2015

**Keywords:** Sanitation. Regulation. Public consortium.

## INTRODUÇÃO

O saneamento básico no Brasil recebeu nova disciplina normativa a partir das Leis 11.107/2005 e 11.445/2007. A primeira tratou de regulamentar o consorciamento público e a gestão associada de serviços públicos. O segundo texto normativo organizou o serviço público de saneamento básico no país.

De forma breve e para melhor compreender os pontos seguintes, na discussão que será empreendida quanto à regulação no saneamento básico, cabe trazer à baila o histórico do saneamento básico no Brasil.

O que se entendia por saneamento básico, do ponto de vista da legislação, até meados da primeira década de 2000, era a captação e distribuição de água potável e a captação e tratamento de resíduos líquidos (esgotamento sanitário)<sup>2</sup>. Esses serviços ganharam escala nacional<sup>3</sup> a partir da década de 1970 com o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), o qual foi composto de um arranjo institucional e um arranjo financeiro para espriar o serviço, entendido como de caráter público e privativo do Estado, para todo o país. No primeiro aspecto, compreendia-se que o Município detinha a titularidade do serviço em questão, mas a delegação para um entidade estadual (empresa pública ou sociedade de economia mista), com maior capilaridade, soaria como condição indispensável para levar o saneamento a um território mais abrangente. Em geral, as entidades que já prestavam serviços de saneamento em capitais e regiões metropolitanas foram reconfiguradas para atender o território de um estado da federação (Pereira Júnior, 2008). No quesito financeiro, a aliança com instituições internacionais, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), que financiaria a expansão do serviço e seria reembolsado pelos entes federados estaduais a partir da cobrança de taxas ou tarifas, sustentariam o objetivo central da universalização do saneamento básico no Brasil.

---

2 Somente com a Lei 11.445/2007 é que os temas “Drenagem urbana das águas pluviais e limpeza pública e resíduos sólidos” passaram a integrar a categoria de saneamento básico no Brasil.

3 Não é objetivo do trabalho tratar de todo o histórico do saneamento incluindo as soluções pontuais do final do século XIX e início do século XX, no que se poderia falar do primeiro aqueduto do Rio de Janeiro (Arcos da Lapa) ou da concorrência pública para construção de chafarizes (fornecendo água gratuitamente para a poluição) na cidade de Campinas, em 1875 (CETESB, O ponto de partida será a tentativa de universalização do serviço empreendido no período de exceção iniciado em 1964.

Esse modelo foi exitoso quanto à ampliação do serviço de água e esgoto no Brasil, tanto é assim que, nos dias atuais, mais de 70% da população brasileira é atendida por 27 (vinte e sete) entidades estaduais (Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto do Sistema Nacional de Informações em Saneamento – SNIS, 2011; Pereira Júnior, 2008). Em relação a prestadores locais (ou seja, diretamente pelo ente titular), tem-se pouco menos de uma centena de operadores (SNIS, 2011). Será objeto adiante, neste texto, a explanação do formato jurídico atual de prestação dos serviços, que também engloba a possibilidade de execução por prestador privado<sup>4</sup>

## 1 SANEAMENTO BÁSICO NA LEI 11.445/2007

A criação do marco legal do saneamento em 2007 foi resultado de uma década, no mínimo, de discussão no âmbito do Congresso Nacional. Houve pressão política das entidades estaduais (sociedades de economia mista ou empresas públicas prestadoras de serviço de água e esgoto), das empresas privadas que desejavam participar com mais intensidade desse “mercado”, e ainda havia um debate profundo sobre a titularidade desse serviço público de saneamento. Ao final, a política aprovada foi a de que o ente federado Município é o titular<sup>5</sup> do serviço público de saneamento, de acordo com o que preceitua o art. 3º da Carta Magna.

O novo estatuto jurídico do setor trouxe clareza quanto ao objetivo central da política do setor e na forma de oferecer o serviço à população. O que se busca com a Lei 11.445/2007, conforme seu art. 2º é, entre outros objetivos, universalização do acesso; abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente; disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado; eficiência e sustentabilidade econômica; controle social.

---

4 Tal hipótese já ocorria no marco legal anterior, mesmo que precário, mas que lançava mão da Lei das Concessões de Serviços Públicos. Os primeiros empreendimentos desse tipo se iniciaram na década de 90.

5 Ver Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.842 e 2.077 (em fase final de julgamento), as quais discutem a titularidade do serviço quando estiver em jogo a prestação de serviço de saneamento básico em regiões metropolitanas ou aglomerados urbanos. Nesses casos, o centro do debate gira em torno da titularidade pertencer aos Estados da federação, e não a cada Município integrante daquele espaço regional.

Percebe-se uma visão audaciosa na definição dessa política em debate, o que exige um modelo de organização na prestação do serviço, desde a definição de investimentos até a forma de apropriação social do controle dessa prestação, como jamais visto no Brasil nesse âmbito de política pública.

A partir da citada lei surgiu um novo desenho para oferecer o serviço à população. Em verdade, o novo que aqui se refere tem a ver com a expressão em lei das possibilidades de prestação do serviço (diretamente pelo titular ou indiretamente mediante concessões e outros formatos). Assim, o art. 9º, II menciona que cabe ao titular *prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação*. Anteriormente a esse marco legal, já havia as mesmas possibilidades, porém sem as garantias de uma boa prestação (como a ausência de regulação e fiscalização) e baseadas em instrumentos jurídicos-contratuais precários (convênios e congêneres para lastrear uma relação entre titular e prestador que deixava margem para uma prestação ineficiente).

O que interessa para o presente trabalho é a demonstração de que as possibilidades em curso para oferecer uma prestação de serviço público de saneamento básico, pelo titular, estão devidamente normatizadas no que se refere à prestação em si do serviço e à fiscalização e regulação.

Seguindo adiante com o que dispõe o dispositivo legal que autoriza a delegação dos serviços pelo Município, abre-se a possibilidade de prestação direta ou indireta do serviço de saneamento. No primeiro caso, o titular, por meio de seus órgãos (administração direta) ou entidades (administração indireta), executa e regula o serviço. Por vezes, o Município “fatia” o serviço de saneamento por diversas secretarias ou autarquias, de acordo com a afinidade de cada órgão ou entidade com um ou outro componente do saneamento básico. No segundo caso, o titular decide pela prestação do serviço de forma indireta, ou seja, delega a um terceiro. Essa delegação, nos termos do marco legal do saneamento básico, poderá ser dirigida a outro ente federado<sup>6</sup>, municipal ou estadual, ou à iniciativa privada, caso em que será aplicado o estatuto das concessões públicas (Lei 8.987/95) ou Parcerias Público-Privadas (PPPs), e o ato de delegação será precedido de licitação pública (Lei 8.666/93). Atípica é a possibilidade de delegação a outro Município, como nos casos de cidades-polo que estejam dotadas de autarquias municipais de saneamento e que possam, assim,

6 Quando um prestador de serviço (estatal ou privado) atende 2 (dois) ou mais titulares, denomina-se prestação regionalizada, e deve seguir as determinações do art. 14 e segs. da Lei 11.445/2007 para sua validade, que são: municípios contíguos ou não, uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços, inclusive de sua remuneração e compatibilidade de planejamento.

oferecer o serviço para Municípios circunvizinhos. Mais adiante se verá a nova figura administrativa que a Lei dos Consórcios Públicos (11.107/2005) prescreveu para a delegação dos serviços de saneamento a outro ente federado (estadual ou municipal), denominado *contrato de programa*.

Atente-se para o fato de que em qualquer caso, prestação direta ou indireta do serviço pelo titular municipal, será imprescindível a determinação da regulação e fiscalização dos serviços. Pelo que se compreende do art. 241 da Constituição Federal, confirmado na Lei 11.445/2007, até mesmo essa faceta do serviço público de saneamento poderá ser delegada. Em ponto logo a seguir discorrer-se-á a respeito do caráter da regulação no tema em debate.

## 2 REGULAÇÃO NA POLÍTICA NACIONAL DE SANEAMENTO

Como já foi dito, a relação entre titular do serviço de saneamento e prestadores (para o caso de prestação indireta) nem sempre estava calcado num relação contratual perene e transparente. Não raro, os consumidores dos serviços não sabiam se recorriam ao titular (Município) ou ao prestador (geralmente entidade estadual). Essa dúvida ainda persiste, até porque ainda é corrente no país essa forma de parceria na execução dos serviços, conforme dados do SNIS, já citados.

Quanto à regulação do serviço, o espectro de abrangência está descrito nos arts. 21 a 27 da Lei 11.445/2007, que expressam, entre outros: *independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora; transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões; estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários; garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas; prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência; definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.*

Trata-se de uma regulação setorial, com interfaces junto à regulação setorial (o componente resíduos sólidos também é regulado na área ambiental, de caráter geral). A concepção é de uma regulação normativa, em conjunto, mas ao lado das atividades operacionais do sistema. Em qualquer situação de prestação do serviço, se diretamente ou indiretamente pelo

titular, será necessária a definição de uma estrutura (agência, secretaria e outros) autônoma em relação ao prestador, para exercer o papel definido no marco legal do saneamento. A seguir será discutida a viabilidade de cada titular municipal criar sua estrutura de regulação, centrando a discussão na sequência sobre a delegação dessa competência a outro ente.

### 3 CONSÓRCIOS PÚBLICOS

A Lei 11.107/2005 trata da cooperação dos entes federativos uns com os outros, em termos de execução de políticas públicas. Veio para fortalecer os laços de parceria e evitar obscuridade em termos de direitos e deveres. A natureza jurídica do consórcio poderá ser de direito público ou privado, sendo poucas as implicações na escolha de um ou outro formato. Pode-se ter consórcio público entre entes municipais, estaduais e federal, sendo que a União somente participa de consórcio com Município quando o Estado do qual faz parte integre a relação.

Entre os objetivos a serem alcançados estão: *firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo; nos termos do contrato de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público; e ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.*

O ponto que vai interessar para a discussão em curso é quanto à possibilidade de que o consórcio formado por entes federados, e que dá origem a uma terceira pessoa jurídica, pode ser contratado pelos integrantes da relação de consorciamento sem licitação. Para elucidar melhor, é necessário esclarecer a natureza administrativa dessa instituição resultante do contrato de criação de um consórcio.

Essa pessoa jurídica que é criada como consequência da decisão voluntária dos entes federados em se consorciar tem sido chamada pela doutrina de *autarquia interfederativa* (Herger, 2007). Difere da autarquia tradicional porque não é uma separação interna de atribuições dentro do mesmo ente, mas sim a repartição de algumas atribuições (como a execução do serviço de saneamento, por exemplo) para uma entidade externa ao ente federativo. De qualquer forma, pode haver certa confusão quando se lê o art. 6º, §1º da lei em comento, que diz: *“o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos*

*os entes da Federação consorciados*". Ou seja, se a opção for pela natureza de direito público, o consórcio criado vai integrar a estrutura de cada ente consorciado. O raciocínio é aquele de que o consórcio público de direito público, ao mesmo tempo em que integra todas as administrações dos consorciados, é maior do que cada um, possuindo um território de ação necessariamente igual ao somatório dos territórios de cada ente federativo. No que tange ao consórcio público de direito privado, a lei silenciou a respeito do tópico, mas mesmo assim não perde seu caráter de entidade pública (à semelhança das fundações estatais de direito privado), tendo os mesmos atributos, com destaque para dispensa de licitação em sua contratação pelos entes federados consorciados.

A constituição do consórcio público é relativamente simples e exigirá dos futuros consorciados i) a assinatura de um protocolo de intenções, ii) a aprovação desse protocolo mediante lei, no que implicará a conversão desse protocolo em contrato de consórcio assim que o número de entes federados, minimamente acordado no texto do protocolo, validá-lo legalmente e iii) prosseguimento com atos de administração (eleição de diretoria, estatuto de funcionamento). Para os consórcios que adotarem o formato de direito privado, ainda será necessário o registro dos atos constitutivos no registro civil nos termos do código civil.

Feita a breve apresentação do que é o consórcio público pela nova configuração legal, passa-se à apresentação da contratação dos serviços que o consórcio público pode prestar. O leque de possibilidade é vasto e pode envolver a prestação de serviços em licenciamento ambiental, saneamento básico, infraestrutura, compras públicas em consorciamento, e por aí afora. Trata-se de uma modalidade de prestação de serviços muito estimulada e propagada em todos meios administrativos, sendo que, em alguns casos, o consórcio pode ser um requisito obrigatório, ou pelo menos desejável, para acesso a recursos públicos federais<sup>7</sup>.

Cabe explicar, nesse contexto da configuração do consórcio, de que dos contratos serão estruturantes da atuação dessa entidade coletiva. O primeiro é contrato de rateio, pelo qual os consorciados alocarão recursos, financeiros ou humanos, à manutenção da *autarquia interfederativa*. O segundo se refere ao contrato de programa, instrumento pelo qual o consórcio será contratado pelas administrações componentes do consórcio por dispensa de licitação. Ora, é nesse acordo entre partes que toda a prestação de serviço que a entidade autárquica (consórcio) exercerá para seus contratantes (consorciados) será disciplinada. Por isso a importância do art. 13 da Lei 11.107/2005, que diz: "*deverão ser constituídas e reguladas por*

7 É o que se depreende da leitura do art. 50 da Lei 11.445/2007.

*contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de 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".* Com essa explanação, tem-se elementos para tratar do tema do saneamento básico e de sua regulação quando houver prestação regionalizada ou gestão associada de serviços (consórcios). Repete-se, como fixação, que mesmo na prestação do serviço de saneamento por meio direto, a regulação é obrigatória.

#### 4 REGULAÇÃO POR CONSÓRCIO PÚBLICO

Feitas as considerações sobre saneamento básico e consórcios públicos, passa-se à análise da possibilidade de constituição de um consórcio público para regular a prestação de serviços de saneamento básico.

O art. 15 da Lei 11.445/2007 expressa que *'na prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, as atividades de regulação e fiscalização poderão ser exercidas: por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido o disposto no art. 241 da Constituição Federal; e por consórcio público de direito público integrado pelos titulares dos serviços"'*. Ainda que na lei dos consórcios não haja menção expressa a esse conteúdo regulatório, ele foi destacado na lei do saneamento por tratar de temas que podem ser delegados pelo titular, conforme discussão já apresentada. O que se traz no texto é uma avaliação, ainda incipiente, acerca da funcionalidade dessa criação. Há estudos que indicam a avassaladora opção por prestação de serviços de saneamento mediante entidades estaduais e, por consequência, uma opção pela regulação desses ajustes também por entidades estaduais, tais como agências reguladoras em saneamento ou até com conteúdo mais amplo (Campos, 2010).

Deve-se considerar que a regulação tem se manifestado como tendência, atualmente, como regulação normativa centralizada (Aranha, 2013), no qual o Estado não intervém na economia, prestando serviços, mas exerce a normatividade complexa, mediante normatização, fiscalização e outros. No caso do saneamento, essa tendência ainda não tem se manifestado, visto que ainda a prestação dos serviços (operacional) tem permanecido com o setor público (titular municipal ou entidades

estaduais), e o que se percebe, pelo corpo legal, é a busca por uma regulação orientada ao interesse público de quem usa o serviço de saneamento. Como já dito, trata-se de um serviço público de caráter privativo, no qual os particulares podem participar de sua oferta ao público.

Dito isso, deve-se esclarecer que, na hipótese de prestação regionalizada de serviços de saneamento (um único prestador para vários titulares), seja por entidade estadual, seja por autarquia municipal, seja por prestador privado, pode ser consórcio público para regular os serviços delegados. Está-se diante de uma regulação normativa, e aqui reside alguma indagação. A primeira delas é sobre a real eficiência de exercício dessa regulação por uma pessoa jurídica, relativamente nova no direito administrativo, de exercer um papel de normatização técnica setorial. Ora, se o consórcio é de adesão voluntária e requer o *rateio* entre os participantes para que possa funcionar do ponto de vista administrativo, é reduzida a possibilidade de instituir um corpo técnico altamente especializado no tema e que seja *perene*. Outra indagação se refere à própria operacionalização dessa atividade regulatória, haja visto que a entidade não faz parte de um ente específico (como ocorre com uma agência reguladora federal), mas integra todos os entes federados ao mesmo tempo.

Sabe-se que dificilmente os titulares do serviço público em debate tenham estatura orçamentária para criar agências reguladoras municipais. Enquanto a prestação do serviço de saneamento pressupõe o financiamento pelos usuários, a atividade de regulação prevê um custo de pessoal e de equipamentos que não encontra uma correspondência exata e necessária da sociedade, a não ser pelo pagamento de impostos. Dessa forma, a tentativa do legislador, ao que parece, foi de colocar mais uma opção, ao lado das agências reguladoras estaduais, de controle. Não preferiu, dessa forma, um modelo como das telecomunicações ou energia, de caráter nacional. Evidentemente que isso envolveria uma discussão sobre a titularidade do serviço, mas tal opção passará ao crivo da história sobre sua correção ou não.

## CONCLUSÃO

O marco legal do saneamento foi fundamental para evitar os desencontros que havia na literatura jurídica a respeito das condições de prestação desse importante serviço público. Na relação desse diploma

legal com o estatuto dos consórcios públicos, previu-se uma modalidade de regulação do serviço de saneamento por meio de consórcios públicos. Ainda que tenha sido pouco utilizado, o consórcio público de regulação será uma alternativa às agências reguladoras estaduais. De qualquer forma, se está diante de um quadro relativamente inovador, pois a regulação por setores no Brasil tem se dado mais por abrangência nacional e com altíssima especialização. Ao passo que, no saneamento, adotou-se um modelo projetado em cada ente municipal, mas que pode ser delegado a entidades regionais ou estaduais. O exercício da atividade mostrará se a opção do marco legal foi exitosa e se um componente regulatório por meio de consórcios fará frente ao dinamismo da política pública de saneamento.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade (2011) *Direito Ambiental Esquemático*, Método, Rio de Janeiro.

ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*, CreateSpace, Scotts Valley, CA, 2013.

CAMPOS, Rodrigo Pinto. Regulação e federalismo no serviço público de saneamento básico, *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*, v. 1, n. 1, 175-195, 2010.

DALLARI, Adilson e Di Sarno, Daniela. *Direito urbanístico e ambiental*, Fórum, Belo Horizonte, 2011.

HARGER, Marcelo. *Consórcios públicos na Lei 11.107/2005*, Fórum, Belo Horizonte, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*, Malheiros, São Paulo, 2012.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. Atlas, São Paulo, 2012.

PEREIRA JÚNIOR, José de Sena. Aplicabilidade da Lei 11.445/2007 – Diretrizes nacionais para o saneamento básico, *Biblioteca Digital da Câmara*

dos Deputados, [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1556/aplicabilidade\\_lei\\_11445\\_jose\\_pereira.pdf?sequence=2](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1556/aplicabilidade_lei_11445_jose_pereira.pdf?sequence=2), acesso em 10.12.2013.

SILVA JÚNIOR, Iveraldo Soares da Silva. A garantia da sustentabilidade dos recursos hídricos por meio do saneamento básico, *Revista de Direito Ambiental*, v. 1, n. 53, 145-164, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, Malheiros, São Paulo, 2012.

## NORMAS E JULGADOS

Lei 11.107, de 7 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm), acesso em 30.11.2013.

Lei 11.445, 11 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs-6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº-6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm), acesso em 30.11.2013.

Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842 – RJ, <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1714588>, acesso em 30.11.2013.

Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.077 – BA, <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1780076>, acesso em 30.11.2013.

