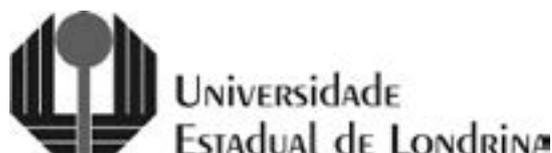




UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do  
**DIREITO PÚBLICO**



REITOR

Prof.<sup>o</sup>. Dr.<sup>o</sup>. Sérgio Carlos de Carvalho

VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfier

Diretora de Pós-Graduação: Prof.<sup>a</sup>. Silvia Marcia Ferreira Meletti

Diretor de Pesquisa: Prof. Arthur Eumann Mesas

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretora: Prof.<sup>a</sup>. D.<sup>a</sup>. Tânia Lobo Muniz

Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Marília Salerno

Chefe do Departamento de Direito Público: Profa. Ms. Nélia Edna Miranda Batisti

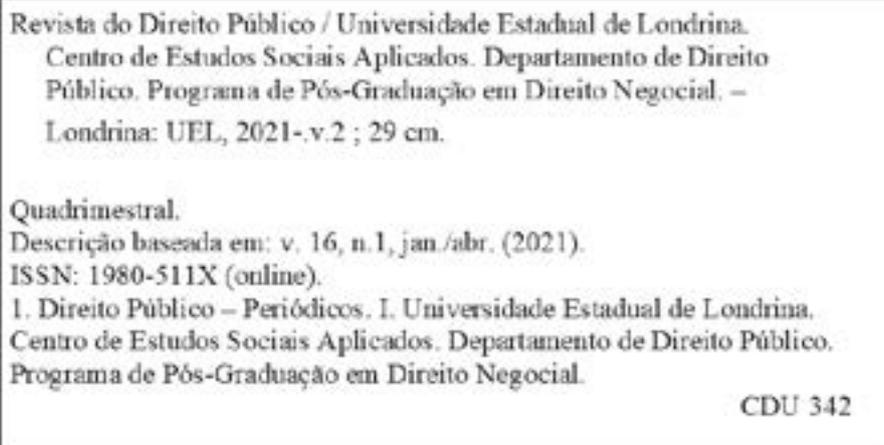
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Vice-Coordenador: Prof.<sup>a</sup>. Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da  
Universidade Estadual de Londrina.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)



Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em: LivRe (Brasil), Doaj (Suécia), Latindex (México), SHERPA RoMEO (Inglaterra), Portal de Periódicos CAPES (Brasil), WorldCat (EUA), TULIPS-Linker (Japão), Aladin (EUA), New Jour (EUA), BASE (Alemanha).

Disponível nos catálogos digitais das bibliotecas: HKU Librarie (Hong Kong), Charles University (Rep. Checa), Gorky St. Petersburg State University (Rússia), Hebrew University of Jerusalem (Israel), Miami University Libraries (EUA), Yale University (EUA), Universidad Nacional Autónoma de México (México), Universidade do Porto (Portugal), University of Tsukuba (Japão).



Revista do  
**DIREITO PÚBLICO**

ISSN 1980551-X

MESTRADO EM DIREITO  
NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE  
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA



SSN 1980-511X (eletrônico)  
Revista do Direito Público da UEL  
Volume 16, número 1, abr. 2021

### **EDITORES RESPONSÁVEIS / EDITORS**

Dr. Luiz Fernando Bellinetti  
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

### **CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD**

Eduardo Reale Ferrari - Universidade de São Paulo (USP/SP)  
Francisco Emílio Baleotti - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)  
Irene Patrícia Nohara - Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG)  
Maria Auxiliadora Minahim - Universidade Federal da Bahia (UFBA/BA)  
Tânia Lobo Muniz - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)  
Thais Bernardes Maganhini - Universidade Federal de Rondônia (UNIR/RO)  
Wilson Engelmann – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS)

### **PARECERISTAS AD HOC / REVIEWERS**

Afonso Maria das Chagas	Rondônia
Alexandre Walmott Borges	Minas Gerais
Carlos Alberto das Neves Bolonha	Rio de Janeiro
Carlos Henrique Ramos	Rio de Janeiro
Carlos Maurício Lociks de Araújo	Distrito Federal
Claudia Aguiar Silva Britto	Rio de Janeiro
Eloy Pereira Lemos Junior	Minas Gerais
Fabiano Dolenc Del Masso	São Paulo
Gerson Amauri Calgaro	São Paulo
Giovana Camila Portolese	Pernambuco
João Francisco de Azevedo Barretto	Mato Grosso do Sul
João Porto Silvério Junior	Goiás
Lier Pires Ferreira	São Paulo
Liliane Vieira Martins Leal	Goiás
Luciane Martins de Araújo	Goiás
Marcia Cristina Xavier de Souza	Rio de Janeiro
Marcus Abraham	Rio de Janeiro
Maria Auxiliadora Minahim	Bahia
Maria Marconiete Fernandes Pereira	Paraíba
Monica Paraguassu Correia da Silva	Rio de Janeiro
Nilo Batista	Rio de Janeiro
Oswaldo Ferreira de Carvalho	Goiás
Rui Decio Martins	São Paulo
Sandra Regina Martini	Rio Grande do Sul

**ASSESSORIA TÉCNICA**  
**Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)**

**Amanda Machado Sorgi, Ana Luiza Mendes Mendonça, Bruna Faria, Claudia da Rocha,  
Laudicena Ribeiro, Mylena de Souza Santos, Natali Silvana Zwaretch, Rennan Herbert  
Mustafa, Vítor Gabriel Garnica e Yagho Willian Prenzler de Souza**

## SUMÁRIO | CONTENT

<b>EDITORIAL.....</b>	<b>8</b>
<b>O DIREITO ENTRE NORMALIDADE E EXCEÇÃO: O PAPEL DAS CLÁUSULAS GERAIS EM “SOBRE OS TRÊS TIPOS DE PENSAMENTO JURÍDICO”, DE CARL SCHMITT.....10</b>	
THE LAW BETWEEN NORMALITY AND EXCEPTION: THE ROLE OF GENERAL CLAUSES IN CARL SCHMITT’S TEXT “ON THE THREE TYPES OF JURISTIC THOUGHT”	
<i>Marcos Guilhen Esteves e Marlene Kempfer</i>	
<b>A LEGITIMIDADE DOS SINDICATOS PARA TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS: ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE COM A DEFESA ESPECÍFICA DA CATEGORIA ....32</b>	
THE LEGITIMACY OF UNIONS FOR THE PROTECTION OF DIFFUSED INTERESTS: ANALYSIS OF COMPATIBILITY WITH THE CATEGORY’S SPECIFIC DEFENSE	
<i>Raíssa Fabris de Souza e Luiz Fernando Bellinetti</i>	
<b>INTERROGATÓRIO POLICIAL: NATUREZA JURÍDICA À LUZ DO MODELO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO BRASILEIRO .....48</b>	
POLICE INTERROGATION: JURIDICAL NATURE IN REGARDING THE BRAZILIAN DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL MODEL	
<i>José Antonio Remedio e Fernando Cerqueira Cardoso</i>	
<b>EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÕES POSITIVAS SOB A ÓPTICA DA TEORIA DE ROBERT ALEXY .....70</b>	
EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS TO POSITIVE PRESTATIONS FROM THE PERSPECTIVE OF ROBERT ALEXY’S THEORY	
<i>Eloy Pereira Lemos Junior e Alex Matoso Silva</i>	
<b>SAÚDE EM PORTUGAL: ANÁLISE DO DIREITO REGULATÓRIO.....85</b>	
HEALTH IN PORTUGAL: ANALYSIS OF THE REGULATORY RIGHT	
<i>Alexandre Morais Nunes e Rosa Raposeiro</i>	
<b>AS ALTERAÇÕES NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E SEU INFLUXO NO DIREITO ADMINISTRATIVO.....97</b>	
THE AMENDMENTS IN THE LAW OF INTRODUCTION TO THE STANDARDS OF BRAZILIAN LAW AND ITS INFLUX ON ADMINISTRATIVE LAW	
<i>Jorge Luís Mialhe e Thiago Reis Augusto Rigamonti</i>	
<b>AMICUS CURIAE: UM ALIADO NA DEFESA E PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE .....119</b>	
AMICUS CURIAE: AN ALLY IN DEFENSE AND ENVIRONMENTAL PROTECTION	
<i>Flavio Barboza Castro e Rogério Gesta Leal</i>	
<b>DA CONSTITUCIONALIDADE DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO .....133</b>	
THE CONSTITUTIONALITY OF THE EARLY EXTENSION OF PUBLIC SERVICE CONCESSIONS	
<i>Odone Sanguiné e Felipe Montenegro Viviani Guimarães</i>	
<b>A PUBLICIDADE JURÍDICA: CÓDIGO DE ÉTICA DA OAB COMO FATOR REGULADOR DO MERCADO JURÍDICO .....158</b>	
LEGAL PUBLICITY: THE CODE OF ETHICS OF THE BRAZILIAN BAR ASSOCIATION AND THE REGULATION OF THE LEGAL MARKET	
<i>Rômulo Guilherme Leitão e Lucas Barreto Rosas</i>	

<b>A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO E AS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 566.622.....</b>	<b>171</b>
THE REASONING BEHIND THE DECISION AND THE GUARANTEES OF THE ADVERSARY PROCESS IN THE JUDGMENT OF THE EXTRAORDINARY APPEAL REPRESENTATIVE OF CONTROVERSY Nº 566.622	
<i>André dos Santos Gonzaga e Deilton Ribeiro Brasil</i>	
<b>CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NO DIREITO FINANCEIRO .....</b>	<b>186</b>
CONSIDERATIONS ON THE PRINCIPLE OF TRANSPARENCY IN FINANCIAL LAW	
<i>Guilherme Ribas da Silva Santos e Marcos Aurélio Pereira Valadão</i>	
<b>ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA NA ARBITRAGEM .....</b>	<b>202</b>
NOTARY MINUTE AS A MEANS OF PROOF IN ARBITRATION	
<i>Zenildo BodnarTaina SpadoaVidi e Paola Gabriele Inda Teixeira</i>	
<b>DIREITO ANIMAL E PÓS-HUMANISMO: FORMAÇÃO E AUTONOMIA DE UM SABER PÓS-HUMANISTA .....</b>	<b>217</b>
<i>Luciano do Nascimento Costa</i>	
<b>ESTARÃO AS PRISÕES OBSOLETAS? .....</b>	<b>221</b>
<i>Lara Caxico Martins Miranda</i>	

## EDITORIAL

Apresentamos a edição de abril de 2021 (v. 16, n. 1) da Revista do Direito Público.

Esta edição é constituída por textos elaborados por autores de nosso estado, Paraná, e de todo o Brasil bem como de Portugal, com temas relacionados a cláusulas gerais, interesses difusos, direito à informação, Processo Civil, Direito Constitucional, Direito Regulatório (Portugal), Direito Administrativo e Direito Financeiro.

Em relação a cláusulas gerais, o trabalho *“O direito entre normalidade e exceção: o papel das cláusulas gerais em “Sobre os três tipos de pensamento jurídico”, de Carl Schmitt”* propõe a análise da defesa schmittiana das cláusulas gerais, principalmente no que concerne à sua função e papel no direito.

Explorando a temática de interesses difusos, o trabalho *“A legitimidade dos sindicatos para tutela de interesses difusos: análise da compatibilidade com a defesa específica da categoria”* analisa o direito fundamental ao acesso coletivo ao poder judiciário; as entidades sindicais como corpos intermediários para a tutela de direitos metaindividuais e a possibilidade de tutela de interesses ou direitos difusos por tais entidades.

Outrossim, dois trabalhos aqui veiculados abordam temas de Processo Civil. O primeiro deles, *“Amicus Curiae: um aliado na defesa e proteção ao meio ambiente”* reflete a respeito a importância da participação social na garantia do direito fundamental ao meio ambiente, para introduzir o estudo do instituto do *amicus curiae*, que vem contribuir de forma plena e eficaz nesse objetivo.

O segundo, *“Ata notarial como meio de prova na arbitragem”*, por sua vez, propõe estudo sobre a possibilidade da utilização de atas notariais como instrumento probatório em âmbito arbitral, por meio da observação do fenômeno da judicialização e, conseqüentemente, da verificação da arbitragem como oportunidade de estimular a celeridade e a eficácia na resolução de demandas sociais.

Por sua vez, o trabalho *“A publicidade jurídica: código de ética da OAB como fator regulador do mercado jurídico”* aborda a questão do impacto do direito à informação e da democratização da concorrência diante do Código de Ética e Disciplina da OAB.

No estudo do Direito Regulatório, o artigo português *“Saúde em Portugal: Análise do direito regulatório”* reflete sobre o enquadramento legal da regulação da saúde em Portugal, considerando as várias revisões constitucionais e o desenvolvimento do Serviço Nacional de Saúde (SNS).

Na área do Direito Constitucional, o estudo *“Interrogatório policial: Natureza jurídica à luz do modelo constitucional democrático brasileiro”* tematiza a importância da uniformidade na doutrina quanto à natureza jurídica do interrogatório a fim de possibilitar efetiva proteção dos direitos fundamentais.

O trabalho *“Efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas sob a óptica da teoria de Robert Alexy”* aponta o direito às prestações estatais como instrumento para efetivação dos direitos humanos consignados no texto constitucional.

Ainda no Direito Constitucional, o estudo *“Da constitucionalidade da prorrogação antecipada das concessões de serviço público”* propõe uma análise acerca da compatibilidade da prorrogação antecipada com a Constituição Federal.

O trabalho *“A fundamentação da decisão e as garantias do contraditório no julgamento do Recurso Extraordinário representativo da controvérsia nº 566.622”* analisa a fundamentação da decisão e as garantias do contraditório no julgamento do Recurso Extraordinário Representativo da Controvérsia nº 566.622, pelo Supremo Tribunal Federal.

No Direito Administrativo, o artigo *“As alterações na Lei de Introdução às Normas Do Direito Brasileiro e seu influxo no Direito Administrativo”* debruça-se sobre o estudo das alterações promovidas pela Lei Federal n.º 13.655/2018, que, promulgada, acresceu à LINDB dispositivos precipuamente relacionados à aplicação e interpretação de normas incidentes em Direito Público, especialmente no que se relaciona ao exercício do controle da Administração Pública – e de seus agentes – pelos órgãos detentores de tais competências.

Com pauta no tema do Direito Financeiro, o estudo *“Considerações sobre o princípio da transparência no direito financeiro”* aponta os atos normativos de índole constitucional e infraconstitucional que observam o princípio da transparência, com a finalidade de ponderar sobre tópicos relativos à sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta edição, a revista conta ainda com duas resenhas, que analisam as obras *“Teoria da Constituição: Direito Animal e Pós-Humanismo”*, de Tagore Trajano de Almeida Silva e *“Estarão as prisões obsoletas?”*, de Angela Davis.

Esperamos que apreciem a leitura de nosso primeiro volume deste ano e que as pesquisas divulgadas aqui fomentem novos estudos.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti  
Abril de 2021

**O DIREITO ENTRE NORMALIDADE E EXCEÇÃO: O PAPEL DAS CLÁUSULAS GERAIS EM “SOBRE OS TRÊS TIPOS DE PENSAMENTO JURÍDICO”, DE CARL SCHMITT**

THE LAW BETWEEN NORMALITY AND EXCEPTION: THE ROLE OF GENERAL CLAUSES IN CARL SCHMITT’S TEXT “ON THE THREE TYPES OF JURISTIC THOUGHT”

**Marcos Guilhen Esteves\***  
**Marlene Kempfer\*\***

\* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogado da União (AGU). Graduado pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: marcosguilhenesteves@gmail.com

\*\*Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora da Universidade Estadual de Londrina (UEL), atuando na graduação, especialização e no Mestrado em Direito Negocial, nas áreas de Direito Tributário, Administrativo e Constitucional. E-mail: mkempferb@gmail.com

**Como citar:** ESTEVES, Marcos Guilhen; KEMPFER, Marlene. O direito entre normalidade e exceção: O papel das cláusulas gerais em “Sobre os três tipos de pensamento jurídico”, de Carl Schmitt. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 10-31, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 10. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** Conhecida é, no meio acadêmico, a polêmica entre Kelsen e Schmitt acerca do papel do direito na conformação da sociedade e a sua relação com instâncias do poder político, econômico e social. Em *Sobre os Três Tipos de Pensamento Jurídico*, Schmitt critica fortemente o positivismo kelseniano, cujo formalismo teria conduzido ao descolamento entre realidade social e norma jurídica. Ao final do texto, Schmitt conclui pela superação do positivismo e indica como prova da sua afirmação a proliferação de cláusulas gerais nos textos jurídicos, defendendo que tais cláusulas possibilitam não só a introdução de valores sociais no direito, mas também a construção de um modelo de pensamento jurídico completamente novo. O objeto do presente artigo é analisar a defesa schmittiana das cláusulas gerais, principalmente no que concerne à sua função e papel no direito. O propósito justificador da análise aqui empreendida é *lançar novos olhares ao tratamento das cláusulas gerais pelo direito brasileiro, a partir de aproximações com o tratamento vislumbrado por Schmitt*, de modo a questionar o viés emancipatório que hoje se atribui a elas.

**Palavras-chave:** Cláusulas gerais. Positivismo. Normativismo. Ordenamento concreto.

**Abstract:** The controversy between Kelsen and Schmitt about the role of law shaping society and its relationship with political, economic, and social powers are well known in academia. In *On*

*the Three Types of Legal Thinking*, Schmitt strongly criticizes Kelsenian positivism because its formalism leads to a detachment between social reality and the legal norm. At the end of his study, Schmitt concludes that positivism should be transcended and indicates as proof of his statement the proliferation of general clauses in legal texts, defending that such clauses enable not only the introduction of social values in law, but also the construction of a completely new model of legal thought. The objective of this paper is to analyze the Schmittian defense of general clauses, especially in regards to their function and role in law. Furthermore, the purpose of this article is to take a new look at the Brazilian treatment of general clauses, utilizing Schmitt's vision in order to question the emancipatory bias that is currently attributed to them.

**Keywords:** General clauses Positivism. Normativism. Concrete legal order.

## INTRODUÇÃO

Kelsen e Carl Schmitt empreenderam intenso debate no início do século XX acerca do modelo ideal de direito. Enquanto Kelsen buscou criar uma teoria formalista, que abstraísse o político do objeto da ciência do direito, Schmitt defendeu a inexistência de separação rígida entre o “político” e o “jurídico”. Em *Sobre os três tipos de pensamento jurídico*, Schmitt critica o positivismo kelseniano de tipo normativista, argumentando que o formalismo da Teoria Pura conduziu a um desacoplamento entre direito e realidade da vida. Nesse contexto, a fundamentação do direito como instrumento estatal coercitivo se tornava desprovida de legitimidade social, pautando-se apenas na autoafirmação de seus próprios princípios estruturantes.

O primeiro tópico deste artigo avalia características do positivismo kelseniano, dando enfoque àqueles que foram objeto de crítica por Schmitt no texto *Sobre os três tipos de pensamento jurídico*: o formalismo universalista e a relação entre direito e política. O objetivo é demonstrar que Kelsen não ignorou a influência do político na criação do direito, de modo que a diferença fundamental em relação a Schmitt não reside nesse ponto. A grande distinção entre os autores se refere à possibilidade de se delimitar, de maneira precisa, o campo de atuação dos valores sociais e da política em relação ao campo de atuação do direito.

No tópico seguinte, será avaliado o texto *Sobre os três tipos de pensamento jurídico* e como Schmitt conduziu sua crítica ao positivismo kelseniano nessa obra. Na análise do pensamento de Schmitt, também serão utilizados outros textos e livros do autor, que abordam temas como soberania e exceção nos anos 1920 e 1930 (em especial, *Teologia Política*, mas também *O Führer protege o direito*), haja vista que, posteriormente, alguns aspectos do seu texto foi revisto por ele mesmo. O objetivo desse tópico é permitir a melhor compreensão do papel das cláusulas gerais na formulação do direito segundo Schmitt, matéria que será avaliada logo a seguir, a partir de correlações com os dois tópicos anteriores.

Entende-se que o presente artigo se justifica academicamente, pois possibilita lançar novos olhares ao tratamento dado às cláusulas gerais no direito contemporâneo e, especialmente, no direito brasileiro, em que, por vezes, atribui-se às cláusulas gerais exatamente as mesmas funções vislumbradas por Schmitt: adaptabilidade social e possibilidade de introdução de valores éticos no direito. No entanto, em Schmitt, a defesa da utilização das cláusulas gerais criou um campo propício para o decisionismo autoritário, ainda que, segundo alguns autores, o decisionismo schmittiano estivesse inspirado por um institucionalismo sincrético a partir dos anos 1930.

## 1 VALORES MORAIS E POSITIVISMO: A INFLUENCIA DO ELEMENTO POLÍTICO NA FORMAÇÃO DA NORMA EM KELSEN

Nas últimas décadas, o ensino e a aplicação do Direito no Brasil têm se inspirado em teorias pós-positivistas, que pregam a superação do formalismo, ampliando o objeto da ciência jurídica que, em Kelsen, se restringia ao estudo da norma. Para fundamentar a rejeição ao positivismo

kelseniano, argumenta-se que a exclusão de todos os elementos valorativos da investigação científica do direito, em nome de se atingir a pureza teórica e de “evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica” (KELSEN, 1998, p. 2), criou um direito essencialmente formalista.

Na primeira página de *Teoria Pura do Direito*, Kelsen já enuncia que sua Teoria não se restringe a uma ordem jurídica específica, destinando-se ao direito positivo em geral. *A Teoria Pura do Direito* é, assim, “teoria geral do direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais.” (KELSEN, 1998, p. 1). A par dessa explicação inicial, ao longo do texto, é possível verificar a intenção de Kelsen de sempre demonstrar a aplicabilidade ampla de sua teoria, dada a abstração dos aspectos políticos e morais, viabilizada pela estrutura formalista e pela logicidade de sua argumentação.

Essa intenção é facilmente verificada na técnica de exemplificação utilizada por Kelsen em suas obras. Para permitir a compreensão de seus textos, Kelsen utiliza exemplos de aplicações práticas dos conceitos ali tratados, sempre atentando para criar situações exemplificativas que se ajustem aos variados tipos de regime político e econômico (KELSEN, 1998, p. 55, 146, 233, 250, 314). A fim de levar a cabo o intento de estabelecer uma ciência jurídica pura, Kelsen elaborou sua Teoria a partir de fundamentações formalistas, pautadas em uma estrutura lógica de linguagem e de instituições jurídicas, as quais poderiam ser transportadas para qualquer Estado, independentemente de seu modelo de organização política, social ou econômica. A proposição da pirâmide normativa kelseniana pode ser vista como a síntese dessa estrutura lógica, em que as categorias jurídicas se relacionam com pretensão de alcance universal.

Isso não significa, porém, que Kelsen negasse ou desprezasse a influência de aspectos políticos, sociais ou econômicos na formação do direito. Inclusive, Mário Losano, autor da Introdução ao livro *O Problema da Justiça*, cita emblemáticas palavras de Kelsen, ao ser questionado sobre a relação entre poder, política e direito:

O problema do direito natural é o eterno problema daquilo que está por trás do direito positivo. E quem procura uma resposta encontrará – temo – não a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta de um direito natural. Quem levanta esse véu sem fechar os olhos vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da Górgona do poder (KELSEN, 2011, p. x).

Para Kelsen, os aspectos políticos, sociais ou econômicos, em que pese influenciarem no processo de criação da norma, não constituem objeto da ciência jurídica. O autor não nega, contudo, que norma e valor são conceitos correlativos, pois entende inviável formular um enunciado sobre o dever-ser de uma conduta humana sem qualquer *a priori* como dado, o que é, em grande parte, decorrente da postura neokantista de Kelsen ao fundamentar sua Teoria Pura na oposição Ser e Dever-Ser (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 88).

Tanto a moral quanto o direito são normas sociais e, nesse sentido, possuem similaridades. Contudo, essa relação com a moral e os valores que a partir dela são constituídos não se refere ao

direito como ciência ou como conjunto de normas válidas editadas no âmbito de um dado Estado. A semelhança, para Kelsen, se refere mais especificamente à forma do sistema normativo jurídico e do sistema normativo moral. Kelsen, porém, rejeita a afirmação de que o direito não é apenas norma (ou comando), mas que também consubstanciaria um valor. Em suas palavras, “uma tal afirmação só tem sentido pressupondo-se um valor divino absoluto” (KELSEN, 1998, p. 74).

Até mesmo quando Kelsen tratou da relação entre direito e valor no âmbito da ciência jurídica, sua argumentação foi formalista. Para ele, a conduta que corresponde à norma tem valor positivo, ao passo que a conduta que a contraria tem valor negativo (KELSEN, 1998, p. 19). Considerar a norma como medida de valor da conduta humana é, de fato, aderir a uma metodologia formalista.

Verifica-se que, para Kelsen, os poderes político e social são relevantes para formação do direito e podem ser objeto de estudo da Filosofia e da Sociologia do Direito. Em outras palavras, constituem instâncias que exercem influência no momento “pré-normativo” (sociológico) de produção da norma. Contudo, uma vez editada, ela se autonomiza em relação às instâncias que influenciaram sua criação, torna-se direito positivo e passa a ser regulada pela ciência jurídica pura. A ciência jurídica é composta por categorias, institutos e métodos hermenêuticos próprios, os quais exercem um contrapeso ao contexto pré-normativo de sua edição. O “político” (poder) e o “sociológico” (valores) podem determinar o momento de produção da norma e, até mesmo, o seu conteúdo. Não determinará, porém, a sua interpretação e a sua aplicação, que seguirá os padrões de uma ciência universal.

Quando superado o momento pré-normativo, os valores sociais, morais, econômicos e políticos subjacentes à norma (valores arbitrários, segundo Kelsen) perdem sentido e se transformam em parte da história de produção daquela norma. Ao ser editada, o único valor relevante (para a ciência jurídica) é a conformidade, ou não, da conduta com o preceito normativo (KELSEN, 1998, p. 19).

Kelsen expressamente afirma que os juízos de valor, por serem estabelecidos por atos de uma vontade humana e não de uma vontade supra-humana, são arbitrários (KELSEN, p. 1998, p. 19). Nesse sentido, Kelsen diferencia valor subjetivo de valor objetivo. O valor subjetivo é aquele que consiste na relação de uma conduta humana com o desejo ou a vontade de um ou de vários indivíduos. Já o valor objetivo se refere à relação de conformidade entre a conduta humana e uma norma jurídica válida:

Se a afirmação de alguém de que algo é bom ou mau constitui apenas a imediata expressão do *seu* desejo desse algo (ou do seu contrário), essa afirmação não é um “juízo” de valor, visto não corresponder a uma função do conhecimento, mas a uma função dos componentes emocionais da consciência (KELSEN, 1998, p. 21, grifo do autor).

Mais adiante, Kelsen destaca outra diferença entre o valor subjetivo e o valor objetivo: o grau de intensidade na graduação do valor. Se o valor subjetivo é aquele que se relaciona com

o desejo ou a vontade de um ou mais indivíduos, esse valor é suscetível de diferentes graus de intensidade, pois ele depende da consciência individual ou coletiva acerca da conduta sobre a qual incide o valor. O valor objetivo, por outro lado, ao se relacionar com uma norma válida (dado objetivo) não possui grau de intensidade, “visto que uma conduta somente pode ser conforme ou não ser conforme a uma norma objetivamente válida, contrariá-la ou não a contrariar – mas não ser-lhe conforme ou contrariá-la em maior ou menor grau.” (KELSEN, 1998, p. 22).

Essa distinção trazida por Kelsen parece bastante aplicável às regras jurídicas em sentido estrito. Elas, contudo, não se ajustam adequadamente a normas de linguagem mais aberta, a exemplo dos princípios jurídicos e das cláusulas gerais. Em relação a esse tipo de norma, dada a relação mais estreita entre o valor e a norma, é possível falar em conformidade ou contrariedade em maior ou menor grau.

A clareza da linguagem, tão cara ao positivismo kelseniano pela garantia da segurança e previsibilidade jurídicas, foi alvo de crítica pelo jurista alemão Carl Schmitt sob a alegação de que o formalismo do pensamento normativista-jurídico conduziu a um descolamento entre realidade social e norma. Esse descolamento, ao mesmo tempo em que distanciou o direito do povo, seu destinatário final, também impediu que o jurídico pudesse fazer frente às contingências de cada momento histórico, ao criar uma inaptidão sistêmica do direito em lidar com crises, pois o direito não apreende o fator sociológico e político senão após a sua introdução no ordenamento por meio da norma. Schmitt pretende que esses elementos (político, social e jurídico) atuem em harmonia e, para tanto, não há que se separá-los uns dos outros, mas compreender que todas essas instâncias formam o ordenamento social e que todos devem funcionar de forma coesa, não havendo separação entre momentos pré ou pós-normativos (SCHMITT, 2005, 2011a).

Para Schmitt, ao invés de contribuir para a superação das crises e dos reveses, o direito normativista acabou funcionando como restrição ao desenvolvimento social, pois a sua estrutura rígida e formalista não permitia adaptações hermenêuticas circunstanciais. Segundo Schmitt, um neo-kantiano como Kelsen não sabe como agir diante do excepcional. Em uma clara crítica a Kelsen, Schmitt afirma ser uma distorção decorrente da segregação entre sociologia e direito a crença de que o excepcional não pode ser considerado objeto de investigação jurídico-científica, mas tão somente sociológica. Para Schmitt, “a exceção é mais interessante do que a regra”, pois “a regra não prova nada” e a “exceção prova tudo: ela confirma não apenas a regra, mas a sua própria existência, que deriva apenas e tão somente da exceção.” (SCHMITT, 2005, p. 15).

No contexto da anormalidade ou do “estado de exceção” (SCHMITT, 2009), o governante responsável por gerir as crises e dialogar com o povo se via condicionado pela lei que ele mesmo ajudou a criar, na condição de elemento político dentro dos poderes do Estado. O liberalismo positivista produziu um sistema constitucional de freios e contrapesos, na crença de que o soberano e a lei pudessem se restringir mutuamente. Essa restrição, segundo Schmitt, é plausível apenas no contexto de normalidade. Quando esse contexto é suplantado pela crise, faz-se necessário recorrer a um mecanismo que suspenda o direito posto, sob pena de se permitir que o direito, que pretende realizar o bem comum, transforme-se no seu principal obstáculo.

O contexto de crise acentuaria a tendência parlamentarista ao “hamletismo político” (incapacidade decisória), que, aliada à submissão do centro de poder democrático (o Parlamento como “classe discutidora”, para usar a expressão de Donoso Cortés) ao controle de grupos e de interesses circunstanciais, tornaria o soberano incapaz de gerenciar a contingência e reestabelecer a normalidade, para que as normas e instituições pudessem se desenvolver autonomamente<sup>1</sup> (MACEDO Jr, 2011, p. 90-91).

## 2 NORMA E REALIDADE SOCIAL EM SCHMITT: QUEM É RESPONSÁVEL PELA IDENTIFICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DOS VALORES SOCIAIS?

Um dos principais críticos da Teoria Pura do Direito, é o jurista alemão Carl Schmitt e conhecida no meio acadêmico é a sua polêmica com Hans Kelsen a respeito do modelo ideal de direito (por exemplo, SCHMITT, 2005, p. 5-15). Em *Sobre os três tipos de pensamento jurídico*, Schmitt defende a superação do positivismo jurídico, argumentando que a sua pretensão formalista e universalista “conduz a uma separação cada vez mais nítida entre norma e realidade, ser e dever-ser, regra e conjunto de fatos concretos” (SCHMITT, 2011a, p. 139). Em suas palavras, “incondicionalidades formais e categorias supostamente puras fundamentam-se apenas na autoafirmação incondicional de determinado tipo de pensamento jurídico [...]” (SCHMITT, 2011a, p. 133).

A título de ilustração, Schmitt critica o direito penal do Estado de Direito, campo em que a segregação entre moral e ciência jurídica gera, a seu ver, distorções mais significativas e fáceis de serem diagnosticadas. A crítica do autor recai, em especial, sobre os conceitos de tipo penal e de pretensão punitiva estatal. Segundo o autor, o exagero da abstração de qualquer valor de moralidade e correção pelo pensamento normativista cria uma situação em que o crime não é visto como um ato atentatório à paz social, mas tão somente como mero fato que corresponde à previsão legal da conduta como delito. Nessa linha de raciocínio, o crime, que fundamenta a pretensão punitiva estatal, “não é ordem ou desordem em maior ou menor grau do que o noivado de uma filha, que fundamenta uma pretensão de dote.” (SCHMITT, 2011a, p. 140).

Para o direito penal liberal, o criminoso não viola a paz, nem a ordem. Sequer viola a norma genérica na condição de regra, pois a lei não veda a prática da conduta. A rigor, segundo Schmitt, o criminoso não viola nada. O autor ironiza a quase caricata (e, em certo modo, retórica) característica dos códigos penais modernos de funcionarem como “Carta Magna dos delinquentes”, retratando-a como resultado da “cegueira jurídica” do pensamento legalista liberal, que buscou abstrair quaisquer aspectos relativos à eticidade no âmbito do direito (SCHMITT, 2011a, p. 140).

Esse descolamento entre o modelo normativista e a realidade da vida não ocorreu, porém,

---

<sup>1</sup> Como se verá a seguir, essa autonomia das instituições é relativa, dentro do direito dos ordenamentos concretos pensado por Schmitt, haja vista que, ao final, todas se submetem ao poder decisório do líder. A oscilação entre decisionismo e institucionalismo é uma característica do pensamento schmittiano, sobretudo entre os escritos de 1920 e 1930. Por isso, alguns autores qualificam Schmitt como institucionalista mitigado ou sincrético (ou decisionista mitigado ou sincrético, a depender da ênfase dada). Para maiores esclarecimentos, verificar MACEDO JUNIOR, 2011, p. 67-116.

em relação ao positivismo em suas origens, mas progressivamente, a partir de mudanças na específica conjuntura política, econômica e social que tornou possível a expansão do positivismo como modelo predominante de elaboração, estudo e aplicação do direito.

A linha mestra do raciocínio schmittiano acerca da superação do positivismo é a relação intrínseca entre o modelo de pensamento jurídico de tipo normativista e os princípios e valores do Estado Liberal burguês do século XIX (SCHMITT, 2011a, p. 176). Para Schmitt, o exemplo da França e da Alemanha, dois países em que o positivismo se tornou dominante nesse período, evidencia que o normativismo só pode ser compreendido na condição de “modo funcional da legalidade estatal de um Judiciário com *status* profissional de funcionalismo, sob o influxo de codificações escritas e com fundamento em um ordenamento estável da política e segurança domésticas.” (SCHMITT, 2011a, p. 149).

Segundo Schmitt, em uma situação estável, o positivismo e o Estado de Direito são plausíveis e parecem de fato abstrair todos os conceitos puramente metajurídicos, de modo a conferir à lei o valor objetivo da firmeza, inviolabilidade, segurança e calculabilidade máximas: “em uma palavra, o valor da positividade” (SCHMITT, 2011a, p. 150).

Schmitt verifica, contudo, que os valores da objetividade, segurança e previsibilidade, buscados pelo positivismo jurídico, não constituem reflexo do modelo de pensamento normativista-legalista, mas características inerentes ao Estado Liberal burguês do século XIX, no qual esse tipo de racionalidade jurídica se desenvolveu. Não é a norma a fonte geradora da segurança e da estabilidade. É a estabilidade e a segurança que tornam possível a norma:

Mas a segurança, certeza, firmeza, cientificidade rigorosa, previsibilidade de funcionamento e todas aquelas qualidades “positivas” na verdade não eram vantagens da “norma” legal e da instituição humana, mas tão somente vantagens da situação normal, relatividade estável de um Estado de época, do século XIX, cuja ênfase estava na legislação; eram, portanto, vantagens do sistema de legalidade de um estado legislador. Era possível ser “positivo” assim não porque a norma era estável, segura e firme, mas porque e à medida que esse Estado construído de determinada forma o era (SCHMITT, 2011a, p. 151).

Ao discorrer sobre esse ponto, o autor utiliza um discurso pautado no dualismo entre os conceitos de ordem e desordem, normalidade e anormalidade, concluindo que o modelo positivista pressupõe uma situação de ordem e normalidade (SCHMITT, 2011a, p. 141-148). Uma vez desaparecida essa situação de ordem e normalidade, desaparecem também as condições de possibilidade do pensamento normativista.

Para Schmitt, a norma leva embutida em seu conceito uma situação média homogênea, relacionada à normalidade de fato. A estabilidade da norma, na condição de comando jurídico, é dependente da estabilidade da situação fática para a qual ela foi pensada. Essa normalidade política ou “de fato” não é estranha ao direito como ciência, mas, pelo contrário, com ele se relaciona diretamente, pois determina a sua eficácia imanente. Enquanto Kelsen parece crer que é a lei que gera a ordem, Schmitt crê que a lei de nada serve se não há ordem. Em Schmitt, a estabilidade e

a ordem são condições sociais, que independem da lei. Não há norma que se aplica ao caos. Toda norma jurídica pressupõe uma ordem social mínima com estabilidade (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 97).

Nesse contexto, a insistência no modelo positivista provoca uma situação em que norma e realidade social não dialogam, provocando uma inaptidão sistêmica do direito em promover os seus objetivos de convívio pacífico e bem comum. A constatação de que o Estado liberal consubstancia condição de possibilidade do positivismo jurídico demonstra, para Schmitt, a incapacidade do modelo normativista de lidar com contingências e limitações circunstanciais de cunho econômico e político.

Nesse sentido, Schmitt ataca o principal argumento de Kelsen na defesa do positivismo jurídico: a universalidade da teoria pura do direito. Como dito anteriormente, Kelsen pretendeu elaborar um modelo jurídico apto a ser aplicável em quaisquer tipos de Estado e sociedade. Schmitt, por sua vez, afirma que o positivismo jurídico apenas é possível em um tipo muito específico de Estado e de sociedade. Uma vez superado o modelo de Estado oriundo da Revolução Francesa, também estaria superado o modelo jurídico que lhe dá sustentação formal. Sendo assim, segundo Schmitt, o positivismo jurídico, apesar de se intitular despido de valores morais, carrega na sua estrutura de pensamento valores muito definidos e que não necessariamente decorrem dos valores que a sociedade da época crê e incentiva (SCHMITT, 2011a, p. 149-154).

A partir de tais conclusões, Schmitt compara o pensamento normativista aos de tipo decisionista e de institucionalista. A grande distinção é que o normativismo reivindica para si “a justiça impessoal e objetiva, diante do arbítrio pessoal do decisionista e do pluralismo dos ordenamentos: feudal, estamental ou de qualquer natureza”. O normativismo exige, assim, que a lei, não as pessoas, dominem. Trata-se da regra “*nomos* enquanto rei” ou “*lex* enquanto *rex*”: “somente a lei, não a necessidade da respectiva situação que muda constantemente ou mesmo o arbítrio pessoal, pode ‘dominar’ ou ‘dar ordens’” (SCHMITT, 2011a, p. 136-137).

É relevante notar a importância que Schmitt atribui à mutabilidade da sociedade a partir de suas contingências e o papel do direito em se adequar a essa dinâmica. Para o autor, enquanto o positivismo pretendeu impor a observância incondicional do seu modelo em quaisquer situações, mesmo diante de contingências inevitáveis decorrentes do dinamismo social, o decisionismo dá a resposta às crises ao atender as necessidades circunstâncias do povo e do Estado. É dizer, enquanto no positivismo a realidade se adequa à norma, no decisionismo a norma se adequa à realidade.

A ênfase de Schmitt na falta de diálogo entre a norma jurídica e a realidade social nos leva a questionar a quem competiria identificar os valores de um povo e aplicá-los, por meio do direito, a um suporte fático específico, o que permitiria, segundo o autor, a aproximação entre norma e realidade. Outro questionamento que surge é a quem caberia a função criadora do direito em contextos de crise e de anormalidade. Por fim, cabe indagar quem seria competente para identificar o próprio contexto de crise e de anormalidade dentro da realidade social dada.

Nesse ponto, Schmitt critica os efeitos gerados pelo raciocínio do “*lex* enquanto *rex*” mencionado acima. Para ele, o pensamento normativista igualou o rei e o líder (*Führer*) aos

demais componentes do Estado. Quer dizer, a função exercida pelo líder não difere muito da função exercida por um juiz, deputado ou, até mesmo, de outros servidores públicos que atuam no âmbito do Poder Público. Num cenário assim, o “*lex* enquanto *rex*”, faz com que os “donos da *lex*” submetam o *rex*:

Para o normativista puro que sempre retrocede a uma norma enquanto fundamento do raciocínio jurídico, o rei, o líder (*Führer*), o juiz, o Estado tornam-se meras funções de normas, e a autoridade maior na hierarquia dessas instâncias é apenas a emanção da norma superior, até que finalmente a norma suprema ou de alicerce, a lei das leis, a “norma das normas”, na sua forma mais pura e intensa passa a ser nada mais do que a norma ou a lei. *In concreto não se atinge com isso nada mais do que jogar a norma ou a lei com intenção político-polêmica contra o rei ou líder (Führer)*; a lei destrói, com esse “governo da lei”, o ordenamento concreto do rei ou do líder; os donos da *lex* submetem o *rex*. (SCHMITT, 2011a, p. 138).

Schmitt atribui ao líder um papel diferenciado na organização do Estado. O modelo de Estado liberal-burguês estruturava-se, segundo o autor, na oposição entre Estado e sociedade. O modelo por ele concebido estrutura-se em três séries de ordenamentos: Estado, Movimento e Povo. Nessa nova estrutura, o Estado não detém mais o “monopólio do político, mas é apenas um órgão do líder-comandante [*Führer*] do movimento”. Conclui Schmitt que a unidade política estruturada pelo pensamento positivista não se mostra mais adequada, fazendo-se necessário agora “um pensamento do ordenamento concreto e da configuração concreta, que esteja à altura das numerosas tarefas da situação do Estado, do povo-etnia [*völkische Lage*], da economia e da visão de mundo, bem como das novas formas comunitárias.” (SCHMITT, 2011a, p. 176).

O direito dos ordenamentos concretos de Schmitt não se confunde com o institucionalismo clássico. Hauriou e Santi Romano inspiraram Schmitt e frequentes são as citações a ambos os autores na obra *Sobre os três tipos de pensamento jurídico*. Intérpretes de Schmitt verificam que houve uma oscilação entre o decisionismo e institucionalismo no pensamento schmittiano. Nos escritos de 1920, Schmitt adotava uma postura mais decisionista, provavelmente fruto da sua busca por unidade nacional no contexto da recente unificação alemã. Nos escritos de 1930, passa-se a verificar uma postura de caráter mais institucionalista, enfatizando o papel das instituições sociais na formação do direito, o que pode ter sido resultado das oscilações de Schmitt com o Nacional Socialismo (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 29-31, 110-116).

No entanto, parece consensual que o “institucionalismo schmittiano” é um institucionalismo sincrético, ao relacionar-se com o decisionismo. Aqui entram outras duas grandes influências em Schmitt: Hobbes e Bodin. Essa inspiração é visualizada com mais frequência em *Teologia Política* (escrito nos anos 1920), mas também existem recorrentes citações em *Sobre os três tipos de pensamento jurídico* (escrito em 1930):

Um dos aspectos mais impressionantes do pensamento schmittiano é a sua incomparável oscilação entre dois polos à primeira vista inconciliáveis. Por um lado, se nos apresenta um Schmitt decionista radical, para quem a decisão

é produzida a partir do nada, i. e., ela é tomada *ex nihilo*, sem se ter em conta a situação concreta, a situação histórico-social existente. Por outro lado, há também um Carl Schmitt *ordnungsdenker*, filósofo do ordenamento concreto, dedicado à salvaguarda do sistema de instituições existente (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 110).

O institucionalismo de Schmitt, traduzido na fórmula dos ordenamentos concretos, faz coexistir o decionismo do líder com os valores e instituições sociais, sem entender, porém, que essas últimas sirvam como limitações ao poder do líder. *Ao soberano cabe decidir na exceção* (SCHMITT, 2005, p. 5). A exceção, isto é, a anormalidade, rompe a situação média homogênea das normas. O soberano é responsável por identificar a situação de anormalidade e conduzi-la de volta à normalidade, para permitir que os ordenamentos concretos da sociedade se desenvolvam. Para Schmitt, assim como para Hobbes, *auctoritas, non veritas facit legem*. No entanto, em Schmitt, as instituições também são fontes da *auctoritas* (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 99).

O líder (*Führer*) detém para si, portanto, o poder soberano de decidir sobre a exceção e a anormalidade. Ele o faz, contudo, tendo em vista a proteção nacional e os interesses do povo. Aqui cabe ressaltar que, apesar de Hobbes ser uma fonte de influência para o pensamento schmittiano, Schmitt não constrói sua teoria a partir de matizes jusnaturalistas ou contratualistas. O foco da investigação de Schmitt não é sobre a formação do Estado. A decisão soberana que funda a ordem jurídica ao decidir sobre a exceção é um fato sociológico em si (SCHMITT, 2005, p. 13).

O papel do *Führer* na nova configuração de Estado vislumbrada por Schmitt é perceptível no texto *O Führer protege o Direito*<sup>2</sup>, em que o jurista analisa o discurso de Adolf Hitler no *Reichstag* em 13 de julho de 1934. Logo no início do texto, Schmitt retoma um outro discurso do *Führer*, proferido um ano antes, no qual foram abordados temas sobre Estado e Direito. Na oportunidade, o *Führer* tratou da oposição entre um direito substancial, unido à “eticidade e justiça”, e um direito formal, composto pela “legalidade vazia de uma neutralidade inautêntica”. A seguir, o *Führer* lembrou as contradições internas do sistema de Weimar e demonstrou como o forte Império Alemão desmoronou durante a então Primeira Guerra Mundial, pois, no instante decisivo, não teve força para “fazer uso dos seus artigos para o caso de guerra”. Ao final, Schmitt transcreve a seguinte frase de Hitler: “Isso nos deve servir de advertência” (SCHMITT, 2011b, p. 177).

A advertência a que o *Führer* se refere é, para Schmitt, um dos fundamentos da sua posição de liderança no Estado. A identificação do que seriam as necessidades do povo, a busca pela defesa da sociedade de inimigos externos e internos e a conexão entre o líder, o movimento e povo para o progresso dão forma ao ordenamento concreto que Schmitt entende como estruturante

2 Não se desconhece o viés panfletário *O Führer Protege o Direito*, cujo propósito central é mostrar aderência aos pilares do Nacional-Socialismo. A relação entre Schmitt e o Partido Nazista foi marcada por tensões. Grande polêmica paira sobre os referidos textos panfletários, havendo quem diga que não são representativos do real pensamento schmittiano. Em que pese *O Führer protege o Direito* se inserir, segundo muitos, nesse grupo de textos panfletários, entende-se que o texto expressa ideias centrais do pensamento de Schmitt, apesar das frequentes concessões a frases de efeito. Nessa linha, sem perder de vista essa característica contextual relevante, buscou-se extrair de *O Führer protege o Direito* as representações do pensamento schmittiano sobre o discurso de Hitler, objetivando, na medida do possível, garantir maior objetividade à análise (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 21-31).

de um novo modelo de Estado, em que os poderes não se controlam “com desconfiança, como ocorre num Estado Liberal”, mas dialogam dentro do quadro de poder e ordem comandado pelo *Führer* (SCHMITT, 2011b, p. 180).

A autoridade do líder decorre da sua capacidade de percepção das advertências e experiências da história e do quão a sério o *Führer* leva essas advertências, com o propósito de corrigir os erros cometidos contra o povo pelos poderes instituídos até então. Ao levar as advertências da história alemã a sério, o *Führer* conquista para si a prerrogativa de fundar um novo Direito:

Toda a indignação ética diante da ignomínia de um tal colapso acumulou-se em Adolf Hitler e tornou-se nele a força propulsora de uma ação política. Todas as experiências e advertências da história do desastre alemão estão vivas nele. A maioria das pessoas teme a dureza dessas advertências e prefere se refugiar em uma superficialidade que evita o confronto e busca a conciliação [...] **Mas o *Führer* leva as advertências da história alemã a sério. Isso lhe dá o direito e a força para fundar um novo Estado e uma nova ordem** (SCHMITT, 2011b, p. 178, grifo nosso).

Aqui é relevante retomar a crítica schmittiana ao positivismo no que concerne à crença de que a lei garante a ordem. Acima mencionamos que Schmitt entende que o Estado de Direito não gera ordem, mas pressupõe a ordem para que a legalidade a ele inerente possa funcionar. Schmitt destacou também a inaptidão do Estado de Direito de lidar com crises e situações anormais. Segundo ele, o fracasso de certos povos, inclusive do alemão, decorre da falta de coesão e de força dos elementos do Estado em prol do progresso.

Atado pela legalidade estrita, o líder se vê no meio de um diagrama jurídico que opõe Estado e suas instituições, os Poderes e a sociedade. Nesse diagrama, o líder é apenas um dos elementos e, com frequência, ele é visto como inimigo da sociedade ao restringir liberdades e direitos. A par disso, a atuação do Estado é limitada pela judicatura, cuja função é proteger o cidadão contra o Estado, e pelo Parlamentarismo, sucumbido pelo “hamletismo político” e pelas disputas de grupos sociais pelo poder.

O *Führer* ocupa essa posição, pois é capaz de captar as necessidades do povo e as experiências da história. Tal circunstância forma o ordenamento concreto a que Schmitt se refere e é sobre esse ordenamento concreto, fundado na eticidade, justiça, que se deve construir o Direito, como síntese de um decisionismo voltado à consecução das instituições sociais<sup>3</sup>. O *Führer* tem a prerrogativa de criar o Direito, pois é seu papel garantir a ordem concreta dos valores sociais do povo. Nessa tarefa, ele “protege o direito do pior abuso”, criando-o sem intermediações, “por força de sua liderança e enquanto Juiz Supremo”. Para Schmitt, não há separação ou oposição entre judicatura e liderança: “o verdadeiro líder [*Führer*] é também juiz”. A judicatura emana

---

3 Não é objeto deste texto tratar do sincretismo schmittiano entre decisionismo e institucionalismo, pois um tal intento exigiria muito mais páginas do que o corte metodológico aqui adotado. Todavia, pela relação próxima com a aqui tratada, remetemos a outros autores que trataram do tema (MACEDO JUNIOR, 2011).

da liderança. Caso contrário, o juiz se transformaria em “contralíder” ou em instrumento do “contralíder”, agindo com o propósito de paralisar o Estado (SCHMITT, 2011b, p. 178-179).

Logo, ao criar o direito, o *Führer* não exerce uma função atípica, anormal ou excepcional. Tampouco cria normas meramente secundárias, submissas a leis superiores. A ideia segundo a qual em momentos de crise são conferidas maiores prerrogativas ao chefe do Executivo, sujeitas a referendo parlamentar, em um contexto de Estado de Sítio ou de Estado de Exceção, é característico das distorções provocadas pelo liberalismo burguês. No *Führerstaat*, por outro lado, o exercício da judicatura do líder não é excepcional: ela é a própria e autêntica judicatura, pois pautada no ordenamento concreto que cria o direito.

O *Führer*, portanto, “não está sujeito à justiça”, ele mesmo é a “justiça suprema”. O trabalho do líder não se compara à ação de um ditador republicano, que cria o direito num espaço vazio, no qual, por um instante, “a lei fecha os olhos”:

[...] A judicatura do *Führer* brota da mesma fonte de direito do qual brota também todo e qualquer direito de qualquer povo. Na **necessidade suprema**, o direito supremo prova o seu valor [*bewährt sich*] e manifesta-se o grau mais elevado da realização **judicantemente vingativa do direito**. Todo o direito tem a sua origem no direito do povo à vida. Toda a lei do Estado, toda sentença judicial contém apenas tanto direito quanto lhe aflue dessa fonte. O resto não é direito, mas um “tecido de normas positivas coercitivas”, do qual um criminoso hábil zomba (SCHMITT, 2011b, p. 179).

Inclusive, é necessário reconhecer que há considerável divergência em relação à emblemática primeira frase de Teologia Política. Edições em português e espanhol costumam traduzi-la como “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 2009a, p. 13). Contudo, paira forte polêmica acerca da expressão “estado de exceção”, pois aparenta estar relacionada a um modelo de estado de exceção (“estado de sítio”, por exemplo), o que, como visto acima, é objeto de crítica por Schmitt.

Por isso, a edição da Universidade de Chicago (SCHMITT, 2005) traduziu a frase inicial do livro como “*Sovereign is he who decides on the exception*”. A tradução é explicada em texto introdutório de Tracy Strong como sendo a que melhor representa o significado da frase, pois a ideia de um “estado de emergência” possui uma conotação mais jurídica e mais restrita do que “exceção”<sup>4</sup>. Ademais, para Schmitt, soberania não é apenas decidir no “Estado de exceção”, mas também decidir quando se caracteriza a situação de exceção<sup>5</sup>.

Em *O Führer protege o Direito*, Schmitt incita o reexame, em todas as áreas do direito, de “métodos e raciocínios usados até agora”, inclusive de opiniões doutrinárias e, até mesmo, de decisões prévias dos tribunais superiores, haja vista que o Estado alemão não deve mais se ater a

4 Tradução minha, no original: “*The idea of a “state of emergency, however, has more of a legal connotation, and is more confined than “exception”*”.

5 Tradução minha, no original: “*Schmitt is saying that it is the essence of sovereignty both to decide what is an exception and to make decisions appropriate to that exception, indeed that one without the other makes no sense at all*”.

conceitos, argumentos jurídicos e prejudgados produzidos por uma “era velha e doente”. Segundo Schmitt, é necessário fundar uma nova ordem jurídica no *Führerstaat*, a partir do ordenamento concreto proveniente do povo e cujo resguardo cabe ao líder (SCHMITT, 2011b, p. 179). Destaca-se que, em outra oportunidade, o autor também se refere a essa necessidade de fundar uma nova ordem jurídica: em sua defesa das cláusulas gerais nas últimas páginas de *Sobre os Três Tipos de Pensamento Jurídico*. É sobre o conteúdo dessas últimas páginas que trataremos a seguir.

### 3 A DEFESA DAS CLÁUSULAS GERAIS EM SCHMITT: O ELO DE UNIÃO ENTRE A FORÇA DO JURÍDICO E O CONTEÚDO MORAL DO POLÍTICO

O principal objetivo metodológico de *Sobre os Três Tipos de Pensamento Jurídico* é criticar o positivismo formalista, fundado na prevalência da norma e despido de conteúdos éticos mínimos. Como já dito, crítica schmittiana comporta, em resumo, dois elementos principais: I) o descolamento entre direito e realidade social, decorrente do formalismo e da segregação, a seu ver artificial, entre o político e o jurídico; e II) a incapacidade do positivismo de lidar com crises ou situações de anormalidade, que escapem dos princípios do modelo liberal-burguês de Estado. Para fazer frente a esses efeitos considerados deletérios, faz-se necessário fundar uma ordem jurídica adaptável às diferentes necessidades sociais em cada época: um direito dos ordenamentos e das configurações concretas.

Nas últimas páginas do texto, Schmitt afirma ser possível reconhecer nitidamente que o tempo do positivismo está encerrado. Para demonstrar sua afirmação, o autor recorre a uma constatação de legística: o avanço da utilização de cláusulas gerais nos textos normativos. Segundo Schmitt, tais cláusulas “avançam em um volume que suspende toda e qualquer segurança positivista”, pois “contêm uma desistência do fundamento do positivismo, a saber, uma desistência da decisão legisladora contida na própria normatização [...]” (SCHMITT, 2011a, p. 170).

O autor define as cláusulas gerais como “conceitos indeterminados de toda e qualquer espécie” e “remissões a critérios de aferição e representações extralegais [...]”. Da leitura do conceito, verificam-se duas características principais atribuídas por Schmitt às cláusulas gerais: I) a vagueza e imprecisão conceituais; e II) a possibilidade de introdução no direito de padrões morais. É certo que ambas as características se relacionam, uma vez que a introdução dos parâmetros morais é viabilizada pela utilização de uma linguagem de textura aberta, por meio da qual os ordenamentos e configurações concretas (sobre os quais Schmitt pretende fundar o novo direito) conseguem obter a potência do jurídico. Dentre as diversas cláusulas gerais citadas por Schmitt em seu texto, estão bons costumes, boa-fé, justa causa, exigibilidade ou não exigibilidade (da conduta), infidelidade, traição contra o povo e a economia nacional, princípio da liderança, obediência, disciplina e honra (SCHMITT, 2011a, p. 170-171, 174).

No âmbito de um direito de cunho essencialmente positivista, a vagueza e imprecisão conceituais e a introdução de conceitos com forte carga axiológica, sem a sua adequada delimitação, são vistas como fonte de insegurança jurídica. Além disso, como destacado acima, o positivismo

kelseniano rejeita entender que os valores integram o objeto da ciência jurídica, em que pese exercerem influência determinante na configuração do direito no momento pré-normativo. Nesse contexto, as cláusulas gerais provocam uma indevida confusão o pré e o pós-normativo, de modo que a própria noção do direito como ciência (tão cara a Kelsen) tem sua justificação praticamente inviabilizada.

Schmitt cita H. Lange, que teria reconhecido, nas cláusulas gerais, o veículo de introdução do direito natural no positivismo<sup>6</sup>. Segundo ele, as cláusulas gerais são pontos de irrupção de novas ideias de direito. O autor usa a metáfora dos “ovos de cuco”. Um ovo de cuco é um corpo estranho colocado por outrem para ser cuidado. A origem da expressão estaria no hábito do pássaro cuco de colocar seus ovos nos ninhos de outras aves, para deixá-los chocar por elas:

No momento em que conceitos como “boa-fé”, “bons costumes”, etc. não são referidos à sociedade contratualista burguesa, caracterizada pelo individualismo, mas aos interesses da totalidade do povo [Volksganze], todo o direito se transforma efetivamente, sem que se faça necessário alterar uma única lei “positiva”. Por isso, sou de opinião que nessas cláusulas gerais um novo modo de pensamento jurídico se pode afirmar. Mas elas não devem então ser usadas como mero corretivo do positivismo até agora existente, mas como meios específicos de um novo tipo de pensamento na ciência do direito (SCHMITT, 2011a, p. 170, grifo nosso).

Um ponto relevante abordado por Schmitt em relação às cláusulas gerais é a sua percepção de que nem a legislação e nem a jurisprudência podem prescindir delas. Para Schmitt, essa constatação serve de prova de que o positivismo vinha sendo superado em um movimento irreversível. De fato, a principal crítica schmittiana ao positivismo era seu descolamento com a realidade social e a sua incapacidade de lidar com crises e contingências. Ao se adotar uma linguagem aberta para os textos normativos, cujo conteúdo pode ser preenchido por ordenamentos e configurações concretas, permite-se, por meio da interpretação do direito, a alteração substancial do seu comando. A possibilidade de modificar o direito através de hermenêutica, sem a necessidade de se recorrer a um procedimento legislativo formal, é uma característica que torna viável a adaptabilidade social da norma.

Percebe-se aqui também a influência do institucionalismo em Schmitt. Macedo Jr., ao tratar do viés institucionalista “à la Schmitt”, aborda a teoria de Hauriou sobre imprevisibilidade nos contratos administrativos e o conceito de serviço público. As instituições sociais estariam subjacentes e pressupostas às normas jurídicas como um padrão de razoabilidade, decorrente dos valores objetivamente consensuais da sociedade. Em Schmitt, algo parecido ocorre. As cláusulas gerais viabilizam a introdução desses valores institucionais no direito. No entanto, com Schmitt, a utilidade desse mecanismo não se refere apenas à repartição de poderes dentro da sociedade, como limitador da soberania (o que poderia ser verificado nos principais trabalhos de Hauriou, antes da remodelagem posterior de sua teoria), mas como instrumentos garantidores da decisão do

---

<sup>6</sup> Convém retomar aqui o que já dissemos acima: apesar da citação ao jusnaturalismo, Schmitt não era adepto dessa corrente de pensamento.

soberano na exceção, com o propósito de restaurar a normalidade (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 67-74).

Logo após a defesa mais genérica das cláusulas gerais, Schmitt adentra na análise da utilização desse método de redação normativa nos principais campos do direito. Em primeiro lugar, o autor faz uma breve referência ao Direito Civil, apenas para destacar que é nesse ramo que a utilização de cláusulas gerais se encontra em estágio mais avançado. Contudo, destaca que tais cláusulas podem ser utilizadas não apenas em matérias com conteúdo eminentemente privatista, a exemplo do direito das obrigações ou das coisas, mas também ao direito de família (SCHMITT, 2011a, p. 171).

Em seguida, Schmitt defende a possibilidade de se valer das cláusulas gerais em “duas áreas nucleares do pensamento do Estado Liberal de Direito”: o Direito Penal e o Direito Tributário. Seu propósito é demonstrar, a partir do avanço das cláusulas gerais nesses dois ramos, o quão significativo é o “processo de dissolução do positivismo”. Ao utilizar cláusulas gerais no Direito Penal, dissolve-se o método de conceituação fixa do tipo penal, que procede pela descrição do suporte fático e relaciona a conduta a esse suporte (SCHMITT, p. 171-173).

Schmitt cita o projeto de Código Penal Nacional-Socialista, redigido em 1933, no qual o texto não se inicia com uma parte geral que sistematize e conceitue os principais institutos balizadores da aplicação do Direito Penal. Nesse texto, inicia-se diretamente com a tipificação dos atos individuais passíveis de punição, os quais se encontram permeados por conceitos indeterminados (“cláusulas gerais”), tais como “infidelidade, traição contra o povo e contra a economia nacional”:

Aquí a normatização penalista não se inicia com uma Parte Geral, mas com atos individuais passíveis de punição. Hoje a separação de conceitos “genéricos”, como culpa, cumplicidade e tentativa de crime concreto, e. g., alta traição, furto ou incêndio, não se nos afigura mais como clarificação conceitual ou garantia de maior segurança e precisão jurídicas, mas sim, como uma abstração artificial e contrária ao sentido que separa à força os nexos naturais e efetivamente existentes da vida (SCHMITT, 2011a, p. 171-172).

No parágrafo seguinte, Schmitt trata do Direito Tributário, por ele descrito como “uma espécie de santuário do positivismo do Estado Liberal do Direito”. De início, Schmitt relaciona características semelhantes entre o Direito Penal e o Direito Tributário, dando enfoque à teoria da conformidade ao suporte fático, comum a ambas as áreas jurídicas. Segundo o autor, o formalismo dessa teoria conduziu a um sistema de tributação despido de justiça e de nexos com a realidade da vida. Nesse ponto, compara mais uma vez o Direito Penal com o Direito Tributário: o mesmo formalismo positivista que transformou o Código Penal liberal em “Carta Magna do delinquente” também foi responsável por fazer a ciência do Direito Tributário se converter em “teoria da fraude fiscal” (SCHMITT, 2011a, p. 173).

O autor destaca que o Direito Tributário possui uma relação próxima com institutos

privados, oriundos do Direito Civil (a exemplo dos contratos e da propriedade). Tais institutos não podem ser compreendidos apenas como categorias jurídicas. Eles consubstanciam a realidade concreta de uma relação vital, ou seja, uma ocorrência econômica da vida, cuja realização configura uma força motora para a sociedade e o Estado<sup>7</sup>. Nessa linha, a tributação que se relaciona com tais negócios jurídicos não pode ignorar a justiça atrelada à realidade concreta dessa relação vital. Só por meio desse conteúdo ético é que o sistema de tributação poderá ser justo (SCHMITT, 2011a, p. 173).

Aqui cabe reforçar que a justiça de um sistema tributário também é um objetivo buscado pelo direito positivista liberal. Ocorre que, como já reiteradas vezes repetido neste artigo, a ponderação pela justiça ou injustiça do modelo de tributação (e das normas em geral) é algo para ser discutido em momento pré-normativo, quando as forças do político se mostram mais atuantes. O que Schmitt objetiva com a sua configuração de Direito Tributário é a “possibilidade de fazer diretamente justiça à realidade concreta de uma relação vital, para apreender uma ocorrência econômica de forma justa para fins tributários.” (SCHMITT, 2011a, p. 172-173).

O Direito Tributário deve, portanto, fazer justiça aos ordenamentos dados ou novos e crescentes da vida, o que implica negar o normativismo e o distanciamento da realidade da vida a que ele conduz:

Assim, por exemplo, a pergunta pelos descontos para pais de família e para famílias com determinado número de filhos, o reconhecimento de determinada espécie de custos de vida e despesas ou as questões referentes à tributação dos rendimentos de funcionários públicos e ao cálculo dos custos de publicidade afeta de saída, **em cada um dos seus pormenores, ordenamentos concretos da vida e instituições como matrimônio, a família, o estado civil e o Estado, e obrigam aqui a um posicionamento em termos de princípios** (SCHMITT, 2011a, p. 173, grifo nosso).

Assim como na análise do Direito Penal, aqui também Schmitt cita um normativo nacional-socialista. Segundo o autor, o Código Tributário do *Reich*, de 13 de dezembro de 1919, traz “enunciado inovador” (§ 4º) segundo o qual na interpretação das leis tributárias a sua finalidade, o seu significado econômico e o desenvolvimento das relações (sociais e econômicas) devem ser levados em consideração. Com tal dispositivo, desaparece qualquer segurança positivista, cuja “autarquia do conteúdo da lei determinado em si mesmo”, fica aqui, segundo Schmitt, “inteiramente desamparada” (SCHMITT, 2011a, p. 172).

Após, Schmitt aborda brevemente a utilização das cláusulas gerais no Direito Administrativo. O fato de a análise ser pouco extensa não significa que o autor entenda como pouco relevante. Em verdade, é possível perceber no pensamento schmittiano que não há uma clara separação entre os direitos administrativo e constitucional. A ideia de um direito administrativo moderno, que se regula por uma burocracia apartada da autoridade soberania, é objeto de crítica por Schmitt. A secularização do Estado produziu uma burocracia que despersonaliza a soberania

<sup>7</sup> Percebe-se aqui, por exemplo, a influência do institucionalismo no direito dos ordenamentos concretos de Schmitt.

estatal: ao invés de concentrá-la na decisão do líder, ela se dispersa no âmbito de um Estado inflado por normas que regulam todos os aspectos da sua atuação (SCHMITT, 2005, p. 10).

No entanto, mesmo no âmbito de um direito administrativo liberal, conceitos indeterminados têm sido utilizados com frequência. O exemplo claro é o princípio de supremacia do interesse público. Com efeito, o conceito de interesse público não é pré-definido em toda e qualquer situação, mas está sujeito ao exercício de uma decisão discricionária que avalia sua conveniência e oportunidade. Claro é que não se trata necessariamente de uma decisão arbitrária. Há que se reconhecer, contudo, que a própria discricionariedade inerente ao princípio já denota a intenção de se produzir um princípio dotado de um conceito voluntariamente indeterminado.

Schmitt afirma que o “novo Direito Administrativo” trataram do princípio da liderança [*Führergrundsatz*] e com ele foram trazidos conceitos como fidelidade, obediência, disciplina e honra, os quais só podem ser compreendidos adequadamente a partir de ornamentos concretos, pois não derivam diretamente de norma alguma. Aqui, o autor retoma os elementos da unidade política por ele vislumbrada: Estado, Movimento e Povo. O pluralismo de ordenamentos concretos gerados pela comunhão desses três elementos demanda um “nexo inseparável de liderança, disciplina e honra, e superará, assim, um normativismo construído sobre o princípio até agora vigente da ‘divisão de poderes’” (SCHMITT, 2011a, p. 174)<sup>8</sup>. Ainda que se respeitem os ordenamentos concretos, é preciso que haja fidelidade a um líder único, sob pena de o pluralismo produzir o caos.

Por fim, Schmitt trata da área do pensamento jurídico que configura a expressão mais clara do tipo de direito que o autor defende: o Direito Trabalhista. Aqui, o autor critica a tentativa de introdução de conceitos civilistas ao recém concebido Direito do Trabalho. A própria ideia de trazer a figura civilista do “contrato” (“contrato de trabalho”) é mal vista por Schmitt, pois intrinsecamente relacionada aos ideais individualistas do Estado liberal-burguês. Essa tentativa de categorização do novo ramo do direito em institutos indica, segundo o autor, que a pretensão de totalidade e não contradição do positivismo jurídico conduz à má compreensão pelo direito e pelos juristas dos novos fenômenos e necessidades sociais (“ordenamentos concretos”):

[...] Mas a maioria dos juristas do séc. XIX, presa a um normativismo positivista, não pôde compreender o alcance (propriamente dito e a fecundidade dessa distinção entre “contrato” e “acordo” e tampouco teve condições de reconhecer o enfoque importante, contido em tal distinção, para uma superação do pensamento contratualista de matriz liberal-individualista. Depois da Guerra Mundial, repetiu-se no Direito Trabalhista mais uma vez uma tentativa similarmente malsucedida, quando se tratou de retirar os contratos coletivos de trabalho entre patões e empregados da esfera do pensamento contratualista do Direito Civil e construir, à diferença do contrato, um “acordo” (SCHMITT, 2011a, p. 163).

O Direito Trabalhista é visto por Schmitt como uma proposta que supera ideias privatistas

---

<sup>8</sup> Aqui é possível verificar que, apesar das concessões ao institucionalismo nos escritos dos anos 1930, a matriz decionista em Schmitt permanece forte.

com o conceito de “acordo”, ao menos no que concerne aos chamados “contratos coletivos de trabalho”, isto é, firmado pelo patrão com a coletividade dos empregados. O autor defende que a criação desse novo ramo do direito demonstra que o ordenamento concreto da sociedade da época caminhava para a superação do modelo liberal-normativista do direito e da economia (SCHMITT, 2011a, p. 174-175)<sup>9</sup>.

Mais uma vez, Schmitt cita legislações do *Reich* para ilustrar sua argumentação. Aqui é evocada a Lei para o Ordenamento do Trabalho Nacional, de 20 de janeiro de 1934. Referida lei “intencionalmente não fala mais de empregado e empregador” e sequer trata-os como tal. Empregados, funcionários administrativos e trabalhadores são “líderes e seguidores em uma empresa que trabalham conjunto para fomentar as finalidades da empresa em benefício comum do povo e do Estado”. No lugar de contrato coletivo de trabalho, fala-se em “ordenamento salarial”, estabelecido conjuntamente pelos interessados, almejando os objetivos de bem comum citados acima (SCHMITT, 2011a, p. 174).

Schmitt defende que o Direito do Trabalho tem caráter público e justifica a criação do Tribunal de Honra de Causas Sociais [*soziale Ehrengerichtbarkeit*], pois a seu ver trata-se de uma aplicação coerente da ideia de ordenamento. O Tribunal, ao aplicar o ordenamento concreto dos líderes e seguidores (empregadores e empregados) permite que conceitos como fidelidade, obediência, disciplina e honra não sejam mais compreendidas como funções de regras e normatizações abstratas, mas como “elementos essenciais de uma nova comunidade do ordenamento concreto e da configuração concreta da vida nessa comunidade.” (SCHMITT, 2011a, p. 175). Nesse sentido, a crítica ao formalismo positivista recairia sobre sua inaptidão de compreender os fenômenos sociais irruptivos, na medida em que o positivismo só seria capaz de absorver o elemento sociológico após sua consolidação em normas jurídicas válidas.

A partir do exposto, pode-se compreender adequadamente função cumprida pelas cláusulas gerais no modelo de direito concebido por Schmitt. Ao atribuir o papel criador do direito aos ordenamentos concretos por meio do *Führer*, cuja autoridade lhe permite decidir sobre o excepcional (quando é verificado e como deve ser decidido nesses casos), faz-se necessário garantir instrumentos que permitam a atuação do líder nos momentos de necessidade e de contingências sociais. Nesses momentos, a sociedade demanda ação concreta e é dever do *Führer* “levar as advertências da História a sério”, impedindo o sofrimento do povo em face de inimigos internos e externos. Na busca pelo alcance da paz social e na observância dos ordenamentos concretos da sociedade, com seus valores e tradições, o *Führer* cria o “bom direito” sem limitações ou judicaturas posteriores.

Se a finalidade pretendida pela atuação do líder é boa para o povo, a norma por ele criada também o será. Daí a necessidade de que o *Führer* crie o direito sem intermediações. Essa é a mensagem que Schmitt nos deixa em *O Führer protege o Direito*, a despeito do caráter panfletário do texto. É relevante aqui retomar a simbólica frase de Hitler: o império alemão ruiu, pois, no

---

9 A figura do contrato coletivo de trabalho aponta para um princípio de solidarização dos riscos, aparentemente coerente com a matriz institucionalista de Hauriou, incorporada ao pensamento schmittiano nos anos 1930.

momento de necessidade, não “teve força para fazer uso dos seus artigos para os casos de guerra.” (SCHMITT, 2011b, p. 177).

Ocorre que, se os artigos a que ele se refere são escritos a partir de uma linguagem mais imprecisa, carregada de valores, cujo preenchimento dependerá da análise de ordenamentos concretos, a atuação do líder nos casos em que a força se mostra necessária estará sempre dentro do próprio direito. Perde-se a distinção entre o político e o jurídico, sempre tão criticada pelo autor (SCHMITT, 2005, p. 13). Perde-se também a distinção entre a criação e a aplicação do direito, que afasta o *Führer* do seu povo. Perde-se, até mesmo, a distinção entre Ser e Dever-Ser sobre o qual Kelsen funda toda sua teoria, pois os valores e as instituições são apreendidas como Ser (aquilo que é na sociedade) e, ao mesmo tempo, funcionam como Dever-Ser (medida de comportamento social) (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 88).

Foi dito anteriormente que Schmitt vislumbrava nas cláusulas gerais a possibilidade de se fundar um modelo de direito completamente distinto do positivismo da época. A partir dos exemplos citados acima, é possível concluir qual a função as cláusulas gerais cumpririam nesse novo modelo de direito. Os valores instrumentalizados pela linguagem jurídica abstrata seriam preenchidos pelo ordenamento concreto da sociedade, identificados pelo líder como necessários para o progresso e o bem comum. Com isso, seria possível transformar totalmente o direito, “sem que se faça necessário alterar uma única lei ‘positiva’” (SCHMITT, 2011a, p. 171).

A desnecessidade de alteração legislativa permite que o *Führer* crie o direito sem intermediações. As cláusulas gerais tornam quase insignificantes outras estruturas do Estado. Ainda que continuem existindo, elas perdem a função de freio e contrapeso e passam a funcionar como órgãos do líder. O *Führer* pode alterar o direito quando a História mostrar necessário. As cláusulas gerais ao comportarem em si comandos múltiplos aplicáveis à ordem e à desordem, à guerra e à paz, à crise e à prosperidade, permitem, assim, que o líder essa o ponto alto de sua soberania: decidir sobre a exceção.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objeto analisar a defesa das cláusulas gerais no texto *Sobre os três tipos de pensamento jurídico* de Carl Schmitt, que tem como pano de fundo a polêmica com Hans Kelsen sobre a configuração do modelo ideal de direito. O texto se justifica academicamente, na medida em que objetiva lançar novos olhares à utilização das cláusulas gerais no direito contemporâneo, em especial no direito brasileiro, a partir do resgate de suas características históricas.

Schmitt critica o positivismo kelseniano, por acreditar que o excessivo formalismo conduziu ao descolamento entre direito e realidade da vida, tornando o *jurídico* impotente diante de crises, anormalidades e contingências. Schmitt atacou um dos principais pilares da teoria pura kelseniana, a universalidade, e o fez vinculando-a a um modelo de Estado e sociedade muito específicos (o modelo liberal burguês).

A estrutura rígida do positivismo necessitava, segundo Schmitt, ser revista, para dar lugar a um direito dos ordenamentos e situações concretas, capaz de fazer frente às crises e contingências. O direito deveria estar preparado, assim, tanto para a normalidade, em que a norma positiva pode ser utilizada como fundamento de segurança jurídica, quanto para a anormalidade, em que a positividade da norma deveria ser suspensa em prol da defesa da sociedade. No entanto, o autor sempre reitera a percepção de que a norma positiva não gera a estabilidade social: a estabilidade é que funciona como condição de possibilidade de norma.

A introdução das cláusulas gerais na estrutura de redação jurídica permite, segundo Schmitt, maior adaptabilidade do direito às necessidades sociais, por meio da criação do direito sem intermediações entre o líder e o povo. Esse direito suspenderá a segurança e a validade do direito positivo até quando a excepcionalidade que lhe deu causa for suplantada. A percepção de quando se caracteriza um estado de necessidade e a indicação do que deve ser realizado para superá-lo é a característica imanente da soberania.

A importância atribuída por Schmitt às cláusulas gerais e a defesa de sua utilização em textos legais do nacional-socialismo pode colocar em dúvida a função emancipatória que hoje se atribui a elas. Assim como atualmente se busca pelas cláusulas gerais introduzir valores éticos ao direito, também Schmitt pretendeu algo semelhante. O valor que será preenchido na interpretação das cláusulas gerais pode até ser distinto, mas recurso utilizado para tanto não o é. Ao permitir que todo o direito se reinvente sem a alteração de uma única linha de texto de lei, as cláusulas gerais se tornam suscetíveis ao risco de manipulação semântica dos seus conceitos.

## REFERÊNCIAS

- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SCHMITT, Carl. **Political theology: four chapters on the concept of sovereignty**. Tradução de Tracy B. Strong. University of Chicago Press, 2005.
- SCHMITT, Carl. **Teología política: cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía**. Tradução de Jorge Navarro Pérez. Madrid: Editorial Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2009a.
- SCHMITT, Carl. **La tiranía de los valores**. Tradução de Sebastián Abad. Buenos Aires: Hydra, 2009b.
- SCHMITT, Carl. **Sobre os três tipos de pensamento jurídico**. Tradução de Peter Naumann.

Revisão de Ronaldo Porto Macedo Junior. *In*: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

SCHMITT, Carl. O Führer protege o direito. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Ronaldo Porto Macedo Junior. *In*: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

**Como citar:** ESTEVES, Marcos Guilhen; KEMPFER, Marlene. O direito entre normalidade e exceção: O papel das cláusulas gerais em “Sobre os três tipos de pensamento jurídico”, de Carl Schmitt. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 10-31, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 10. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 18/07/2020

Aprovado em: 05/03/2021

**A LEGITIMIDADE DOS SINDICATOS PARA TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS: ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE COM A DEFESA ESPECÍFICA DA CATEGORIA**

THE LEGITIMACY OF UNIONS FOR THE PROTECTION OF DIFFUSED INTERESTS: ANALYSIS OF COMPATIBILITY WITH THE CATEGORY'S SPECIFIC DEFENSE

**Raíssa Fabris de Souza\***  
**Luiz Fernando Bellinetti\*\***

\* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL; Bolsista CAPES/CNPq; Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pela Universidade Norte do Paraná (UENP); Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR); Advogada. E-mail: raissa\_fabris\_@hotmail.com

\*\* Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1980), mestrado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1985) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997). Atualmente é professor associado da Universidade Estadual de Londrina. E-mail: luizbel@uol.com.br

**Como citar:** SOUZA, Raissa Fabris de; BELLINETTI, Luiz Fernando. A legitimidade dos sindicatos para tutela dos interesses difusos: Análise da compatibilidade com a defesa específica da categoria. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 32-47, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p.32. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** Após a promulgação da Constituição de 1988, especialmente diante da previsão expressa do art. 8º, III, que preceitua a legitimidade sindical para tutela de direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, ganhou relevo no cenário nacional a discussão sobre a possibilidade de as entidades sindicais tutelarem interesses difusos (art. 81, I, CDC). O fundamento reside na (in)compatibilidade desses interesses com a defesa específica da categoria representada, grupo passível de determinação dos sujeitos envolvidos. Por tal razão, essa celeuma constitui objeto de estudo do presente artigo, que analisará o direito fundamental ao acesso coletivo ao poder judiciário; as entidades sindicais como corpos intermediários para a tutela de direitos metaindividuais e a possibilidade dessas entidades tutelarem interesses ou direitos difusos. Utilizar-se-á o método dedutivo na pesquisa.

**Palavras-chave:** Acesso coletivo à justiça. Sindicatos. Categoria. Legitimidade. Direitos difusos.

**Abstract:** After the enactment of the Brazilian 1988 Federal Constitution, the importance of art. 8, III gained prominence in Brazil because it permits unions the right to protect collective and individual rights, and interests of the union. In this context, there is an ongoing discussion regarding the possibility of unions protecting diffuse interests (art. 81, I, CDC). The foundation for this argument resides in the (in)compatibility of such interests

with the specific defense of the represented category, a group that can be determined by the subjects involved. For this reason, this controversy constitutes the object of study of this article. Consequentially, this paper analyzes the fundamental right to collective access of the judiciary; the unions as intermediate bodies for the protection of metaindividual rights and the possibility of these entities protecting diffuse interests or rights. The deductive method is applied.

**Keywords:** Collective access to justice. Unions. Category. Legitimacy. Diffuse rights.

## INTRODUÇÃO

Com fundamento no princípio da liberdade sindical, rompendo com um modelo anterior de ingerência e controle, a Constituição da República de 1988 conferiu um papel de destaque às entidades sindicais reconhecendo-lhes a atribuição de tutela dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, em questões judiciais e administrativas art. 8º, III, CF/88 (BRASIL, 1988).

Sua finalidade precípua consiste na defesa de interesses relacionados aos membros da categoria que representa, sejam eles filiados ou não à respectiva entidade. Por esse motivo, alguns doutrinadores apontam pela incompatibilidade da tutela de interesses difusos com a noção de categoria, havendo divergência a respeito do tema.

Nessa perspectiva, o primeiro capítulo analisará o direito fundamental ao acesso à justiça em sua vertente coletiva, conferindo nova perspectiva ao direito processual diante das alterações sociais ocorridas e do advento de uma sociedade, conflitos e lesões em massa.

A partir do estudo da legitimidade ativa, o segundo capítulo tratará dos sindicatos como corpos intermediários para a tutela dos direitos metaindividuais, analisando os requisitos objetivos e subjetivos necessários, trazendo ainda a noção e o conceito de categoria.

O terceiro capítulo possui como escopo a análise da controvérsia doutrinária sobre a possibilidade de tutela de direitos eminentemente difusos serem tutelados por sindicatos. Iniciar-se-á com o conceito de direitos e interesses difusos partindo para a análise de cada corrente doutrinária sobre o tema.

Possuirá como referência bibliográfica livros de doutrinadores, bem como artigos publicados em renomadas revistas jurídicas. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, partindo-se de premissas gerais para atingir a premissa específica relacionada ao tema.

## 1 ACESSO COLETIVO AO PODER JUDICIÁRIO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Em consonância com o ideário do Estado Democrático de Direito, levando em consideração a criminalização da autotutela (ressalvados casos expressamente previstos em lei) (art. 345, do Código Penal), o Poder Judiciário assumiu a tutela jurisdicional efetivada mediante decisões coercitivas que visam solucionar conflitos de interesses.

Com o advento do neoconstitucionalismo houve a incorporação de inúmeros direitos nos sistemas normativos e nas constituições dos Estados, sendo conferido aos cidadãos o direito fundamental ao acesso à justiça como forma de perquirir e defender esses direitos.

O direito ao acesso à justiça encontra-se tutelado expressamente em diversos diplomas internacionais, como art. 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>1</sup>; art. 14.1 do Pacto

---

<sup>1</sup> Artigo X Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele (ONU BRASIL, 1948).

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>2</sup>; art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica)<sup>3</sup>, e no rol dos direitos e garantias fundamentais, previsto no art. 5º, da Constituição da República de 1988. O inciso XXXV do referido artigo preceitua: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Adotou-se o princípio da indeclinabilidade da jurisdição.

Além de um direito fundamental e cláusula pétrea, trata-se de um direito de natureza assecuratória, uma vez que possibilita a garantia e a efetividade de todos os demais direitos previstos na ordem jurídica, sendo oponível inclusive ao legislador e ao poder constituinte derivado (RAMOS, 2019).

O acesso à justiça é instrumentalizado por intermédio do direito de ação e de petição art. 5º, XXXIV, CF/88 (BRASIL, 1988). Saliente-se que a ação para conferir adequadamente o direito substancial terá que se correlacionar com técnicas processuais adequadas à situação substancial. Sobre o tema leciona Luiz Guilherme Marinoni (2013):

[...] o direito de ação, quando visto na direção das prestações positivas devidas pelo legislador, além de adquirir a feição de direito de acesso à justiça, assume a figura de direito à pré-ordenação das técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção das tutelas prometidas pelo direito substancial. O direito de ação, como direito fundamental, deve ser devidamente protegido pelo legislador infraconstitucional, seja através de prestações viabilizadoras do acesso, seja mediante prestações normativas instituidoras de técnicas processuais adequadas.

O direito ao acesso à justiça constitui uma das perspectivas do direito à tutela jurisdicional, ao lado da adequação e da efetividade da tutela. Além do aspecto formal, em que é proporcionada a possibilidade de ingresso e acesso ao poder judiciário, destaca-se o aspecto material, garantindo-se uma tutela jurisdicional condizente com o direito material que visa tutelar. O processo constitui um instrumento para satisfação do direito material, devendo adequá-lo as peculiaridades de cada demanda.

O aspecto material exige também que sejam asseguradas a tutela de direitos transindividuais<sup>4</sup> e a tutela coletiva de direitos individuais (RAMOS, 2019), constituindo um mecanismo de proteção das sociedades massificadas. Considerando o atual contexto social e diante da existência de sociedade, conflitos e lesões que atingem uma coletividade indeterminada ou determinável de pessoas, técnicas processuais foram reinterpretadas para proporcionar a tutela preventiva e reparatória de direitos ou interesses metaindividuais. Segundo Ada Pellegrini Grinover (1999, p. 15),

2 Art. 14. 1 Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil (BRASIL, 1992a).

3 Artigo 8º - Garantias judiciais - 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (BRASIL, 1992b).

4 Para efeito deste trabalho consideram-se equivalentes os termos transindividual e metaindividual.

A maior revolução talvez se tenha dado exatamente no campo do processo: de um modelo individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se ao sistema das class actions da common law, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente.

Houve o reconhecimento de que os institutos processuais criados e utilizados pra solução de conflitos individuais não seriam adequados para proporcionar uma tutela jurisdicional coletiva adequada e efetiva, contrariando o direito fundamental ao acesso coletivo ao poder judiciário.

Com uma sociedade, conflitos e lesões em massa é necessária uma nova perspectiva. A preocupação deixa de ser o estabelecimento de regras que protejam direitos subjetivos das partes diretamente envolvidas e passa a ser a fixação de normas que preservem bens e valores de um grupo de pessoas (determinado ou não), conferindo o dever jurídico de respeito a esses bens e valores (BELLINETTI, 2000, p. 126).

A coletividade como titular de direitos metaindividuais, classificados como difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, CDC), possui o direito fundamental ao acesso a uma jurisdição condizente com o direito material vindicado e que venha proporcionar os resultados almejados para cessar a ameaça ou a lesão a seus direitos. Fala-se assim em acesso coletivo ao poder judiciário como um direito fundamental. (BRASIL, 1990).

## **2 OS SINDICATOS COMO CORPOS INTERMEDIÁRIOS PARA A TUTELA DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS**

Com a alteração do quadro de acesso à justiça e do princípio da universalidade da jurisdição, os institutos e conceitos processuais tradicionais instituídos para tutela de direitos individuais não se amoldam às ações coletivas. Foi necessária a adoção de mecanismos para atendimento dessas demandas, sendo que alguns institutos necessitaram de uma reinterpretação como forma de conferir eficácia e efetividade a essas ações. Um dos institutos se relaciona a legitimidade ativa.

Trata-se do atributo jurídico conferido legalmente para a discussão de uma situação jurídica em juízo. A legitimidade ordinária constitui aquela em que há correlação entre o legitimado e o objeto da discussão em juízo, sendo titular do direito material vindicado. Ao passo que a legitimidade extraordinária é atribuída expressamente pelo legislador para a tutela de interesses de terceiros. Encontra assento no art. 18 do CPC/15 que leciona: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

Segundo Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira (2019, p. 281) configura-se apropriado afirmar que a legitimidade dos entes em ações coletivas constitui uma legitimação autônoma para condução do processo. Isso se dá pelos seguintes motivos:

Nos incisos I e II do art. 103 – que trata dos interesses difusos e coletivos –, o interesse que está em pauta é transindividual e indivisível (isto é, não pode ser fruído individualmente), daí por que afigura-se inapropriado nominar a legitimação para a busca de tais interesses como extraordinária. Duas realidades distintas não devem ser denominadas da mesma forma. No regime do Código de Processo Civil de 2015, fala-se em legitimação extraordinária (na modalidade substituição processual) quando alguém atua em juízo em nome próprio pleiteando afirmação de direito alheio (desde que a tanto autorizado no sistema, ex vi do mencionado art. 18º), de tal modo que o bem jurídico tutelado não lhe diz respeito, mas ao terceiro, a quem substitui processualmente [...]. A coisa julgada material, quando se tratar apenas de legitimação extraordinária, não atinge, senão indiretamente, enquanto parte processual, o legitimado extraordinário, porque o bem da vida que será alcançado (em caso de julgamento de procedência da ação) diz respeito ao terceiro. Já a coisa julgada formal (mais propriamente denominada de preclusão máxima) afeta o legitimado extraordinário, pois lhe diz respeito diretamente. E, doutra parte, julgada improcedente a ação, não poderá o terceiro, de modo algum, repropô-la, isto é, forma-se, em absoluto, a coisa julgada material, desde que percutido o mérito da ação, independentemente do resultado desta (se procedente ou improcedente). Há, pois, uma dissociação. De um lado, há o legitimado ad causam (substituído) e, de outro, o legitimado ad processum (substituto). [...] Mais apropriada para designar a legitimação dos entes que perseguem, em juízo, interesses difusos ou coletivos, sem dúvida, parece-nos a expressão proposta por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, transposta do direito alemão: legitimação autônoma para a condução do processo.

Pode-se afirmar que a legitimação dos entes que tutelam direitos difusos e coletivos é autônoma e não extraordinária, sendo esta utilizada quando o substituído for certo e determinado. Nos processos coletivos, no caso de improcedência, o terceiro poderá efetuar a propositura de outra ação, seja de forma individual para a tutela específica de seus interesses, seja por intermédio de outro legitimado coletivo, quando a improcedência for por insuficiência de provas (coisa julgada *secundum eventus probationis*).

Segundo Luiz Fernando Bellinetti (2003/2004, p. 162), “os termos titularidade e legitimidade deverão ser entendidos e acordo com a nova noção de relação jurídica”. Segundo o autor, titulares constituem aqueles que se encontram vinculados ao ordenamento jurídico e legitimados aqueles que podem influir na criação ou aplicação da norma (legitimidade ativa) ou estejam sujeitos ao dever jurídico nela estabelecido (legitimidade passiva).

O beneficiário dos direitos metaindividuais constitui uma coletividade de indivíduos, muitas vezes indeterminada ou determinável *a posteriori*, como no procedimento bifásico utilizado para a tutela de interesses individuais homogêneos.

Nessa senda, com o desenvolvimento do processo coletivo, o ordenamento jurídico dos Estados apresentarem diferentes soluções para a legitimidade das demandas coletivas, considerando as peculiaridades sociais e jurídicas da localidade. Implementaram: a) o sistema publicista que confere legitimação para órgãos públicos tais como o Ministério Público francês, o Ombudsman dos países escandinavos, a Prokouratoura soviética e o Attorney General norte-americano; b) o

sistema privatista em que a legitimidade é conferida aos particulares individualmente; c) o sistema associacionista, conferindo-a aos grupos sociais ou associações privadas para representar, em juízo, os interesses públicos ou metaindividuais. Esse último tem sido adotado por inúmeros países (LEITE, 2009, p. 94).

Em todos os casos a representação desses interesses foi conferida a grupos organizados presumidamente aptos a sua tutela, sendo denominados de corpos ou de instâncias intermediárias (SANTOS, 2019, p. 178).

No Brasil, verifica-se a adoção de um modelo misto de legitimidade ativa para as ações coletivas admitindo a tutela de interesses metaindividuais pela administração pública direta e indireta, pelos órgãos que exercem funções essenciais à justiça e por associações, incluindo neste conceito, os sindicatos.

O art. 5º da Lei 7.347/1985, que rege a ação civil pública, afirmou que possuem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e as associações, constituídas há pelo menos 1 (um) ano que possua determinadas finalidades institucionais. No mesmo sentido, art. 82 do CDC.

Dessa forma, observa-se que as entidades sindicais constituem corpos intermediários, sendo legitimados para defesa de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Adotou-se um regime de legitimidade decorrente da lei, ou seja, *ope legis*, conferindo expressa autorização legal para defesa de interesses coletivos pelo ente legitimado. Entretanto, esse regime não é aplicado de forma plena e estanque. Segundo Raíssa Fabris de Souza e Luiz Fernando Bellinetti (2019, p. 6):

Em alguns casos específicos, exige-se uma identidade entre as finalidades institucionais do autor da ação e a temática tratada na ação coletiva. É o que ocorre no caso de associações, incluídas as entidades sindicais. Para essas entidades exige-se a observância de um critério objetivo e um critério subjetivo. O primeiro relaciona-se à existência de pré-constituição há pelo menos 01 (um) ano da data do ajuizamento da ação, e o segundo exige a denominada pertinência temática. A causa de pedir e os pedidos efetivados na ação coletiva devem possuir relação com as finalidades institucionais do ente, como, no caso da Ação Civil Pública, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 5º, V, “b”, Lei 7.347/1985).

No que se refere às entidades sindicais ficou pacificado na doutrina e na jurisprudência a desnecessidade de observância do critério objetivo, não sendo exigida a pré-constituição de 01 (um) ano da data do ajuizamento da ação. Trata-se de associações que passam por um processo complexo de instituição, com registro no Ministério da Economia, passíveis de controle social mediante impugnação do ato de registro.

Quanto ao critério subjetivo, deverá haver pertinência temática entre a causa de pedir,

os pedidos e as finalidades institucionais do ente. Segundo texto constitucional (art. 8º, III) as entidades sindicais possuem a atribuição de defesa dos direitos e interesses coletivos da categoria representada. Manteve em seu texto um dos resquícios do sistema corporativista que consiste no sistema de organização sindical por categoriais.

Segundo Wilson de Souza Campos Batalha (1991, p. 39), categoria constitui “o conjunto abstrato de pessoas que se dedicam à mesma profissão ou atividade econômica”. Trata-se de um critério de agregação de trabalhadores, que não dependem das pessoas físicas ou jurídicas que a integram, mas do caráter objetivo de inserção em determinadas atividades. Assim, “não se compõe de um agrupamento determinado e pessoas, mas da reunião, eventual e provisória, dos que ocupam certa posição no quadro de atividades profissionais ou econômicas. A categoria continua a mesma, embora variado seus componentes” (BATALHA, 1991, p. 39).

Para Ronaldo Lima dos Santos (2019, p. 145), categoria não constitui um ente autônomo, mas adquire “relevância por meio da vontade do legislador que, de modo imperativo, a determina, ou por meio da autodeterminação dos interessados que, voluntariamente, dão vida às formações sindicais correspondentes”.

A CLT traz o conceito de categoria econômica, profissional e diferenciada (art. 511<sup>5</sup>). Em seu parágrafo segundo, concebe categoria como uma expressão social elementar. Estabelece que o ponto de agregação da categoria econômica constitui a solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas e, da categoria profissional, a similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas.

### 3 A TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS POR ENTIDADES SINDICAIS

A previsão constitucional expressa apontando constituir atribuição dos sindicatos a defesa individual ou coletiva, judicial ou extrajudicial, de interesses específicos da categoria suscitou celeuma doutrinária sobre a possibilidade e a pertinência de os sindicatos tutelarem direitos e interesses de natureza difusa.

#### 1.1 Direito de natureza metaindividual: o conceito de interesses difusos

---

5 Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

§ 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.

§ 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

§ 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.

§ 4º Os limites de identidade, similaridade ou conexão fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural. (BRASIL, 1943).

O vocábulo difuso, segundo conceito trazido pelo dicionário Aurélio, significa “que acabou por se difundir, tornar conhecido; que se consegue espalhar por várias ou todas as direções; disseminado, divulgado,” (DIFUSO..., 2020).

O termo foi utilizado juridicamente para designar uma das modalidades de direitos e interesses metaindividuais. Embora já tuteladas em momentos pretéritos, com amparo na Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) e na Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), as ações coletivas ganharam força e notoriedade com a edição do Código de Defesa do Consumidor que trouxe um título específico para tratar da defesa coletiva do consumidor em juízo (título III).

O art. 81, I, desse diploma legal destacou: “I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (BRASIL, 1990).

Segundo Luiz Fernando Bellinetti (2005, p. 670), o termo titular parece inadequado, vez que faz referência a direito subjetivo individual. O uso do plural é capaz de resultar em interpretações errôneas embora não seja tecnicamente inadequado, sendo preferível “que a lei conceituasse os interesses difusos como os transindividuais, de natureza indivisível, que sejam pertinentes a um grupo indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato”.

Possui como característica a indeterminabilidade dos sujeitos, não sendo possível haver a delimitação exata das pessoas afetadas. Para Motauri Ciocchetti Souza (2013, p. 203) deve-se diferenciar determinação de estimativa:

A determinação implica em conceito preciso, exato; a estimativa, por seu turno, lida com o critério da aproximação, de probabilidade. Posta mencionada premissa, ao falarmos em indeterminabilidade — como o faz o conceito legal — estaremos tratando da impossibilidade matemática de fixarmos exatamente o número de pessoas afetadas por um determinado dano — sem embargo de tal contingente poder ser estimado, como ocorre por intermédio de censos demográficos.

Outra característica consiste na indivisibilidade do objeto. A lesão é passível de atingir todos os afetados, indistintamente. José dos Santos Carvalho Filho (2001, p. 28) conceitua interesses difusos afirmando que são aqueles que “não tendo vínculos de agregação suficientes para sua institucionalização perante outras entidades ou órgãos representativos, estariam em estado fluido, e dispersos pela sociedade civil como um todo”.

Segundo Ronaldo Lima dos Santos (2019, p. 64), “ao contrário dos interesses coletivos, os difusos não constituem uma síntese de diversos interesses que os compõem, pois pertencem a toda a comunidade difusa e a cada um dos seus componentes concomitantemente.” O indivíduo é um titular indireto, pelo simples fato de pertencer a essa pluralidade de sujeitos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também já se pronunciou sobre o tema. Destaca-se trecho do voto do Ministro Relator Maurício Corrêa no Recurso Extraordinário 163.231-3:

[...] 12. Hoje as fronteiras dos dois interesses estão definitivamente delimitadas, sendo difuso o interesse que abrange número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato, enquanto interesses coletivos seriam aqueles pertencentes a grupos ou categorias de pessoas determináveis, possuindo uma só base jurídica. Portanto, a indeterminidade seria a característica fundamental dos interesses difusos, e a determinidade aqueles interesses que envolvem os coletivos. [...] 14. Nessa mesma esteira posiciona-se Edis Milaré: ‘Embora a distinção entre interesses difusos e interesses coletivos seja muito sutil - por se referirem a situações em diversos aspectos análogos - **tem-se que o principal divisor de águas está na titularidade, certo que os primeiros pertencem a uma série indeterminada e indeterminável de sujeitos, enquanto os últimos se relacionam a uma parcela também indeterminada, mas determinável de pessoas.** Funda-se, também, no vínculo associativo entre os diversos titulares, que é típico dos interesses coletivos ausente nos interesses difusos’ (A ação civil pública na nova ordem constitucional, Saraiva, 1990, p. 27-28) (BRASIL, 1997, grifo nosso).

Assim, pode-se afirmar pela inexistência de qualquer vínculo prévio ou associativo entre os sujeitos envolvidos, que estão relacionados diante da circunstância fática ocorrida. Trata-se de uma ligação por circunstâncias de fato, inexistindo qualquer relação jurídica base subjacente, consistindo na terceira característica utilizada como critério distintivo entre as modalidades de interesses transindividuais. Essa relação jurídica base, presente nos interesses coletivos e individuais homogêneos, representa um critério jurídico que permite identificar os membros do grupo, como ocorre por exemplo em hipóteses de associados, acionistas, grupos de estudantes, contribuintes de um mesmo seguro, etc. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 70).

No caso dos interesses difusos, essa circunstância fática é passível de atingir toda uma coletividade, sem, no entanto, permitir individualizar precisamente os indivíduos prejudicados pela lesão ou ameaça. Um exemplo típico apontado pela doutrina consiste nas lesões ou ameaças ao meio ambiente. Além dos trabalhadores potencialmente envolvidos, a lesão pode eventualmente atingir outros habitantes de uma localidade. Nesse caso, a natureza da lesão é indivisível, pois ao tutelar o direito ao ambiente hígido estar-se-á protegendo todas as pessoas afetadas, indistintamente; os “titulares” são pessoas indeterminadas, vez que ante a inexistência de um critério jurídico, não há como individualizá-las, e estão ligadas apenas por uma circunstância fática, qual seja, lesão ou ameaça ao meio ambiente.

### **3.2 (In)compatibilidade entre o conceito de categoria com a defesa de direitos difusos por entidades sindicais**

A possibilidade jurídica de entidades sindicais tutelarem direitos eminentemente difusos é um ponto que acarreta controvérsias, suscitando dúvidas e incompreensões a respeito do tema. Isso se dá porque o conceito de direitos difusos transcende a noção de categoria, na qual se encontram empedados atuais e futuros, sejam sindicalizados ou não.

Nesse viés uma primeira corrente defende a incompatibilidade entre a noção de categoria e o conceito de interesses difusos. Fundamenta-se em uma interpretação literal do art. 8º, III, da Constituição de 1988 que é expressa ao estabelecer como atribuição dos sindicatos a tutela de interesses da categoria específica representada (BRASIL, 1988). O dispositivo constitucional suprimiria toda e qualquer possibilidade de defesa de interesses pertencentes a uma coletividade indeterminada de pessoas e de indivíduos que não façam parte do grupo.

Ainda que o conceito de categoria seja abstrato, delineando uma congregação de interesses, segundo essa corrente, seria passível de individualização, vez que abrange os atuais trabalhadores, os trabalhadores *in potentia*, trabalhadores que se encontram afastados, dentre outros.

A exigência da pertinência temática entre os interesses tutelados pelo sindicato e tutela processual subjacente, também constitui ponto que demonstraria referida incompatibilidade. Assim, os sindicatos seriam legitimados para a tutela exclusiva de interesses coletivos e individuais homogêneos.

Poder-se-á fazer analogia com o parágrafo 1º do art. 21 da Lei 12.016/2009 que trata do mandado de segurança coletivo. Sua redação é expressa ao afirmar que os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser de natureza coletiva ou individual homogênea. Isso se dá, pois a finalidade desse remédio constitucional constitui na defesa de direito líquido e certo da totalidade ou de parte dos membros ou associados, estando circunscrito à “categoria representada.” (BRASIL, 2009).

Uma segunda corrente defende a possibilidade de defesa mediata de direitos difusos por parte das entidades sindicais. Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (2017, p. 217), não haveria legitimidade para a defesa imediata desses interesses vez que “não são destinados especificamente a grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, e sim a pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato”.

Para o autor, a defesa de interesses difusos poderia ocorrer de forma mediata como ocorre em Ação Civil Pública que possui por objeto a instalação de porta com detector de metal em agência bancária, havendo, nesse caso, a defesa imediata dos trabalhadores integrantes da categoria dos bancários e defesa mediata da sociedade como um todo, ou seja, dos potenciais indivíduos que transitem ou que venham a transitar na localidade (LEITE, 2017, p. 217-218).

A terceira corrente aponta pela possibilidade e compatibilidade entre interesses difusos e a finalidade constitucional das entidades sindicais. Fundamenta-se no papel contemporâneo do sindicalismo, no princípio da máxima efetividade da norma constitucional (art. 8º, III) e da máxima efetividade da tutela coletiva, estando condizente com o direito ao acesso à justiça coletiva.

Segundo Ronaldo Lima dos Santos (2019, p. 153):

Um sindicalismo atualizado não pode ficar alheio a todas essas questões e suas repercussões sociais. Uma atuação centrada no trabalho subordinado formal – cada vez mais raro – já não supre todas as necessidades sociais dos trabalhadores. Atualmente, os sindicatos devem possuir campos de interesses que não só transcendam a esfera dos indivíduos, como a própria noção de categoria

profissional, estendendo-se a outros bens e sujeitos de direito. O sindicalismo que quiser projetar-se no futuro deve manter como seu objetivo primordial a defesa dos interesses dos trabalhadores, e não somente no campo estrito das relações e direitos tipicamente trabalhistas. Necessita, para não se tornar uma figura obsoleta, salvaguardar o valor trabalho humano em todas as suas dimensões [...].

Utilizar-se-á uma interpretação teleológica, possuindo o sindicalismo o papel de defesa de direitos sociais trabalhistas e de melhoria da condição social dos trabalhadores. Ao atuar haverá hipótese em que a demanda coletiva beneficiará necessariamente uma coletividade indeterminada de pessoas diante da natureza desse interesse tutelado. Lembra-se que uma das características dos interesses difusos consiste na indivisibilidade do objeto, passível de não atingir apenas a categoria representada, mas também outros indivíduos.

Segundo Antônio de Lemos Monteiro Fernandes (1994, p. 66), os sindicatos possuem como missão a “defesa e promoção de interesses socioeconômicos dos seus membros, não comportando apenas interesses coletivos atinentes ao exercício da profissão, mas de toda a condição social do trabalhador como cidadão”. Abrange as denominadas macrolesões trabalhistas.

Destaca-se também uma interpretação histórica, pois o seccionamento de interesses coletivos *lato senso* em interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ocorreu apenas em 1990, com o advento da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 não utilizou referidas nomenclaturas, devendo o termo “coletivo” previsto no art. 8º, III, de seu texto ser entendido em sentido amplo, abarcando a categoria de interesses difusos (BRASIL, 1988, 1990).

Uma mesma causa de pedir poderá ensejar providências que se enquadram em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo assim plenamente possível que uma providência requerida pelo sindicato tenha cunho difuso. Diante desses fundamentos o afastamento da legitimidade para defesa de direitos difusos não se sustenta.

Nesse sentido, Enunciado n. 77 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em Brasília (ANGELOTTO JÚNIOR, 2007) que dita: “[...] II – Cabe aos sindicatos a defesa dos interesses e direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) da categoria, tanto judicialmente quanto extrajudicialmente.”

Como exemplo podemos citar uma ação sindical que vise assegurar o cumprimento de medidas de saúde exigidas em época de pandemia, como o uso de equipamentos de proteção (máscaras e luvas), álcool-gel, limpeza constante do ambiente laboral, afastamento de trabalhadores com idade avançada ou que possuam algum sintoma, dentre outros.

Nesse caso, não são apenas os trabalhadores diretamente envolvidos que serão beneficiados tendo resguardada sua saúde e sua segurança no meio ambiente laboral (enquadrados no conceito de categoria profissional), mas também os familiares desses trabalhadores, todas as pessoas que tiverem algum contato com eles, a vizinhança, o entregador de correspondências, os profissionais de saúde, a previdência social que não será onerada com a concessão de benefícios previdenciários, o município que terá menos casos, beneficiando-se o sistema de saúde, enfim, a medida pleiteada

pelo sindicato possuirá natureza difusa e beneficiará uma coletividade indeterminada de indivíduos.

Cita-se também medidas antidiscriminatórias que beneficiam uma coletividade de indivíduos que se enquadrariam naquela situação injustamente desqualificante; o pleito de depósito de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) que possui como destinação medidas relacionadas ao desenvolvimento urbano e as políticas setoriais de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana bem como o direito de greve.

Nesse caso, o art. 11 da Lei 7.783/1989 (BRASIL, 1989), é expresso ao afirmar que cumprem aos sindicatos, empregadores e trabalhadores, em serviços ou atividades essenciais, garantir a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, sendo clara hipótese de interesse difuso tutelado por intermédio de sindicatos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As entidades sindicais constituem corpos intermediários aptos legalmente à defesa de interesses de natureza metaindividual. Embora o art. 8º, III do texto constitucional aponte expressamente como atribuição a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria representada, a corrente mais adequada ao papel dos sindicatos na atualidade é aquela que aponta pela possibilidade de tutela de interesses difusos.

Fundamenta-se nos princípios da máxima efetividade constitucional e da tutela coletiva possibilitando em uma única ação a defesa de macrolesões de natureza trabalhista que poderão abranger não apenas a categoria representada, mas também alcançar uma coletividade indeterminada de indivíduos. Nesse sentido, destaca-se o direito fundamental ao acesso à justiça coletiva art. 5º, XXXV, CF/88 (BRASIL, 1988), possuindo a coletividade atingida o direito a um processo justo e adequado ao direito material vindicado e que venha proporcionar os resultados almejados para cessar a ameaça ou a lesão a seus direitos.

Ademais, utilizar-se-á de uma interpretação teleológica e histórica do art. 8º, III do texto constitucional sendo o termo “coletivo” entendido em seu sentido amplo como difusos, coletivos e individuais homogêneos, art. 81, CDC (BRASIL, 1990).

Denota-se pela possibilidade de uma causa de pedir poder ensejar providências de cunho difuso, coletivo ou individual homogêneo sendo que o sindicato, ao buscar uma tutela que possua pertinência temática em relação à sua categoria, poderá perfeitamente vir a tutelar interesses indivisíveis com titulares indeterminados, denominados difusos.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ANGELLOTO JÚNIOR, Sérgio. Enunciado n. 77 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho TST. **JusBrasil**, Brasília, 23 nov. 2007. Disponível em: <https://angelotto.jusbrasil>.

com.br/noticias/147964524/enunciados-aprovados-na-1-jornada-de-direito-material-e-processual-na-justica-do-trabalho. Acesso em: 10 jul. 2020.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito processual das coletividades e dos grupos**. São Paulo: LTr, 1991.

BELLINETTI, Luiz Fernando. A legitimidade ativa para ações visando a defesa de interesses individuais homogêneos. **Scientia Iuris**, Londrina, PR, v. 7/8, p. 157-164, 2003/2004.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas - Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro - A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 98, p. 125-132, 2000.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 666-671.

BELLINETTI, Luiz Fernando; SOUZA, Raíssa Fabris. Obstáculos para a efetividade da tutela de direitos transindividuais por entidades sindicais em prejuízo ao efetivo acesso à justiça. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Florianópolis, SC, v. 5, p. 1-17, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei N° 5.452, de 1° de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Lei N. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm). Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei N° 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm). Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei N° 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve,

define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17783.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM). Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário N. 163.231-3/SP**. Recurso Extraordinário. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público para Promover Ação Civil Pública em Defesa dos Interesses Difusos, Coletivos E Homogêneos. Mensalidades Escolares: Capacidade Postulatória do Parquet para Discuti-las em Juízo. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Associação Notre Dame de Educação e Cultura. Relator: Ministro Maurício Corrêa, 26 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214240>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. Comentários por artigo. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DIFUSO. *In*: AURÉLIO: dicio: dicionário on-line de português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/difuso/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. **Direito do trabalho: relações colectivas de trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1994. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A ação civil pública no STJ - STJ 10 anos: obra comemorativa 1989-1999**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Acesso coletivo à justiça como instrumento para efetivação dos direitos humanos: por uma nova mentalidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 35, p. 89-108, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao artigo 5º, parágrafos xxxv. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. Versão eletrônica.

ONU BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 10 jun. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SANTOS, Ronaldo Lima. **Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2019.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Interesses difusos em espécie**: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

**Como citar:** SOUZA, Raissa Fabris de; BELLINETTI, Luiz Fernando. A legitimidade dos sindicatos para tutela dos interesses difusos: Análise da compatibilidade com a defesa específica da categoria. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 32-47, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 32. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 25/08/2020

Aprovado em: 07/03/2021

**INTERROGATÓRIO POLICIAL: NATUREZA JURÍDICA À  
LUZ DO MODELO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO  
BRASILEIRO**

POLICE INTERROGATION: JURIDICAL NATURE IN REGARDING  
THE BRAZILIAN DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL MODEL

**José Antonio Remedio\***  
**Fernando Cerqueira Cardoso\*\***

\*Pós-doutorando da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professor de Graduação e Pós-graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo Aposentado. Advogado.

\*\*Mestrando em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Assessor jurídico do Centro Universitário Adventista de São Paulo. Advogado. E-mail: fernandocerqueira.adv@gmail.com

**Como citar:** REMEDIO, José Antonio; CARDOSO, Fernando Cerqueira. Interrogatório policial: Natureza jurídica à luz do modelo constitucional democrático brasileiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 48-69, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 48. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** A pesquisa tem por objeto analisar a natureza jurídica do interrogatório policial à luz do modelo constitucional democrático brasileiro. Vigê no ordenamento jurídico nacional o princípio da supremacia da Constituição. Isto significa que todos os demais diplomas legislativos devem obediência aos preceitos constitucionais. Ocorre que o princípio da supremacia da Constituição nem sempre é observado em relação ao interrogatório realizado em sede policial, o que acarreta sensíveis prejuízos aos direitos fundamentais do investigado na esfera penal. Na doutrina, sem uniformidade de pensamento, o interrogatório ora possui natureza jurídica probatória, ora natureza defensiva em favor do investigado, e ora natureza mista, dotada ao mesmo tempo dos elementos informativos probatório e defensivo. Todavia, são bastante variadas as implicações práticas ao investigado criminalmente, decorrentes da adoção das diferentes espécies de natureza jurídica adotadas pela doutrina em relação ao interrogatório policial. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência. Conclui que, com base no modelo constitucional democrático brasileiro, em especial aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, o interrogatório policial possui natureza jurídica de defesa, e não natureza probatória ou mista, possibilitando, assim, efetiva proteção dos direitos fundamentais da pessoa investigada criminalmente.

**Palavras-chave:** Inquérito policial. Interrogatório policial. Interrogatório policial no modelo democrático. Modelo

constitucional democrático. Natureza jurídica do interrogatório policial.

**Abstract:** This research explores the legal nature of police questioning in light of the Brazilian democratic constitutional model. In this context, the principle of the supremacy of the Constitution prevails in the national legal system. This means that all other laws must obey constitutional precepts. However, the principle of the supremacy of the Constitution is not always observed in relation to questioning in police headquarters, which causes significant damage to the fundamental rights of the accused in criminal proceedings. In academia, there is much debate as there is no uniformity of thought. Moreover, the interrogation sometimes has a legal evidential nature, sometimes a defensive nature in favor of the investigated, and sometimes a mixed nature, with both evidential and defensive informative elements. Moreover, the practical implications for the criminally investigated are quite varied, resulting from the adoption of any of the previous mentioned types in relation to police questioning. The hypothetical-deductive method is used, based on legislation, doctrines, and jurisprudence. This paper concludes that, based on the Brazilian democratic constitutional model, especially the constitutional principles of ample defense and adversarial proceedings, police questioning has the legal nature of defense, and not evidential or mixed nature, thus enabling effective protection of the fundamental rights of the criminally investigated person.

**Keywords:** Police investigation; Police interrogation; Police interrogation in the democratic model; Democratic constitutional model; Juridical nature of the police interrogation.

## INTRODUÇÃO

A doutrina controverte-se sobre a natureza jurídica do interrogatório policial e dos efeitos decorrentes do entendimento adotado, inclusive em razão dos riscos à proteção dos direitos fundamentais do investigado criminalmente.

A pesquisa objetiva analisar a natureza jurídica do interrogatório policial brasileiro, perscrutando a essência teórica do interrogatório policial, de modo a verificar se a redação infraconstitucional, ou ainda a construção doutrinária ordinária, apresentam-se como antítipos do tipo do constitucional ou desta proposta destoam.

Justifica-se a pesquisa em face do constante embate teórico, com efeitos práticos, que se lança sobre a temática. Alguns posicionam o interrogatório como elemento informativo probatório, outros como elemento defensivo, e alguns outros, a partir de entendimento moderado, como elemento informativo misto, com viés probatório e defensivo.

Entretanto, é necessário examinar a conexão do entendimento com o suporte teórico que o sustenta, ou se o referencial teórico eleito parte do centro catalisador de todo o ordenamento jurídico pátrio, ou seja, a Constituição Federal de 1988.

Identificada a natureza do instituto, propõe-se, em linha utilitarista, verificar os desdobramentos práticos de tal entendimento a partir de algumas balizas utilizadas para a construção do ato, tais como: a assistência de advogado durante a realização do interrogatório; a entrevista pessoal e reservada do indiciado com o seu advogado; o direito ao silêncio; a condição que paira sobre o artigo 155 do Código Processo Penal; os efeitos das alterações promovidas pela Lei n. 13.245/16, que alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, na materialização do ato.

Ao transcrever paralelo entre a realidade presente e a eventual discrepância com o modelo democrático proposto pela Constituição Federal, pretende-se fazer incidir maior clareza sobre o instituto, de modo que este cumpra seu mister, tanto no deslinde da persecução penal estritamente considerada, quanto no fortalecimento do principal fundamento sob o qual está assentada a República Brasileira, ou seja, a dignidade da pessoa humana.

O método utilizado é o hipotético dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

No tocante à estrutura, a pesquisa inicia-se com a análise da natureza jurídica do interrogatório policial, abordando as questões relacionadas ao interrogatório como elemento informativo probatório, defensivo e misto. A seguir trata das implicações práticas decorrentes relacionadas à natureza jurídica do interrogatório policial, enfocando a obrigatoriedade de assistência por advogado, o direito ao silêncio do investigado e a incoerência entre a natureza jurídica do interrogatório e a convicção do magistrado a partir do disposto no art. 155 do Código de Processo Penal, e as recentes alterações do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil como reflexo do modelo democrático constitucional nacional.

Tem-se, como hipótese, que o interrogatório policial possui natureza jurídica de elemento defensivo, à luz do modelo constitucional democrático nacional, o que possibilita o respeito aos

princípios constitucionais que regem a matéria e a preservação dos direitos fundamentais do investigado criminalmente.

## 1 A NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO POLICIAL BRASILEIRO

A questão afeta à natureza jurídica do interrogatório policial não é pacífica na doutrina, havendo a respeito diversos entendimentos, alguns entendendo-a como elemento informativo probatório, outros como elemento defensivo, e alguns outros como elemento misto, ou seja, informativo probatório e defensivo.

### 1.1 O Interrogatório policial como elemento informativo probatório

Nos termos do artigo 196 do Código de Processo Penal, o interrogatório pode ocorrer a todo tempo, seja qual for o ponto da persecução criminal. Entretanto, o diploma processual penal aponta, de maneira específica, apenas duas ocasiões em que o ato deve ser realizado: o primeiro em sede administrativa, perante a autoridade policial; o segundo em sede judicial, no findar da audiência de instrução, em presença da autoridade judiciária.

Ocorre que, embora cada ato seja realizado em momento distinto da marcha persecutória, e em igual medida busquem finalidades diversas, o procedimento adotado para o interrogatório policial e judicial, por força da Constituição Federal (art. 5º, LV e LXIV) e do Código de Processo Penal – CPP (art. 6º, V), dispõe de estreito vínculo ritual.

O inciso V do art. 6º do CPP estatui que a autoridade policial, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, deverá ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título, do Livro I, do Código de Processo Penal.

A expressão “no que for aplicável”, constante do inciso V do art. 6º do CPP, permite afirmar que as disposições concernentes ao interrogatório perante a autoridade judiciária devem alcançar e conferir diretrizes ao procedimento adotado pela autoridade policial.

Tal correlação, oriunda da própria construção legislativa e aperfeiçoada com o advento das Leis ns. 10.792/2003, 11.690/2008, 11.719/2008 e 11.900/2009 seria capaz, ao menos em tese, de conferir algum alento àqueles que militam em favor das bases constitucionais. Porém, a linha interpretativa convencionalmente abraçada, que rotula o sistema processual penal como acusatório, acaba por macular toda a cadeia de atos empreendidos no transcorrer da persecução penal.

Os ataques ao instituto, sobretudo do interrogatório judicial, por gozar de previsão legal expressa e direta, consistem em classificá-lo como meio de prova, ou ainda, como instituto processual de natureza mista. Tal postura, por via reflexa, acaba por posicionar o interrogatório policial como elemento informativo probatório ou elemento informativo misto.

Neste primeiro viés, isto é, o interrogatório como elemento informativo probatório, com

tracejado declaradamente inquisitorial, o investigado é ontologicamente desfigurado, vez que sua condição de sujeito é subtraída para conferir espaço à ultrajante posição de objeto, inversão de axiomas esta combatida por Marta Saad (2006, p. 6), ao afirmar que “a integridade do sistema constitucional depende do valor que se atribua à liberdade individual e à valorização do acusado – ainda que informalmente acusado, no inquérito policial – como sujeito de direitos e não mero objeto de investigação”.

Afinal, compactuar com persecução que aflija e reduza o indiciado à condição de pecador, predisposto à confissão do seu pecado como última instância da verdade, representa, na lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009, p. 105), retrocesso que alcança os Tribunais da Santa Inquisição:

Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um *pecador*, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele *objeto de investigação*. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. Detentor da “verdade”, dela deve dar conta. Eis a razão por que a tortura ganhou a importância que ganhou, e a confissão virou *regina probationum*.

Com efeito, certo é que deste cariz inquisitorial se aproxima o interrogatório como elemento informativo probatório, porquanto não apenas se afasta das bases epistemológicas democráticas originalmente propostas pela Constituição Federal, mas nem mesmo observa, de forma pura, o sistema acusatório convencionalmente aceito. O que, no entender de Aury Lopes Júnior (2013, p. 5), inibe o conhecimento progressivo da vontade popular constitucionalmente firmada, ou seja, a nova ordem democrática “exige um rompimento, pois cria um verdadeiro obstáculo epistemológico. Daí o valor do critério de democraticidade de Cunha Martins, pois dizer ‘democrático’ é dizer o contrário de ‘inquisitivo’, é dizer o contrário de ‘misto’ e é dizer mais do que acusatório”.

Quando o inquérito policial ou o interrogatório policial é utilizado como instrumento para a construção de provas que ensejarão, já em fase judicial, a fundamentação do édito condenatório, tanto o primeiro, enquanto instituto jurídico, quanto o segundo, como proposta procedimental, renegam sua finalidade, para, em modelo velado, suplantam o sistema democrático ou mesmo o sistema acusatório, e materializam o sistema inquisitivo. Conforme se observa da precisa preleção de Aury Lopes Júnior (2000, p. 85):

[...] a eficácia probatória dos atos da instrução preliminar deve ser endoprocedimental, servindo apenas para justificar o processo ou não-processo e como fundamento das decisões interlocutórias que o juiz tenha de tomar no curso da instrução preliminar. [...] não se atribui a fase pré-processual o poder de aquisição da prova, somente deve recolher elementos úteis à determinação do fato e da autoria, em grau de probabilidade, para justificar a ação penal. [...] não existe repetição, mas sim *produção*, porque *prova valorável na sentença* só existe quando praticada em juízo ou por meio do respectivo procedimento judicial de produção antecipada.

Nessa toada, à luz do modelo democrático proposto pela Constituição Federal, que zela pelo adequado posicionamento do Estado-juiz e dos atores processuais no transcorrer da persecução criminal, bem como vindica proteção ao contraditório e à ampla defesa, necessário se faz firmar para que serve o interrogatório policial, ou ainda, quaisquer dos elementos colhidos perante a autoridade policial: a) justificar o processo ou o não-processo; b) fundamentar as decisões interlocutórias que, de forma excepcional, tenha o juiz que tomar no curso da instrução preliminar.

Assim, não se confere ao interrogatório policial ou ao inquérito policial o poder para aquisição de prova. Tal proceder é incontestemente desvirtuamento da instrução preliminar constitucionalizada, que projeta para o interrogatório policial o mero recolhimento de elementos úteis para observação do fato e de sua suposta autoria, embora sempre em grau de probabilidade que eventualmente justifique a ação penal.

Para aqueles que insistem em vislumbrar o interrogatório policial como elemento informativo probatório que, de forma maquiada, suprime a condição de sujeito do indiciado e o reduz à posição de objeto, há uma verdade peremptória a ser descoberta e extraída do interrogado. Uma justificativa, portanto, para o desatino epistemológico, que garantiria então, posteriormente, em sede judicial, a devida reprimenda. Tal alento, entretanto, na observação de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009, p. 108-109), não se revela legítimo, uma vez que considera a linguagem numa perspectiva limitada:

[...] não são poucos os que sustentam a necessidade – e por que não a concreta possibilidade? – de se entender e discutir tudo a partir da “descoberta da Verdade”, por evidente que ignorando os giros produzidos pela linguagem. Para tanto se passar – como parece elementar – *há*, sem dúvida, *uma crença na real possibilidade de se obter a Verdade pelo conhecimento do objeto* e, assim, aposta-se nos postulados da Filosofia da Consciência como o genial caminho da descoberta.

É nesse afã de obter a suposta verdade real, que o interrogado é feito objeto para obtenção de prova, diga-se, com aproveitamento não apenas para a fase inquisitiva, o que já seria reprovável, mas com elasticidade suficiente para munir o cotejo judicial.

Nessa quadra, o sistema democrático constitucional é violado e, por consequência, a natureza institucional do interrogatório policial, intrinsecamente defensiva, como se verá adiante, é maculada, de modo a fraudar a identidade e finalidade do ato desenvolvido em sede policial.

## 1.2 O interrogatório policial como elemento informativo defensivo

Cedição é o entendimento de que o inquérito policial, na condição de procedimento administrativo, em regra não abre margem à vindicação do contraditório e da ampla defesa como princípios balizadores de sua materialização. Entretanto, a partir de análise mais acurada, é possível verificar que o dogma popularizado e consagrado por considerável parcela da comunidade jurídica

não se coaduna com os termos da Constituição Federal.

Sobre a temática, em apontamento revelador, Aury Lopes Júnior (2003a, p. 391) esmiúça os termos do inciso LV, artigo 5º do Diploma Constitucional, trazendo à tona o real sentido e alcance da proposta do Poder Constituinte Originário, sustentando que o inquérito policial constitui expressão do exercício do direito de defesa:

O direito de defesa é um direito réplica, que nasce com a agressão que representa para o sujeito passivo a existência de uma imputação ou ser objeto de diligências e vigilância policial. Nesta valoração reside um dos maiores erros de numerosa doutrina brasileira que advoga pela inaplicabilidade do art. 5º, LV, da Constituição ao inquérito policial, argumentando que não existem “acusados” nessa fase, eis que não foi oferecida denúncia ou queixa. Ora, não é preciso maior capacidade de abstração para verificar que qualquer notícia-crime que impute um fato aparentemente delitivo a uma pessoa determinada, constitui uma imputação, no sentido jurídico de agressão, capaz de gerar no plano processual uma resistência. Foi isso que o legislador constitucional quis dizer com “acusados em geral” (note-se bem, o texto constitucional não fala simplesmente em “acusados”, o que daria abrigo a uma leitura mais formalista, mas sim “acusados em geral”, o que sem dúvida é muito mais amplo e protecionista).

Dessa forma, resta equivocado o entendimento de que o inquérito policial gozaria de maior eficácia com a alienação do contraditório e da ampla defesa produzidos pelo defensor do indiciado. Afinal, considerando-se que o que se busca é a verdade, então esta deve ser decorrência do contraditório.

Nessa trilha, em que a defesa em sede administrativa assume contornos incontestáveis e as partes postulantes são identificadas como colaboradoras na construção do composto investigativo, que ensejará ou não a abertura da ação penal, mister se faz indicar o momento em que a defesa será convocada para atuar no procedimento. Marta Saad (2006, p. 6), em específico tratamento da temática, esclarece:

Para efetivação desse direito, previsto constitucionalmente, contudo, é preciso ir além, porque rotineiramente não se concede ao informalmente acusado a assistência de defensor dativo; na maioria das vezes, não se lhe explicitam os direitos constitucionais e, pior, muitos dos meios de prova, colhidos no curso do inquérito, sem qualquer participação da defesa, são utilizados para sustentar futuras sentenças condenatórias. [...] O momento inicial para o exercício do direito de defesa deveria ser, assim, o indiciamento, porque encerra juízo de probabilidade quanto à autoria. [...] Por isso, o suspeito, que não foi indiciado formalmente, mas que teve restringidos direitos fundamentais, deve poder exercer sua defesa, até mesmo para que não seja depois indiciado. Para se assegurar o exercício da defesa, é imprescindível que se dê ciência ao acusado da imputação e de todo o conteúdo dos atos de instrução constantes do inquérito; além disso, é preciso garantir a assistência de advogado e a faculdade de exercício do direito ao silêncio.

É preciso acentuar que o exercício da defesa perante a autoridade policial deve ocorrer antes mesmo do indiciamento, visto que também objetiva justamente evitá-lo. A estratégia defensiva nesse pré-ato ocorre em duplo viés, ou seja, tanto por intermédio da defesa técnica que combate e suscita os termos tendentes à rejeição do indiciamento, quanto a partir da autodefesa ofertada pelo próprio suspeito caso assim prefira proceder.

A autodefesa, neste momento, é o próprio interrogatório policial, que tanto pela sua posição na dinâmica procedimental, quanto por sua finalidade constitucional, só pode ser identificado como elemento informativo defensivo. Qualquer traço probatório que macule ou desvirtue o discurso do sujeito interrogado deve ser rejeitado, visto não se coadunar com sua natureza estritamente defensiva.

Nestes termos, não se pode aceitar que o indiciamento do suspeito ocorra apenas no findar do inquérito, quando a autoridade policial então elabora o relatório final do quanto até ali investigado. Antes que o relatório seja redigido, e, por consequência, se proceda a análise quanto ao eventual indiciamento, o suspeito ou indiciado em potencial deve ser interrogado, ainda que já tenha se manifestado anteriormente nos autos do inquérito policial.

Aury Lopes Júnior e Roberta Coelho Klein (2013, p. 5), em expressa indignação com a sequência dos atos convencionalmente adotados pela Polícia Judiciária, mesmo após o advento da Lei nº 12.830/2013, declaram:

[...] o indiciamento realizado no final do inquérito policial, junto do relatório elaborado pela autoridade policial, fere direitos do indiciado, pois não mais lhe permite o exercício do direito de defesa com vistas à reversão da situação. O certo seria que o sujeito passivo fosse previamente ouvido para só então ser decidido pelo indiciamento ou não, devendo a autoridade policial informar, claramente, em caso de indiciamento, permitindo o exercício do direito de defesa antes da conclusão do inquérito.

Portanto, “o processo penal deve passar pelo filtro constitucional e democratizar-se através do fortalecimento do sujeito passivo. O indivíduo submetido ao processo penal passa a ser valorizado juridicamente (democracia = fortalecimento do indivíduo)” (LOPES JÚNIOR, 2003a, p. 382).

Tal linha interpretativa, que observa a persecução criminal à luz do sistema democrático constitucional, só pode atribuir ao interrogatório, seja o ocorrido perante a autoridade judiciária, seja o verificado em sede administrativa, a natureza de meio de defesa e elemento informativo defensivo.

Entretanto, é preciso ressaltar que o contraditório e a ampla defesa exercidos em sede policial são distintos de sua postulação ocorrida em juízo. Trata-se de espécie do gênero defesa, mas não se confunde com a defesa desenvolvida em sentido estrito, vez que o procedimento administrativo não abre margem à estruturação da dialética processual. De acordo com Lopes Júnior (2003a, p. 386):

É importante destacar que quando falamos em “contraditório” na fase pré-processual estamos fazendo alusão ao seu primeiro momento, da informação. Isto porque, em sentido estrito, não pode existir contraditório no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não havendo o exercício de uma pretensão acusatória, não pode existir a resistência. Sem embargo, esse direito à informação – importante faceta do contraditório – adquire relevância na medida em que será através dele que será exercida a defesa.

Dessa forma, à luz da Constituição Federal, certo é que o inquérito policial deve conferir ao indiciado ou suspeito as garantias do contraditório e da ampla defesa. A consagração deste dogma, numa perspectiva constitucional democrática, repercute em todos os atos que compõem a persecução criminal, de modo que o instituto jurídico do interrogatório, inclusive o ocorrido perante a autoridade policial, deve contar com as elementares oriundas desta sistemática, ainda que não o seja no estrito modelo judicial caracterizado pela dialética processual.

### 1.3 O interrogatório policial como elemento informativo misto

Ainda em paralelo ao interrogatório judicial, o interrogatório policial é entendido por considerável parcela da doutrina pátria como elemento informativo misto, ou seja, tanto serve à composição do conjunto probatório preliminar, quanto à exposição defensiva do interrogado.

Contudo, essa proposta não deve prevalecer, vez que não só afronta a pureza do sistema democrático constitucional, como também suplanta o sistema acusatório a que pretende enaltecer, espriando de forma velada o ranço inquisitório por toda persecução criminal.

Frente à encenação jurídica, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009, p. 110) denuncia:

O dito *processo misto*, com o hálito do qual Napoleão tocou o mundo a partir da Europa continental mostrou-se, desde sempre, uma fraude à democracia processual. No fundo, o *sistema* napoleônico nada mais era – e é, para quem o adota – um *Sistema Misto*, ou seja, um *Sistema Inquisitorial* mesclado com elementos provenientes do Sistema Acusatório, sobretudo partes, acusação separada formalmente do órgão julgador e debates orais. Por ele – e para ficar em poucos exemplos – nazistas, fascistas, soviéticos e todos os regimes totalitários chamaram de “democráticos” seus sistemas processuais penais, em geral tratando-os como “Sistemas Acusatórios”.

Supõem os defensores do sistema misto que as vertentes inquisitiva e acusatória podem tráfegar juntas, ficando isentas de quaisquer sequelas. Entendem que, do mesmo modo que o princípio inquisitivo catalisa as características e funções do sistema inquisitivo, e o princípio acusatório assim o faz no sistema acusatório, um princípio unificador de natureza mista emergiria

da amálgama de ambos. Nada mais equivocado. Consoante Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009, p. 109):

O problema é que é o *fim do sistema* – como referido –, que ressignifica o *princípio unificador* e ele, como é elementar, ganha um colorido diferente nos *dois sistemas conhecidos*: o *princípio unificador será inquisitivo se o sistema for inquisitório; e será dispositivo se o sistema for acusatório*. Como *ideia única*, não comporta divisão e, deste modo, não se pode ter um *princípio misto* e, de consequência, um *sistema misto*.

É deste entrevero epistemológico que surge o sistema misto, construção doutrinária desvirtuada e destoante da proposta democrática constitucional. Seus tentáculos, oriundos de junção inquisitória e acusatória, comprometem toda persecução penal, inclusive alcançando o interrogatório realizado em sede policial.

A partir de suas bases, o interrogado, ontologicamente ferido em sua natureza, é reduzido à condição de objeto apto à produção de provas ao arrepio do contraditório e da ampla defesa, vez que em eventual momento posterior a prova seria reproduzida.

Ora, primeiro que o interrogatório policial é instituto de natureza estritamente defensiva, como antes afirmado, não detendo qualquer finalidade probatória. Segundo que, ainda que de tal ato pudesse ser extraído algum elemento tendente a prejudicar o indiciado ou o suspeito, este se faria na linha que deslinda todo o inquérito policial, isto é, para a mera justificação do processo ou do não-processo.

Entretanto, em um sistema misto, que propõe a mescla dos atributos inquisitórios, acusatórios e defensivos, mesmo o interrogatório policial, sob a gerência probatória do magistrado, pode se tornar elemento apto a sustentar o édito condenatório judicial, ainda que de forma velada, nos problemáticos termos do artigo 155 do Código de Processo Penal. Também por esta razão, os defensores do sistema democrático constitucional repudiam o apensamento do inquérito policial aos autos do processo penal.

A partir desta sistemática híbrida, o contraditório e a ampla defesa garantidos ao indiciado ou suspeito pelo sistema democrático constitucional, são postergados para o trâmite processual, ocasião em que a alta carga de provas, já construídas e valoradas em ambiente inapropriado e sem o devido acompanhamento da defesa técnica, lançam o acusado em posição ainda mais distante do eventual édito absolutório, ou mesmo, de sua condição de presumida inocência.

Para aqueles que insistem em mesclar os sistemas inquisitório e acusatório, em explícita afronta ao contraditório e à ampla defesa garantidos perante a autoridade policial por força da Constituição Federal, não custa lembrar, a partir do apontamento de Ruchester Marreiros Barbosa (2016, p. 31), que:

Acusado em geral não é aquele denunciado formalmente pelo órgão de acusação. Caso contrário, deveríamos suprimir as garantias individuais nos processos administrativos disciplinares, na primeira fase, ou sindicâncias administrativas,

pois nestes não há “litigantes em processo judicial ou administrativo”. Há processo administrativo, mas não há litigantes propriamente ditos, e mesmo assim se admite defesa como construção doutrinária e jurisprudencial, porque neles há uma imputação de infração administrativa.

O sistema misto, nesta linha, nada mais é do que velada barganha jurídico-política. Tão vexatório é o sistema inquisitório, que para manter as aparências e maquiagem o seu verdadeiro aspecto, atribuíram-lhe título e forma híbridos.

## 2 IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DECORRENTES DA NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO POLICIAL

Entende-se por natureza jurídica a condição intrínseca de um ato, fato ou instituto que compõe o ordenamento jurídico. A partir da natureza de cada uma destas variáveis, são catalisadas e traçadas as características e funções das elementares que estruturam o sistema proposto.

Todavia, a sistemática material e processual não é delineada de forma desconexa e pontual. Seus contornos devem ser balizados pela norma superior de cada território e nação soberana, ou seja, precisa coadunar-se com a proposta constitucional que organizou o Estado, elencou funções oriundas do poder único estatal e firmou os direitos e garantias fundamentais. A natureza dos sistemas e dos institutos nele inseridos é parte de um composto mais abrangente, correspondente à Lei Fundamental do Estado.

No caso brasileiro, em que se adotou de forma expressa o Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal) (BRASIL, 1988), cumpre sustentar sua influência na construção da sistemática ramificada por todo o ordenamento jurídico, assumindo, no caso da processualística penal, a feição convencionalmente intitulada de democrática constitucional.

Tal linha interpretativa, não obstante os reveses promovidos pelo retrógrado procedimento inquisitivo ou mesmo pelo insuficiente sistema acusatório, deve prevalecer, conferindo o adequado tom prático à materialização dos atos e institutos que compõem a dinâmica do direito material e instrumental, inclusive do interrogatório policial, elemento informativo intrinsecamente defensivo, consoante os termos do Estado Democrático de Direito e do sistema democrático constitucional que dele emana.

### 2.1 Sistemas processuais e a variabilidade substancial do interrogatório policial

A sistemática adotada para execução do trâmite processual ou da persecução criminal afetará de forma direta e intrínseca a construção de cada instituto que compõe a cadeia de atos processuais.

Sendo assim, partindo do pressuposto de que a Constituição Federal conferiu contornos

à sistemática processual penal, mister se faz evidenciar as implicações práticas decorrentes da variante epistemológica eleita pela Lei Maior, em especial no que toca o interrogatório policial.

Nesse tracejado, por força da norma extensiva prescrita no inciso V do artigo 6º do Código de Processo Penal, em face da expressão “no que for aplicável” e do enquadramento legal conferido ao interrogatório judicial, devida é a análise de suas principais balizas constitucionais, não raro atacadas em razão da persistente incidência dos ultrapassados sistemas inquisitivo e acusatório, como se verifica em relação à obrigatoriedade de assistência do investigado por advogado e no toante ao direito ao silêncio do investigado.

Em relação à obrigatoriedade de assistência por advogado, o artigo 133 da Constituição Federal enuncia de maneira peremptória que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo sua presença e participação em todas as fases e atos que envolvam seu representado não só relevantes, mas obrigatórias. (BRASIL, 1988).

Esta prerrogativa não se restringe apenas aos atos ocorridos perante a autoridade judiciária, mas também, no que toca à seara criminal, à autoridade policial, sobretudo com suporte nos incisos LV e LXIII do artigo 5º da Constituição Federal, no artigo 8º, inciso 6º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 7º, inciso III, da Lei n. 8.906/94, e no artigo 41, inciso IX, da Lei n. 7.210/84. Não por outra razão, adverte Marta Saad (2007, p. 6):

É preciso, de fato, garantir a defesa efetiva quando esta realmente importa, assegurando-se o exercício deste direito no curso do inquérito policial: não só a autodefesa, insuficiente em razão do próprio comprometimento emocional e do desconhecimento técnico do acusado; este deve contar com a assistência de advogado, legalmente habilitado, zeloso e competente, na real defesa dos interesses de sua liberdade.

Não é plausível considerar que o indiciado ou o suspeito trafegue por todo o procedimento administrativo ocorrido em sede policial sem que disponha da devida orientação de advogado. Afinal, ainda que seja dado à prática delitiva, ou mesmo tenha conhecimento técnico das letras jurídicas, nesta quadra, está o suspeito com ânimo fragilizado, em desventurada condição de debilidade, visto que o aparato estatal sobre ele depõe suas ferramentas e o seu zelo, não raro, de caráter inquisitório. Para Lopes Júnior (2003a, p. 382):

No momento do crime, a vítima é o débil e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal opera-se uma importante modificação: o mais débil passa a ser o acusado, o que frente ao poder de acusar do Estado, sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena. O sujeito passivo do processo, aponta Guarnieri, passa a ser o protagonista, porque ele é o eixo em torno do qual giram todos os atos do processo.

Este estado de debilidade não é exclusividade do acusado inserido na marcha processual, antes, alcança também o indiciado em sede administrativa, vez que nesta condição fica sujeito a medidas diversas, tais como prisões cautelares, arresto, sequestro, buscas e apreensões, etc. Ora,

seria minimamente incoerente supor que o potencialmente afligido não pudesse dispor do amparo técnico de um advogado para enfrentar tais reveses.

Entretanto, é justamente isso que costuma ocorrer nas delegacias de polícia espalhadas por todo o país, onde a presença e participação do advogado para a realização dos atos que compõem o inquérito policial é considerada de somenos importância, inclusive no que toca à feitura do interrogatório policial.

Nesse âmbito, com considerável suporte doutrinário, desconsidera-se o direito do indiciado à entrevista pessoal e reservada com seu defensor, não obstante os claros termos do § 5º do artigo 185 do Código de Processo Penal, que deve ser combinado com o artigo 6º, inciso V, do mesmo diploma legal. Postura que implica em gravames por vezes irreversíveis para o acusado, pois, graças ao cotejo judicial consagrado pelo artigo 155 do Código de Processo Penal, o magistrado poderá avaliar as declarações reduzidas a termo no interrogatório policial como elementos informativos probatórios, aptos a supostamente agregar valor ao material reproduzido em juízo posteriormente. Atenta a esta realidade, postula Marta Saad (2006, p. 6):

Em razão de ser o inquérito carregado de atos definitivos, que não mais se repetem no curso da persecução penal [...], exhibe importância que reclama, em benefício do acusado, em favor de sua liberdade e da própria sociedade, o exercício do direito de defesa desde o seu início, com a nomeação, inclusive, de defensor dativo ao acusado impossibilitado de fazê-lo.

Não é preciso alto grau de abstração para verificar que esta prática não se coaduna com a proposta epistemológica da Constituição Federal, que enaltece e disponibiliza o contraditório e a ampla defesa para os acusados em geral, seja na esfera judicial, seja no âmbito administrativo - artigo 5º, LV (BRASIL, 1988).

Por esta razão, segundo Fernandes (2004, p. 6), torna-se necessário declarar “nulos e ilícitos todos os interrogatórios em fase policial sem a presença do advogado e sem consulta prévia deste pelo investigado, devendo ser desentranhados dos autos, ou inutilizados, a pedido da defesa”. Arremata o autor: “é que tal modificação também ocorreu no inquérito, e assim é obrigatória a presença do advogado para o depoimento na polícia. Não ocorrendo haverá nulidade nas declarações, sendo a prova ilícita e devendo ser desentranhada dos autos”.

Torna-se necessário fazer prevalecer de forma efetiva a proposta epistemológica constitucional, vez que a sociedade, o indiciado e o próprio Estado, conforme preleciona Aury Lopes Júnior (2003a, p. 391), só tendem a se beneficiar do arquétipo de princípios e preceitos instituídos pela Constituição Federal:

A ausência de intervenção da defesa torna impossível o controle das discussões e possibilita os erros de interpretação ou omissões, que a presença do defensor haveria evitado. Frente a incerteza que emerge da ignorância do órgão encarregado da investigação, muitas provas são produzidas inutilmente, quando poderiam ter sido evitadas ao conhecer determinadas testemunhas ou outros elementos que

dispõem a defesa.

Das instituições públicas e dos agentes que lhes conferem real existência, almeja-se evolução e conseqüente maturidade, condição que tende a lhes fazer reconhecer suas limitações, bem como a necessidade de uma atuação conjunta e verdadeiramente democrática em prol do interesse público e do bem comum.

No tocante ao direito ao silêncio do investigado, com o advento da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que assegurou ao preso e ao acusado em geral o direito de permanecer calados quando conduzido perante a autoridade policial e judiciária (artigo 5º, LXIII), maiores problemas não surgiram para materialização de tal garantia. Tanto que, de pronto, frações do Código de Processo Penal que permitiam que o magistrado formasse seu convencimento levando em consideração o silêncio do interrogado (artigo 198), foram tacitamente revogadas, postulado que conta com o substancial reforço do artigo 8º, § 2º, alínea “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Contudo, ainda assim algumas nuances do instituto merecem ser analisadas de forma mais pormenorizada, uma vez que o estigma inquisitório ou o maculado sistema acusatório ainda permanece impedindo o exercício pleno das faculdades conferidas pelo sistema democrático constitucional.

Assim, inicialmente, é preciso demarcar a partir de que momento o suposto investigado deve ser cientificado a respeito da imputação a ele impingida, ainda que potencialmente. De modo que, declarações apresentadas em contexto extraprocedimental, ao menos no entender do interrogado, não sejam a ele atribuídas em decorrência de ardid investigativo.

Frente à identificação da problemática, prelecionam Aury Lopes Júnior e Roberta Coelho Klein (2013, p. 5-6):

[...] para que o sujeito passivo exerça seu direito de defesa, deve ter conhecimento de seu indiciamento, sob pena de imaginar estar prestando depoimento na condição de testemunha, quando na verdade figura na condição de indiciado. No mínimo, o estado de “suspeito”, estágio pré-indiciamento, deveria ser informado, pois diante desta informação poderá utilizar o direito de silêncio, com base no princípio *nemo tenetur se detegere*, bem como se fazer acompanhar de um advogado.

Neste quadro de velada inquisição, não raro a imprensa se vale do indiciado para impulsionar seus índices de audiência. O resultado é a redução do sujeito à condição de objeto a ser leiloado pelos grupos jornalísticos, bem como o desbaratamento dos institutos que compõem a instrução preliminar, inclusive, o interrogatório policial. De acordo com Moura (1994, p. 141):

A questão deve ser encarada com seriedade, haja vista que, com certa frequência, o preso é submetido a verdadeiro “interrogatório” pela imprensa, mormente a falada e televisada, antes ou após a lavratura do flagrante e sem o conhecimento

de seu direito constitucional, e tal peça, embora informal, acaba por ser utilizada judicialmente contra o “interrogado”. Por vezes, ainda, a conversa pessoal entre indiciados presos e autoridades policiais, antes ou depois do interrogatório, é gravada sem o conhecimento daqueles, e, de igual modo, utilizada, judicialmente, em prejuízo da defesa. Cremos que, desde o momento da prisão, deve ser conferido e assegurado ao indivíduo o direito ao silêncio, e nada do que vier a dizer, sem que seja alertado do seu direito constitucional, poderá ser utilizado contra si. [...] a Lei Maior preocupou-se com a pessoa capturada, assegurando a esta, mesmo fora e antes do interrogatório, o direito ao silêncio.

Fato é que o exercício do direito ao silêncio do indiciado precisa ocorrer nos devidos moldes constitucionais. Qualquer desvirtuamento da garantia é prejudicial, sejam as declarações instigadas pela imprensa e por investigadores de polícia em âmbito extraprocedimental, seja o próprio exercício do silêncio, quando, estrategicamente, com a devida orientação de advogado, se optaria pela verbalização dos fatos. Para Fernandes (2004, p. 6-7):

Será, igualmente, ilegal o depoimento se o investigado tiver optado pela garantia constitucional de permanecer calado, sem a consulta prévia que a lei garante. Isto porque o depoimento pode ser elemento de defesa e o investigado pode estar perdendo uma oportunidade de fazer prova em seu benefício. É público que muitas vezes os policiais incentivam “a garantia do silêncio”, ou resolvem travestir-se de conselheiros dos investigados.

Ressalte-se que, numa perspectiva constitucional, o interrogatório policial detém finalidade estritamente defensiva, não devendo ser desvirtuado para construção de conjunto probatório. O instituto não serve a este desiderato.

Com efeito, “o direito em tela integra a autodefesa do incriminado, consubstanciada no direito de audiência: tem ele o direito de fornecer subsídios à defesa técnica, mas, como é dispensável e renunciável, pode, também, como forma de defesa, preferir o silêncio” (MOURA, 1994, p. 137).

Na linha do princípio *nemo tenetur se detegere*, materializado pelo direito ao silêncio presente no interrogatório, é possível afirmar que o interrogatório policial é elemento informativo defensivo, não imputando ao indiciado qualquer dever de produzir ou estar sujeito à produção de provas. Afinal, goza este de presumida condição de inocência. Segundo Lopes Júnior (2015, p. 43):

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador. Sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*). Ferrajoli esclarece que a acusação tem a carga de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o direito (não dever) de contradizer com contra-hipóteses e contraprovas.

A adoção de sistemática processual que se coadune com a proposta constitucional garantirá

que equívocos teóricos e práticos sejam afastados, preservando-se com isso os direitos fundamentais do investigado ou indiciado.

## **2.2 Incoerência entre a natureza jurídica do interrogatório policial e a formação da convicção do magistrado a partir do artigo 155 do Código de Processo Penal**

Consciente da impossibilidade de se declarar abertamente a existência de um sistema híbrido, parcela da comunidade jurídica enuncia a vigência de uma sistemática processual acusatória. Contudo, tal postura não se coaduna com a realidade.

Na sistemática processual penal a que estão sujeitos os atores processuais e o Estado-juiz, o magistrado assume primazia na gestão probatória, bem como detém poderes suficientemente elásticos para se apropriar, ainda que em suposto caráter subsidiário, do conjunto probatório produzido perante a autoridade policial.

Tal proceder, embora travestido de suporte epistemológico acusatório, em realidade sustenta o arquétipo inquisitivo como princípio unificador do sistema. As consequências não poderiam ser mais nefastas. Para Saad (2006, p. 6):

[...] muitos dos meios de prova, colhidos no curso do inquérito, sem qualquer participação da defesa, são utilizados para sustentar futuras sentenças condenatórias. Ainda, no curso do inquérito, decretam-se medidas diversas, tais como prisões cautelares, arresto e sequestro, buscas e apreensões, tudo mantendo o envolvido alheio, como se estranho fosse ao procedimento.

Com suporte neste pseudossistema acusatório, abriga-se no Código de Processo Penal preceito que viabiliza a somatória das provas produzidas em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, com os elementos informativos coligidos aos autos do inquérito policial. Sem que se observe, nesta prática formalizada, o contraditório e a ampla defesa para a formação do convencimento do magistrado (artigo 155 do CPP). Consoante Lopes Júnior (2008, p. 9-10):

O art. 155 não teve coragem para romper com a tradição brasileira de confundir atos de prova com atos de investigação, com graves reflexos na eficácia probatória deles. A redação vai muito bem, até o ponto em que inseriram a palavra errada, no lugar errado. E uma palavra, faz muita diferença... Bastou incluir o “exclusivamente” para sepultar qualquer esperança de que os juízes parassem de condenar os réus com base nos atos do famigerado, inquisitório e superado inquérito policial. Seguiremos assistindo a sentenças que, negando a garantia de ser julgado a partir de atos de prova (realizados em pleno contraditório, por elementar), buscarão no inquérito policial (meros atos de investigação e sem legitimidade para tanto) os elementos (inquisitórios) necessários para condenação.

Apenas este ponto já seria o suficiente para desvirtuar o sistema que se propõe acusatório, mas há mais (LOPES JUNIOR, 2000, p. 85): a) as provas, em regra, não são reproduzidas em

juízo, mas tão somente se confere uma nova roupagem aos elementos informativos produzidos perante a autoridade policial; b) ainda que as provas fossem efetivamente reproduzidas em juízo e os elementos informativos trazidos do inquérito policial fossem utilizados como mero referencial, o sistema ainda restaria burlado, uma vez que o produto da instrução preliminar serve apenas à fundamentação do processo ou não-processo, e não de suporte para o convencimento derradeiro do magistrado; c) como num efeito prejudicial circular, ainda que os elementos informativos servissem apenas para justificar o processo ou o não-processo, restariam descaracterizados frente à ausência do contraditório e da ampla defesa em sede policial; d) finalmente, a prova construída em juízo não deve ser reproduzida com base nas investigações policiais, mas efetivamente produzida. Por essa razão, concretizado o ajuizamento da ação penal, o inquérito policial não deve seguir apensado aos autos do processo.

É desta encruzilhada epistemológica que emerge o interrogatório policial desvirtuado desde o seu nascedouro, feito à força elemento informativo probatório, com seu aproveitamento até mesmo em juízo para a prolação da sentença penal condenatória.

Em razão do ataque à natureza do interrogatório policial, ou ainda numa perspectiva mais ampla do inquérito policial, o sistema democrático constitucional é desmantelado, dando margem a um exacerbado ativismo judicial. Para Lopes Júnior (2013, p. 5-6):

O sistema processual penal democrático impõe a máxima eficácia das garantias constitucionais e está calcado no “amor ao contraditório”. É aquele que, partindo da Constituição, cria as condições de possibilidade para a máxima eficácia do sistema de garantias fundamentais, estando fundado no contraditório efetivo, para assegurar o tratamento igualitário entre as partes, permitir a ampla defesa, afastar o juiz-ator e o ativismo judicial para garantir a imparcialidade.

Não por outra razão, de forma enérgica, denuncia Rosemiro Pereira Leal (2001, p. 157):

Só admitindo que a lei formulada é muda, não objetiva, fatalmente ininteligível e obstativa de criação e realização de direitos, nada transmitindo em seu discurso léxico-gramatical e que, ao ser editada, tornar-se-ia coisa inerte, inexpressiva, caótica e inútil, é que seria possível dizer que o sentido da lei é o investigado e atribuído pelo intérprete-aplicador do direito. Isto, por certo, resultaria numa interpretação engendrada pela argumentação que, invés de “algo que vai longe da discricionariedade”, seria, ao contrário, algo que iguala à mais desabrida autocracia interpretativa (personalismo hermenêutico). A *constituição formal*, com conquista histórica da lei democrática, é fonte objetiva de conteúdos jurídicos de vinculação originária do intérprete (interpretação conforme a constituição), como cláusula de vedação de busca de verdade absoluta pelo subjetivismo realista (poder social) do aplicador da norma (*logus judicatorum*).

Torna-se imperiosa uma militância democrática mais incisiva, de modo a evitar a perpetuação da sistemática processual inquisitória ou mesmo pseudoacusatória, possibilitando que

venha a triunfar o sistema democrático constitucional estabelecido há mais três décadas no Brasil.

### **2.3 Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e reflexos no modelo democrático constitucional**

Segundo Aury Lopes Júnior (2013, p. 5-6), a controvérsia entre sistema inquisitório e acusatório, frente aos postulados constitucionais, está ultrapassada. Para o jurista, o sistema inquisitório seria integralmente inconstitucional; o misto, no mínimo, parcialmente inconstitucional; o acusatório, numa perspectiva que enfrente o crivo da Convenção Internacional dos Direitos Humanos, insuficiente.

O princípio democrático, alçado como baluarte da Constituição Federal, espraia-se por toda sistemática infraconstitucional, razão pela qual não se pode conceber uma realidade jurídica que minimize sua influência e seus efeitos.

Na visão de Aury Lopes Júnior (2013, p. 5-6), mesmo o sistema acusatório, em decorrência dos constantes embates a que se viu exposto com as linhas inquisitivas e mistas, restou fragilizado. Tal ocorrência abriu margem à análise dos institutos sob novo viés, de modo a potencializar a proposta constitucional democrática.

Vários são os pontos que indicam a incoerência entre a proposta constitucional e a sistemática ainda adotada pelo Código de Processo Penal. Mas, de todos estes, a gestão judicial da prova é premissa que provoca maior escândalo entre os que propõe adotar a linha epistemológica traçada pela Constituição Federal. Todavia, este quadro, ainda que de forma tímida, começa a mudar.

O interrogatório policial, realizado a partir dos parâmetros de uma sistemática inquisitiva, que valora o instituto como mero elemento probatório, sujeito a ulterior condição de prova a ser apreciada em juízo, deparou-se com novos fluxos democráticos, desde a entrada em vigor da Lei n. 13.245/16, que alterou o artigo 7º da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

A partir dessa premissa legal, a presença do advogado no transcorrer do inquérito policial, e em especial durante a realização do interrogatório, consolidou-se como condição de validade do ato empreendido pela Polícia Judiciária, bem como abriu margem para que o material produzido, considerado pela lei como elemento probatório, receba o manejo não apenas da autoridade policial ou da autoridade judicial, mas igualmente da defesa. Esta, frente à concretização de atos investigatórios e probatórios, passa a ser dotada de poderosa ferramenta, ou seja, a possibilidade de apresentar não apenas quesitos, mas razões.

É sabido que a Constituição Federal de 1988 - artigo 5º, LV (BRASIL, 1988) viabilizou o exercício do contraditório e da ampla defesa em sede policial, bem como exigiu que o indiciado, ainda que em potencial, dispusesse do acompanhamento de profissional com capacidade postulatória mesmo no âmbito administrativo. Contudo, ainda não se dispunha, de forma expressa, da possibilidade de apresentar razões perante a autoridade policial. Para Lopes Júnior (2003b, p.

330):

No inquérito policial, a defesa técnica está limitada, pois limitada está a defesa como um todo. Ainda que o direito de defesa tenha expressa previsão constitucional, como explicamos anteriormente, na prática, a forma como é conduzido o inquérito policial quase não deixa espaço para a defesa técnica atuar no seu interior. Por isso, diz-se que a defesa técnica na fase pré-processual tem uma atuação essencialmente exógena, através do exercício do habeas corpus e do mandado de segurança, que, em última análise, corporificam o exercício do direito de defesa fora do inquérito policial. Dentro do inquérito basicamente só existe a possibilidade de solicitar diligências, nos estreitos limites do art. 14 do CPP.

Dentre as faculdades conferidas ao defensor que extrapolam os lindes exógenos e materializam o exercício endógeno de defesa, também é possível listar (SAAD, 2004, p. 271-271):

Ao praticar o exercício endógeno do direito de defesa, o acusado pode requerer diligências à autoridade policial, indicar-lhe testemunhas, formular quesitos e pedidos de esclarecimentos e complementação de laudos já apresentados, requerer a juntada de documentos e impugnar a autenticidade de documentos juntados aos autos, permanecer em silêncio durante o interrogatório e se recusar a participar da coleta e/ou produção de meios de prova que podem ser usados em seu desfavor, ser acompanhado de defensor legalmente habilitado, de sua confiança ou indicado pelo Estado quando não puder arcar com as custas, ser assistido por intérprete, em caso de não dominar o idioma ou não puder, de qualquer forma, compreendê-lo.

Nesta quadra, em acréscimo a essas possibilidades, por intermédio da apresentação de razões, pode o defensor, ainda que em tese, influenciar de maneira direta o destino da empreitada investigativa.

É certo que tal postura, essencialmente democrática, é desdobramento das garantias ao contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente asseguradas para os acusados em geral. Ainda que, no que tange ao contraditório, conte-se com os devidos temperos técnicos, conforme afirmado por Saad (2004, p. 220):

De fato, no inquérito policial não se pode estabelecer contraditório, em sentido técnico, porque ainda não há parte acusadora, em sentido formal, ou seja, “não há parte e contraparte”, nem tampouco há sujeito imparcial destinatário do resultado. Mas o delegado de polícia concentra em si poderes e funções que, depois, serão bipartidos entre o acusador – público ou privado – e o juiz.

De todo modo, frente à abertura da lei para que o defensor, mediante a apresentação de razões, maneje os elementos de convicção produzidos perante a autoridade policial, dentre os quais se inclui o interrogatório, verifica-se no inquérito a influência do modelo democrático proposto

pela Constituição Federal.

Nestes moldes deve ser compreendida a persecução criminal, vez que a matéria objeto de investigação e ulteriores debates não se circunscreve aos estritos interesses de um indivíduo ou de seu defensor, mas de toda a sociedade e do próprio Estado, intrinsecamente interessados na materialização de um julgamento que preserve os direitos e garantias fundamentais, conferindo, por fim, a devida prestação jurisdicional.

Nesse contexto, a natureza jurídica do interrogatório realizado perante a autoridade policial deve ser considerada como estrito elemento defensivo, desatrelada de qualquer carga probatória preordenada ou intencional.

A respeito do valor probatório do interrogatório, afirma Lopes Júnior (2003b, p. 340):

Com relação ao valor probatório do interrogatório, propugnamos por um modelo garantista, em que o interrogatório é orientado pela presunção de inocência, visto assim como o principal meio de exercício da autodefesa e que tem, por isso, a função de dar materialmente vida ao contraditório, permitindo ao sujeito passivo refutar a imputação ou aduzir argumentos para justificar sua conduta. Especificamente na investigação preliminar, o interrogatório deve estar dirigido a verificar se existem ou não motivos suficientes para a abertura do processo criminal.

Eventuais elementos de convicção obtidos no interrogatório policial, à luz do modelo democrático, assumem caráter meramente endoprocedimental, apenas para verificar a existência dos requisitos necessários à abertura de processo penal. Logo, não há que se falar que o interrogatório policial possa assumir natureza probatória ou mista, vez que toda a marcha constitucional, inclusive com influência sobre a Lei n. 13.245/16, eleva o instituto à condição de pureza defensiva.

## CONCLUSÃO

Após examinar o interrogatório policial brasileiro de forma pormenorizada, conclui-se que é este elemento informativo estritamente defensivo.

As feições probatórias incididas sobre o instituto ou as amálgamas probatório-defensivas decorrentes de um entendimento híbrido, à luz do modelo democrático proposto pela Constituição Federal, não devem ser toleradas. Servem tão só para desvirtuar a proposta constitucional.

O interrogatório policial é elemento que coopera para a construção do entendimento da autoridade policial, quando do eventual indiciamento, assim como confere subsídios ao órgão ministerial ao oferecer denúncia ou promover arquivamento. Entretanto, nem por isso o instituto deve ser considerado como elemento informativo probatório.

O inquérito policial não é o ambiente adequado para a produção de provas. Trata-se de instrução preliminar sumária, com finalidade estrita: colheita de subsídios que legitimem o processo ou o não-processo. O interrogatório policial, delineado neste contexto não pode ser confundido como prova a ser reproduzida em juízo.

Nesta razão de ser, a natureza defensiva do instituto exige a presença, assistência e obrigatoria influência de advogado para a realização do ato, assim como garante a todo o momento a entrevista pessoal e reservada deste com o seu cliente.

É também em decorrência da essência defensiva do inquérito policial, que todo aquele que é levado à presença da autoridade policial para ser interrogado dispõe da possibilidade de se manter silente, inclusive sendo previamente informado de seu direito, de modo a não ser fraudado por agentes públicos despreparados ou mal-intencionados, ou ainda por eventual inconveniência da imprensa.

O espírito que move a realização do inquérito policial, devidamente tipificado no arquétipo de princípios e preceitos da Constituição Federal, deve ser suficientemente hábil e dispor de força normativa para impedir que o convencimento do magistrado emitido no limiar da instrução criminal esteja de algum modo fundado nos elementos informativos colhidos em sede administrativa. Tal entendimento impõe a revisão do artigo 155 do Código de Processo Penal, bem como sugere o desentranhamento do inquérito policial, caso os autos avancem para a fase judicial da persecução.

Destaca-se o louvável avanço promovido pela Lei n. 13.245/16, que conferiu maiores subsídios à defesa endógena realizada durante a realização do inquérito policial.

Tem-se, em conclusão, que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que o interrogatório policial possui natureza jurídica de elemento defensivo, à luz do modelo constitucional democrático nacional, o que possibilita o respeito aos princípios constitucionais que regem a matéria e a preservação dos direitos fundamentais da pessoa investigada criminalmente.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Lei nº 13.245/2016 exige mais do que o advogado na investigação criminal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, RS, v. 16, n. 96, p. 22-37, fev./mar. 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

FERNANDES, Fernando Augusto Henriques. Interrogatório contraditório no inquérito policial. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, SP, v. 12, n. 138, p. 6-7, maio 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca, SP, v. 4, n. 6, p. 152-164, maio 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do

tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, SP, v. 21, n. 251, p. 5-6, out. 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, RS, v. 1, p. 57-86, maio/ago. 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. Bom para que(m)? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, SP, v. 16, n. 188, p. 9-10, jul. 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos atos do inquérito policial: uma (des)construção jurisprudencial [Jurisprudência comentada]. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, v. 11, n. 43, p. 378-396, abr./jun. 2003a.

LOPES JÚNIOR, Aury. Réu não deve ser obrigado a provar causa de exclusão da ilicitude. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, RS, v. 12, n. 67, p. 43-47, ago./set. 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b.

LOPES JÚNIOR, Aury; KLEIN, Roberta Coelho. O indiciamento e a Lei 12.830/2013: um avanço, mas não o suficiente. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, SP, v. 21, n. 249, p. 5-6, ago. 2013.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Direito ao silêncio no interrogatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, v. 2, n. 6, p. 133-147, abr./jun. 1994.

SAAD, Marta. A defesa técnica dos presos em flagrante delito. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, SP, v. 14, n. 173, p. 6, abr. 2007.

SAAD, Marta. Exercício do direito de defesa no inquérito policial. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, SP, v. 14, n. 166, p. 6, set. 2006.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

**Como citar:** REMEDIO, José Antonio; CARDOSO, Fernando Cerqueira. Interrogatório policial: Natureza jurídica à luz do modelo constitucional democrático brasileiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 48-69, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 48. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 06/01/2019

Aprovado em: 22/04/2019

**EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A  
PRESTAÇÕES POSITIVAS SOB A ÓPTICA DA TEORIA DE  
ROBERT ALEXY**

EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS TO POSITIVE  
PRESTATIONS FROM THE PERSPECTIVE OF ROBERT ALEXY'S  
THEORY

**Eloy Pereira Lemos Junior\***  
**Alex Matoso Silva\*\***

\*Doutor em Direito Empresarial pela UFMG, Mestre e Especialista em Direito; Professor Universitário do Mestrado e da Graduação em Direito da Universidade de Itaúna (UIT), da graduação FUPAC; ex-bolsista CAPES e atual do FUNDEP/UFMG; Coordenador do Projeto Cidade Alteridade em Itaúna; e Advogado. E-mail: eloy.junior@uol.com.br

\*\*Especialista em Direito Público (PUCMINAS). Mestrando em proteção aos direitos fundamentais (UNIVERSIDADE DE ITAÚNA-UIT). Professor da graduação em Direito (UNIVERSIDADE DE ITAÚNA). Juiz de Direito (TJMG). E-mail: alexmatoso@ibest.com.br

**Como citar:** LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; SILVA, Alex Matoso. Efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas sob a óptica da teoria de Robert Alexy. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 70-84, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 70. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** Vertido no âmbito dos estudos sobre a Teoria do Direito Material Coletivo e tendo como marco teórico as conclusões de Robert Alexy, especialmente aquelas alcançadas na obra Teoria dos Direitos Fundamentais, o propósito deste trabalho é examinar o direito às prestações estatais como instrumento para efetivação dos direitos humanos consignados no texto constitucional. Dar-se-á ênfase para as prestações positivas. Desse modo, a presente pesquisa, do tipo exploratória, que adotará como procedimento a revisão bibliográfica e tendo por método de inferência o dedutivo, buscará validar a hipótese da concretização dos direitos fundamentais por meio da força instrumental da exigência da atuação comissiva estatal para o cumprimento das prestações positivas.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Ações estatais positivas. Prestações fáticas.

**Abstract:** Produced in the scope of the studies on Collective Material Law Theory and having as a theoretical framework the conclusions of Robert Alexy, especially those found in the Theory of Fundamental Rights, this paper will examine the right to state prestations as a tool for effectiveness of human rights enshrined in the Brazilian Constitution. Emphasis will be placed on positive prestations. Thus, the present exploratory research, which adopts as its procedure bibliographic review and uses as its method of inference deductive reasoning, will seek to validate the hypothesis of the realization of fundamental rights by means of the state's commissive action for the fulfillment of prestations.

**Keywords:** Fundamental Rights, Positive State Actions, Fact-related Prestations.

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, que, em concepção clássica, destinam-se à proteção dos cidadãos contra intervenções estatais que restrinjam liberdades individuais, contemplam duas dimensões de significados opostos, as quais, conquanto pareçam contrapostas, em realidade se complementam.

De um lado, em uma primeira dimensão, sustentam o direito de defesa dos cidadãos, consubstanciando ações negativas – abstenções – do Estado e, de outro lado, em uma segunda dimensão contraposta, obrigam o Estado a agir positivamente, seja mediante ações de fato, para atender direito fundamental negligenciado, seja sob o aspecto normativo, para regular a efetivação de garantias constitucionais.

Com ênfase para as prestações positivas, a presente pesquisa, do tipo exploratória, que adotará como procedimento a revisão bibliográfica e tendo por método de inferência o indutivo, tem como o propósito examinar o direito às prestações estatais como instrumento para efetivação dos direitos humanos consignados no texto constitucional e buscará validar a hipótese da concretização dos direitos fundamentais por meio da força instrumental da exigência da atuação comissiva estatal para o cumprimento das prestações positivas.

Ainda que o tema seja tratado por diversos estudiosos, necessário registrar que o presente artigo será baseado e delimitado nas impressões e conclusões doutrinárias lançadas por Robert Alexy (2008), em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

Sob tais limites, o artigo se desenvolverá ao longo de três capítulos e a conclusão.

O primeiro capítulo terá como tema a definição do direito a algo, direito à liberdade – em seu aspecto jurídico – e o direito à competência, tudo sob a óptica de Alexy.

Segue-se a isso o segundo capítulo destinado à apresentação do contraponto entre prestações negativas – abstenções – e prestações positivas – ações – estatal.

Descortina-se, adiante, o terceiro capítulo, voltado às ações positivas, em seu sentido amplo (proteção, organização e procedimento) e em seu sentido restrito (prestações de fato).

Atinge-se a conclusão, que, impossível fugir ao mister, propõe-se a trazer a substância crítica do estudo.

Ainda que essencialmente calcado nas lições de Alexy, por evidente, outros doutrinadores serão chamados como referência no trabalho, em apoio, esclarecimento e até mesmo crítica às posições declaradas pelo autor principal em estudo.

O próprio Robert Alexy em diversas passagens de sua doutrina defende a ideia de que consubstancia questão polêmica a de saber em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direito fundamentais a condição de normas que garantam direito a prestações em sentido mais amplo.

Com efeito, ainda conforme assinala Alexy, é intensa e acirrada a discussão sobre os direitos fundamentais sociais – que ensejam as ações positivas estatais, tanto sob o viés normativo, quanto de natureza de prestações fáticas – especialmente no que respeita à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação.

Toda essa discussão, conforme se verá, decorre da ausência de consenso dos limites do que seja “direitos a prestações”, porque possível interpretar essa expressão tanto em sentido estrito – restringindo ao mínimo a responsabilidade do Estado na consecução do bem-estar social – assim quanto emprestar a ela o mais amplo conceito, de modo a abarcar a exigência do máximo de atuação estatal em benefício do bem comum (*welfare state*).

Qualquer omissão estatal, em tal ou qual sentido interpretativo adotado às ações positivas – restritivo ou ampliativo – sejam prestações fáticas, sejam prestações normativas, imporá a intervenção do Poder Judiciário, mediante provocação do cidadão lesado.

Assim é porque, para implementar e manter uma sociedade mais justa e igualitária, uma vez assegurados os preceitos que garantam a efetividade desses avanços – direitos fundamentais – o Estado não pode mais recuá-los, diminuir, romper, cancelar ou os exterminar.

## 1 DIREITO A ALGO, LIBERDADE E COMPETÊNCIAS

Na esteira da lição de Gebran Neto (2004, p. 2, 3), também baseada em Alexy, os direitos fundamentais são compreendidos como “[...] direitos a algo, liberdades e competências”, sendo possível dizer, de modo conciso, que “os direitos a algo compreendem ações positivas e negativas por parte do Estado para concretização e respeito dos direitos fundamentais.” De se dizer, para efeitos de proteção das pessoas, ou seja, em respeito aos direitos fundamentais, o Estado ora se abstém de agir e, pois, de interferir na seara privada imanente aos cidadãos, ora é chamado a atuar comissivamente nessa mesma seara.

Ter direito a algo, em termos genéricos – sem a crítica científica exigida por Alexy – seria ter direito a uma “pretensão”. A fórmula estabelecida por ele para traduzir esse direito assim se expressa: “*a*” tem, em face de “*b*”, um direito a “*G*”. Todavia, Alexy prefere a expressão “direito a algo” e explica a opção:

A expressão “direito a algo” pode soar um pouco estranha. Alternativas possíveis seriam “direito (subjeto)” e “pretensão”. Mas direitos (subjeto) incluem também liberdades e competências. Por isso, essa expressão parece pouco adequada para designar posições que devem ser claramente distinguidas das liberdades e competências. A expressão “pretensão” é mais adequada. O conceito de “direito a algo” compartilha com o conceito de “pretensão” um caráter relacional. Tanto quanto uma pretensão, um direito a algo dirige-se sempre contra alguém, e o objeto é, em ambos os casos, sempre um fazer ou uma abstenção. Contudo, aqui se renunciará à utilização do conceito de pretensão em um sentido técnico. Esse conceito está onerado por inúmeras controvérsias que, no presente contexto, pouco interessam [...]. Se se deixam de lado as controvérsias acerca do conceito de pretensão, as quais dizem respeito, por exemplo, à atualidade, à determinação da parte contrária e à exigibilidade judicial, então o direito a algo poderia, sem problemas, ser designado como “pretensão” (ALEXY, 2008, p. 193).

Alexy assinala que:

Os direitos a algo são relações triádicas entre o titular (*a*), os destinatários (*b*) e o objeto (*G*) do direito. Só quando existe esta relação entre *a*, *b* e *G*, se poderá afirmar que *a* se encontra em uma posição jurídica caracterizada por ter ele em face de *b* um direito a *G* (ALEXY, 2004, p. 182-183, tradução nossa).<sup>1</sup>

O termo liberdade está diuturnamente submetido a uma gama de estudos filosófico, jurídico, social e moral. De todo modo, este capítulo cuidará do conceito de liberdade sob o aspecto jurídico e de acordo com a doutrina de Robert Alexy (2008, p. 218-220).

É por demais espinhoso conceituar o que seja liberdade, pois é termo que, a par de transparecer em si próprio algo que seja de profunda importância e prática, não denota qualquer clareza. Liberdade pode significar o livre arbítrio de agir de um indivíduo, em conformidade com sua própria vontade e sem prejudicar terceiros, assim como, ao mesmo tempo, pode significar um conjunto de ideias liberais, tais os direitos de cada cidadão.

O núcleo do termo liberdade, para Alexy, encontra respaldo na falta de barreiras, entraves, limitações ou embaraços, levando-se em conta o obstáculo e a sua referência.

O componente da liberdade não expressa apenas uma ação individualizada, mas sim uma alternativa; a liberdade pode ser classificada tanto como positiva – uma ação, um agir, um fazer – quanto negativa, em que se tem um fazer ou deixar de fazer algo alternativamente.

A liberdade negativa é uma liberdade jurídica ao passo que a liberdade positiva consubstancia na possibilidade de existência de uma única ação.

Para Alexy, uma pessoa é considerada negativamente livre na medida em que a ela não são impostas vedações ou obstáculos nas suas ações, podendo fazer ou deixar de fazer algo, ou seja, são as cognominadas de normas permissivas, em que cada pessoa possui um direito *prima facie*, direito defronte ao Estado, de que se abstenha de intervir.

O conceito de liberdade jurídica se torna mais amplo porque o seu objeto manifesta-se numa alternativa de ação, ou seja, se expressa acerca da possibilidade de “fazer algo”.

O substrato do conceito de liberdade compõe uma relação triádica entre o titular de uma liberdade, assim como de uma não liberdade, um embaraço à liberdade e um objeto da liberdade. Neste posicionamento, Alexy cria uma categoria de “catálogo de liberdade”.

O importante é ter ciente que o obstáculo provém de uma norma jurídica garantida, não impedindo o titular de ter a sua liberdade jurídica, de poder fazer ou deixar de fazer.

Neste diapasão, sendo o obstáculo de ordem jurídica garantido pelo direito, há que se examinar se o referido obstáculo é transponível ou não. Em sendo intransponível, não há que se falar em liberdade, em face da existência de uma norma proibitiva. Lado outro, sendo o obstáculo transponível e ainda o elemento ação (fazer ou não fazer) constituir uma alternativa de ação, ter-

---

<sup>1</sup> No original: Los derechos a algo son relaciones triádicas entre el titular (*a*), los destinatarios (*b*) y el objeto (*G*) del derecho. Solo cuando existe esta relación entre *a*, *b* y *G* se encuentra a em una posición jurídica que está caracterizada por tener frente a *b* um derecho a *G*.

se-á o direito de liberdade juridicamente garantida. Ao contrário, caso não existente, tem-se a chamada liberdade positiva – “não liberdade”.

Alexy (2008, p. 235) assinala que “[...] os direitos a algo e as liberdades representam uma parcela das posições que são chamadas de ‘direitos’.” Haveria um terceiro grupo constituído pelas posições que o referido autor optou por chamar de “competências”.

As competências, conforme assinala Gebran Neto (2004), vem a ser “[...] a capacidade de o indivíduo, por meio de uma ação, vir a modificar a posição jurídica de algo ou de alguém em relação àquela em seu estado natural, pode se dar tanto no direito público como no privado, como o casamento, testamento, ou ingresso no serviço público”. Conformam a criação de possibilidade de atos jurídicos e a consequência deles modificarem posições jurídicas. Nesse sentido, arremata Gebran Neto (2004, p. 3):

As competências dos cidadãos que gozam de proteção jusfundamental têm por núcleo central uma proibição dirigida ao legislador de não eliminar ou modificar fundamentalmente determinadas instituições jurídicas de direito privado. A garantia institucional é, pois, em primeira linha, uma proibição dirigida ao legislador de não eliminar determinadas competências do cidadão.

Estabelecidos esses conceitos, importa assinalar que sobre tais direitos e exatamente para a efetivação deles incidem prestações negativas e prestações positivas por parte do estado, conforme se verá adiante.

## 2 PRESTAÇÕES ESTATAIS: NEGATIVAS E POSITIVAS – UM CONTRAPONTO

O exercício dos direitos fundamentais pode ocorrer de duas formas, vale dizer: por meio dos direitos de defesa e por meio dos direitos a prestações. A primeira forma diz respeito às abstenções do Estado frente ao indivíduo, ao passo que na segunda pretende-se uma ação positiva por parte do Estado frente ao indivíduo.

Nesse sentido, tem-se a lição de Maurício Júnior, que, em referência a Alexy, registra:

A existência de direitos sociais prestacionais está normalmente ligada à ideia de um Estado de bem-estar social (*welfare state*), um sistema no qual o governo fica incumbido da responsabilidade de prover a seguridade social e econômica da população do Estado, através de pensões, benefícios de seguridade social, assistência médica gratuita e outras prestações. Bem-estar não é um conceito quantitativo que pode ser medido em unidades homogêneas, mas sim um conceito relativo, que faz referência à repartição das riquezas sociais. Em outras palavras, o bem-estar não é função da riqueza de um país, mas de sua repartição, devendo ser entendido como “a participação de uma pessoa no desfrute daqueles bens escassos e necessários que compõem o que chamamos de riqueza social”. Liga-se o bem-estar, portanto, à ideia de justiça distributiva, já mencionada por Aristóteles como aquela espécie de justiça que se manifesta nas distribuições

de magistraturas, de dinheiro e de outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição, e dá lugar, conforme Sanchís, a três espécies de questões: a) que justificação moral pode alegar uma decisão pública acerca da repartição de cargas e recursos, b) que tipo de coisas e necessidades podem ser objeto de uma política de bem-estar, e c) quem ostenta a legitimidade para decidir como se constrói – e a que preço – um bem-estar coletivo (MAURÍCIO JÚNIOR, 2009, p. 33).

Para Alexy (2008), os direitos de defesa, constituem as não-intervenções do Estado frente ao direito individual, que pertencem ao status negativo amplo, ou seja, o direito que impõe ao Estado o dever de não agir, de não violar direitos individuais, como o direito de expressão, inviolabilidade do domicílio, direito de cultos religiosos etc. Direitos de defesa (negativos) surgiram como nascente supletiva de direitos e garantias individuais, que perfilharam a fragilidade humana em face do poder estatal e daquele que o exerce.

Os direitos a ações negativas do Estado, segundo Alexy, podem ser classificados em três grupos: a) direitos a não bloqueio de ações, b) direitos a não afetação das peculiaridades e suas situações e c) direitos a não exclusão de posições jurídicas.

O primeiro grupo – direitos a não-bloqueio de ações – significa a não intervenção do Estado de forma a impor algum empecilho, obstáculo ou embaraço ao titular do direito, não criando complicações ou mesmo tolhendo a ação do titular seja por qualquer meio. Nesta classe enquadram-se, a título de exemplo e de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o direito de greve e o direito de liberdade de associação sindical, constitucionalmente garantidos (BRASIL, 1988).

O segundo grupo – direitos a não afetação das peculiaridades e suas situações – denota que o Estado não pode comprometer, afetar, contrafazer ou mesmo danificar as características e as situações do titular do direito. Exemplificando, tem-se a situação de não afetação estatal de um direito fundamental de uma pessoa ser saudável ou até uma situação jurídica, como por exemplo, o direito à aposentadoria.

Por fim, o terceiro grupo – direitos a não exclusão de posições jurídicas – reflete na impossibilidade de o Estado alterar ou revogar situações jurídicas constitutivas, como por exemplo a proibição contra a despedida arbitrária, por meio de indenização.

Lado oposto, os direitos a ações positivas exigem do Estado uma persecução de propósitos e finalidades, o que gera muita complicação ao estabelecer em qual padrão/limite os objetivos do Estado podem e devem vincular a direitos subjetivos do indivíduo.

Para Alexy, todas as ações positivas do Estado têm o condão de serem classificadas, quanto à sua interpretação, como de natureza subjetiva e de nível constitucional. Tais direitos podem ser classificados em: a) o grupo dos direitos que exigem do Estado uma prestação, um agir de ordem fática, o que corresponde aos direitos a prestações em sentido estrito e b) o grupo dos que postulam do Estado uma simples assistência ou proteção normativa, correspondendo aos direitos de proteção e aos direitos à participação na organização e no procedimento (prestações em sentido

amplo).

A vigia mestra dos direitos positivos indica uma ação de afirmação do Estado para asseverar a fruição dos direitos fundamentais em conformidade com a Constituição, dentro dos valores e limites estabelecidos. Cumpre também ao Estado a obrigação de prestar o direito de forma contínua, cuja interrupção representa ruptura no próprio direito.

Em resumo, conforme já registrado alhures, conquanto essas duas dimensões de proteção aos direitos fundamentais – ações negativas e ações positivas – pareçam se contrapor, ao, por um lado, impor uma abstenção estatal e, por outro, exigir dele atuação comissiva, em realidade se complementam, porque traduzem forças atuantes a um mesmo propósito.

Inarredável a conclusão de que essas dimensões não se traduzem em forças excludentes; uma não exclui a incidência da outra. Ambas têm o propósito de efetivar os direitos fundamentais.

Com efeito e a tal respeito, Ingo Sarlet sustenta que:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se faz sentir da forma mais contundente no período que sucedeu a Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo (SARLET, 2018, p. 61-62).

Aliás, bem calha a título de conclusão neste tópico o magistério de Gilmar Ferreira Mendes:

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências – em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas.

Conquanto essa seja a perspectiva de maior realce dos direitos fundamentais, ela convive com uma dimensão objetiva – ambas mantendo uma relação de remissão e de complemento recíproco. (MENDES, 2015, p. 167).

## **2.1 Ações positivas – sentido amplo (proteção, organização e procedimento) e sentido restrito (prestações de fato)**

Alexy (2008, p. 433-499) divide as ações estatais positivas (direitos a prestações), classificando-as segundo o sentido: a) direitos a prestações em sentido amplo, que abarcaria os direitos à proteção, os direitos à organização e procedimentos; b) direitos à prestação em sentido estrito (direitos fundamentais sociais), que seriam os “direitos do indivíduo, em face do Estado,

a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”, estes últimos que, segundo Duarte (2011, p. 61) consubstanciarão as prestações de fato ou ações positivas fáticas. Assim, no sentido amplo, o direito prestacional há de cuidar das perspectivas da proteção e da organização e procedimento e, em sentido restrito, das prestações fáticas.

Os subtítulos seguintes contêm um exame individual de cada qual desses direitos, segundo a classificação ditada por Alexy.

### 2.1.1 Direito à Proteção

O direito à proteção desdobra-se, segundo Azevedo e Silva (2015, p. 59), da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a impor que o “[...] Estado, além de não violar os direitos fundamentais, tem o dever de promover estes direitos e de impedir as ameaças e agressões dos direitos fundamentais por parte de particulares”. Aliás, esses autores, citando Sarmento, ressaltam que a teoria dos deveres de proteção foi albergada pela Constituição Federal, ao estabelecer no art. 5º, inciso XLI, que “[...] a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.” (BRASIL 1988).

É de Alexy (2008, p. 450) a assertiva de que como direitos à proteção devem ser “[...] entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros.” E complementa:

Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas (ALEXY, 2008, p. 450).

Interessante registrar aqui a perspicaz observação de Alexy (2008, p. 456) a respeito da posição contraposta entre os “direitos a proteção” e os “direitos de defesa”, podendo, alguém colocar em dúvida essa contraposição ao sustentar, como faz Dürig, citado por Alexy, “[...] que também a ação positiva de ‘proteção’ é ação estatal *defensiva* e não uma *configuração* positiva”. Alexy explica estar correta a contraposição:

Nessa afirmação [referindo-se a Dürig] é correto que o direito a proteção diz respeito a uma defesa. Mas com isso esgotam-se os pontos comuns entre o direito de defesa e o direito a proteção. O primeiro é um direito em face do Estado a que ele zele para que terceiros não intervenham. A diferença entre o dever de

se abster de intervir e o dever de cuidar que terceiros não intervenham é tão fundamental e repleta de consequências que, pelo menos do ponto de vista da dogmática, qualquer relativização nessa diferenciação é vedada. Por isso, a menção do caráter defensivo pode, no máximo, ser compreendida no sentido de uma inserção dos direitos a proteção na tradição liberal. Mas não no sentido de pertencer à classe dos direitos de defesa dirigidos contra o Estado. Não é possível concordar com Dürig quando ele afirma que os direitos a proteção não conduzem a uma configuração positiva. Na medida em que o legislador realiza demarcações entre esferas individuais, exigidas pelos direitos a proteção, ele configura uma parcela decisiva da ordem jurídica e, com isso uma parte essencial da vida social (ALEXY, 2008, p. 456).

Também se poderia duvidar que os direitos a proteção pudessem se enquadrar na categoria de direitos subjetivos. Mas também a respeito disso, Alexy (2008, p. 455) põe uma pá de cal na controvérsia ao asseverar que:

Somente a subjetivização dos deveres de proteção faz justiça ao “sentido original e permanente dos direitos fundamentais” como direitos individuais. Ao contrário do que ocorre com os direitos sociais, ou direitos a prestações em sentido estrito, os direitos a proteção inserem-se inteiramente na compreensão liberal tradicional dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 455).

Tem-se, em síntese, que os direitos à proteção impõem ao Estado uma atuação comissiva em favor dos cidadãos em direção a livrá-los dos riscos – quaisquer que sejam – que uma atividade ou ação de outros cidadãos possam causar àqueles, exemplificativamente, em relação à saúde, propriedade, dignidade, liberdade, trabalho, família, moradia.

### 2.1.2 Direito à Organização e Procedimento

Alberton Júnior (2006) a respeito desse tema específico, também calcado na doutrina de Alexy, afirma que:

[...] a segunda expressão dos direitos a prestação em sentido amplo constitui-se nos direitos à organização e procedimento que podem se apresentar tanto como direitos ao estabelecimento de determinadas normas, quanto direito a uma determinada forma de interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais, sendo esses destinados aos Tribunais e aqueles ao Legislador (ALBERTON JÚNIOR, 2006, p. 29).

Com efeito, segundo Alexy (2008, p. 483-484), “[...] à variedade de formas e de conteúdos de organização e de procedimento no âmbito dos direitos fundamentais corresponde uma variedade de possibilidades para sua classificação.” E Alexy, na mesma esteira de pensamento, adverte que uma classificação abrangente, que levasse em conta todas as formas e aspectos do direito à organização e procedimento, somente seria possível com base em uma dogmática detalhada desses

direitos e conclui:

Sob esse aspecto, e no que diz respeito ao objeto dos direitos, parece ser apropriada uma distinção em quatro grupos: (1) competências de direito privado; (2) procedimentos judiciais e administrativos (procedimentos em sentido estrito; (3) organização em sentido estrito; e (4) formação da vontade estatal (ALEXY, 2008, p. 483-484).

Com referência às competências de direito privado, Alexy (2008, p. 484) esclarece que seriam direitos exigíveis do Estado no sentido da criação de normas “[...] constitutivos para ações de direito privado e, com isso, constitutivas para a fundamentação, a modificação e a eliminação de posições jurídicas de direito privado”, podendo versar “[...] tanto à exigência de que essas normas existam quanto à exigência de que tenham um determinado conteúdo.”

Diz-se, pois nesse ponto, da necessidade de existência de normas que possam regular as relações privadas.

Quanto aos procedimentos judiciais e administrativos (em sentido estrito), está-se diante da necessidade de a condução de um procedimento (administrativo ou judicial) sob proteção jurídica de que a decisão final seja isenta de ilegalidade e, em sua essência, seja a tradução da justiça da participação dos envolvidos.

Relativamente à organização em sentido estrito, exige-se que o Estado se estabeleça em formas estruturais de atuação à consecução dos direitos fundamentais, “[...] direitos individuais, dirigidos ao legislador, à existência de normas de organização”, “[...] direitos dos indivíduos a que o legislador crie normas de organização que sejam conforme aos direitos fundamentais”, na concepção de Alexy (2008, p. 491).

Por fim, quanto à formação da vontade estatal, diz-se dos “[...] direitos em face do Estado a que este, por meio de legislação ordinária, crie procedimentos que possibilitem uma participação na formação da vontade estatal”, conforme Alexy (2008, p. 498). Em essência, essa participação se daria com o direito de votar.

### 2.1.3 Direito à Prestação de Fato

Alexy agiu com precisão cirúrgica ao conceituar os direitos a prestação em sentido estrito como sendo (direitos a prestação de fato):

Direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houve uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primeiramente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 499).

Quase não há espaço para comentários. Todo modo, segundo o multicitado autor (2008, p. 499), haverá necessidade de diferenciar entre direitos a prestações previstos de forma expressa daqueles direitos atribuídos por meio de interpretação. Isso porque nem todos os direitos sociais prestacionais estarão expressamente consignados no texto constitucional, sendo necessário o exercício interpretativo para ajustar se e quais os direitos fundamentais estariam garantidos a atendimento. Ainda assim, relativamente aos “direitos fundamentais sociais”, Alexy enuncia a existência de normas de tipos os mais distintos, que:

A partir de pontos de vista teórico-estruturais, elas podem ser diferenciadas com base em três critérios. Em primeiro lugar, pode-se tratar de normas que garantam direitos *subjetivos* ou normas que apenas obriguem o Estado de forma *objetiva*. Em segundo lugar, elas podem ser normas *vinculantes* ou *não-vinculantes* – neste último sentido seriam elas enunciados programáticos. Uma norma deve ser considerada como “vinculante” se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal. As normas podem, por fim, fundamentar direitos e deveres *definitivos* ou *prima facie*, isto é, regras ou princípios (ALEXY, 2008, p. 500).

Alexy lembra que, a par de diferenças estruturais, há outras diferenças:

Especialmente importante é a diferença entre o conteúdo *minimalista* e um *maximalista*. O programa minimalista tem como objetivo garantir “ao indivíduo o domínio de um espaço vital e de um status social mínimo”, ou seja, aquilo que é chamado de “direitos mínimos” e “pequenos direitos sociais”. Já um conteúdo maximalista pode ser percebido quando se fala de uma “realização completa” dos direitos fundamentais, ou quando se caracteriza o direito à educação como “pretensão a uma emancipação intelectual e cultural voltada à individualidade, à autonomia e à plena capacidade político-social”. A diversidade acima esboçada dá ensejo à suposição de que o problema dos direitos fundamentais sociais não pode ser resumido a uma questão de tudo-ou-nada. Parece inevitável que diferenciações sejam feitas (ALEXY, 2008, p. 502).

Depois de proceder a uma extensa avaliação de argumentos pró e contra o estabelecimento dos limites dos direitos fundamentais, Alexy (2008, p. 511) propõe um modelo que leve em conta tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários, sem deixar que a decisão de garanti-los ou não, pela importância do problema, fique ao alvedrio da maioria parlamentar, mas imbricada a um sopesamento de princípios, tendo por um lado, especialmente, “o princípio da liberdade fática” e, de outro, “os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes”, sem se olvidar de considerar outros princípios que digam respeito à liberdade jurídica de terceiros e aos demais direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.

## CONCLUSÃO

Tratou-se neste trabalho sobre direitos fundamentais, tema cujo tratamento, em vista de sua importância, exige correção e legitimidade dos agentes estatais. Conforme mencionado no tópico introdutório, a base deste trabalho foram os estudos, observações e conclusões do jusfilósofo Robert Alexy, especialmente a partir da obra dele *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

Os direitos fundamentais previstos nas Constituições modernas possuem peculiaridades especiais, uma vez que transcendem os alcances e limites nacionais para se tornarem universais, direitos do homem como um todo.

Estes – os direitos fundamentais – são, pois, preceitos estabelecidos no texto constitucional e decorrem diretamente dos direitos humanos, que, assim, tornam-se consagrados no plano interno do direito. São responsáveis por aquiescer os valores da sociedade ao direito, convertendo-os e jurídicos, também apontados como direitos subjetivos dos indivíduos que vinculam e demarcam o poder do Estado e dos particulares, gerando resultados que se estendem por todo o ordenamento jurídico.

São eles que ditam a denominada liberdade jurídica – o fazer ou deixar fazer algo – que, na visão de Alexy, consiste em situações em que o Estado deve abster-se de intervir ou criar algum embaraço, como também situações em que, para efetivação do direito, o Estado deve agir, tem o dever a obrigação de atuar positivamente.

Porque necessário ao entendimento do objeto deste trabalho, delineou-se as dimensões por que os direitos fundamentais se submetem. Contudo, a tônica do estudo cingiu-se à dimensão positiva – ações positivas – em seus sentidos amplo (proteção, organização e procedimento) e restrito (prestações de fato).

Apurou-se, com base em estudos de Alexy, não haver consenso quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais e, por consequência disso, restarem indefinidos os limites de atendimento pelo Estado quanto às necessidades dos cidadãos.

Nada obstante, é exatamente no cumprimento dessas obrigações positivas que o Estado, reiteradamente, tem deixado a desejar no acolhimento de demandas da sociedade, as mais diversas. Os cidadãos enfrentam um sentimento de impotência, pois não podem, por sua condição econômico-financeira, suportar os custos de suas necessidades e, apesar de o Estado brasileiro, ter por fundamento a solidariedade social, também não recebem do governo a contrapartida adequada e devida à luz da garantia consignada no texto constitucional.

Os direitos fundamentais têm força de imediata eficácia, razão por que, descuidados pelo Estado, o seu cumprimento pode ser exigido até mesmo via acionamento do Poder Judiciário.

Em relação a um problema de tamanha ordem de importância, é de se concluir, na esteira do entendimento manifestado por Alexy e demonstrado ao longo do desenvolvimento deste trabalho: nem tanto ao mar, nem tanto à terra!

Ainda que, em conclusão geral, esteja efetivamente confirmada a hipótese da concretização dos direitos fundamentais por meio da força instrumental da exigência da atuação positiva estatal

para o cumprimento das prestações fáticas – via de regra pelo acionamento do Poder Judiciário – não há solução adrede formulada que se aplique a todos os casos indistintamente, de modo que a resolução do problema, conforme o modelo proposto por Alexy que, deve levar em conta todos os argumentos a favor e contrários à limitação dos direitos fundamentais, baseando-se em sopesamento de princípios.

## REFERÊNCIAS

- ALBERTON JÚNIOR, Germano. **Controle jurisdicional de direitos fundamentais prestacionais a partir da proposta de Robert Alexy**. 2006. Dissertação (Mestrado em Fundamentos do Direito Positivo) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/handle/repositorio/2047>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- ALEXY, Robert. **El concepto y validez del derecho**. Traducción de Jorge Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Versão original alemã.
- AZEVEDO, Flávio Alexandre Luciano de; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua relevância para a efetivação da cidadania em países periféricos. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFS, 2015, Aracaju, SE. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Tema: Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/220z0z30/6p453HGfY7d5FLLD.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2019.
- DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito a prestações materiais e a efetividade da tutela jurisdicional**. 2004. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito\\_a\\_prestacoes\\_materiais\\_e\\_a\\_efetividade\\_da\\_tutela\\_jurisdicional.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_prestacoes_materiais_e_a_efetividade_da_tutela_jurisdicional.pdf). Acesso em: 10 jan. 2019.
- MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

**Como citar:** LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; SILVA, Alex Matoso. Efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas sob a óptica da teoria de Robert Alexy. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 70-84, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 70. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 22/01/2019

Aprovado em: 11/06/2019

**SAÚDE EM PORTUGAL: ANÁLISE DO DIREITO  
REGULATÓRIO****HEALTH IN PORTUGAL: ANALYSIS OF THE REGULATORY  
RIGHT****Alexandre Morais Nunes\***  
**Rosa Raposeiro\*\***

\*Doutor em Administração da Saúde, vinculado ao Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP), Lisboa, Portugal. E-mail: anunes@iscsp.ulisboa.pt

\*\*Licenciada em Direito, jurista no Ministério da Saúde, vinculada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. E-mail: rosa.raposeiro@ms.gov.pt.

**Como citar:** NUNES, Alexandre Morais; RAPOSEIRO, Rosa. Saúde em Portugal: Análise do direito regulatório. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 85-96, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 85. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O Direito Regulatório representa a junção das regras de direito público, constitucional, econômico e administrativo, que orientam as agências de regulação. A regulação no sector da saúde em Portugal é realizada através da Entidade Reguladora da Saúde num sistema de saúde constituído por prestadores públicos e privados. O presente artigo, por meio de uma revisão da literatura e da legislação publicada pretende dar a conhecer o enquadramento legal da regulação da saúde em Portugal, considerando as várias revisões constitucionais e o desenvolvimento do Serviço Nacional de Saúde (SNS).

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Direito regulatório. Regulação da saúde. Serviço Nacional de Saúde.

**Abstract:** Regulatory Law represents the combination of public, constitutional, economic, and administrative law, which guide regulatory agencies. Regulation in the health sector in Portugal is carried out through the Health Regulatory Entity in a health system made up of public and private providers. This article, by means of a review of the literature and public legislation, intends to make known the legal framework of health regulation in Portugal, considering the various constitutional revisions and the development of the NHS.

**Keywords:** Right to health. Regulatory Law. Health regulation. National Health Service. Portugal.

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República Portuguesa de 1976 baseia-se num modelo de Estado Social que defende um conjunto de valores de liberdade, direitos fundamentais e direitos sociais (LEI n.º1/2005 – última revisão).

O direito à saúde e o dever de a defender e promover são princípios constitucionais definidos no artigo 64º da Constituição e é consagrado como a base do sistema de saúde (NOVAIS, 2010).

O sistema de saúde português é constituído por um grande prestador público, o Serviço Nacional de Saúde (SNS) e por um conjunto de prestadores privados (empresas privadas) e social (Instituições de solidariedade social e santa casa da misericórdia) (FERNANDES, 2015).

O SNS é financiado pelo Estado e garante uma cobertura universal de assistência à saúde (para todos os cidadãos), geral (em todas as necessidades) e com tendencial gratuidade (cobradas taxas pouco significativas para moderar o acesso. Porém existem pacientes isentos, entre outras razões por condições de saúde ou por insuficiência econômica). Por revestir uma imposição constitucional, o Serviço Nacional de Saúde tem uma vitalidade, durabilidade, independência e subsistência que vai muito além da vontade política do Governo (NOVAIS, 2010).

A atividade privada na Saúde existe em Portugal e tem crescido desde a publicação da Lei de Bases da Saúde em 1990 que veio definir a importância deste sector na consecução dos seus objetivos, complementando o Serviço Nacional de Saúde. A mesma lei enquadrou também a importância das instituições particulares de solidariedade social com objectivos específicos de saúde envolvidos em uma ação comum a favor da saúde coletiva, de acordo com a Lei n.º 48/90, de 24 de agosto (PORTUGAL, 1990).

A regulação ganha enorme importância pelo fato de se concentrar no monitoramento de uma entidade pública em uma determinada atividade (NOLL, 1985) por meio da intervenção independente de uma entidade reguladora no mercado de transações que envolve uma determinada atividade (no presente caso o sector da saúde), independentemente de pressões sociais, corporativas ou de outras resultantes de grupos profissionais (BREYER, 1982).

O conceito de regulação baseou-se na experiência Norte Americana associada ao mercado da energia, transportes e telecomunicações e foi importado pelos países europeus de forma alocada à perspectiva da Nova Gestão Pública (FORTE, 2005). Atualmente, a grande maioria dos países desenvolvidos possui órgãos reguladores em vários mercados emergentes, inclusive no campo da saúde (BUSSE; VAN DER GRINTEN; SVENSSON, 2002). Portugal não foi exceção e criou várias Entidades Reguladoras, entre as quais uma dedicada ao sector da saúde de forma a exercer o direito regulatório e garantir de forma independente a regulação da atividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde (NUNES; REGO, 2010).

Em Portugal, a Entidade Reguladora da Saúde, desde a sua criação em 2003, ganhou enorme relevância pelo fato do sistema de saúde português não ser exclusivamente público, pela existência de múltiplos intervenientes na assistência à saúde e pela crescente falta de intervenção

do Estado na atividade econômica com extinção do papel do Estado como principal produtor e prestador de serviços públicos à população (MOREIRA; MAÇÃS, 2003).

O presente artigo tem por objetivo descrever, através da análise da legislação publicada e da literatura nacional da especialidade, os pressupostos constitucionais e a caracterização do sistema de saúde português e ainda apresenta todo o enquadramento legal do direito regulatório da saúde em Portugal, que deu origem à criação de uma entidade reguladora independente que atua nas organizações prestadoras de assistência à saúde integradas no sector público, privado ou social.

## 1 O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

Em Portugal vigora um modelo de Estado social e de direito democrático presente há 43 anos, desde 1976, ano em que foi publicada a primeira versão da Constituição da República Portuguesa (CRP) (DECRETO de 10/04 de 1976) (PORTUGAL, 1976).

A Constituição, em Portugal, reconhece o direito à proteção da saúde para todos os cidadãos através de um Serviço Nacional de Saúde público, universal (para todos os cidadãos residentes) geral (para todos os casos em várias áreas) e de forma gratuita (DECRETO de 10/04 de 1976) (PORTUGAL, 1976).

No cumprimento dos referidos objetivos, a Constituição é clara ao atribuir como principais prioridades: i) o acesso, independentemente da sua condição econômica, nas áreas de promoção da saúde, prevenção da doença (medicina preventiva na atenção primária à saúde), medicina curativa (assistência especializada em hospitais gerais e especializados), na medicina de reabilitação (cuidados de reabilitação pós hospitalares) e na atenção paliativa (fim de vida), integrando assim todo o ciclo de vida, desde o nascimento à morte; ii) a garantia de cobertura nacional na atenção primária, hospitalar e pós hospitalar (criação de uma rede de prestadores); iii) o acesso ao medicamento; iv) a articulação dos serviços públicos de saúde com entidades privadas e sociais; v) o controle da produção, comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico (artigo 3º).

Desde a sua criação, o artigo da Constituição Portuguesa referente ao sector da saúde sofreu várias alterações na sua redação, fruto da evolução ocorrida em Portugal, onde se destacam duas:

A primeira em 1982 aditou um número 4, com a seguinte redação: “*O Serviço Nacional de Saúde tem gestão descentralizada e participada*”. Essa alteração deu origem a entidades periféricas do Ministério da Saúde, constituindo cinco Administrações Regionais de Saúde (ARS) como pessoas coletivas de Direito Público, integradas na Administração Indireta do Estado, dotadas de Personalidade Jurídica, Autonomia Administrativa, Financeira e Patrimonial. Em cada uma das cinco regiões do país, as Administrações Regionais de Saúde, **têm por missão garantir à população da respetiva área geográfica de intervenção o acesso às prestações** de cuidados de saúde, adequando os recursos disponíveis às necessidades, cumprir e fazer cumprir políticas e programas de saúde na sua

área de intervenção (LEI CONSTITUCIONAL n.º1/1982). (PORTUGAL, 1982). A segunda revisão constitucional em 1989 eliminou o princípio da gratuidade (número 2 do artigo 64.º), sendo incluída uma tendencial gratuidade (introdução de copagamento, que ficou conhecido com a denominação de “ taxa moderadora) e o objetivo de atingir a orientação para “a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos” (alínea c) do número 3 do artigo 64.º da LEI CONSTITUCIONAL n.º1/1989). (PORTUGAL, 1989).

A última revisão da Constituição da República Portuguesa data de 2005 (LEI CONSTITUCIONAL n.º 1/2005, de 12 de agosto), e tem a seguinte redação:

1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover.
2. O direito à proteção da saúde é realizado:
  - a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;
  - b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.
3. Para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:
  - a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
  - b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;
  - c) Orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;
  - d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;
  - e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;
  - f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência.
4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada. (PORTUGAL, 2005).

A inscrição do sector da saúde na Constituição da República Portuguesa, como direito fundamental, **não permite que a opção política coloque restrições no acesso** à assistência e, pelo contrário, uma das prioridades dos sucessivos Governos, que definem anualmente uma estratégia para a política nacional de saúde sempre com o objetivo de melhorar o acesso e a qualidade dos cuidados prestados. Caso contrário, o Estado estaria cometendo uma inconstitucionalidade por omissão, cujas sanções estão previstas no artigo 283.º da Constituição após análise e avaliação por parte do Tribunal Constitucional (NOVAIS, 2010).

## 2 SISTEMA DE SAÚDE PORTUGUÊS

Com um Estado de direito fundamental e com a existência do princípio constitucional do direito de proteção da saúde, a prestação pública de cuidados de saúde na atenção primária, hospitalar, pós hospitalar e em cuidados paliativos domina o sistema de saúde português através de um Serviço Nacional de Saúde (SNS) criado em 1979, destinado a todos os cidadãos, independentemente da sua condição social e econômica, e financiado pelo Orçamento Geral do Estado (BARROS, 2013).

O desenvolvimento do SNS (Serviço Nacional de Saúde) foi acompanhado pelo aparecimento e crescimento dos sectores privado e social na prestação de cuidados de saúde, que em regime de complementaridade ao SNS apostaram no mercado ambulatorial em áreas onde a resposta pública era fraca (consultas de especialidade médica e exames de diagnóstico) (CAMPOS, 2008).

Com a publicação da Lei de Bases da Saúde, o Sector privado viu reforçada a sua complementaridade ficando clara a parceria entre os sectores sendo estabelecidos acordos e convenções. Assim, sempre que o sector público de prestação de cuidados não consegue dar resposta imediata aos problemas de saúde de um paciente encaminha o caso para o sector privado e assume a responsabilidade do pagamento por toda a assistência de saúde realizada (BARROS; MACHADO; SIMÕES, 2011).

Por influência da corrente da Nova Gestão Pública em Portugal desde 2002 que se iniciou uma maior tendência para o sector público contratar serviços ao sector privado e, além disso, atribuiu a gestão de quatro hospitais públicos ao sector privado com recurso ao formato jurídico de Parceria Público-Privada (SIMÕES, 2004). Assim, se assistiu gradualmente a uma alteração do papel do Estado que perdeu a sua função de produtor e prestador de serviços (SIMÕES, 2004).

Com o aumento da assistência em saúde por parte de entidades sociais e privadas e perspectivando essa tendência crescente, faltou desde logo a Portugal adaptar-se às novas respostas do modelo de mercado e do modelo de Estado como ocorria já em outros países com a criação de entidades de supervisão e regulação responsáveis por estabelecer mecanismos de monitoramento da atividade que levem em conta todos os fatos, desde a autorização para criar novas unidades de saúde, a vigilância e o licenciamento e ainda a avaliação baseada em critérios de qualidade e de acreditação (GONÇALVES; MARTINS, 2014).

## 3 O MODELO REGULATÓRIO NA SAÚDE: DESENVOLVIMENTO E CRIAÇÃO DE UMA ENTIDADE REGULADORA

O conceito de regulação baseou-se na experiência Norte Americana associada ao mercado da energia, transportes e telecomunicações e foi importado pelos países europeus de forma alocada à perspectiva da Nova Gestão Pública (FORTE, 2005).

A regulação na saúde tem influência no comportamento e no funcionamento das entidades prestadoras de cuidados de saúde sejam elas públicas ou privadas. Segundo a literatura as atividades de supervisão e monitoramento devem ser realizadas por meio de agências autônomas independentes (agências reguladoras independentes) ou por autoridades administrativas com competência adquirida para o esse efeito (MORAIS; LEAL; BRAZ, 2004).

A grande maioria dos países desenvolvidos possui órgãos reguladores em vários mercados nomeadamente na saúde (BUSSE; VAN DER GRINTEN; SVENSSON, 2002). Portugal é um dos exemplos com a criação de várias Entidades Reguladoras consagradas no n.º 3 do artigo 267.º da Constituição, como entidades administrativas independentes entre as quais uma dedicada à saúde a Entidade Reguladora da Saúde que à semelhança do que ocorre com entidades reguladoras de outros setores de atividade (ex. Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) e Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM)), exerce o direito de regulação e garante de forma independente o regular cumprimento da atividade realizada nos estabelecimentos públicos, privados e sociais que prestam cuidados de saúde (BUSSE; VAN DER GRINTEN; SVENSSON, 2002).

A primeira referência na legislação portuguesa relativa à necessidade de criar uma entidade reguladora para o sector da saúde ocorreu no artigo 37.º do regime jurídico das parcerias público-privadas na saúde (Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de agosto):

Atividade reguladora - As actividades desenvolvidas no âmbito das parcerias em saúde em regime de gestão e financiamento privados podem ser objecto de regulação económica, sendo o financiamento da entidade reguladora assegurado pelas entidades reguladas, nos termos a definir em diploma próprio (PORTUGAL, 2002).

Outros fatores, segundo a literatura e a análise de documentos legais estiveram na base da opção.

Em Portugal, além da participação acrescida e diversificada de parceiros do setor social e privado na saúde, integrados nas redes de atenção primária, hospitalares e pós hospitalares (cuidados continuados integrados), a influência da Nova Gestão Pública, nos serviços de saúde, gerou um conjunto de fatores que impunham uma imediata regulação do sector, entre os quais se destacam: i) a alteração no papel do Estado (perdeu a sua função de prestador e assumiu mais um papel de regulador); ii) a criação de hospitais públicos geridos com práticas de gestão empresarial; iii) a grande autonomia de gestão, de tipo empresarial, dada aos hospitais num quadro de «mercado administrativo» gerador e potenciador de dinâmicas novas que não podem ser reguladas de forma tradicional; iv) o desenvolvimento de parcerias público-privadas para a gestão dos hospitais públicos (AMADOR, 2012; MARTINS, 2013).

Por conseguinte, era necessário dar uma forte independência à entidade reguladora para separar as funções de forma eficaz e assegurar a independência dos regulamentos, quer em relação ao Estado, quer em relação aos restantes prestadores. Dessa forma, conseguiu-se estabelecer uma

adequada distância entre a política e o mercado, conferindo à agência reguladora uma autoridade independente que permite criar a estabilidade necessária para a sua função (NUNES, 2014).

Pelo exposto, foi entendimento do Governo, em 2003, nesse momento de profunda reforma estrutural do sector, criar uma entidade reguladora independente, dinâmica e eficaz, a Entidade Reguladora da Saúde (ERS) (NUNES, 2008, 2014). Assim surgiu, com a publicação do Decreto-Lei nº 309/2003, de 10 de dezembro a Entidade Reguladora da Saúde (ERS), enquanto entidade pública independente que tem por missão a regulação da atividade dos estabelecimentos prestadores de assistência à saúde, assegurando toda a supervisão e o respetivo acompanhamento da atividade pública, privada ou realizada pelo setor social (excepto área do medicamento e produtos farmacêuticos), bem como o funcionamento das unidades de saúde, garantindo o adequado acesso aos pacientes com a devida qualidade e garantia de segurança que lhes é devida (PORTUGAL, 2003).

Nos termos do diploma que ditou a sua criação (DECRETO-LEI nº 309/2003, de 10 de dezembro), a Entidade Reguladora da Saúde é juridicamente reconhecida como “pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio (art. 2.º, n.º 1), que tem essencialmente por objeto “a regulação, a supervisão e o acompanhamento, nos termos previstos no presente diploma, da actividade dos estabelecimentos, instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde” (art. 3.º). Quanto à sua relação com o Governo, o mesmo diploma é esclarecedor quando refere que a Entidade Reguladora da Saúde “é independente no exercício das suas funções, no quadro da lei, sem prejuízo dos princípios orientadores da política de saúde fixada pelo Governo, nos termos constitucionais e legais, e dos actos sujeitos a tutela ministerial nos termos previstos na lei e no presente diploma.” (PORTUGAL, 2003).

A Entidade Reguladora da Saúde, criada pelo Decreto-Lei nº 309/2003, de 10 de dezembro, foi regulamentada com a publicação da Portaria nº 418/2005, de 14 de abril. Em 2009 pelo Decreto-lei nº 127/2009, de 27 de maio resultante da experiência, entretanto decorrida com o funcionamento da ERS foi necessário proceder à revisão do respectivo regime jurídico. Tal revisão impôs-se face à necessidade de adaptar a ERS ao desempenho de funções de regulação da concorrência na saúde e dotá-la dos meios e competências necessárias.

Entre as alterações introduzidas, destaca-se, nomeadamente: i) a criação de um conselho consultivo, fomentando a participação institucionalizada dos sectores interessados; ii) a delimitação mais rigorosa das atribuições e dos poderes da Entidade Reguladora da Saúde, clarificando-os e dando-lhes coerência; iii) a atribuição à Entidade Reguladora da Saúde de funções de regulação económica do sector; iv) a definição mais precisa dos poderes sancionatórios da Entidade Reguladora da Saúde.

Mais tarde, em 2013, a aprovação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes (LQERI) (LEI nº 67/2013, de 28 de agosto) (PORTUGAL, 2013), obrigou à sua reconformação legislativa. Foi assim necessário adaptar os seus estatutos às exigências decorrentes da lei-quadro das entidades reguladoras, assegurando a manutenção da independência e a eficiência exigíveis a esta entidade, de forma a não comprometer a sua atuação, quer enquanto autoridade reguladora

independente, quer nas suas funções de coadjuvação ao Governo. (DECRETO-LEI n.º 126/2014, de 22 de agosto). Na verdade, a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes veio criar as bases de um regime enformador das várias entidades reguladoras, que foram depois objeto de desenvolvimento em função das especificidades de cada sector.

Assim, no ano 2014, foram alterados os estatutos da ERS, procedendo-se à revogação do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio. A necessidade da nova redação esteve relacionada com o alargamento de competências atribuídas à Entidade Reguladora da Saúde, nomeadamente:

- i) Em matéria do licenciamento das unidades de saúde, procedendo ao registo obrigatório e público dos estabelecimentos (art. 26.º, n.º 2), o qual que até à data estava sob a esfera de competências das Administrações Regionais de Saúde e,
- ii) Ao nível das reclamações, ficando com a responsabilidade de criar um novo sistema transversal a todo o sistema de saúde (artigo 61º). Até à data esta matéria era partilhada com a Direção-Geral da Saúde que tratava apenas das reclamações do Serviço Nacional de Saúde. (PORTUGAL, 2014).

A ERS tem atribuído um conjunto de poderes no âmbito da sua atividade (Artigos 17º, 19º, 21º e 22º do DECRETO-LEI n.º 126/2014, de 22 de agosto):

1. Poderes de regulamentação que incumbem à ERS a possibilidade de emitir regulamentos previstos nos seus estatutos, recomendações e diretivas de carácter genérico, sempre que não se torne necessário a emissão de regulamentos.
2. Poderes de supervisão que obrigam a ERS a zelar pela aplicação das leis e regulamentos e demais normas aplicáveis às atividades sujeitas à sua regulação, no âmbito das suas atribuições; a emitir ordens e instruções, bem como recomendações ou advertências individuais, sempre que tal seja necessário, sobre quaisquer matérias relacionadas com os objetivos da sua atividade reguladora, incluindo a imposição de medidas de conduta e a adoção das providências necessárias à reparação dos direitos e interesses legítimos dos utentes e a efetuar os registos, conceder autorizações e aprovações e emitir, suspender e revogar licenças de funcionamento, nos casos legalmente previstos.
3. Poderes de autoridade e procedimentos de fiscalização que atribuem à ERS o dever de efetuar inspeções e auditorias pontualmente, em execução de planos de inspeções previamente aprovados e sempre que se verifiquem circunstâncias que indiciem perturbações no respetivo setor de atividade, sem prejuízo das competências da Inspeção-Geral das Atividades em Saúde.
4. Poderes sancionatórios relativos a infrações cuja apreciação seja da sua competência, que permitem à ERS desencadear os procedimentos sancionatórios adequados, adotar as necessárias medidas cautelares e aplicar as devidas sanções (PORTUGAL, 2014).

Quanto aos objetivos da regulação em saúde, compete à ERS (DECRETO-LEI n.º

126/2014, de 22 de agosto): i) assegurar o cumprimento dos requisitos do exercício da atividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, incluindo os respeitantes ao regime de licenciamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, nos termos da lei; ii) assegurar o cumprimento dos critérios de acesso aos cuidados de saúde, nos termos da Constituição e da lei; iii) garantir os direitos e interesses legítimos dos utentes; iv) zelar pela assistência à saúde com elevada qualidade; v) zelar pela legalidade e transparência das relações económicas entre todos os agentes envolvidos no sistema de saúde ; vi) promover e defender a concorrência nos segmentos abertos de todo o mercado, em colaboração com a Autoridade da Concorrência (AC) na prossecução de suas atribuições relativas ao sector da saúde. (PORTUGAL, 2014).

No que respeita à garantia de acesso, compete à Entidade Reguladora da Saúde (DECRETO-LEI n.º 126/2014, de 22 de agosto):

- i) Assegurar o direito de acesso universal e equitativo à prestação de cuidados de saúde nos serviços e estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde (SNS), nos estabelecimentos publicamente financiados, bem como nos estabelecimentos contratados para a prestação de cuidados no âmbito de sistemas ou subsistemas públicos de saúde ou equiparados;
- ii) Prevenir e punir as práticas de rejeição e discriminação infundadas de utentes nos serviços e estabelecimentos do SNS, nos estabelecimentos publicamente financiados, bem como nos estabelecimentos contratados para a prestação de cuidados no âmbito de sistemas ou subsistemas públicos de saúde ou equiparados;
- iii) Prevenir e punir as práticas de indução artificial da procura de cuidados de saúde e
- iv) Zelar pelo respeito da liberdade de escolha nos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, incluindo o direito à informação. (PORTUGAL, 2014).

Em relação à garantia da prestação de cuidados de saúde de qualidade, incumbe à ERS (DECRETO-LEI n.º 126/2014, de 22 de agosto): i) Promover um sistema de âmbito nacional de classificação dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde quanto à sua qualidade global, de acordo com critérios objetivos e verificáveis, incluindo os índices de satisfação dos utentes; ii) Verificar o não cumprimento das obrigações legais e regulamentares relativas à acreditação e certificação dos estabelecimentos; iii) Garantir o direito dos utentes à prestação de cuidados de saúde de qualidade, sem prejuízo das competências da Direção-Geral da Saúde; iv) Propor e homologar códigos de conduta e manuais de boas práticas dos destinatários atividade objeto de regulação pela ERS (PORTUGAL, 2014).

Em relação à aprovação dos novos estatutos da ERS, de acordo com (GONÇALVES; MARTINS, 2014), os novos estatutos (DECRETO-LEI n.º 126/2014, de 22 de agosto) proporcionaram uma maior notoriedade para a entidade reguladora que passou a assumir uma importante função. Assim, a importância atribuída à ERS saiu reforçada em 2014 com as competências de: supervisão e fiscalização; resolução de conflitos; desenvolvimento e avaliação e decisão sobre pedidos de licenciamento dos estabelecimentos de saúde; punição de práticas de indução de procura; apreciação de queixas e reclamações; validação dos códigos de conduta e

manuais de boas práticas e realização de pesquisas de mercado. Contudo, volvidos quatro anos, há referência a algumas limitações, por exemplo nos mecanismos de licenciamento das entidades de saúde que são complexos de acordo com reporte de várias entidades, existindo necessidade de intervir tornando os processos mais fáceis e rápidos.

A Entidade Reguladora da Saúde permaneceu onze anos com os seus estatutos aprovados em 2003 e revistos em 2009. No entanto, no ano 2014 foi entendimento dos legisladores a revisão desse documento legal e, por esse motivo, procederam à revogação do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio. Na base dessa decisão esteve a necessidade de alargar as competências da Entidade Reguladora da Saúde em matéria de licenciamento das unidades de saúde, procedendo ao registo obrigatório e público dos estabelecimentos (art. 26.º, n.º 2), o qual que até à data estava sob a esfera de competências das Administrações Regionais e ao nível das reclamações ficando com a responsabilidade de criar um novo sistema transversal a todo o sistema de saúde (artigo 61º), que até então era uma área partilhada com a Direção-Geral da Saúde. A esse respeito, de acordo com Gonçalves e Martins (2014), os novos estatutos da ERS (Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto) proporcionaram uma maior notoriedade para a entidade reguladora que passou assumiu uma importante função. Assim, a importância atribuída à ERS saiu reforçada em 2014 com as competências de: i) monitoramento e fiscalização; ii) resolução de conflitos; iii) desenvolvimento e avaliação e decisão sobre pedidos de licenciamento dos estabelecimentos de saúde; iv) punição de práticas de indução de procura; v) apreciação de queixas e reclamações; vi) validação dos códigos de conduta e manuais de boas práticas; vii) realização de pesquisas de mercado (PORTUGAL, 2014).

## CONCLUSÃO

**Em Portugal existe um sistema de saúde predominantemente público administrado por um Serviço Nacional de Saúde previsto na Constituição da República e que garante uma proteção a todos os cidadãos nas mais variadas prestações de saúde. Porém, a participação privada e social no sistema de saúde tem se demonstrado muito importante num regime de complementaridade.**

Com o desenvolvimento do sector privado e a influência da Nova gestão pública (adoção da gestão empresarial dos hospitais públicos e estabelecimento de parcerias público privadas) levou o Estado agora empresário a agir de forma mais intervencionista sobre os agentes econômicos. Por esse motivo, em 2003, foi reconhecida a importância de promover a regulação no sector da saúde e tomada a decisão de criar uma entidade reguladora que entre outras funções permitiria um maior monitoramento, a definição, avaliação e decisão com critérios comuns para licenciamento e avaliação de unidades de saúde em todos os sectores: público, privado e social.

A importância da ERS foi reforçada em 2014 com a publicação dos seus novos estatutos que vieram reforçar as suas competências, deixando a entidade preparada para um futuro quadro regulamentar com competências reforçadas no âmbito do monitoramento das atividades em saúde e no cumprimento das disposições legais adequadas a um funcionamento adequado às necessidades

dos pacientes, respeitando as normas de qualidade e garantindo as melhores condições de segurança.

Em conclusão, a ampla abrangência da atividade regulatória exercida pela ERS revela a ação do direito regulatório no sector da saúde e reconhece definitivamente a importância da articulação e da complementaridade entre os sectores público, privado e social no quadro geral de assistência à saúde. Em relação às limitações jurídicas falta ainda melhorar os mecanismos de licenciamento das entidades de saúde, tornando o processo mais fácil e rápido.

## REFERÊNCIAS

AMADOR, Olívio Mota. Desafios da regulação da saúde em Portugal nos tempos de crise. **Revista da Concorrência e Regulação**, Coimbra, PT, v. 10, p. 140-144, 2012.

BARROS, Pedro Pita. **Economia da saúde**. Coimbra: Almedina, 2013.

BARROS, Pedro Pita; MACHADO, Sara; SIMÕES, Jorge. **Health systems in transition: Portugal health system review**. Portugal: European Observatory on Health Systems and Policies, 2011.

BREYER, Stephen. **Regulation and its reform**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

BUSSE, Richard; VAN DER GRINTEN, Tom; SVENSSON, Per-Gunnar. **Regulating entrepreneurial behaviour in hospitals: theory and practice (126-145)**. Buckingham: European Observatory on Health Care Systems Series, 2002.

CAMPOS, António. **Reformas no setor da saúde- o fio condutor**. Coimbra: Almedina, 2008.

FERNANDES, Adalberto Campos. **Combinação público-privado em saúde: impacto no desempenho no sistema e nos resultados em saúde no contexto português**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Política, 2015.

FORTE, André Matos. **Entidade reguladora da saúde: o Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de dezembro**. Coimbra: Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2005.

GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio. **O novo regime das entidades independentes de regulação**. Lisboa: Entidade Reguladora da Saúde, 2014.

MARTINS, Licínio Lopes. **Direito administrativo da saúde**. Tratado de direito administrativo. Coimbra: Almedina, 2013.

MORAIS, Luís Miguel; LEAL, Maria; BRAZ, Paula. **Entidade reguladora da saúde, que futuro?** Lisboa: Observatório Português dos Sistemas de Saúde, 2004.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes, estudo e projeto da lei-quadro**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

NOLL, Roger. **Focusing organisational research on regulation**. Berkeley: University of California Press, 1985.

NOVAIS, Jorge. Constituição e Serviço Nacional de Saúde. **Revista de Direitos Fundamentais**

**& Justiça**, Belo Horizonte, MG, v. 11, p. 85-109, 2010.

NUNES, Rui. **A regulação independente na saúde**. Coimbra: Almedina, 2008.

NUNES, Rui. **Regulação da Saúde**. Porto, Portugal: Vida Económica, 2014.

NUNES, Rui; REGO, Guilhermina. **Gestão da saúde**. Lisboa: Prata e Rodrigues, 2010.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (primeira revisão). Lei Constitucional n.º1/1982. **Diário da República**, [Lisboa, PT], n.º 227, 30 set. 1982. Série I.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Decreto 10/04 de 1976. Aprova a Constituição da República Portuguesa. **Diário da República**, [Lisboa, PT], n.º 86, 10 abr. 1976. Série I.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Lei Constitucional n.º1/1989. **Diário da República**, [Lisboa, PT], n.º 155, 08 jul. 1989. Série I.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 126/2014. **Diário da República**, [Lisboa, PT], n.º 161, 22 ago. 2014. Série I-A.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 309/2003. **Diário da República**, [Lisboa, PT], n.º 284, 12 out. 2003. Série I-A.

PORTUGAL. Lei n.º 1/22005. Sétima revisão constitucional. **Diário da República**, [Lisboa, PT], n.º 155, 12 ago. 2005. Série I-A.

PORTUGAL. Lei n.º 48/90. Lei de Bases da Saúde. **Diário da República**, [Lisboa, PT], n.º 195, 24 ago. 1990. Série I.

PORTUGAL. Lei n.º67/2013. **Diário da República**, [Lisboa, PT], n.º 165, 28 ago. 2013. Série I.

SIMÕES, Jorge. As parcerias público-privadas no sector da saúde em Portugal. **Revista Portuguesa de Saúde Pública**, Lisboa, PT, v. 4, p. 79-90, 2004.

**Como citar:** NUNES, Alexandre Morais; RAPOSEIRO, Rosa. Saúde em Portugal: Análise do direito regulatório. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 85-96, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 85. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 28/03/2019

Aprovado em: 16/07/2019

**AS ALTERAÇÕES NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS  
DO DIREITO BRASILEIRO E SEU INFLUXO NO DIREITO  
ADMINISTRATIVO**

THE AMENDMENTS IN THE LAW OF INTRODUCTION TO  
THE STANDARDS OF BRAZILIAN LAW AND ITS INFLUX ON  
ADMINISTRATIVE LAW

**Jorge Luís Mialhe\***  
**Thiago Reis Augusto Rigamonti\*\***

\*Advogado e historiador. Bacharel, mestre e doutor pela Universidade de São Paulo - USP, com bolsa de doutorado SWE do CNPq na Université de Bordeaux III (Michel de Montaigne). Pós-doutorado, com bolsa da FAPESP, na Université de Paris III (Sorbonne-Nouvelle) e pós-doutorado, com bolsa da CAPES, na Université de Limoges (CRIDEAU).E-mail: profmialhe@hotmail.com

\*\*Advogado, Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Damásio de Jesus, Mestrando em Direito pela UNIMEP - Universidade Metodista de Piracicaba, Professor de Direito na FADITU - Faculdade de Direito de Itu.E-mail: thiago.rigamonti@gmail.com

**Como citar:** MIALHE, Jorge Luís; RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. As alterações na Lei de Introdução às Normas Do Direito Brasileiro e seu influxo no Direito Administrativo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 97-118, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 97. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) é reconhecida enquanto a norma das normas, pois que confere diretrizes e balizas relevantes relacionadas à vigência, eficácia e interpretação dos diplomas normativos no sistema jurídico nacional, inclusive no que atine às suas fontes e técnicas de integração, delimitando a aplicação de normas no tempo e no espaço. Foi relevante e recentemente contemplada com acréscimos provenientes da Lei Federal n.º 13.655/2018, que, promulgada, acresceu à LINDB dispositivos precipuamente relacionados à aplicação e interpretação de normas incidentes em Direito Público, especialmente no que se relaciona ao exercício do controle da Administração Pública – e de seus agentes – pelos órgãos detentores de tais competências. Este trabalho, sob baliza doutrinária, busca enfatizar as alterações promovidas, sob o método dedutivo.

**Palavras-chave:** Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Influxo em direito administrativo repressivo. Controle da administração pública.

**Abstract:** The Introduction to the Standards of Brazilian Law (in Portuguese Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro or LINDB) is recognized as the Standard of the Standards, because it provides relevant guidelines and landmarks related to the validity, effectiveness and interpretation of the legislative instrument in the national juridical system, including about it, sources and integration technics, limiting application of the legal standards

in time and space. It was relevantly and recently contemplated with additions included by the Federal Law nº 13.655/2018, which, after promulgated, added to the LINDB legal devices mainly related to the application and interpretation of legal standards of Public Law, especially in the control of the Public Administration – and its public officials – by the organs which possess these competences. The present master's degree's work, under the landmarks of doctrine and jurisprudence, aims to emphasize the changes promoted, using the deductive method.

**Keywords:** The Introduction to the Standards of Brazilian Law. Influx in Repressive Administrative Law. Control in Public Administration.

**Z**

**INTRODUÇÃO**

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942) percebeu recentemente a mais relevante modificação já em si procedida, incluindo nela diversos dispositivos normativos que se relacionam precipuamente à interpretação e aplicação de normas no ambiente jurídico-administrativo (BRASIL, 1942).

As alterações promovidas em aludido diploma legislativo – que se consubstancia, sem margem de erro, em uma das principais leis que informam o direito nacional –, muito delimitando regras de direito público, reproduzem inequívoco influxo em decisões administrativas e judiciais que se relacionem ao *controle* da atuação da Administração Pública e de seus agentes.

Considere-se, com vistas a se estimar a relevância de qualquer dispositivo normativo hábil a refletir no controle da gestão da *res publica*, que os órgãos comumente dotados de competência para tal mister fiscalizatório possuem matriz constitucional de relevo<sup>1</sup>, tampouco sendo de se ignorar que o direito ao patrimônio público e a sua gestão sóbria, eficiente e regular se compreendem enquanto direitos difusos cuja titularidade repousa na indeterminada coletividade social.

Convém assinalar que as modificações da LINDB foram introduzidas através da Lei Federal n.º 13.655/2018 (BRASIL, 2018a), cujo processo legislativo<sup>2</sup> foi marcado por ressalvas e discordâncias por parte de órgãos de controle (BRASIL, 2018b), prostrando-se, não obstante, defendida por juristas (MARQUES NETO et al., 2018) e pelos órgãos técnicos do Poder Legislativo (BRASIL, 2017), sendo, ao fim, promulgada, de certo que suas consequências se incluem ao centro de notáveis esforços exegéticos<sup>3</sup>.

Recentemente se deu sua regulamentação através do Decreto Federal n.º 9.830/2019, de 10 de junho de 2019, cujas disposições não devem ser olvidadas (BRASIL, 2019).

Nas próximas seções se desenvolverá a apreciação das específicas introduções promovidas pela Lei Federal n.º 13.655/2018 (BRASIL, 2018a) e pela norma regulamentar, sob o método dedutivo.

## **1 DO ARTIGO 20 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E DA DELIMITAÇÃO DE JULGAMENTOS BALIZADOS EM PRINCÍPIOS OU CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS**

Anota-se, preliminarmente, que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro se consubstancia em diploma normativo voltado a informar a vigência e eficácia das normas no sistema jurídico nacional, além de trazer fontes normativas como técnicas de sua integração e de interpretação, daí afirmar Gonçalves (2012, p. 48-49) ser ela “conjunto de normas sobre normas”, que se dirige “a todos os ramos do direito, salvo naquilo que for regulado de forma diferente na legislação específica.”

Possui as essenciais funções de regular a vigência e a eficácia das normas jurídicas (arts. 1º e 2º), inadmite o erro de direito quando alegado para se escusar ao cumprimento da lei (art. 3º), fixa

1 *Vide*, v.g., artigos 70 a 75 da Constituição Federal no que se relaciona às competências dos Tribunais de Contas e arts. 127 a 130 quanto às do Ministério Público (BRASIL, 1988, p. 38-39, 59-61).

2 O projeto legislativo é de autoria do Senador Antonio Anastasia (PSDB/MG).

3 Mencionem-se as reuniões e debates públicos procedidos no âmbito do TCU, sendo digna de nota a visualização do primeiro encontro por mais de 1,5 milhões de usuários *ao vivo* (BRASIL, 2018d, grifo nosso).

mecanismos de integração das normas jurídicas (art. 4º), estabelece a equidade e a socialidade enquanto critérios de hermenêutica (art. 5º), delimita soluções a conflitos da lei no tempo (art. 6º) e contém normas de direito internacional privado (arts. 7º a 19) (GONÇALVES, 2012, p. 49).

A partir da promulgação da Lei Federal n.º 13.655/2018 (BRASIL, 2018a), passou a LINDB a contar com os artigos 20 a 30, cujos dispositivos produzem influxo no direito público repressivo, notadamente face à atuação dos órgãos de controle (Tribunais de Contas, sistemas de controle interno – e externo – e Ministério Público). Inicia-se, e já por relevante, com o seu art. 20 (mais polêmico dos dispositivos):

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas (BRASIL, 2018a).

Tem-se como oportuno precisar, *a priori*, que o *caput* do dispositivo, ao se valer da intitulação “valores jurídicos abstratos”, está a mencionar o que, na concepção jurídica, ter-se-ia enquanto “princípios”. Reforça esta assertiva a anotação de que o Decreto regulamentador dos arts. 20 ao 30 da LINDB (Decreto Federal n.º 9.830/2019) delimita que “consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.” (art. 3º, § 1º) (BRASIL, 2019).

Isto pois os princípios são, por evidente, valores, mormente porque exprimem a síntese de valores sociais que então passam a ser reconhecidos pelo Direito, juridicizando-os através do processo político democrático (MARTINS, 2010, p. 18).

Tratando-se, pois, de princípios, reconhecidos estes são, na doutrina de Mello (2019, p. 54), enquanto mandamentos nucleares de um sistema, daí possuírem por precípua atribuição o influxo interpretativo (SILVA, 2013, p. 47) tanto ao legislador quanto ao intérprete, constituindo-se de valores a que o sistema deve se esforçar para atender ao máximo (BULOS, 2012, p. 47).

Possuem, não obstante, indubioso caráter de abstratividade, visto que posta a amplitude deles, neles não se vislumbrará caráter absoluto (BARROSO, 2015, p. 64-65).

Daí bem se amoldam à concepção e exegese dos aludidos “valores jurídicos abstratos” (art. 20, LINDB) as lições de Alexy (2012, p. 90-91 e 93-94), ao determinar que as normas jurídicas se dividiriam em princípios e regras, os primeiros concebidos enquanto “mandamentos de otimização”, suscetíveis de “ponderação” conforme o caso concreto:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é de que um dos princípios tem

precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso (ALEXY, 2012, p. 93-94).

Sorte distinta socorrem as regras, as quais sofrem, à luz do quanto leciona Ávila (2009, p. 78-79), o dito juízo da subsunção, técnica esta que pela máxima do silogismo, atrai solução única pela validade ou invalidade da espécie face a regra normativa.

De fato, embora não se ignore a importância axiológica dos princípios na informação do Direito e de sua aplicação, não se deve olvidar que o Juízo procedido por órgãos de controle são sobretudo de validade e regularidade dos atos administrativos *sub examine*, sendo bem delimitadas as hipóteses em que atuam de forma consultiva.

Isto dito, considerando-se que os juízos sobre determinada atuação estatal, quando por sua irregularidade, geralmente lhes proclama a invalidade e decorrentes apurações, sancionamentos e ressarcimentos, a princípio se reconhece se prostrar um tanto quanto razoável<sup>4</sup> que eventual decisão lastreada em princípios jurídicos se dê apenas e tão somente em se considerando as “consequências práticas da decisão” (art. 20, *caput*, LINDB), bem como a necessidade e a adequação da medida

---

4 “Como bem salienta Willis Santiago Guerra Filho, na Inglaterra fala-se em princípio da irrazoabilidade e não em princípio da razoabilidade. [...] E esse teste da irrazoabilidade, conhecido também como teste Wednesbury, implica tão somente rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis. Na fórmula clássica da decisão Wednesbury: ‘se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir’. Percebe-se, portanto, que o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis.” (SILVA, 2012, p. 29).

“A noção do ‘razoável’ ultrapassa a do ‘racional’. Em verdade, a razoabilidade torna-se critério de aferição da legitimidade de decisões administrativas que não se mantém perante o direito, por serem insuficientes os critérios de estrita racionalidade para afirmar sua validade. A razoabilidade é critério avaliativo do exercício da discricção, quando da aplicação da lei por meio de uma estimativa valorativa das circunstâncias empíricas, operação esta que não se cinge às regras racionais da lógica dedutiva, mas requer o manuseio de uma ‘lógica’ própria do direito, voltado como está para a implantação e manutenção dos valores consagrados em seu seio.

[...] Há um padrão de ‘conduta razoável’ para cada atuação discricionária da Administração. É que a razoabilidade responde à tendência no direito administrativo de configurar materialmente a noção de competência, emergente tão-somente com a compostura que lhe der o caso concreto. Logo, somente perante a fisionomia objetiva deste é o possível examinar se a atividade administrativa, a título de perseguir o interesse público concreto, afasta-se do standard de razoabilidade imposto pelo direito positivo.” (OLIVEIRA, 2008, p. 31-32).

imposta, inclusive face eventuais alternativas incidentes (ou não incidentes), a teor do parágrafo único do aludido art. 20.

Não nasce com o *caput* do art. 20 a crítica a que julgadores procedam, com relativa facilidade, a decidir da maneira que, contemporaneamente, pareça-lhes porventura mais adequado ter se decidido<sup>5</sup> no passado, porém o fazendo sem a detença à ponderação procedida legitimamente por aquele que, à época, detinha a competência para tal<sup>6</sup>.

É o que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2020, p. 14) denominou recentemente de “comentarista de videotape”: “quando se vai julgar o que passou, age-se como um ‘comentarista de videotape’”, pois passado o tempo, depois que tudo aconteceu, quando se pode olhar os fatos à distância, “percebem-se muitas coisas que, quando se está ali no calor do momento, não se é capaz de perceber”.

Em se tratando de competência originária doutro Poder ou órgão constituído, sem proceder à mínima redução das competências de quaisquer órgãos de controle, pode se afirmar que o cotejo do mérito da decisão matriz sempre será, em rigor, minimamente cautelosa, merecendo destaque os excertos de Mello (2019) e Meirelles (2012):

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 quê 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 (MELLO, 2019, p. 1.051).

O que o Judiciário não pode é ir além do exame de legalidade, para emitir um juízo de mérito sobre os atos da Administração [...] A competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade com os princípios básicos da Administração Pública, em especial os do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade, indissociáveis de toda atividade pública (MEIRELLES, 2012, p. 790).

---

5 “[...] O Ministro João Otávio Noronha, presidente do Superior Tribunal de Justiça, foi enfático e não se furtou a dar exemplos e nomes [...] Noronha ressaltou que a estabilidade e vitaliciedade dos juizes são fatores fundamentais que devem ser preservados. Porém, não são armas das quais o magistrado pode se valer para impor sua visão de mundo. [...] ‘O Judiciário agora zela pela moralidade formal, o que é uma deturpação da função do juiz. Tem juiz que determina que dinheiro apreendido seja repassado para determinado local. Isso não é coisa de juiz! Quem defende princípios constitucionais, como os ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, é vaiado na rua. Mas a decisão que determinou que o Sergio Cabral fosse acorrentado feito um animal sem motivo não tem pai. Decisão arbitrária não tem pai [...].’” (MARTINES, 2018).

6 “Um sistema jurídico não é mau nem bom pelo fato de, em seus processos, princípios serem usados com muita frequência. O problema não está neles, mas na comodidade que podem oferecer para os espertos e para os preguiçosos. O oportunista, cujo interesse é adiar eternamente o pagamento de suas dívidas, invoca em juízo apenas o princípio do acesso à jurisdição e pede para não pagar, até o fim do processo principal: ‘Negar a liminar’ – diz ele – ‘é cassar meu direito à Justiça’. É um esperto, com um argumento cômodo, ocultando a fragilidade de sua pretensão de mérito. O juiz que não queira o trabalho de analisar a plausibilidade do direito de fundo pode simplesmente aceitar o tal princípio e conceder a liminar ou invocar o princípio da obrigatoriedade dos contratos e negá-la. É um preguiçoso, usando fundamentos fáceis para esconder a superficialidade de sua decisão. Espertos e preguiçosos sempre existirão: o mal é que sua esperteza fique oculta, por conseguirem iludir os espectadores com truques de mágica – com a simples declaração de princípios. Para que, no debate jurídico, os princípios não sirvam como armas de espertos e preguiçosos é preciso impor, a quem os emprega, os ônus que lhes são inerentes”. (SUNDFELD, 2014, p. 215).

Ambos os citados autores lecionam, então, no sentido de que é ao administrador – quando a competência a este título lhe seja dada pela lei – o juízo primário quanto aos critérios de oportunidade e conveniência do ato, devendo o controlador se atentar a não desfazer tal atribuição.

Se, mesmo assim, a hipótese for considerada pelo intérprete enquanto de possível deliberação por si – por considerar se submeter às suas legítimas competências de controle –, vislumbra-se como medida de esmero – quiçá obrigatória – que o faça a considerar a adequação e a necessidade da decisão a ser procedida, além das alternativas suscitadas no processo ou que, porventura, sejam notórias que infirmem ou que denotem a pertinência do quanto levado a efeito pelo gestor cujo ato administrativo se prostra a crivo.

Suscite-se, por oportuno, que as terminologias “adequação” e “necessidade” incorporadas no parágrafo único do art. 20 da LINDB, § 3º do art. 3º e § 2º do art. 4º do Decreto Federal n.º 9.830/2019 nada mais são do que representativas das elucidações doutrinárias acerca do princípio da proporcionalidade, cujo influxo geral nas decisões de controle deixa de ser valorativo e passa a ser considerado juridicizado (BRASIL, 2019).

Isto pois o princípio da proporcionalidade é “entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro (s), na medida do jurídico e faticamente possível” (GUERRA FILHO, 2007, p. 88-89), sendo decomposto em três elementos a serem observados face o caso concreto: a “adequação”, a “necessidade” e a “proporcionalidade em sentido estrito”, sendo o primeiro (adequação) a possibilidade de atingimento do fim pelo meio, o segundo (necessidade) a observância quanto à inexistência doutro meio menos gravoso hábil à satisfação do fim, e o terceiro (proporcionalidade em sentido estrito) enquanto signo de ponderação “se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”, isto é, reflete o “pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.” (MELLO, 2019, p. 114).

Há de se pontuar, mormente para a boa apreciação dialética do dispositivo normativo em epígrafe, as ressalvas relevantes procedidas, pois, pela Procuradoria Geral da República através da sobredita Nota Técnica Conjunta n.º 01/2018 (BRASIL, 2018b, p. 4), durante o trâmite do projeto legislativo que culminou no texto promulgado (PL n.º 7.448/2017), ao anotar que:

[...] O dispositivo claramente desprestigia a prolação de decisão, inclusive judicial, com base em princípios. Impõe, ainda, que, caso assim o seja, considere as consequências práticas dela advindas. Ora, negar a possibilidade de decisão baseada em princípios é recusar densidade normativa dessa fonte do direito.

[...] O dispositivo, na redação apresentada, é bastante amplo, e dá abertura, inclusive, para que seja invocado mesmo nos casos de decisões judiciais que não tenham por objeto o controle de ato administrativo. Entretanto, mesmo que contida a aplicação do dispositivo à função de controle, o artigo proposto peca por transferir indevidamente ao julgador os ônus e as responsabilidades inerentes à atividade do gestor público (BRASIL, 2018b, p. 4).

Prosseguiram-se as críticas lançadas pela PGR (BRASIL, 2018b, p. 5), suscitando, ademais, que não caberia ao julgador – substituindo-se ao gestor – delimitar medidas ou alternativas porventura incidentes quando de seu julgamento, tendo enquanto impensável “supor que o magistrado ou o órgão controlador possa analisar o exame das ‘alternativas possíveis’”.

Assemelhadas críticas se prostraram lançadas no parecer do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2018c, p. 14-16), que, não obstante, procedeu a relevante complemento em sua motivação, anotando que o Código de Processo Civil, notadamente em seu artigo 489, §§ 1º, 2º e 3º, já estaria a abarcar os elementos de segurança à tutela decisória dos órgãos controladores, além do que, da hermenêutica do parágrafo único do art. 20 da “nova” LINDB, não se depreenderia serena interpretação quanto à avaliação das possíveis alternativas, pelo julgador, que dos autos constem, com vistas a se acautelar da exegese que porventura compreenda que deveria ele, o julgador, buscar a avaliação, *per si*, das “possíveis alternativas”.

Noutravia, relevante mencionar terem juristas (MARQUES NETO et al., 2018, p. 3-4) sustentado mediante carta intitulada “Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n.º 7.448/2017”, que a experiência demonstra que decisões de cunho concreto por vezes se balizam em valores jurídicos de cunho abstrato – “tais como o interesse público, o princípio da economicidade, a moralidade administrativa, etc.” (MARQUES NETO, 2017, p. 3), de forma que está o dispositivo a reforçar a ideia de responsabilidade decisória, não se tratando de substituição do gestor pelo julgador, mas sim que este último, ao se valer especialmente de comandos normativos abstratos, tenha em mente – com base no que dos autos conste – as alternativas que existem, ou não, ao gestor, os impactos daí decorrentes e, pois, concretize o juízo com a responsabilidade decisória, conforme excerto que se destaca:

O PL n.º 7.448/2017 pretende inserir o artigo 20 na LINDB com a finalidade de reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais sabidamente admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução. A experiência demonstra ser comum a tomada de decisões muito concretas a partir de valores jurídicos bem abstratos — tais como o interesse público, o princípio da economicidade, a moralidade administrativa, etc. O fenômeno é comum às esferas administrativa, controladora e judicial. Diante desse quadro, o parágrafo único do art. 20 propõe instituir ao tomador de decisão o dever de demonstrar, via motivação, *‘a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas’*.

[...] O dispositivo não exige conhecimento extra processual do julgador, mas sim que concretize sua função pública com responsabilidade. Veda, assim, motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos. Obriga o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão. E, claro, esse dever se torna ainda mais importante quando há pluralidade de alternativas. Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como ‘interesse público’, ‘princípio da moralidade’ e outras. É preciso,

com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias.

No mais, o dispositivo a ser inserido na LINDB é clara aplicação do conhecido princípio da proporcionalidade, que exige ao tomador de decisão a comprovação de que a medida a ser adotada é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. [...] (MARQUES NETO, 2017, p. 3-4).

Quer-nos parecer, de fato, que o dito art. 20 não obstaculiza decisão que possua em sua fundamentação – e até enquanto precípua motivação – a menção a princípios, sequer veda que assim se proceda, apenas consignando que ao fazê-lo deve se considerar as “consequências práticas da decisão”, procedendo apenas se “adequado” e “necessário” inclusive, se o caso, face às “alternativas existentes”.

Não devem, então, serem olvidados os reflexos da decisão quanto aos interesses da coletividade, continuidade da prestação do serviço público e formação de precedente para hipóteses análogas (dentre outras consequências que do caso se avizinhem), tampouco a exteriorização da ponderação levada a efeito para se concluir pela adequação e necessidade da decisão.

Tem-se enquanto lógico que a partir do momento em que a autoridade dotada de poderes decisórios de revisão, seja jurisdicional ou administrativa, ingressa no mérito de ato administrativo para decidir com base em valores jurídicos abstratos – que, ao seu ver, merecem “ponderação” distinta daquela realizada na decisão objeto de controle –, minimamente deve considerar também alternativas distintas (existentes ou não), até porque impossível (ao menos se de forma responsável) seria bem exercer juízo substitutivo (controlador) sem ponderar sobre as alternativas que tinha o prolator originário do ato objeto de controle.

Dos escritos de Kennedy e Fisher III (2006 apud BARROSO, 2015, p. 62) se extrai observação pertinente:

Como David Kennedy e Wiilian W. Fisher têm escrito, se tornou senso comum afirmar que os “materiais jurídicos não produzem soluções únicas para os casos individuais”, que o trabalho jurídico não era sempre dedutivo, mas também “envolvia em grande medida a formulação de políticas”, e que os juristas têm que “falar e pensar sobre consequências, ética, estatísticas e assim por diante”.

Importante se faz sublinhar que a matéria versada no art. 20 do diploma em apreço não se confunde – embora também não seja antagônico – ao disposto no art. 489 do Novo Código de Processo Civil, isto pois no primeiro não se está a falar de elementos obrigatórios da sentença, mas sim de delimitação do juízo decisório, de forma que este passe a abarcar as consequências práticas da decisão quando de juízos fundamentados em valores jurídicos abstratos, bem como que, em o fazendo, considere a adequação e a necessidade da medida face as alternativas possíveis, estas últimas, por evidente, que dos autos constem ou deles possam se extrair.

A delimitação do juízo decisório aos fatos e fundamentos do processo – não se tratando, pois, de demandar do intérprete atividade prospectiva idem a do gestor – consta bem expressada nos arts.

3º, § 2º, e 4º, § 1º, do Decreto regulamentador.

Trata-se, pois e nosso ver, de exegese que complementa o disposto no *Codex* Processual, não estando nele exaurido, tampouco a ele desarmônico, constituindo interpretação bem mais ampla pois não se refere “apenas” aos fundamentos da decisão, mas à delimitação do objeto dela, com influxo, pois, em todo o sistema normativo publicista.

## 2 DA OBSERVÂNCIA DA MOTIVAÇÃO E DA REALIDADE NO EXERCÍCIO DO JUÍZO SOBRE ATOS ADMINISTRATIVOS

Por conseguinte, está a estampar a LINDB, em sua nova feição, dispositivos normativos específicos que suscitam a necessidade de que as decisões que decretem invalidade de ato indiquem as consequências de tal decreto, com equânime exposição de seus efeitos nos interesses sob crivo (art. 21, parágrafo único), consideração das dificuldades reais do gestor e as circunstâncias envolvidas no ato quando de juízos de invalidação ou sancionamento (art. 22 e seus §§), estabelecimento de regime de transição quando de decisões que imponham novo dever (art. 23) e a consideração das orientações gerais da época quando da ulterior revisão da juridicidade dos atos *sub examine*.

Vem se reconhecendo que o disposto no art. 21 reforça o dever de motivação<sup>7</sup> (v. arts 93, IX, e 129, VIII, da Constituição da República) dos atos decisórios (MAFFINI, HEINEN, 2018, p. 25-26), tendo percebido crítica por sua generalidade (BRASIL, 2018b, p. 6) mas anotando percepção de sua pertinência pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017), ao anotar que caminhamos “para ter decisões devidamente motivadas, com o detalhamento e a especificidade necessárias, de modo a não restarem dúvidas do respeito do seu conteúdo à legalidade e à proporcionalidade” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017, p. 9). A escoreita motivação da decisão administrativa – que dirá da jurisdicional – se constitui, aliás, em faceta do próprio princípio da publicidade consagrado enquanto norteador da Administração Pública (art. 37, *caput*, Constituição Federal):

Pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática. [...] A motivação, portanto, deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda (MEIRELLES, 2012, p. 107).

Raras seriam as circunstâncias pelas quais se reconheceria impertinência em se demandar que eventual juízo invalidatório consigne as consequências de sua decisão, tampouco que sejam estas proporcionais, equânimes e não anormais ou excessivas, parecendo-nos novo aclamo dos precitados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Destaca-se que o disposto nos artigos 22, 23 e 24 da “nova” LINDB, vem sendo reconhecido a título de juridicização do “princípio da realidade” aos atos de controle da Administração Pública:

<sup>7</sup> Note-se que a “motivação” compõe 04 (quatro) dos títulos do Decreto Federal n.º 9.830/2019 (BRASIL, 2019).

A publicação recente da Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, implicou consequências diretas na forma de atuar de magistrados, ministros, desembargadores e conselheiros. É que, por exemplo, a simples motivação legal para aplicação de sanções, sem considerar as circunstâncias fáticas que motivam uma conduta, não mais atende à fundamentação como comando constitucional previsto no artigo 93, incisos IX e X, da Constituição.

Hoje, mais do que antes, de suma importância que a motivação daqueles que julgam ou controlam os atos jurídicos, leve em conta as circunstâncias fáticas do caso concreto, bem como àquelas envoltas à figura do próprio agente que praticou a conduta, pois só assim, teremos julgamentos consentâneos com a realidade. (PIRONTI, 2018, p. 1).

No estudo de caso procedido por Pironti (2018, p. 1-2) – hipótese em que uma servidora pública (no exercício da atribuição de pregoeira em licitação pública) teve sua sanção afastada pelo Tribunal de Contas da União em virtude da reconhecida dificuldade imposta a ela em deter ciência quanto à impropriedade da conduta que há anos era praticada no órgão em que lotada sem parecer jurídico ou orientação superior que a desfizesse, mantendo, no caso, a decisão sancionatória apenas contra seu superior hierárquico –, é relevante se compreender como a LINDB foi utilizada enquanto fundamento normativo para decisão mais relevantemente motivada, tendo, ao se apreciar a conduta de agente público, considerado, de fato, as circunstâncias em que ela se dava e as alternativas médias de que dispunha (ou não) o sujeito, em firme aplicação do art. 22, que ao revés de afastar qualquer competência controladora, trouxe a ela maior coerência.

Por evidente que à boa exegese há de se considerar que se passe a ter, quando do cotejo da atuação administrativa, a consideração dos “obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados” (art. 22, *caput*, LINDB), o que não significa, ao nosso ver, que estes valores passem a possuir relevo superior às normas postas de matriz constitucional (de ordem fiscal, orçamentária, etc.) – o que se afirma à luz da pertinente crítica de Nohara (2016, p. 7) quanto a dita desnecessidade da nova norma (pois o primado da realidade já estaria integrado na exegese jurídica), ineficácia (face o seu grau de abstratividade) e perigo (se for utilizada como brecha capciosa para descumprimento de exigências legais) –, mas que, notadamente quando do cotejo sancionatório e de invalidade estampado nos parágrafos deste dispositivo, não se olvide da realidade vivenciada pelo gestor.

Neste sentido o recente precedente do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2018, p. 11), nos autos do TC n.º 015743/989/18 e sob Relatoria do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, em que se afirmou, com menção expressa ao art. 22 da LINDB, que aditamento levado à efeito em contrato administrativo mereceria juízo de regularidade, isto porque “houve a demonstração efetiva das dificuldades reais que impuseram a ação do agente para uma remodelação da direção inicialmente pretendida (nos ditames do artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).”

A realidade de gestão, a pertinência de sua consideração e as consequências das decisões de

controle perceberam oportuna menção no Decreto n.º 9.830/19 quanto a “modulação” de efeitos das decisões anulatórias, que deverão indicar as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais (art. 4º, § 3º), de forma a buscar a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso (art. 4º, § 5º) (BRASIL, 2019).

Mesmo raciocínio lógico jurídico está a se emanar tanto da necessidade de se considerarem novas ordens porventura dadas pelos órgãos de controle e/ou a mudança de suas orientações gerais (jurisprudências, súmulas, instruções normativas, etc.) enquanto merecedoras de considerações seja de regime jurídico de transição seja de juízo face às orientações da época (arts. 23 e 24 da LINDB e 6º e 7º do Decreto Federal n.º 9.830/2019).

Isto pois, embora não se ignore que os juízos de controle por vezes emanam decisões de cunho técnico declaratório – isto é, reconhecem realidade normativa preexistente (BRASIL, 2018b, p. 7) –, não se deve mesmo olvidar que a ciência jurídica – também o sendo o planejamento gestor típico da atuação administrativa – é humana e, como tal, sujeita à volatilidade intrínseca à sua interpretação e exegese.

De fato improvável se considerar que não há modificações de entendimentos firmes de órgãos de controle (inclusive jurisdicionais) que infirmam direitos outrora tidos como consolidados, não sendo nada incomum já se proceder à regulamentação de efeitos de tutelas modificativas – vide, neste sentido, art. 927, §§ 2º, 3º e 4º, do N.CPC –, notadamente quando com influxo geral, à luz, inclusive, das assertivas procedidas pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados (2017, p. 10):

É nesse sentido, portanto, em respeito à segurança jurídica e aos próprios princípios da lealdade e da boa-fé, que se trouxe no projeto a necessidade de sempre se estabelecer uma transição em caso de mudança de interpretação, mesmo que não haja regime previamente estabelecido, permitindo-se que, a partir do diálogo entre o interessado e a autoridade prolatora da decisão definidora de nova orientação, seja negociada a referida transição, com a celebração de um compromisso para o ajustamento.

Nada impede, ademais, que decisões de controle porventura procedidas sobre atos não respaldados por considerações gerais vigentes à época deixem de sofrer decorrente influxo pelos dispositivos normativos indicados, o que nada se confunde com o dever de, em existindo tais orientações consideráveis à época pelo gestor, sejam elas – em coerência, proporcionalidade, razoabilidade e à luz do princípio da realidade – tomadas devidamente a tomo pelo intérprete *controlador*.

### 3 DOS ACORDOS E CONSENSUALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sustenta-se ter a nova LINDB consagrado permissivos à consensualidade na Administração Pública,

acatando a celebração de compromisso com interessados com vistas a eliminar irregularidades ou situações contenciosas, observada a legislação aplicável (art. 26 e seus §§), estabelecendo previsão normativa à incidência da compensação quando de atos de controle, inclusive com compromisso entre os envolvidos (art. 27 e seus §§), e expressa normativa a permitir consultas públicas antes da edição de atos normativos (art. 29).

Não se ignora o enraizamento na cultura jurídico-administrativa nacional da sempre atuação contenciosa ou “vinculada” quando de controle ou aferição de condutas – públicas ou privadas – desconformes à melhor subsunção normativa<sup>8</sup>, embora tampouco se olvide o reconhecimento de que tal exegese se mostra inapropriada para a eficiente<sup>9</sup> e boa administração diante da complexa, volátil, ágil e tecnológica relação jurídica tipicamente moderna, cada vez mais se socorrendo a Administração Pública e os distintos órgãos e poderes que a compõem de mecanismos de consensualidade e acordos com vistas ao atingimento razoável e dinâmico dos fins recíprocos:

O recurso ao clássico esquema de atuação administrativa por meio de atos administrativos unilaterais, cunhados no exercício da prerrogativa imperativa, parece não mais dar conta do satisfatório exercício dos atuais deveres cometidos à Administração Pública. A complexidade do atual direito administrativo coloca em xeque respostas binárias do tipo “proibido/permitido” a algumas situações concretas, como nos casos de conflito entre Administração Pública e administrado, as quais poderiam ser mais bem conformadas com acordos que valorizem decisões mais consentâneas às especificidades do caso e, assim, mais eficientes. Ademais, a configuração do Estado Democrático enseja a participação do administrado no desenvolvimento das atividades administrativas - fator que propicia a ascensão da consensualidade. (PALMA, 2015, p. 25-26).

Esta consensual maneira de atuação da Administração Pública também não se mostra desarmônica a diversos diplomas normativos vigentes que preveem análogas circunstâncias, parecendo-nos merecer citação a aplicação já expressa da arbitragem no âmbito da Administração Pública (art. 1º, § 1º, Lei Federal n.º 9.307/1996), acordos de leniência no âmbito do CADE (arts. 86 e ss. da Lei Federal n.º 12.529/2011) e em atos de corrupção (art. 16 da Lei Federal n.º 12.846/2013), assim

8 “*Dever de sancionar*. Registre-se, por último, que, uma vez identificada a ocorrência de infração administrativa, a autoridade não pode deixar de aplicar a sanção. Com efeito, há um dever de sancionar, e não uma possibilidade discricionária de praticar ou não tal ato. A doutrina brasileira, mesmo em obras gerais, costuma enfatizar tal fato em relação ao dever disciplinar [...], mas o dever de sancionar tanto existe em relação às infrações internas quanto em relação às externas.” (MELLO, 2019, p. 915).

“O âmbito de discricionariedade na aplicação de sanções em contratos administrativos não faculta ao gestor, verificada a inadimplência injustificada da contratada, simplesmente abster-se de aplicar-lhe as medidas previstas em lei, mas sopesar a gravidade dos fatos e os motivos da não execução para escolher uma das penas exigidas nos artigos 86 e 87 da Lei 8.666/1993, observado o devido processo legal.” (BRASIL, 2006).

“Uma vez interpretada as normas jurídicas, o agente público as aplicará, de acordo com o fato concreto, em vista do interesse público que lhe cabe proteger. No caso de penalidades administrativas, ocorre a imposição delas, isto é, a autoridade administrativa declara a direta e imediata consequência jurídica cominada ao infrator ou responsável.” (VITTA, 2018, p. 1).

9 “Isso quer dizer, em suma, que a *eficiência administrativa* se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários. Logo, o *princípio da eficiência administrativa* consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante previsão do inciso LXXVIII do art. 5º (EC-45/2004) e em condições econômicas de igualdade dos consumidores.” (SILVA, 2013, p. 676).

como o já consolidado permissivo normativo aos intitulados Termos de Ajustamento de Conduta (art. 5º, § 6º, Lei Federal n.º 7.347/1985).

Até mesmo no âmbito do Direito Penal – em que passível seria de maiores críticas face à severa indisponibilidade, em tese, dos valores envolvidos – os acordos de colaboração premiada tomam as manchetes jornalísticas diariamente.

Evidencia-se sobremaneira que a previsão normativa geral a propiciar, conforme o caso e “observada a legislação aplicável”, compromissos com vistas à coerente, consensual e paulatina regularização de relações jurídicas pode vir a se tornar instrumento jurídico de relevante atuação administrativa para acautelar situações de permanente irregularidade que apenas fazem somar deletérios efeitos socioeconômicos e ambientais, por vezes merecedores de soluções graduais. A síntese processada por Marques Neto e Freitas (2018, p. 4) em seu artigo intitulado “O art. 26 da LINDB e o consenso na função de polícia administrativa” – cuja leitura é indispensável –, é merecedora de destaque:

[...] A Lei 13.655/2018, diferentemente do que ela foi acusada, não tem o desiderato de fomentar ilicitudes, ou de tornar o controle mais lasso. Muito ao revés, o racional na nova lei — do qual é saliente o seu artigo 26 que ora se comenta — é o de conferir transparência às relações público-privadas. A história demonstrou que o arbítrio e a unilateralidade do exercício do poder extroverso, em vez de reprimir, fomentaram a prática de ilegalidades.

Consagrou a nefasta lógica do “criar dificuldades, para vender facilidades”.

A Lei 13.655/2018 caminha no sentido oposto; processualiza e confere transparência ao consenso. É um novo caminho para os próximos anos da história sobre o exercício da função de polícia.

Faz-se oportuno anotar a preponderância da eficiência da consensualidade estampada nos arts. 26 e 27 da LINDB perante o fato de que os próprios dispositivos concedem razoável “contrapeso” típico do sistema normativo, demandando “motivação” e expondo a “vedação à exoneração permanente” (art. 26, § 1º, I e III, e art. 27, § 1º), submetendo-se os ajustes e acordos a níveis de controle, tais como os demais institutos da espécie, que, como dito, não é nova nem à Administração Pública nem às próprias competências dos órgãos de controle (MARQUES NETO, FREITAS, 2018, p. 2-3).

O Decreto Federal n.º 9.830/2019 – no exercício regulamentar para dar “fiel execução” à lei (art. 84, IV, CF) – também clamou por transparente motivação na decisão de celebrar compromisso (arts. 9º, § 2º, e 10, § 1º), com relevante fixação de aspectos da instrução do processo administrativo, dependente de oitiva do órgão jurídico, realização de consultas públicas (quando cabíveis), aferição de razões de relevante interesse geral, bem como tomada de parecer técnico conclusivo sobre a viabilidade técnica, operacional e, quando for o caso, sobre as obrigações orçamentário-financeiras a serem assumidas (art. 10, I, II, III, § 4º, I e II).

A regulamentação também estampou a possibilidade de celebração de ajuste consensual entre gestores e órgãos de controle interno, “com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que

possível, e garantir o atendimento do interesse geral”, ressalvando o descabimento deste para elidir reflexos jurídicos quanto a eventual dano ao erário provocado por agente mediante conduta dolosa ou em erro grosseiro (art. 11, § 2º).

Frise-se, por oportuno, que na toada participativa do administrado é que se depreende a permissão à consulta pública antes da edição de atos normativos (art. 29), concedendo ferramenta aos mais variados níveis de gestão, mormente porque consagra relevante instrumento de “participação democrática” – que é núcleo essencial do regime jurídico vigente (art. 1º, *caput*, V, parágrafo único, dentre outros dispositivos da Constituição da República) –, além de conferir notável publicidade aos atos (ou pretensos atos) estatais, a teor de referido princípio também consagrado enquanto incidente na Administração Pública (art. 37, *caput*, CF) (SILVA, 2013, p. 673-674).

Convém assinalar que a obrigatoriedade de consultas ou audiências públicas já se impregna em determinadas matérias legislativas (tais como nas orçamentárias anuais e plurianuais do Poder Executivo<sup>10</sup>), prestando-se enquanto relevante engrandecedor o permissivo a que assim se proceda sempre que pertinente, ainda mais em se considerando o direito subjetivo do administrado a que sua contribuição em referida consulta pública seja efetivamente objeto da decisão (parte final do art. 29), muito contribuindo à maturidade democrática e normativa (RIGAMONTI, 2020).

#### 4 DO SANCIONAMENTO A AGENTES PÚBLICOS

A LINDB previu, notadamente nos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 22 e em seu art. 28, critérios norteadores e delimitadores das hipóteses abstratas em que a invalidade do ato administrativo ou o irregular exercício das atribuições legais do cargo venha a provocar sancionamento pessoal ao servidor público.

Trata-se, como sobredito no capítulo 2º e notadamente nos parágrafos do aludido art. 22, do influxo normativo do princípio da realidade tanto às hipóteses de invalidação de atos administrativos quanto nas de sancionamento de agentes públicos, de forma a considerá-lo quando das decisões de controle (administrativas ou jurisdicionais) que venham a reconhecer pessoal responsabilidade. Ademais, robusta e firme assertiva passa a constar no *caput* do art. 28, ao anotar que “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Temos que está o legislador a consagrar a necessidade de voluntariedade quando da incursão do agente em determinada infração de ordem civil ou administrativa. Isto pois é cediço que, em rigor, as sanções administrativas se constituem em inquestionável instrumento de regularização de condutas sociais, a fazer se concluir ter o Direito Administrativo repressivo núcleo principiológico que se confunde com o do próprio Direito Penal (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1.008; MOREIRA NETO, GARCIA, 2012), não passando despercebida a anotação de Mello (2019, p. 898) no sentido de que o que distingue a sanção administrativa da penal é “apenas” a autoridade que a declara,

---

10 Vide arts. 9º, § 4º, e 48, § 1º, I, da Lei Complementar n.º 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal. (BRASIL, 2000, p. 4, 17-18).

sendo na primeira a administrativa e na segunda a jurisdicional.

Não há como se questionar a afirmação, pois, de que a sanção administrativa corresponde a instrumento de coerção educativa a quem cometera, voluntariamente, sua respectiva e antecedente infração. É remédio jurídico que se presta, tal qual na esfera penal, a satisfazer a necessidade coletiva mediante inibição de condutas reconhecidas como degradantes em determinada coletividade, à sua época:

A configuração de infrações pressupõe a reprovabilidade da conduta do particular. Isso significa que a infração se caracterizará pelo descumprimento aos deveres legais ou contratuais, que configure materialização de um posicionamento subjetivo reprovável. Como decorrência, a imposição de qualquer sanção administrativa pressupõe o elemento subjetivo da culpabilidade. No Direito Penal democrático não há responsabilidade penal objetiva - ainda quando se possa produzir a objetivação da culpabilidade. Mas é essencial e indispensável verificar a existência de uma conduta interna reprovável. Não se pune alguém em virtude da mera ocorrência de um evento material indesejável, mas se lhe impõe uma sanção porque atuou de modo reprovável. As palavras de Welzel refletem concepção que não comporta reparos, quando afirmou que “O direito não pode proibir a causação de um determinado resultado, senão que apenas a realização de ações dirigidas ou que levem consigo a possibilidade (perigo) da lesão do bem jurídico [...] O injusto criminal somente resulta plenamente constituído, ao meu ver, quando ao desvalor da ação se agrega o desvalor do resultado.” E acrescentou que quando se produz a lesão a um bem jurídico sem que tal se configure como resultado de uma ação ou omissão reprovável de um sujeito, tratar-se-á de “uma desgraça mas não de um injusto”. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1.012).

Cientes de que o Estado apenas goza de poderes indispensavelmente instrumentais à satisfação de seus deveres, não haveria como considerar nexos de pertinência lógica em se sancionar aquele que porventura infringiu determinada norma sem sê-lo voluntariamente (MELLO, 2019, p. 898-900) ou cuja culpa, crassa, revele assunção dos riscos de fazê-lo, tanto que Mello (2019, p. 906) reconhece o princípio da exigência de voluntariedade enquanto norteador da atuação sancionatória estatal:

*Princípio da exigência de voluntariedade para incursão na infração* – O Direito propõe-se a oferecer às pessoas uma garantia de segurança, assentada na previsibilidade de que certas condutas podem ou devem ser praticadas e suscitam dados efeitos, ao passo que outras não podem sê-lo, acarretando consequências diversas, gravosas para quem nela incorrer. Donde, é de meridiana evidência que descaberia qualificar alguém como incurso em infração quando inexistir a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, *in concreto*, do comportamento que o livraria da incidência na infração e, pois, na sujeição às sanções para tal caso previstas.

A modificação legislativa em epígrafe, malgrado esteja a abarcar doutrina especializada consolidada, nem por isto se torna despicienda, mormente porque traz influxo relevante na atuação

de controle, informando que do conceito de culpa – reconhecida no art. 37 § 6º, da Constituição Federal, enquanto compatível à responsabilidade civil do agente público – se extrai apenas a culpa “grave” (“elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” – v. art. 12, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, do Decreto n.º 9.830/19), excluídas, pois, a leve e a levíssima, não estando estas últimas olvidadas ordinariamente do regime da responsabilidade civil<sup>11</sup>, daí a pertinência de, em o fazendo quanto aos agentes públicos, o seja expressamente.

Apropriado, ainda, consignar-se que a Comissão de Constituição e Justiça (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017) bem observou que referida disposição normativa estava a acatar a jurisprudência já dominante, de certo que as críticas da Procuradoria Geral da República (BRASIL, 2018b, p. 11-12) mais focaram os parágrafos do aludido art. 28, resolvidos, pois, pelos vetos presidenciais, mantidos quando da promulgação do diploma normativo.

Não se olvidando que a atuação administrativa se envolve comumente com a solução de casos complexos, de variáveis imprevisíveis e com influxo de interesses os mais distintos e relevantes (políticos, econômicos, sociais, etc.) – cuja complexidade e prerrogativas políticas (ou de função) deverão ser consideradas em eventual responsabilização (arts. 12, § 4º, e 13, *caput*, Decreto 9.830/19) –, tem-se enquanto razoável a previsão legislativa condicionante da responsabilidade civil às hipóteses de ser a conduta infratora ou dolosa ou, se culposa, que o seja apenas quando grave (erro grosseiro), acautelando exageros e desproporcionalidades na perquirição de ilícitos administrativos.

Considerar o erro não grosseiro enquanto suficiente para o sancionamento pessoal do agente público seria fazer de todas as autoridades coatoras em mandados de segurança (e apenas enquanto exemplo) quando neles sucumbentes tornarem-se automática e pessoalmente responsáveis pelos danos porventura ocasionados<sup>12</sup>.

O Decreto Federal n.º 9.830/19 trouxe as anotações relevantes de que o erro grosseiro ou dolo do emitente de opinião técnica ou de inferior hierárquico não abarca, ao menos não automaticamente, a autoridade que o acata ou que lhe é superior, respectivamente, condicionada sua responsabilidade à existência de elementos que lhe propiciassem aferir o erro ou dolo da antecedente manifestação ou de seu inferior hierárquico (art. 12, §§ 6º e 7º).

Neste íterim, o art. 28 da LINDB vem a pacificar a possibilidade de agentes públicos virem a ser responsabilizados, inclusive, por emanações técnicas, excluindo a tecnicidade do ato administrativo enquanto manto a lhe impedir a atuação controladora, à luz do quanto – embora não de maneira uníssona – já se vê na jurisprudência:

---

11 “Culpa *lata* ou *grave*: imprópria ao comum dos homens e a modalidade que mais se avizinha do dolo; culpa *leve*: falta evitável com atenção ordinária; culpa *levíssima*: falta só evitável com atenção extraordinária ou com especial habilidade. A culpa grave ao dolo se equipara (*culpa lata dolus equiparatur*). Assim, se em determinado dispositivo legal constar a responsabilidade do agente por dolo, deve-se entender que também responde por culpa grave (CC, art. 392). No cível, a culpa mesmo levíssima obriga a indenizar (*in lege Aquilia et levíssima culpa venit*).” (GONÇALVES, 2012, p. 505).

12 Recomenda-se, a expor o reflexo deletério do receio exacerbado – face eventual responsabilização – em tomadas de decisões administrativas em casos complexos, a breve reportagem: “*O apagão de canetas dos agentes públicos.*” (RITTNER, 2018).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 3º 2, art. 34, IX. I. – Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. [...] II. – O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. – Mandado de Segurança deferido (BRASIL, 2003).

Ademais, o Decreto n.º 9.830/19 estampa (art. 14) que referida delimitação da responsabilidade civil às hipóteses de dolo e erro grosseiro abarca a ação de regresso da parte final do § 6º do art. 37 da Constituição da República – o que, no mais, já de fato decorre do *caput* do art. 28 da LINDB –, estampando, não obstante, a oportuna ressalva de que não há tal delimitação extensiva às infrações e decorrentes sanções disciplinares, subsumidas às suas leis específicas e que não se confundem com responsabilidade civil, mas funcional, eventualmente suscetíveis de perquirição mediante culpa *stricto sensu* (art. 17).

Entende-se, portanto, que tendo os parágrafos do art. 28 da LINDB sido objeto de veto presidencial, mantido na Casa Legislativa, de fato o que seu *caput* revela é a segurança jurídica face ao influxo normativo nas decisões de controle sobre atos administrativos nas quais se revelem sanções aos agentes públicos que lhes exararam ou lhes informaram.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se, da própria forma como se esforçaram a síntese e a contextualização das alterações recentes promovidas na LINDB, que, em rigor, elas vêm corroborar a segurança jurídica proveniente da relevantíssima atuação controladora quando do exercício de sua competência para decidir, sustar, invalidar ou sancionar, isto é, controlar, em geral, os órgãos da Administração Pública.

Dada a volatilidade da atuação administrativa, mormente face aos serviços públicos que a motivam - com todos os pormenores técnicos, tecnológicos, quantitativos e qualitativos -, faz-se, de fato, preambular que se fixe regime cada vez mais objetivo e uniforme na atuação de controle, inclusive com vistas ao aperfeiçoamento das condutas dos gestores e técnicos que se submetem à atuação controladora, dotados como serão, ao menos em tese, de maiores condições de percepção do regular e do irregular.

Não se olvide, ademais, que tomadas de decisão, especialmente em casos complexos, não se

afiguram de todo simplistas, tal como não é a própria atuação controladora, sendo de se consignar, porém, que o órgão controlado é o que detém a competência “originária” de decidir e de solucionar a problemática pública que é posta à sua cura – quantas vezes inexistindo meios de consulta hábeis e concretos a seus controladores –, não detendo condição de, *a posteriori*, simplisticamente se submeter a julgamento acerca se o quanto decidido à época se mostrou o meio mais viável, ou não. Pertinente, pois, que o esforço de *empatia jurídica* determinado pela *nova* LINDB reflita nos juízos acerca da regularidade ou irregularidade dos atos sob controle, tornando mais uniformes as decisões correlatas, com os reflexos benéficos tanto na segurança jurídica do intérprete inicial quanto, com maior coesão, exercer-se mais firme atuação controladora, quiçá com condições mais resolutas de, prostrando-se a irregularidade patente, vir a tomar a conduta efetivamente proporcional.

A conclusão deste trabalho não pode deixar de citar o desfecho que o próprio legislador pretendeu com a inovação normativa objeto de estudo, tendo ele mesmo sintetizado *teleologicamente* o conjunto normativo produzido, ao asseverar que “As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas” (art. 30, LINDB).

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Decreto Federal n.º 9.830, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. **Diário Oficial da União: Seção 1**, Brasília, DF, p. 4, 11 jun. 2019. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:2019-06-10;9830>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. **Lei Federal n.º 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018a.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. Ofício n.º 330/2018. **Nota Técnica Conjunta n.º 01/2018, de 13 de abril de 2018**. Brasília, DF: Ministério Público Federal, 2018b. Disponível em: [www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Oficio\\_NotaTecnica\\_130418\\_PGR00192069\\_2018.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Oficio_NotaTecnica_130418_PGR00192069_2018.pdf). Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI's n.ºs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431 MC**. Direito Administrativo. Ações diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de covid-19. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/C8CE49A83E45F6\\_lrb.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/C8CE49A83E45F6_lrb.pdf). Acesso em: 1 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS n.º 24.073/DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso, DJ de 31 de outubro de 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772349/mandado-de-seguranca-ms-24073-df>. Acesso em: 1 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 2.558/2006**. 2ª Câmara. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 12 de setembro de 2006. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;camara.2:acordao:2006-09-12;2558>. Acesso em: 1 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas**. TC n.º 012.028/2018-5, Brasília, 2018c. Disponível em: <https://cdn.oantonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TCU promove três encontros para avaliar novas normas de controle da LINDB**. Brasília: TCU, 2018d. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-promove-tres-encontros-para-avaliar-novas-normas-de-controle-da-lindb-8A81881F631C32E60163289EC4233D34.htm>. Acesso em: 31 ago. 2018

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n.º 7.448-A, de 15 de setembro 2017**. Brasília: Câmara Dos Deputados, 2017. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1614971](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1614971). Acesso em: 1 set. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, Vol. 01 – Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 2012.

MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às

Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei n.º 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 247-278, set./dez. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77683/74646>. Acesso em: 2 ago. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **O art. 26 da LINDB e o consenso da função de polícia administrativa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-16/opiniao-lindb-consenso-funcao-policia-administrativa>. Acesso em: 15 set. 2018.

MARTINES, Fernando. **Sandálias da humildade**: Ministros criticam juízes que decidem baseados na moralidade. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-17/ministros-criticam-juizes-decidem-baseados-moral>. Acesso em: 24 set. 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 28, nov./dez./jan. 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-28-novembro-2011-diogo-figueiredo-flavio-garcia.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016.

NOHARA, Irene. **Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015)**. 2016. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>. Acesso em: 29 set. 2018.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Discricionariedade e razoabilidade. **Revista Eletrônica de Direito da PUC-SP**, São Paulo, v. 1, 2008. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/728/510>. Acesso em: 29 set. 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

PIRONTI, Rodrigo. A LINDB e a jurisprudência do TCU: decisões coerentes e o princípio da realidade. **Consultor Jurídico**, São Paulo, ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-13/rodrigo-pirondi-lindb-tcu-principio-realidade>. Acesso em: 15 set. 2018.

RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. Da participação pública na tomada de decisões de estado e de sua consideração na atuação decisória. *In*: COLETA, Daniel Dela (org.). MOURA, Grégore Moreira de (org.). **Direito público**: liberdade, igualdade e fraternidade visto por Maçons e Demolays. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020. p. 237-260.

RITTNER, Daniel. O apagão de canetas dos agentes públicos. **Valor Econômico**, São Paulo, 27 jul. 2018. Disponível em: [www.revistaferroviaria.com.br/index.asp?inCdEditoria=1&InCdMateria=28379](http://www.revistaferroviaria.com.br/index.asp?inCdEditoria=1&InCdMateria=28379). Acesso em: 24 set. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado. **TC n.º 015743/989/18**. São Paulo, 2018. Relator: Cons. Sidney Estanislau Beraldo, 23 de outubro de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014.

VITTA, Heraldo Garcia. Aspectos da imposição de penalidades administrativas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XI, n. 53, maio 2008. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2644](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2644). Acesso em: 29 set. 2018.

**Como citar:** MIALHE, Jorge Luís; RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. As alterações na Lei de Introdução às Normas Do Direito Brasileiro e seu influxo no Direito Administrativo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 97-118, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 97. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 27/05/2019

Aprovado em: 24/08/2020

**AMICUS CURIAE: UM ALIADO NA DEFESA E PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE***AMICUS CURIAE: AN ALLY IN DEFENSE AND ENVIRONMENTAL PROTECTION***Flavio Barboza Castro\***  
**Rogério Gesta Leal\*\***

\* Mestrando do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, da linha de pesquisa de Políticas Públicas de Inclusão Social. Integrante do Grupo de Pesquisa “Sociedade de riscos e democracia radical: a formatação de políticas públicas a partir de decisões judiciais”, coordenado pelo Professor Pós-doutor Rogério Gesta Leal. Pós-Graduado em Direito Ambiental pela Uniasselvi. Advogado. E-mail: flaviobarbozadecastro@gmail.com

\*\*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito. Prof. Titular da UNISC. Professor da FMP. Professor Visitante da Università **Túlio** Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. E-mail: rleal@unisc.br

**Como citar:** CASTRO, Flavio Barboza; LEAL, Rogério Gesta. *Amicus Curiae: um aliado na defesa e proteção ao meio ambiente. Revista do Direito Público*, Londrina, v. 16, n. 1, p. 119-132, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 119. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** Devido à necessidade e urgência de defesa e proteção ao meio ambiente, direito garantido pela ordem constitucional, instrumentos que possibilitam o controle e a participação social em matéria ambiental, recebem apreço. Nessa perspectiva, aborda-se a importância da participação social na garantia do direito fundamental ao meio ambiente, para introduzir o estudo do instituto do *amicus curiae*, que vem contribuir de forma plena e eficaz nesse objetivo. Sendo esse o quadro, o presente trabalho aponta a seguinte interrogação: o instituto do *amicus curiae*, que proporciona a participação social nos processos judiciais, trata-se de um instrumento que possibilita a defesa e proteção ao meio ambiente? Cumpre considerar que, para responder essa problemática, utilizar-se-á o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Conclui-se que o *amicus curiae* configura-se em um mecanismo de democratização e pluralização do processo, fazendo com que as decisões que envolvam as questões ambientais fiquem mais alinhadas às demandas sociais, permitindo a participação social e possibilitando a defesa e proteção ambiental.

**Palavras-chave:** *Amicus curiae*. Direitos fundamentais. Meio ambiente. Participação social.

**Abstract:** Due to the need and urgency of defense and protection of the environment, a right guaranteed by the constitutional order, instruments that enable control and social participation in environmental matters, receive appreciation. In this perspective, this paper approaches the importance of social participation in the guarantee of the fundamental right to the environment, in order to introduce the study of the *amicus curiae* institute, which contributes fully and effectively to this objective. This being the case, this paper poses the following question: is the

amicus curiae institute, which provides for social participation in judicial proceedings, an instrument that enables the defense and protection of the environment? The deductive method will be used to answer this question, as well as bibliographical and jurisprudential research. The conclusion is that the amicus curiae is configured as a mechanism of democratization and pluralization of the process, making decisions involving environmental issues more aligned with social demands, allowing social participation and enabling the defense and protection of the environment.

**Keywords:** Amicus curiae. Environment. Fundamental rights. Social Participation.

## INTRODUÇÃO

Tratados e Pactos Internacionais, desde o século XX, juntamente com a Constituição brasileira de 1988, instituíram uma nova era política, institucional e jurídica no país, fundada nos direitos humanos e fundamentais, erigindo como um deles o meio ambiente sustentável, urbano ou rural, para as presentes e futuras gerações. O direito ao meio ambiente é visto e classificado como direito de terceira geração ou dimensão, por abranger uma proteção coletiva de organização social, possuindo, assim, a chamada natureza difusa. Possui assento no artigo 225 da Constituição Federal, onde **não há apenas um direito** consagrado, mas um dever de proteção estatal de conservação e preservação ambiental.

Presente esse contexto, o artigo pretende abordar a importância da participação social para a proteção e garantia do direito fundamental ao meio ambiente sustentável, introduzindo-se, dessa forma, o instituto do *amicus curiae*, como instrumento de participação social para a proteção a esse direito fundamental, o que se demonstra por meio da jurisprudência pátria. Com esse foco, a problemática consiste: o instituto do *amicus curiae*, que proporciona a participação social nos processos judiciais, trata-se de um instrumento que possibilita a defesa e proteção ao meio ambiente? Para dar conta dessa tarefa, utiliza-se o método dedutivo, partindo do estudo da importância da participação social na defesa e da proteção ao meio ambiente, para, em seguida, abordar o instituto do *amicus curiae* e responder a problemática do estudo. Como técnica de pesquisa, tem-se a bibliográfica e jurisprudencial.

Nesse olhar, o artigo possui como objetivos específicos tecer algumas considerações referentes à importância da participação social na defesa, proteção e preservação do meio ambiente.

Serão abordados alguns instrumentos no âmbito dos três Poderes que permitem essa participação social, para, em seguida, conceituar e caracterizar o instituto do *amicus curiae*, notadamente como mecanismo que propicia a atuação social para a proteção ambiental.

O trabalho, dessa maneira, encontra justificativa tanto por envolver pressupostos sobre a importância da participação social para a defesa, prevenção e proteção ao meio ambiente, como por destacar alguns instrumentos que permitem a proteção ambiental, incluindo-se, aqui, a figura do *amicus curiae*, que se configura em um grande mecanismo de democratização e pluralização do processo.

Impõem-se destacar, ainda, que a proteção dos direitos fundamentais se dá, cada vez mais, no âmbito da jurisdição, razão pela qual se faz importante e necessário o desenvolvimento de instrumentos que viabilizam a participação social, como é a figura do *amicus curiae*.

## 1 A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA DEFESA E PROTEÇÃO AO DIREITO AMBIENTAL

O sistema constitucional brasileiro é emoldurado pela possibilidade de reconhecimento autônomo do direito subjetivo ao meio ambiente, em relação aos outros valores constitucionais,

diferentemente do que acontecia nas Constituições brasileiras anteriores. É direito dos cidadãos brasileiros questionar qualquer ato que seja praticado pelo particular, bem como pelo poder público, que possa causar dano ao meio ambiente (GAIO, 2015). Isso é corroborado por Leal (2013), o qual compreende que a política ambiental não pode carecer apenas da atuação do poder público, mas de ações solidariamente responsáveis que envolvam tanto o Estado quando a coletividade.

Esse entendimento reflete-se, também, no magistério de Leal e Maas (2014, p. 45), no qual a participação dos cidadãos é necessária, de forma que a sociedade trace seus próprios caminhos. Vê-se, portanto, um caminhar a uma democracia pluralista, em que os próprios cidadãos são legitimados e aptos a participarem do processo que envolva a discussão de um direito, no caso, do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com a participação ativa, ou, ao menos, com a possibilidade dela, há uma probabilidade de assegurar e fiscalizar o direito a ser preservado, no caso, ao meio ambiente saudável, sendo algo inerente à democracia, preservando os interesses de toda a sociedade, no caso, às presentes e futuras gerações. Isto está ligado ao exercer o direito de cidadania, que é a base do Estado Democrático de Direito, proclamado na Carta Magna pátria.

O reconhecimento do direito ao meio ambiente exige dos diferentes agentes de decisão (legisladores, juízes e administradores públicos) posicionamentos quando os interesses ambientais estiverem em conflito com valores constitucionais e isso envolver efeitos ambientais significativos, como é o caso de conflitos entre o direito de propriedade e os avanços tecnológicos e o meio ambiente.

A partir de uma perspectiva material, o constituinte determinou à coletividade o direito subjetivo de viver em um ambiente ecologicamente equilibrado, devendo ser considerado “essencial à sadia qualidade de vida”, conforme dispõe o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Ao realizar essa consignação, o legislador incluiu a proteção ao meio ambiente entre os valores fundamentais da República, motivo pelo qual qualquer alteração ou supressão no texto do referido artigo configura flagrante violação aos direitos fundamentais.

Ninguém desconhece que, em razão da estreita relação entre o direito ao meio ambiente e o direito à vida, o primeiro não pode ser alvo de emenda constitucional, estando, conseqüentemente, inserido no rol de conteúdos previstos no artigo 60, § 4º, da Carta Magna, de tal modo que possui caráter de *cláusula pétrea* (BRASIL, 1988).

Outra não poderia ser a interpretação constitucional dada ao direito ao ambiente, em vista da consagração da sua jufundamentalidade. A consolidação constitucional da proteção ambiental como cláusula pétrea corresponde à decisão essencial da Lei Fundamental brasileira, em razão da sua importância do desfrute de uma vida com qualidade ambiental à proteção e equilíbrio de todo o sistema de valores e direitos constitucionais, e especialmente à dignidade humana (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 84).

O entendimento constitucional de ser o direito ao meio ambiente uma cláusula pétrea está de acordo com a vedação constitucional do retrocesso, ou seja, de um direito social já conquistado

e devidamente posto como um preceito fundamental, principalmente no que tange à dignidade da pessoa humana e a questões ambientais. Apreciando esta questão em face do texto constitucional de 1988, em preciso magistério Leite (2003, p. 198) assevera que: “[...] o direito fundamental ao meio ambiente não admite retrocesso ecológico, pois está inserido como norma e garantia fundamental de todos, tendo aplicabilidade imediata.”

Tem-se por imprescindível a composição de alternativas para a relação entre homem e natureza, para buscar um cenário mais amplo e claro para sopesar a ambiência a envergadura e conformação dos fatos, pois, diante do vigente sistema econômico, marcadamente capitalista, o futuro de ambos é incerto. A humanidade precisa repensar a forma como consome, pois, de acordo com Boff (2015, p. 143), “[...] esse tipo de sociedade vigente é, sem dúvida, profundamente antiecológico.” O que constitui um dos fatores explicativos da atual degradação do Sistema Terra.

Outro aspecto que implica nessa degradação é o atual sistema altamente capitalista, valendo-se dos bens naturais para produzir retornos financeiros sem priorizar as consequências desastrosas que poderá trazer ao sistema ecológico que rege a vida humana.

Para equilibrar o alcance de tal afirmação, Leite (2003, p. 22) assinala que, inobstante a ideologia, a sociedade tem dificuldade de lidar para com a crise ambiental, “[...] considerando que o capitalismo industrialista, no primeiro caso e o coletivismo industrialista, no segundo, pôs em prática um modelo industrial agressivo aos valores ambientais da comunidade.”

Disso resulta a imprescindibilidade de inserção do direito ao meio ambiente no rol de direitos fundamentais, cuja à cláusula, foi corretamente e amplamente considerada pelo legislador constituinte de 1988, que fez previsão do meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas também de um conjunto de regramentos e deveres que visam garantir, organizar e servir como ferramenta de proteção ao meio ambiente, permanentemente em colaboração com a promoção e proteção de outros direitos, como à vida e à dignidade humana.

Cabe destacar, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância o princípio da participação social ou comunitária ou o princípio democrático, que reforça a importância da participação social em matéria ambiental, já consolidada de forma unânime na legislação e na doutrina, sendo que, conforme observa Trennepohl (2007, p. 38), “[...] a evolução da posituação da proteção ao meio ambiente tornou-se um imperativo fundamental de sobrevivência e solidariedade.”

Inquestionável, desse modo, a análise do princípio da participação comunitária, princípio esse tido como fundamental à medida do envolvimento do Estado e do cidadão no equacionamento e na implementação da política ambiental. No Brasil, este princípio está contemplado no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, ali estando prescrito ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Não custa lembrar, neste ponto, considerada a essencialidade do princípio constitucional, precedentemente ressaltado, que o sufrágio universal passou a não mais satisfazer totalmente o eleitor que almeja uma maior participação no conjunto de decisões, o que tem levado os cidadãos a pleitear uma ação mais próxima dos órgãos de controle no que diz respeito ao meio ambiente. Nesse

sentido, a participação dos cidadãos e de Organizações não Governamentais (ONGs) não pode ser compreendida de forma a obstaculizar os integrantes da Administração Pública, tampouco, ela não é substitutiva da atuação do Poder Público, mas sim, com o importante propósito de apontar caminhos e soluções no âmbito das questões de cunho ambiental (MACHADO, 2016).

É importante ter presente, que o direito ambiental é um direito que tem suas origens nos movimentos reivindicatórios dos cidadãos e, como tal, é essencialmente democrático. Os direitos à informação e participação no meio ambiente, materializam-se por meio do princípio democrático que assegura aos cidadãos o direito pleno de participar na elaboração das políticas públicas ambientais (AMADO, 2017).

Não constitui demasia relembrar, que o princípio democrático ou da participação está fundamentado essencialmente no princípio décimo da Declaração do Rio de 1992. Este princípio está calcado em dois pontos importantes: a) informação; e b) conscientização ambiental. Se o cidadão não tiver consciência ambiental, a informação não lhe servirá para nada (SIRVINSKAS, 2018, p. 145). Reza tal princípio:

A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomadas de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação a disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo e mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e repartição de danos (RIO DE JANEIRO, 1992).

É por tal razão que Carvalho (2008, p. 20), acentua que o direito ambiental vem impor e demandar ao Estado uma alteração na conformação de seu exercício democrático, no sentido de haver certa relativização da democracia representativa em face de formas de participação direta dos cidadãos. Ou seja, abandona-se a concepção simplista de que participação política da sociedade se restringe ao âmbito de uma participação política representativa, estendendo-se ela a outras dimensões, a existência de uma via de participação direta dos cidadãos em defesa da questão ambiental.

Daí se afirmar que Estado e sociedade devem andar juntos para dar conta dos problemas ambientais aos quais se vive, pois, não há como se adotar uma visão individualista sobre a proteção ambiental, isto é, sem solidariedade e desprovida de responsabilidades difusas globais. Por isso, somente com a mudança para a responsabilização solidária e participativa dos Estados e dos cidadãos, em uma união entre estes dois polos, com firmes ideais de preservação ecológica, é que se tornará possível encontrar solução para a crise ambiental, conforme traz Leite (2008).

Eis a observação constante do magistério de Leite (2003), em que a participação social se torna importante pela transparência que confere ao processo e pela legitimidade que traz à decisão ambiental, contribuindo, desse modo, para uma conscientização ambiental. Esta transparência

no processo implicará, ainda, em uma decisão ambiental potencialmente mais próxima de um consenso, com vistas à aceitação da coletividade e para a produção de seus efeitos de forma mais específica.

Cabe destacar, por extremamente relevante, a criação e o desenvolvimento de instrumentos aptos de participação ativa da sociedade em matéria ambiental se fazem primordial para resultados positivos, assim como uma atuação democrática e consciente dos indivíduos. Leite (2008, p. 161) ainda afirma que “[...] todo problema de política ambiental só poderá ser resolvido quando reconhecida a unidade entre cidadãos, Estado e meio ambiente, e garantidos os instrumentos de ação conjunta.”

Destaca-se, desde logo, que a efetivação dos direitos fundamentais, carece da participação cada vez mais ativa do cidadão, em vista de que as questões ambientais representam, na atualidade, um problema de gravidade extrema que ataca toda a sociedade, comunidade brasileira, e que deverá ser resolvido por ações múltiplas, como, por exemplo, ações legislativas, sociais/de grupos; ações políticas; e ações jurídicas (BIANCHI; FERREIRA, 2008).

Mencionados alguns pressupostos sobre a importância da participação social no que concerne ao meio ambiente, prossegue-se incorporando alguns instrumentos capazes de permitir que esta participação ocorra para o fim de proteção ambiental. De início, apresentam-se instrumentos constantes na Constituição Federal, sendo eles: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Esses instrumentos são compreendidos como mecanismos de participação no âmbito do Poder Legislativo, em que poderá ocorrer a participação social também na forma de cobrança ou de incentivo a medidas de representantes eleitos, bem como pela participação nas Comissões do Meio Ambiente, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, e nos legislativos estaduais e municipais, comissões estas que servem de fórum para discussões de interesse da sociedade.

Ainda, aqui, encaixa-se, no sentido de participação na criação do direito ambiental, segundo Leite (2008), a atuação de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados, dotados de poderes normativos, como é o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) (artigo 6º, inciso II, da Lei n. 6.938/81, com redação dada pela Lei n. 7.804 e pela Lei n. 8.028/90).

Sendo esse o contexto, examina-se, preliminarmente, a questão do Poder Executivo, que na análise de Furriela (2002) destaca como espaço que propicia a participação social, os Conselhos de Meio Ambiente nos níveis federal, estaduais e municipais. Nessa acepção, Leite (2008) coloca, no sentido de via de participação na formulação e na execução de políticas ambientais, em que os cidadãos podem atuar diretamente na tutela ambiental, participando das políticas, por meio da ação dos representantes na execução de políticas públicas e por ocasião da discussão de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA/Rima) em audiências públicas.

Já no âmbito do Poder Judiciário, há diferentes tipos de ações que podem ser utilizadas para a defesa do meio ambiente, destacando-se, pontualmente, a Ação Popular e a Ação Civil Pública; já em nível de controle de constitucionalidade, têm-se a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, bem como os remédios constitucionais do Mandado de Segurança e o Mandado de

Injunção, entre outros.

Dessa maneira, após cingir pressupostos referentes à participação social no meio ambiente e alguns instrumentos e espaços que propiciam essa participação, passa-se a caracterizar a figura do *amicus curiae* e trazê-la como instrumento de participação social para a proteção e defesa ambiental.

## 2 A INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE* COMO INSTRUMENTO NA DEFESA E PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

O *amicus curiae*, o “amigo da corte” ou o “amigo do juiz”, possui seus antecedentes mais remotos no direito romano, tendo a sua ascendência ocorrida no direito inglês medieval e, posteriormente, teria o instituto amadurecido com o seu desembarque nas “13 colônias” (DEL PRÁ, 2007). Todavia, não é pacífica na doutrina a origem do instituto, o certo que a sua evolução ocorreu nos Estados Unidos da América, recebendo ali, os caracteres próximos do mecanismo na atualidade:

Embora, para alguns, o instituto tenha surgido já no direito romano, foi no direito inglês medieval que o *amicus curiae* adquiriu as bases de suas características modernas, vindo a institucionalizar-se, já em pleno início do Século XX, nos Estados Unidos, onde evoluiu e alcançou grande relevo, surgindo como instrumento de manifestação daqueles que eram alheios ao caso (não eram, portanto, partes do processo sob análise), mas que elaboravam e apresentavam ao julgador um parecer jurídico composto por precedentes cabíveis, porém não examinados ou invocados pelas partes, além de questões de direito úteis e relevantes para a solução da lide (LEAL; MAAS, 2014, p. 55-56).

Impõem-se registrar, que no Brasil a intervenção do *amicus curiae* encontra seu fundamento na necessidade de que informações estranhas ao processo se tornassem acessíveis ao magistrado (SANTANA, 2019). Aqui, o instituto só obteve notoriedade com a sua inserção na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que disciplina Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade (BRASIL, 1999a).

No entanto, possui mais de quatro décadas de existência em solo brasileiro, tendo sido, inicialmente, introduzido em 16 de dezembro de 1978, por meio da Lei 6.616, que trouxe alterações à Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que regulamenta o mercado de valores mobiliários e criou a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), porém não aparece com essa terminologia (AGUIAR, 2005).

Ainda, é importante destacar que a primeira vez que a figura do *amicus curiae* apareceu no direito pátrio com essa denominação foi na Resolução n. 390, de 17 de setembro de 2004, do Conselho da Justiça Federal, em seu artigo 23, parágrafo primeiro, que se refere, expressamente, a figura por ocasião do incidente de que trata o artigo 14, § 7º, da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre as instituições dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça

Federal (LEAL; MAAS, 2014).

Impende destacar, neste ponto, no magistério de Souza (2007) que o instituto possui como característica própria o fato de ser amigo da Corte e não das partes, por se inserir no processo como terceiro, que não os litigantes iniciais da causa, movido por um interesse maior que o daqueles, representando a própria sociedade no debate. Desse modo, o instituto não intervém em uma demanda para beneficiar uma ou outra parte, mas sim, para trazer informações relevantes para o melhor entendimento da matéria e deslinde da demanda, vindo a pluralizar e democratizar o processo e, principalmente, permitir que a sociedade participe das decisões que venham afetar, prejudicar e/ou beneficiar um de seus direitos.

Todavia, esse não é o posicionamento único referente ao instituto, sendo compreendido, também, como um terceiro parcial, nas feições de um “amigo da parte”:

Pode-se conceituar o *amicus curiae* como um terceiro que intervém na lide de forma (des)interessada, alguém que, apesar não estar litigando, possui interesse na matéria *sub judice* e que pretende, com a sua intervenção, beneficiar os interesses de uma das partes na causa, ou uma determinada posição – visto o caráter objetivo das ações do controle concentrado de constitucionalidade –, abandonando, em certa medida, a pretensa neutralidade original que lhe é atribuída em seu sentido original (LEAL; MAAS, 2014, p. 71).

Apesar de distintos entendimentos sobre o instituto, Carvalho (2008) relata que a figura do *amicus curiae*, da forma em que é vista no ordenamento jurídico brasileiro, consiste em uma figura ímpar no campo processual, sendo que se caracteriza como um especial elemento de colaboração ao exercício da jurisdição.

Na realidade, o instituto é de grande relevância, pois amplia o debate do objeto da causa e, de tal modo, proporciona ao Estado julgador uma visão mais clara da questão a ser decidida, transcendendo os aspectos fáticos e jurídicos, dando uma maior dimensão das consequências do julgamento, sendo que esses elementos informativos poderiam passar despercebidos à análise da Corte.

Cabe reconhecer, em suma, dessa maneira, que essa é a função histórica do *amicus curiae*, ou melhor, chamar a atenção da Corte para fatos ou circunstâncias que não poderiam ser notados sem a intervenção do “amigo da corte”. Assim, o *amicus curiae* exibe um documento ou memorial, como também, pode realizar sustentação oral, interpor recurso quando da sua inadmissibilidade ou participar das audiências públicas (neste caso, quando convocado, como foi o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101, abaixo observada)<sup>1</sup> (BRASIL, 2009), para informar o órgão julgador sobre determinado assunto polêmico, de relevante interesse social, que é objeto de julgamento, dando suporte fático e jurídico à questão *sub judice*, enfatizando os efeitos dessa questão na sociedade, na economia, na indústria, no meio ambiente, ou em quaisquer outras áreas em que essa discussão possa causar influências (SANTOS, 2005).

Apuradas essas questões referentes ao *amicus curiae*, não se pode desconhecer que ele está atrelado a algo maior, sendo utilizado para o valor máximo inerente à pessoa humana,

---

1 Atualmente, o *amicus curiae* possui as seguintes prerrogativas, desde que representado por advogado: manifestar-se por escrito, realizar sustentação oral e recorrer da decisão de sua inadmissibilidade (e não das decisões da causa em que intervém). Também, poderá participar, quando assim convocado, de audiências públicas. Esses são os poderes

do instituto previsto no controle concentrado de constitucionalidade e no Código de Processo Civil (LEAL; MAAS, 2014).

conforme expõe Souza (2007, p. 239):

A proteção da dignidade humana, da igualdade, do direito ao trabalho, do direito à terra, do direito a um meio ambiente salubre, do combate à discriminação racial e ao racismo, do direito à liberdade de religião e de culto, de liberdade de imprensa, do direito à vida, da garantia de prerrogativas funcionais e institucionais, entre outros.

Cumprindo ainda ressaltar que a intervenção do *amicus curiae* no processo do controle concentrado de constitucionalidade vem com o fim de pluralizar o debate constitucional e propiciar uma maior abertura na interpretação constitucional (alcançando tais efeitos nos processos ordinários, pela sua previsão no novo Código de Processo Civil, como se mencionará). Tal como assinalado, observa-se que, por meio do *amicus curiae*, a Corte Constitucional pode escutar a sociedade, de modo a permitir que essa interfira na formação da decisão final, passando de simples destinatária das normas constitucionais à condição de sua intérprete (LEAL; MAAS, 2014).

É importante sempre destacar que a prerrogativa concernente ao *amicus curiae* se mostra como um instrumento que, além de trazer informações relevantes ao processo, democratizando-o e pluralizando-o, configura-se como um grande mecanismo que vem permitir a participação social para a proteção do meio ambiente, pois, oportuniza que a sociedade, agentes sociais, órgãos e entidades de controle possam debater assuntos que venham prejudicar o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Desse modo, com essa finalidade e de forma explicativa, tem-se a presença da figura na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3378/DF, em que se debateu a constitucionalidade do artigo 36 e seus §§ 1º, 2º e 3º da Lei 9.985, de 18 de julho de 2000, no que se ocupa a compensação devida pela implantação de empreendimentos de significativo impacto ambiental (BRASIL, 2008). Também, cumpre referir que houve a manifestação do instituto na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3540/DF, em que se discutia a constitucionalidade do artigo 4º do Código Florestal, alterado pela Medida Provisória n. 2.166-67, que estabeleceu mecanismos que permitiam um controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente com o fim de impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental. Menciona-se que na Ação Direta de Inconstitucionalidade são os artigos 7º, § 2º, e 9º, § 1º da Lei 9.868/99<sup>2</sup>, que permitem a intervenção do instituto (BRASIL, 2005).

Oportuno mencionar, ainda, em face de absoluta pertinência, a intervenção do *amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101/DF, sobre a importação de pneus usados, que ofendem os artigos 196 e 225 da Constituição Federal, que dizem respeito, respectivamente, ao direito à saúde e ao meio ambiente (BRASIL, 2009). Nesse caso, também, foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal audiência pública, em que foram ouvidos vários *amici curiae*. Aqui, a intercessão da figura é prevista no artigo 6º, § 1º e § 2º, da Lei 9.882, de 3 de

2 “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

[...]

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator” (BRASIL, 1999b).

dezembro de 1999<sup>3</sup>.

Ademais, *amici curiae* apresentaram argumentos no julgamento sobre o Código Florestal (Lei 12.651/2012) perante o Supremo Tribunal Federal, apoiando as ações, bem como outras entidades defenderam a improcedência da ação, tornando o debate aberto e plural na defesa e proteção ao meio ambiente. (BRASIL, 2017).

Essa percepção do tema ficou demonstrada que a figura do *amicus curiae* configura-se em um grande instrumento que norteia a participação social para o debate, a proteção e a defesa ambiental no Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado de constitucionalidade. Cumprido ter presente, desde logo, que se mostra plenamente legítima, com o novo diploma processual civil, artigo 138, a intervenção do instituto nos demais processos, desde que haja relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, o que se aplica, pode-se dizer, em todas as matérias ambientais:

**Art. 138.** O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação (BRASIL, 2015).

Sendo assim, diante das razões expostas, e considerando, sobretudo, os fundamentos que lhe dão suporte, e que levam a concluir, em face da importância da relação Estado e sociedade para resguardar o direito ambiental, ergue-se o instituto do *amicus curiae* como interessado em contribuir para a causa.

Não se desconhece que há uma pluralidade no debate sobre a matéria ambiental, a fim de obter uma satisfação maior do que a das próprias partes do processo, buscando a uniformização de um direito coletivo social, que prima pela participação social, e atua, dessa forma, como aliado na defesa e proteção ao direito ao meio ambiente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Presente esse contexto, e diante da necessidade de proteção ambiental na sociedade hodierna, mostra-se imperioso reconhecer, consoante acentua a norma constitucional brasileira (artigo 225), o pressuposto de que a proteção ao meio ambiente não constitui tarefa restrita ao âmbito do Poder Público, mas de todos os atores sociais, em sentido *lato sensu*. Nesse ponto, vê-se abandonada, pois, a concepção de uma democracia meramente representativa para se adotar uma soberania de aceção mais direta, em que a sociedade vem a interferir diretamente nas questões que envolvam seus interesses, bem como o interesse coletivo, no caso, o meio ambiente. Além do mais, a participação é que propicia que a decisão tomada, nesses casos, seja cada vez mais condizente com os anseios da comunidade.

Assim, é necessário que se reconheça instrumentos que permitam a participação direta da sociedade são necessários para a proteção do meio ambiente e, aqui, além daqueles mencionados no âmbito dos três Poderes Estatais, neste ponto, assume inquestionável relevo a utilização do

<sup>3</sup> “Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo” (BRASIL, 1999b).

instituto *amicus curiae*, compreendido como forma de participação social pertencente ao Estado Julgador, que se configura em um instrumento que pluraliza e democratiza o processo. Sendo que o controle jurisdicional à proteção ao meio ambiente, como resposta social, como instrumento de afetividade de normas sociais ou como instrumento de prevenção, será sempre a última trincheira da cidadania.

Observa-se, dessa forma, o significado e a importância do *amicus curiae* a possibilitar a participação social nos processos que envolvem o direito ao meio ambiente, de interesse ínsito social, propicia que a sociedade, a primeira e a última a ser afetada pela questão ambiental, possa participar na defesa e na proteção ao meio ambiente em demandas judiciais – que antes não poderia participar, pois, não era parte, mas, por vezes, diretamente afetada pela decisão. É por essa razão que o instituto, contribuirá, em tal contexto, incontornável dever jurídico do Estado e constituirá, por isso mesmo, resposta legítima do Poder Público à frente de todas as complicações e problemas que se sentenciam a entaves e inibições, no campo do meio ambiente, o que se expõe de maneira despretensiosa nesse artigo para que se utilize no aprimoramento e edificação de um espaço sustentável, ante a lei universal de causa e efeito.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mirella de Carvalho. **Amicus curiae**. Salvador: JusPODIVM, 2005.

AMADO, Frederico. **Direito ambiental**. Salvador: Juspodium, 2017.

BIANCHI, Patricia Nunes Lima; FERREIRA, Helene Sivini. Os instrumentos jurisdicionais ambientais na constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOFF, Leonardo. **Ecologia: grito da terra, grito dos pobres**. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 16 ago. 2019.

BRASIL. **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. Brasília, DF: Presidência da República, 11 nov. 1999a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm). Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. **Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Brasília, DF: Presidência da República. 1999b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm). Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3540/DF**. Trata-se de ação direta que, ajuizada pelo eminente Senhor Procurador-Geral da República, objetiva

o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1º da Medida Provisória nº 2.166- -67, de 24/08/2001, na parte em que alterou o art. 4º, “caput” e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º, da Lei nº 4.771, de 15/09/1965, que instituiu o antigo Código Florestal. Cabe-me observar, no entanto, que sobreveio ao ajuizamento da presente ação direta a edição da Lei nº 12.651, de 25/05/2012, que expressamente revogou os diplomas normativos ora questionados neste processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, como claramente resulta do seu artigo 83, que assim dispõe [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 1 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3378/DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º**

**E 3º DA LEI Nº 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36. 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados [...].** Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Carlos Britto, 9 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: [...].** Requerente: Presidente da República. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 11 DE março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 13 jul. 2019.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 2007.

FURRIELA, Rachel Biderman. **Democracia, cidadania e proteção do meio ambiente.** São Paulo: Annablume: Fapesp, 2002.

GAIO, Daniel. **A interpretação do direito de propriedade em face da proteção constitucional do meio ambiente urbano.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **O Amicus curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica.** Curitiba: Multideia, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **Ordem econômica e meio ambiente no Brasil: elementos teóricos e**

- fundamentais à solução de casos judiciais concretos. In: BRAVO, A. S. **Justicia y medio ambiente** (org.). Espanha: Punto rojo libros, 2013.
- LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- RIO DE JANEIRO. **Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: [http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao\\_Rio\\_Meio\\_Ambiente\\_Desenvolvimento.pdf](http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Desenvolvimento.pdf). Acesso em: 16 ago. 2019.
- SANTANA, Viviane Nobre. A participação do amicus curiae nas decisões judiciais e sua consequente contribuição para efetivação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 9, n. 1, p. 428-448, abr. 2019.
- SANTOS, Esther Maria Brighenti dos. Amicus curiae: um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 906, 26 dez. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7739>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SOUZA, José Franklin de. **Intervenção de terceiros e coisa julgada**. Leme: J. H. Mizuno, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representantes de “amigos da Corte” apresentam argumentos em julgamento sobre Código Florestal. Brasília: STF, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=355716>. Acesso em: 18 ago. 2019.
- TRENNEPOHL, Terence Dornelles. **Fundamentos de direito ambiental**. Salvador: Podivm, 2007.
- Como citar**: CASTRO, Flavio Barboza; LEAL, Rogério Gesta. Amicus Curiae: um aliado na defesa e proteção ao meio ambiente. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 119-132, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 119. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 02/09/2019

Aprovado em: 26/07/2020

**DA CONSTITUCIONALIDADE DA PRORROGAÇÃO  
ANTECIPADA DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO**

THE CONSTITUTIONALITY OF THE EARLY EXTENSION OF  
PUBLIC SERVICE CONCESSIONS

**Odone Sanguiné\***  
**Felipe Montenegro Viviani Guimarães\***

\* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pós-doutor em Direito pela Washington University School of Law in Saint Louis e pela Universiteit Utrecht. Doutor em Direito pela Universitat Autònoma de Barcelona. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Consultor e Advogado. E-mail: odoesang@hotmail.com

\*\*Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Consultor e Advogado. E-mail: felipemvg@hotmail.com

**Como citar:** SANGUINÉ, Odone; GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. Da constitucionalidade da prorrogação antecipada das concessões de serviço público. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 133-157, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 133. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** Este artigo trata da prorrogação antecipada das concessões de serviço público. Ele justifica-se, dentre outras razões, porque a prorrogação antecipada de inúmeras concessões foi autorizada recentemente no Brasil por diversos atos normativos, de modo que o interesse teórico e prático pelo tema realmente é muito grande neste momento em nosso País. Assim sendo, o objetivo deste artigo é verificar se a prorrogação antecipada é, ou não, compatível com a Constituição da República. E a hipótese de pesquisa é que essa espécie de prorrogação é constitucional. O método de abordagem do tema é o dedutivo, e o método de pesquisa, o bibliográfico. Por fim, a principal conclusão deste artigo é que a prorrogação antecipada das concessões de serviço público é compatível com a Constituição da República, o que confirma a hipótese de pesquisa.

**Palavras-chaves:** Direito administrativo. Serviço público. Concessão. Prorrogação antecipada. Constitucionalidade.

**Abstract:** This paper examines the early extension of public service concessions. It is justified, among other reasons, because the early extension of numerous concessions was recently authorized in Brazil by several normative acts, so there is much theoretical and practical interest in Brazil at this time. Therefore, the objective of this article is to verify whether the early extension is, or not, compatible with the Constitution of the Brazilian Republic. And the research hypothesis is that this kind of extension is constitutional. The approach to the theme is deductive, and the research method is bibliographical. Finally, the main conclusion of this article is that the early extension of public service concessions is compatible with the Constitution

of the Brazilian Republic, which confirms the research hypothesis.

**Keywords:** Administrative law. Public service. Concession. Early proration. Constitutionality.

## INTRODUÇÃO

No presente artigo, nós analisaremos a prorrogação das concessões de serviço público, mais especificamente a chamada “prorrogação antecipada” dessas concessões.

A referida análise justifica-se por diversas razões. Em primeiro lugar, porque a prorrogação antecipada de inúmeras concessões de serviço público foi autorizada recentemente no Brasil por diversos atos normativos, de modo que o interesse teórico e prático pelo tema realmente é muito grande neste momento em nosso País. Em segundo lugar, porque a prorrogação antecipada das concessões constitui questão de monta, que afeta a vida de milhares de usuários, em geral por muitos anos, merecendo, pois, estudo acurado. E, em terceiro lugar, porque existem poucos artigos tratando, especificamente, da prorrogação antecipada das concessões de serviço público, razão pela qual o presente trabalho contribuirá para o aprofundamento dos conhecimentos científicos sobre esse instituto do Direito Administrativo.

Assim sendo, nosso objetivo consiste em verificar se a prorrogação antecipada das concessões de serviço público é, ou não, compatível com a Constituição da República. E nossa hipótese de pesquisa é que essa espécie de prorrogação é constitucional<sup>1</sup>.

O método de abordagem do tema é o dedutivo. E o método de pesquisa, o bibliográfico, consubstanciado na interpretação das diversas normas jurídicas (constitucionais e infraconstitucionais) que regulam a prorrogação antecipada no Brasil, à luz da jurisprudência e da doutrina.

Por fim, o presente artigo está dividido, basicamente, em duas seções. Na primeira, nós apresentaremos as espécies de prorrogação das concessões de serviço público, com vistas a determinarmos as características específicas da prorrogação antecipada. E, na segunda, nós verificaremos a compatibilidade dessa espécie de prorrogação com a Constituição da República. Ao final, exporemos, resumidamente, nossas principais conclusões.

## 1 ESPÉCIES DE PRORROGAÇÃO

Em nível constitucional, o fundamento normativo do instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público reside na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

---

1 Em nossa pesquisa, constatamos que, no Brasil, dentre os autores que analisaram o instituto da prorrogação das concessões de serviço público, alguns não admitem (leia-se: consideram inconstitucional) a prorrogação por meras razões de conveniência e oportunidade das partes – ou, simplesmente, prorrogação por interesse público (Cf. BARATIERI, 2014, p. 167; JUSTEN FILHO, 2016, p. 130); outros admitem tal espécie de prorrogação, mas, ou não distinguem suas subespécies, a prorrogação comum e a prorrogação antecipada (Cf. CAVALCANTI, 1956, p. 379; CRETELLA JÚNIOR, 1996, p. 158, 169), ou não as distinguem claramente (FERRAZ JÚNIOR, 1999, p. 145 e 151; TÁCITO, 1997, p. 1291-1292); outros ainda distinguem, claramente, a prorrogação comum e a prorrogação antecipada, mas não enfrentam o problema da constitucionalidade desta última subespécie de prorrogação por interesse público (Cf. GUIMARÃES; GAGGIANO, 2017, p. 12; RIBEIRO, 2017, p. 3, 14); e outros por fim enfrentam o problema da constitucionalidade da prorrogação antecipada, mas o fazem de maneira muito superficial: afirmam que essa subespécie de prorrogação por interesse público é compatível com a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, mas não explicam por que (Cf. FREITAS, 2017, p. 179-181; FREITAS; RIBEIRO, 2017, p. 291). É no contexto desse referencial teórico que se inserem o objetivo e a hipótese de pesquisa do presente artigo.

(CRFB/88), art. 175, par. ún., I, a qual estabelece que a lei disporá, dentre outras matérias, sobre a “prorrogação” dessas concessões; *verbis*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua **prorrogação**, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão (BRASIL, 1988, grifo nosso)

No exercício da competência legislativa supracitada, foram editadas diversas leis ordinárias (gerais e setoriais) regulando a prorrogação das concessões de serviço público. Exemplo: (i) a Lei 8.987/95 (Lei de Concessões), art. 18, XIV; 23, XII; e 42, §§ 2.º e 3.º; (ii) a Lei 11.079/04 (Lei de Parcerias Público-Privadas), art. 3.º, *caput* e § 1.º; 5.º, *caput* e I; e 11; (iii) a Lei 12.783/13 (Lei de Prorrogação do Setor Elétrico), art. 1.º a 16; 21, III; e 26; (iv) a Lei 12.815/13 (Lei do Setor Portuário), art. 57, 62, 66 e 67; e (v) a Lei 13.448/17 (Lei de Prorrogação dos Setores Rodoviário e Ferroviário), art. 1.º a 11; 22; 24 a 27; 30; e 32<sup>2</sup>.

A interpretação sistemática das diversas leis gerais e setoriais sobre a matéria permite-nos concluir que a prorrogação das concessões de serviço público – ou seja, o prolongamento de seu prazo de vigência – pode ser classificada, basicamente, em três espécies; a saber: (i) a prorrogação por emergência; (ii) a prorrogação por reequilíbrio; e (iii) a prorrogação por interesse público, a qual se subdivide, por sua vez, em: (a) prorrogação comum; e (b) prorrogação antecipada<sup>3,4</sup>.

2 Cf., ainda: no âmbito do Estado de São Paulo, a recente Lei 16.933/19, art. 1.º a 7.º; 16; e 17.

3 Propomos as expressões “prorrogação por emergência”, “prorrogação por reequilíbrio” e “prorrogação por interesse público” (“comum” ou “antecipada”) para denominar as espécies de prorrogação das concessões de serviço público por sua relativa clareza e concisão. Nada obstante, reconhecemos que a expressão “prorrogação por interesse público” não é ideal, mas, apenas, utilitária, já que toda prorrogação visa, ao fim e ao cabo, a promover o interesse público – ademais, como toda medida administrativa destina-se a fazê-lo (finalidade genérica). Apesar desse problema de “rótulo”, buscaremos demonstrar, nas seções abaixo, que as espécies de prorrogação das concessões de serviço público possuem características específicas inconfundíveis. Por fim, vale destacar que ainda existe grande divergência na doutrina acerca da terminologia adequada para nomear as espécies de prorrogação. Por exemplo, para denominar a prorrogação por emergência, Souto (2004, p. 404-406) utiliza a expressão “prorrogação emergencial”; Mello (2014, p. 212), a expressão “prorrogação para garantir a continuidade do serviço”; Grotti e Lima (2015, p. 339), a expressão “prorrogação circunstancial”; Borges (2001, p. 861), a expressão “prorrogação excepcional”; e Nascimento (2017, p. 56), a expressão “prorrogação extraordinária”. Para designar a prorrogação por reequilíbrio, Schwind (2015, p. 495) faz uso da expressão “prorrogação-reequilíbrio”; Marques Neto (2015, p. 167), da expressão “extensão de prazo para fins de reequilíbrio”; Justen Filho (2016, p. 129), da expressão “prorrogação-ampliação”; Torgal (2011, p. 232), da expressão “prorrogação correctora”; e Canto e Guzela (2017, p. 212), da expressão “prorrogação extraordinária”. Por fim, para nomear a prorrogação por interesse público, Câmara (2014, p. 348) lança mão da expressão “prorrogação em si” ou, simplesmente, “prorrogação”; Andrade (2015, p. 215-216), da expressão “prorrogação por motivos de conveniência e oportunidade”; Justen Filho (2016, p. 130), da expressão “prorrogação-renovação”; Torgal (2011, p. 230), da expressão “prorrogação premial”; e Guimarães (2017, p. 58), da expressão “prorrogações ordinárias”.

4 Algumas leis setoriais utilizam as expressões “prorrogação contratual” e “prorrogação antecipada” para denominar as subespécies de prorrogação por interesse público. Exemplo: a Lei 12.815/13, art. 57; e a Lei 16.933/19, art. 3.º, I. Todavia, a nosso sentir, a expressão “prorrogação contratual” merece crítica. É que, tanto a “prorrogação não antecipada”, quanto a “prorrogação antecipada” prorrogam um contrato de concessão de serviço público, podendo, pois, ser chamadas de “prorrogação contratual”. Eis a razão pela qual, sem desconhecer a terminologia legal (e, principalmente, sem deixar de informá-la ao leitor), preferimos, para designar as subespécies de prorrogação por interesse público, fazer uso das expressões “prorrogação comum” e “prorrogação antecipada”, as quais, a nosso juízo, denotam, mais corretamente, seu objeto.

Vejamos, então, quais são as características específicas dessas espécies de prorrogação, especialmente da última delas.

### 1.1 Prorrogação por emergência

A prorrogação por emergência visa a garantir a continuidade da prestação do serviço público concedido. Ela é realizada quando, próximo ao final da concessão, o Poder Concedente verifica que não tem condições de prestar, diretamente, o serviço público concedido nem tempo suficiente para realizar a licitação pública para nova outorga da atividade. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo tempo necessário para o Poder Concedente preparar-se para prestar, diretamente, o serviço público ou realizar a licitação pública para nova outorga da atividade – em regra, de seis a vinte e quatro meses.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outras, na Lei 13.448/17, a qual dispõe, em seu art. 32, que, se houver “estudo ou licitação em andamento”, e se não houver “tempo hábil para que o vencedor do certame assuma o objeto do contrato”, o Poder Concedente poderá “estender o prazo do contrato, justificadamente, por até vinte e quatro meses, a fim de que não haja descontinuidade na prestação do serviço.” (BRASIL, 2017)<sup>5</sup>.

Sobre o ponto, vale ressaltar que a jurisprudência já reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência.

Com efeito, no julgamento da ADI 118 MC/PR, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal deixou dito que, para garantir a “continuidade” do serviço público (de “transporte coletivo de passageiros”), evitando sua interrupção “ex-abrupto”, o Poder Concedente pode prorrogar, “a título precário”, por prazo curto (em geral, por “seis meses, doze meses”), uma “concessão de serviço público” que chegou a seu “termo”, até que termine a “licitação” para nova outorga da atividade. Eis o trecho principal do voto vencedor do vogal, Ministro Paulo Brossard; *verbis*:

**Quando uma concessão de serviço público chega a seu termo, via de regra, o serviço não para ex-abrupto, porque a Administração, dispondo de tempo suficiente, publica os editais com antecedência, faz a licitação ou, então, a título precário, prorroga por seis meses, doze meses, exatamente para que não haja a solução de continuidade na prestação do serviço público (BRASIL, 1993, grifo nosso)**

E, no julgamento do AgRg no AREsp 481.094/RJ, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça resolveu que, para evitar a “paralisação na prestação do serviço de transporte público”, “em completa afronta ao princípio da continuidade”, a permissão de serviço público pode ser prorrogada pelo prazo necessário à “conclusão do procedimento licitatório” (no caso concreto, foi autorizada a prorrogação por “até um ano”), se, “em razão da desmobilização da infra-estrutura estatal”, for verificada a “impossibilidade de o ente público assumir, de forma direta, a prestação

---

5 Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 12.783/13, art. 9.º; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 16.

do referido serviço” ao término da outorga. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Mauro Campbell Marques; *verbis*:

Declarada a **nulidade da permissão outorgada sem licitação pública**, não se pode condicionar o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização, **cabendo ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação**. Convém ressaltar que **a eventual paralisação na prestação do serviço de transporte público** de que trata a presente demanda, **coadjuvado pela impossibilidade de o ente público assumir, de forma direta, a prestação do referido serviço, em razão da desmobilização da infra-estrutura estatal, anterior a conclusão do procedimento licitatório, poderá ensejar a descontinuidade dos serviços prestados, em completa afronta ao princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais**.

Assim, **visando a continuidade do serviço público de transporte** e o interesse de toda coletividade, **autoriza-se a realização do procedimento licitatório no prazo de até 1 ano**, independentemente do trânsito em julgado, **momento em que cessam os efeitos dos contratos em questão** (BRASIL, 2014, grifo nosso)

Por fim, a doutrina também admite a prorrogação por emergência das concessões de serviço público.

De fato, Moraes (1957, p. 447-457) ensina que a prorrogação por emergência (cujo “fundamento jurídico” reside no “princípio da continuidade do serviço público”) visa a afastar o “perigo de cessar, abruptamente, um serviço público”, tendo lugar em caso de “urgente necessidade pública”, configurada, quando, ao fim da concessão, “a Administração não se mostrar em condições de executar, por si ou por outrem, o serviço”, o que “obriga o concessionário a uma prorrogação razoável, mediante, porém, justa indenização”; por fim, o autor acrescenta que o Poder Concedente tem “a faculdade de coagi-lo [ou seja, o concessionário], caso ele se recuse a continuar a exploração”, sendo certo que “[q]uem aceita colaborar num serviço público sabe ou deve saber que corre êsse risco”<sup>6</sup>.

## 1.2 Prorrogação por reequilíbrio

A prorrogação por reequilíbrio visa a recompor a relação inicial entre os encargos e a remuneração da concessionária sem a elevação do valor das tarifas, a redução das obrigações da concessionária e/ou o comprometimento de recursos públicos. Ela é realizada em caso de desequilíbrio econômico-financeiro da concessão, causado pela concretização de risco compreendido no conceito de álea extraordinária (administrativa ou econômica), atribuído, contratualmente, ao Poder Concedente – nomeadamente, a alteração unilateral do contrato, o fato do príncipe, o fato da Administração, as sujeições imprevistas e o caso fortuito ou força maior. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo prazo necessário à integral recomposição do equilíbrio

---

6 Cf., ainda: no Brasil, Câmara (2014, p. 347); Mello (2014, p. 212-213, 218); na Espanha, Rodriguez-Arana (1988, p. 150-157); na Argentina, Greca (1943, p. 221).

econômico-financeiro inicial da outorga.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outros, no Decreto 7.624/11, o qual, ao dispor sobre as condições para a exploração do serviço público aeroportuário pela iniciativa privada em regime de concessão, estabelece, em seus art. 6.º e 18, II, que o prazo da outorga será definido pelo Poder Concedente, “podendo ser prorrogado uma única vez, por até cinco anos, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da efetivação de riscos não assumidos pela concessionária no contrato.” (BRASIL, 2011)<sup>7</sup>.

A propósito, vale ressaltar que a jurisprudência já afirmou a juridicidade da prorrogação por reequilíbrio.

Com efeito, no julgamento do RMS 1.835/DF, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que “não é ilegal o ato do Prefeito que acertou com o concessionário da exploração de um parque de diversões a prorrogação por mais três anos, a troca da vantagem de mudança do local, sem despesas para a Prefeitura”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Mário Guimarães; *verbis*:

A explicação da Prefeitura foi cabal: funcionava na Quinta da Boa Vista, há mais de cinco anos, um parque de diversões. A Prefeitura precisou do local para instalação do Jardim Zoológico, transferido para aquela Quinta. Entrou em entendimento com o proprietário do parque, que se mudou para outro local, na mesma Quinta. **Como, porém, essa transferência acarretaria despesa para o concessionário, do acordo constou que ele teria, como indenização dessas despesas, prorrogada por mais três anos a autorização. Desse ato não resultou qualquer violação de direito do impetrante, desejoso de inscrever-se numa hipotética concorrência pública (BRASIL, 1953, grifo nosso).**<sup>8</sup>

E, no julgamento do TC 021.919/2015-1, que respondeu à consulta formulada pelo Ministro-Chefe da extinta Secretaria de Portos da Presidência da República, suscitando dúvida sobre a aplicação do instituto da prorrogação por reequilíbrio, o Plenário do Tribunal de Contas da União afirmou que a “recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário [que muito se assemelham aos contratos de subconcessão de serviço público<sup>9</sup>] poderá ser implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, constante do Acórdão TCU n.º 774/16-Plenário; *verbis*:

Trata-se de consulta formulada pelo então Ministro-Chefe da Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), Sr. Edinho Araujo, fundamentada no art. 1.º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, e no art. 264, do RI/TCU, versando sobre dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, no tocante aos seguintes pontos:

7 Cf., ainda: no âmbito federal, Resolução ANTAQ 3.220/14, art. 14, III; e, no âmbito estadual, Lei 13.933/19, art. 4.º, § 2.º; 5.º, par. ún., e 7.º, § 1.º, 8.

8 Embora tenha sido julgado em 26 de novembro de 1952, o entendimento sancionado no RMS 1.835/DF é plenamente compatível com a CRFB/88, art. 37, XXI c.c 175, par. ún., I.

9 Cf Moreira Neto e Freitas (2015, p. 83-84, 88).

- a) unificação ou consolidação de contratos de arrendamento portuário; e
- b) extensão do prazo de vigência de contratos de arrendamento portuário, para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. [...]
- A SEP/PR defende, em síntese, a prorrogação contratual, como meio para proporcionar o reequilíbrio econômico-financeiro, não vinculada à prorrogação prevista pelo art. 57, da Lei 12.815/2013, e pelo art. 19, do Decreto n.º 8.033, de 2013, por ela denominada “prorrogação ordinária”, em paralelo com a “prorrogação extraordinária”. [...]
- A alteração do prazo de validade contratual é medida que deve ser usada com parcimônia, uma vez que a licitação de arrendamento portuário público envolve minuciosa preparação, por parte de todos os demais interessados nas áreas e instalações portuárias, demandando estudos, análise de cenários, captação de recursos e preparação de propostas. Veja que, na ordem constitucional a primazia é do procedimento de licitação, com igualdade de condições a todos os concorrentes, nos termos da lei (art.37, XXII, da CF).
- A indiscriminada alteração do termo final dos contratos realçaria, na maior parte dos casos, a imprevisibilidade no setor portuário, dificultando o planejamento futuro dos possíveis concorrentes e demonstrando a fragilidade dos mecanismos regulatórios, com consequências danosas para o sucesso das licitações, com a igualdade de todos os interessados e a melhor proposta para a Administração. Por conseguinte, o poder concedente deve usar o mecanismo de alteração de prazo com extrema cautela, devido ao seu efeito deletério no mercado de arrendamentos portuários. [...]
- Em conclusão, **tal recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário poderá ser implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual**, observados os limites estatutários definidos pelo legislador, quais sejam, a prorrogação por uma única vez, desde que prevista no termo do contrato; não devendo o período adicional ser superior ao originalmente avençado (BRASIL, 2016b, grifo nosso).

Por derradeiro, a doutrina também apoia a prorrogação por reequilíbrio das concessões de serviço público.

De fato, Mello (2009, p. 57-65) leciona que a prorrogação por reequilíbrio se destina a “manter o equilíbrio do contrato” de concessão, sem, contudo, “agravar os usuários com o aumento das tarifas” nem “implicar ônus algum para o Poder Público” (ou melhor, para o “erário público”), sendo realizada – independentemente de “previsão permissiva em lei” e/ou “no edital ou no contrato” – por prazo suficiente para que a concessionária “possa haurir, compensatoriamente, o equivalente ao que perceberia em um lapso temporal menor, se as tarifas houvessem sido reajustadas”<sup>10</sup>.

### 1.3 Prorrogação por interesse público

A prorrogação por interesse público visa a promover a prestação adequada do serviço

10 Cf., ainda: no Brasil, Justen Filho (2016, p. 128-129, 131-134); Santos (2006, p. 108-110); na Espanha, Albi (1960, p. 571, p. 642-643); em Portugal, Amorim (2013, p. 64-66).

público. Ela é realizada por razões de conveniência e oportunidade das partes, desde que os pressupostos específicos da medida estejam presentes<sup>11</sup> e a concessionária aceite determinadas condições (ou contrapartidas) propostas pelo Poder Concedente, caracterizadoras da vantagem da prorrogação *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade<sup>12</sup>. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo prazo previsto em lei ou no próprio ajuste.

Essa espécie de prorrogação está prevista, dentre outras, na Lei 9.472/97, a qual dispõe, em seu art. 99, que o prazo de vigência das concessões do serviço público de telecomunicações será, no “máximo”, de “vinte anos”, podendo ser prorrogado “uma única vez, por igual período”, desde que a concessionária “tenha cumprido as condições da concessão” e aceite os “condicionamentos” propostos pela Agência Nacional de Telecomunicações em vista das circunstâncias vigentes à época – dentre outros, o “pagamento” pelo prolongamento da outorga do “direito de exploração do serviço.” (BRASIL, 1997)<sup>13</sup>.

Sobre o ponto, vale ressaltar que a jurisprudência já reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público.

Com efeito, no recente julgamento do RMS 34.203/DF, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que os contratos de concessão de serviço público se extinguem, normalmente, no termo final de seu prazo de vigência, “salvo a realização de ajuste, ao final do termo, pela prorrogação contratual, se atendidas as exigências legais para tanto e se presente o interesse público na permanência do ajuste”, ou melhor, “salvo por meio de prorrogação contratual, se assim fosse do interesse público (discricionariedade administrativa) e se atendidos os pressupostos para tanto exigidos”. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli; *verbis*:

**A regra, portanto, é que a contratação tenha um termo predefinido – prazo contratual – cabendo à Administração avaliar, ao final do termo e sempre de acordo com os parâmetros legais de atendimento ao interesse público que lhe foram traçados (e em especial a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”), o interesse e a possibilidade de renovação desse prazo. [...]**

Um **contrato de concessão**, portanto, firmado que é a partir de um certame licitatório, tem a temporariedade como uma de suas marcas fundamentais, ocorrendo, desse modo, o **encerramento** do contrato **no prazo** nele definido, **salvo a realização de ajuste**, ao final do termo, pela **prorrogação contratual**, se atendidas as exigências legais para tanto e **se presente o interesse público na permanência do ajuste**. [...]

Como salientado anteriormente, o prazo contratual definido tinha seu término previsto para 28/8/13. Após essa data, não havia qualquer garantia de continuidade do contrato, **salvo por meio de prorrogação contratual, se assim fosse do interesse público (discricionariedade administrativa)** e se atendidos os pressupostos para tanto exigidos, dentre eles: (i) cumprimento do contrato e (ii)

11 Exemplo: (i) a previsão no contrato de concessão; (ii) o fiel cumprimento do contrato pela concessionária; e (iii) a vantajosidade da medida.

12 Exemplo: (i) o pagamento pela prorrogação da outorga; (ii) a realização de novos investimentos na concessão; e (iii) a inclusão de cláusula de desempenho no contrato de concessão.

13 Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 9.074/95, art. 19 c.c 25; e, no âmbito estadual, Lei 13.933/19, art. 3.º, I e II.

a implementação das disposições regulamentares que viessem a ser estabelecidas para o setor elétrico (primeira subcláusula da cláusula quarta do contrato) (BRASIL, 2018b, grifo nosso)

No julgamento do TC 024.882/2014-3, o Plenário do Tribunal de Contas da União concluiu que a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário “não afronta o princípio de índole constitucional de prévia licitação para a celebração de contratos”, desde que: (i) a celebração de tais contratos tenha sido precedida de “regular procedimento licitatório”; e (ii) a prorrogação seja condicionada à realização de “novos investimentos”, pela arrendatária, na infraestrutura portuária. Eis o trecho principal do voto da Relatora, Ministra Ana Arraes, constante do Acórdão TCU n.º 2.200/15-Plenário; *verbis*:

8. A prorrogação antecipada, objeto deste acompanhamento, tem previsão no art. 57, da Lei 12.815/2013 (destaques acrescidos): [...]

12. Nesse contexto, preliminarmente à análise de mérito do relatório de acompanhamento, em face da relevância e ineditismo da matéria sob exame, três **questões jurídicas fundamentais** suscitaram o envio deste processo para manifestação do Ministério Público junto ao TCU: i) **a constitucionalidade da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento**; ii) a regulamentação do art. 57, da Lei dos Portos, por meio de portaria da Secretaria de Portos; e iii) a atribuição de competências à ANTAQ a partir da referida norma infralegal.

13. O MPTCU, além de endossar as propostas consignadas pela SeinfraHidroferrovias, manifestou-se, **favoravelmente**, às questões jurídicas suscitadas, ao concluir que:

- **o art. 57, da Lei n.º 12.815/2013** – que dispõe sobre a possibilidade de antecipação das prorrogações dos contratos de arrendamento portuário celebrados sob a vigência da Lei n.º 8.630/1993 e precedidos de regular procedimento licitatório, desde que condicionada à realização de novos investimentos –, **não afronta o princípio de índole constitucional de prévia licitação para a celebração de contratos**; [...]

14. Destarte, ao **anuir, integralmente, às razões fundamentadas no parecer do MPTCU**, passo ao exame da matéria de fundo dos trabalhos de fiscalização (BRASIL, 2015a, grifo nosso)

E, no julgamento do TC 003.379/2015-9, o Plenário do Tribunal de Contas da União considerou “constitucional” a prorrogação de todas as concessões do serviço público de distribuição de energia elétrica pelo prazo de trinta anos (desde que as concessionárias aceitassem as novas metas de qualidade e de gestão econômico-financeira definidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica), porque entendeu caracterizadas “situações de exceção” que justificavam a não realização de licitação pública. De fato, os Ministros da Corte de Contas concordaram que a licitação simultânea de todas as concessões do serviço público de distribuição de energia elétrica com vencimento até 2017 (ou seja, de quarenta e três concessões de distribuição, que atendiam, em conjunto, dezoito Estados da Federação, fornecendo energia elétrica a cerca de cinquenta milhões de unidades consumidoras, e movimentando, diretamente, em torno de sessenta bilhões

de reais, o que representava, no ano de 2014, aproximadamente cinquenta por cento do mercado e da receita de distribuição nacionais), na conjuntura econômica e política do País existente àquela época (isto é, em um contexto de ampliação de restrições ao financiamento, alto custo de capital, grande aversão ao risco, sem contar o ambiente de incertezas regulatórias em que se encontrava o segmento de distribuição), traria riscos significativamente maiores à continuidade dos serviços e à própria segurança energética do País do que a opção pela prorrogação. Eis o trecho principal do voto do Relator, Ministro José Múcio Monteiro, constante do Acórdão TCU n.º 2.253/15-Plenário; *verbis*:

26. Quanto à carência de informações para justificar a decisão, realmente, não se encontram nos autos parâmetros e variáveis que demonstrem, com precisão, que a prorrogação seria a melhor solução. Não obstante, **vejo que os argumentos e dados apresentados são bastantes para se concluir que a realização da licitação de todas as concessões na atual conjuntura econômica e política traz riscos significativamente maiores à continuidade dos serviços e à própria segurança energética do que a opção pela prorrogação.** [...]

28. **Também tenho por constitucional o art. 7.º, da Lei 12.783/2013.** Todavia, ao admitir como juridicamente aceitável a opção ali conferida, tomo por base não o simples fato de terem sido fixadas condições para a prorrogação, mas o reconhecimento implícito da importância estratégica do serviço de distribuição de energia elétrica e da gravidade que pode advir da descontinuidade no seu fornecimento, mais ainda quando estão envolvidos contratos que atendem, em seu conjunto, por volta de 50 milhões de unidades consumidoras e representam cerca de 50% do mercado cativo do País, significando que, nesse caso específico, tão severas podem ser as consequências dos riscos, que existe margem para **situações de exceção** que justifiquem a não realização da licitação. [...]

42. Portanto, diante dos riscos envolvidos na realização das licitações neste momento, e não vislumbrando, no caso concreto, incompatibilidades entre os motivos apresentados pelo Poder Concedente e a discricionariedade conferida pela legislação, **considero justificada a opção pela prorrogação das concessões conferida no art. 7.º, da Lei 12.783/2013**, desde que atendidos os critérios ali estabelecidos. (BRASIL, 2015b, grifo nosso)

Por fim, a doutrina também admite a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público.

De fato, Meirelles (1981, p. 47-48) ensina que a prorrogação dos contratos administrativos – dentre eles, os contratos de concessão de serviço público – “é admitida em nosso direito”, desde que: (i) haja “expressa previsão no edital de licitação” – a qual “é necessária à correta formulação das propostas”; (ii) exista “interesse para o serviço público”; e (iii) haja “concordância das partes”<sup>14</sup>.

14 Cf., ainda: no Brasil, Garcia (2015, p. 416-426); Marques Neto (2015, p. 167-171); na França, Laubadère, Moderne e Devolvé (1983, p. 635-638, p. 685-687); em Portugal, Torgal (2011, p. 229-230, 233-248).

### 1.3.1 Subespécies de prorrogação por interesse público

Conforme o momento em que é realizada, a prorrogação por interesse público pode ser classificada em: (i) prorrogação comum; e (ii) prorrogação antecipada<sup>15</sup>.

Vejamos, então, no que consiste cada uma delas.

#### 1.3.1.1 Prorrogação comum

Prorrogação comum é aquela realizada ao final da concessão.

Essa subespécie de prorrogação por interesse público está prevista, dentre outras, na Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seu art. 4.º, I, que a prorrogação comum das concessões dos serviços públicos rodoviário e ferroviário é aquela realizada ao “término da vigência do ajuste” (BRASIL, 2017)<sup>16</sup>.

#### 1.3.1.2 Prorrogação antecipada

Prorrogação antecipada é aquela realizada antes do final da concessão, respeitado, porém, o limite máximo de antecipação previsto em lei ou, subsidiariamente, no próprio ato de outorga<sup>17</sup>.

Essa subespécie de prorrogação por interesse público está prevista, dentre outras:

- (i) na Lei 12.783/13, a qual estabelece, em seu art. 12, que o Poder Concedente poderá “antecipar os efeitos da prorrogação” das concessões do serviço público de energia elétrica, respeitado o limite máximo de antecipação de “até 60 (sessenta) meses do advento do termo contratual” (BRASIL, 2013a);
- (ii) na Lei 12.815/13, a qual dispõe, em seu art. 57, que o Poder Concedente poderá realizar a “prorrogação antecipada” dos contratos de arrendamentos portuários celebrados sob a vigência da Lei 8.630/93 (BRASIL, 2013b); e
- (iii) na Lei 13.448/17, a qual prevê, em seu art. 4.º, II c.c 6.º, § 1.º, que a “prorrogação antecipada” das concessões dos serviços públicos rodoviário e ferroviário é aquela realizada “antes do término da vigência do ajuste”, respeitado o limite máximo de antecipação de “50% (cinquenta por cento) [...] do prazo originalmente estipulado” (BRASIL, 2017)<sup>18</sup>.

---

15 Guimarães e Gaggiano (2017, p. 12) explicam que “[a] distinção entre elas [ou seja, entre a prorrogação comum e a prorrogação antecipada] é mais cronológica do que de essência”, sendo certo que “[o] que distingue as duas medidas é o momento de implementação”.

16 Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 9.472/97, art. 99; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, art. 3.º, I.

17 O limite máximo de antecipação varia caso a caso conforme a(s) finalidade(s) específica(s) da prorrogação antecipada, sendo sua fixação balizada, apenas, pelo princípio da proporcionalidade (CRFB/88, art. 1.º). Com efeito, Jêze (1950, p. 313) ensina que “[e]l número de años [leia-se: de anos de antecipação da prorrogação] depende de la naturaleza del servicio **público y de** las mejoras posibles” na concessão.

18 Cf., ainda: no âmbito estadual, Lei 13.933/19, art. 3.º, II.

A finalidade da prorrogação antecipada consiste em permitir que o Poder Concedente obtenha, imediatamente, certos benefícios que ele só lograria ao final da concessão, com a nova licitação pública ou a prorrogação comum. Exemplo: (i) auferir receitas públicas com o pagamento pela prorrogação da outorga; (ii) reduzir o valor da tarifa proporcionalmente aos níveis de investimentos em bens reversíveis já amortizados; (iii) promover novos investimentos na concessão; (iv) extinguir o caráter de exclusividade da outorga; e/ou (v) solucionar grandes conflitos administrativos setoriais. De fato, a perspectiva da extensão de prazo tende a convencer a concessionária a consentir com os benefícios que se fizerem necessários ao interesse público.

Por fim, para ilustrar a finalidade da prorrogação antecipada, convém apresentarmos os objetivos específicos buscados com a antecipação da prorrogação das concessões dos serviços públicos de energia elétrica, portuário e rodoviário/ferroviário, constantes, respectivamente, das exposições de motivos das Medidas Provisórias 579 e 595/12 e 752/16, posteriormente convertidas nas Leis 12.783 e 12.815/13 e 13.448/17. Vejamos:

- (i) da EMI 37/MME/MF/AGU (que acompanhou a MP 579/12), consta que a finalidade da prorrogação antecipada das concessões do serviço público de energia elétrica consiste em “viabilizar a redução do custo da energia elétrica”, mediante a “antecipação da captura do benefício da amortização dos investimentos” em bens reversíveis, “buscando, assim, não apenas promover a modicidade tarifária [...] como também tornar o setor produtivo ainda mais competitivo” (BRASIL, 2012b);
- (ii) da EMI 00012-A-SEP-PR/MF/MT/AGU (que acompanhou a MP 595/12), depreende-se que o objetivo da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento é “garantir novos investimentos” no Setor Portuário, com vistas a promover a “redução dos custos” e, conseqüentemente, a “expansão [...] da competitividade do País” no “cenário internacional” (BRASIL, 2012a); e
- (iii) da EMI 00306/2016 MP/MTPA (que acompanhou a MP 752/16), extrai-se que a prorrogação antecipada das concessões dos serviços públicos rodoviário e ferroviário busca, por um lado, “viabilizar a realização imediata de novos investimentos” “em importantes setores de infraestrutura”, investimentos que são “condição *sine qua non* para a retomada do crescimento econômico no Brasil”, e, por outro lado, “modernizar tais contratos com a inclusão de novas cláusulas de desempenho, metas objetivas para os parceiros privados e punições mais eficazes em caso do seu descumprimento”, aprimorando, assim, o “nível de serviço prestado à população” (BRASIL, 2016a).

Vistas as características específicas da prorrogação antecipada, verifiquemos, agora, se essa espécie de prorrogação é, ou não, compatível com a Constituição da

República.

## 2 CONSTITUCIONALIDADE DA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA

Na seção 1 acima, vimos que o fundamento normativo do instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público reside, em nível constitucional, na CRFB/88, art. 175, par. ún., I.

Nesse sentido, para verificarmos se a prorrogação antecipada é, ou não, compatível com a Constituição da República, nós precisamos interpretar essa norma constitucional.

### 2.1 Cânone de interpretação constitucional útil para interpretar a CRFB/88, art. 175, par. ún., I

A interpretação constitucional é a atividade técnica por meio da qual o intérprete determina o conteúdo (sentido e alcance) das normas constitucionais. Essa atividade é realizada com base em diversos cânones desenvolvidos pela hermenêutica jurídico-constitucional. Os cânones de interpretação constitucional são reciprocamente complementares, devendo, sempre que possível, ser aplicados em conjunto. Entretanto, sua aplicação pode produzir resultados contraditórios, não havendo critérios (incontestáveis) para a solução de eventuais conflitos. Assim sendo, cabe ao intérprete selecionar, discricionariamente, o(s) cânone(s) de interpretação constitucional útil(eis) no caso concreto, orientado, sempre, pela busca da solução mais justa para o problema a resolver (BONAVIDES, 2004, p. 457-458; BULOS, 1997, p. 2, 5; MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 119-121, 135).

A doutrina arrola diversos cânones de interpretação constitucional, chamando-os, ora de métodos (clássicos ou tradicionais), ora de princípios. Os métodos de interpretação da Constituição são os mesmos cânones de interpretação das leis em geral, desenvolvidos por Savigny (1979, p. 18-24) no final do séc. XIX; a saber: (i) o método gramatical; (ii) o método histórico; (iii) o método teleológico; e (iv) o método sistemático<sup>19</sup>. Por sua vez, os princípios de interpretação constitucional, propostos mais recentemente por Hesse (1998, p. 63-69), são: (i) o princípio da unidade da Constituição; (ii) o princípio da concordância prática ou harmonização; (iii) o princípio da correção funcional; (iv) o princípio da eficácia integradora; (v) o princípio da força normativa

---

<sup>19</sup> Embora os cânones tradicionais continuem a ser úteis para a interpretação constitucional, é preciso ressaltar que o chamado “método jurídico ou hermenêutico clássico” de interpretação constitucional (de cunho liberal, positivista e formalista), que levava em conta somente o texto normativo para determinar o conteúdo das normas constitucionais – (i) o único conteúdo correto (teoria tradicional) ou qualquer conteúdo compatível com o quadro normativo (teoria voluntarista); (ii) a vontade do legislador (teoria subjetiva) ou a vontade da lei (teoria objetiva), encontra-se superado, atualmente, pelos denominados “métodos modernos” de interpretação constitucional (concretistas, inspirados na tópica), que, em vista da carga política e maior abertura das normas constitucionais, consideram, para o mesmo fim, não só o texto normativo, mas também a realidade social que lhe é subjacente – o problema a resolver (Cf. VIEHWEG, 2008, p. 33-46, 81-108; HESSE, 1998, p. 56-70; MÜLLER, 2000, p. 67-70, 109-112). Nada obstante, não levaremos em conta a realidade específica de nenhum setor de infraestrutura neste artigo, porquanto pretendemos verificar, apenas, em abstrato, a compatibilidade do instituto da prorrogação antecipada com o programa normativo da CRFB/88, art. 175, par. ún., I (ponto de partida e limite da interpretação constitucional), e não construir, em concreto, uma norma de decisão para avaliar certa prorrogação antecipada levada a cabo ou a ser levada a cabo em determinado setor de infraestrutura.

da Constituição; e (vi) o princípio da máxima efetividade.

A nosso sentir, o cânone de interpretação constitucional útil para interpretarmos a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, e, por conseguinte, para verificarmos a compatibilidade da prorrogação antecipada com a Constituição da República é o princípio da máxima efetividade.

Vejam, então, o resultado de sua aplicação ao caso concreto.

## 2.2 Resultado da aplicação do princípio da máxima efetividade

O princípio da máxima efetividade indica que, ao interpretar uma norma constitucional, o intérprete deve dar preferência ao sentido que lhe atribua a maior eficácia. Sobre o ponto, vale ressaltar que, embora seja aplicado, hoje, a toda e qualquer norma constitucional (sobretudo, às consagradoras de direitos fundamentais), o princípio da máxima efetividade estava vinculado, em sua origem, às chamadas normas constitucionais programáticas (CANOTILHO, 2014, p. 1224; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 227; TAVARES, 2014, p. 187-188).

Pois bem. É sabido que as normas constitucionais podem ser classificadas, dentre outras maneiras, em: (i) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; (ii) normas de eficácia contível e aplicabilidade imediata; e (iii) normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, as quais se subdividem, por sua vez, em: (a) normas definidoras de princípios institutivos; e (b) normas definidoras de princípios programáticos (SILVA, 1982, p. 75). Normas constitucionais definidoras de princípio programático são aquelas que estabelecem as linhas gerais dos programas constitucionais, dependendo, pois, da edição posterior de lei integrativa para se tornarem eficazes (*rectius*: produzirem seus efeitos principais) (SILVA, 1982, p. 129). Nesse sentido, a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, pode ser classificada como uma norma constitucional definidora de princípio programático, tendo em vista que, por meio dela, o legislador constituinte estabeleceu, apenas, as linhas gerais do “regime [jurídico] das concessionárias e permissionárias de serviços públicos”, atribuindo ao legislador ordinário a competência para desenvolver a matéria.

Nada obstante, as normas constitucionais definidoras de princípio programático podem deixar um poder discricionário maior ou menor ao legislador ordinário (SILVA, 1982, p. 115). No caso concreto, a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, deixou um amplo poder discricionário ao legislador ordinário. Com efeito, embora tenha estabelecido que a prorrogação terá “caráter especial” (o que certamente limita o conteúdo da lei integrativa a que faz referência), a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, não fixou nenhum outro limite para a conformação do instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público. Exemplo: ela não previu que o referido instituto jurídico: (i) atenderia a tal ou qual fim; (ii) teria lugar diante de tal ou qual situação fática; (iii) poderia ser utilizado por tal ou qual prazo; (iv) dependeria da aceitação de tal ou qual condição pela concessionária; e, para o que nos interessa mais diretamente, (v) poderia ser aplicado em tal ou qual momento da concessão.

Assim sendo, não nos parece arbitrário concluir, com base no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que o conceito de prorrogação constante da CRFB/88,

art. 175, par. ún., I, compreende as três espécies básicas de prorrogação reguladas, atualmente, na legislação ordinária, ou seja, a prorrogação por emergência, a prorrogação por reequilíbrio e a prorrogação por interesse público e, no âmbito desta última, tanto a prorrogação comum, como a prorrogação antecipada<sup>20</sup>.

Neste momento, vale ressaltar que, conquanto seja uma tendência legislativa relativamente recente no Brasil, a jurisprudência já reconheceu a legitimidade da prorrogação antecipada das concessões de serviço público.

Com efeito, conforme visto na seção 1.3 acima, no julgamento dos TC 024.882/2014-3 e 003.379/2015-9, que trataram, respectivamente, da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário e dos contratos de distribuição de energia elétrica, o Plenário do Tribunal de Contas da União considerou constitucionais tais prorrogações, desde que observados os parâmetros das Leis 12.783 e 12.815/13. A propósito, vale lembrar que a Corte de Contas é competente para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público (Súmula 347/STF), o que, como visto, não aconteceu nos casos concretos<sup>21e22</sup>.

Por sua vez, diversos doutrinadores de escol também reconhece, aqui e alhures, a legitimidade da prorrogação antecipada como mecanismo de antecipação dos benefícios da prorrogação por interesse público.

De fato, no Brasil, Schwind (2015, p. 496-499)<sup>23</sup> ensina que a “prorrogação antecipada” dos contratos administrativos em geral – e dos contratos de arrendamento portuário em particular – é compatível com a Constituição da República, porque: (i) “a própria Constituição contempla, expressamente, a possibilidade de prorrogação do prazo dos contratos administrativos”; e (ii) tal espécie de prorrogação visa a promover o “interesse público”, consubstanciado na “realização de investimentos imediatos no Setor Portuário”, sem que o Poder Concedente tenha que “aguardar

---

20 Sobre o ponto, vale trazer à baila a lição de Saadi e Santos Neto (2016, p. 87, 89), para quem, “[d]o ponto de vista constitucional, parece-nos haver a possibilidade de a lei dispor (sem qualquer tipo de restrição constitucional ao reequilíbrio econômico-financeiro) sobre a possibilidade de extensão de prazo das concessões”, tendo em vista que “a CF/88 alocou ao plano legal o delimitamento dos aspectos relativos à sua prorrogação (art. 175, par. ún., I)”.

21 O Supremo Tribunal Federal debruçar-se-á, em breve, sobre o tema da prorrogação antecipada das concessões de serviço público. Com efeito, está previsto para o segundo semestre deste ano o julgamento da medida cautelar da ADI 5.991/DF, proposta pela Procuradoria-Geral da República contra dispositivos da Lei 13.448/17. A propósito, vale ressaltar que, nessa ação judicial, a Dra. Raquel Dodge manifestou, expressamente, o entendimento de que, apesar da inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, o “instituto da prorrogação antecipada em si” é compatível com a CRFB/88, art. 175, par. ún., I. Eis o trecho principal da petição inicial da referida ação direta: “Importante ressaltar que não se argui, aqui, a inconstitucionalidade do instituto da prorrogação antecipada em si. O que se defende é que, embora a Constituição preveja a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão no art. 175–parágrafo único–I, essa prorrogação não pode ser permitida – muito menos realizada – em desacordo com os ditames constitucionais que norteiam a Administração Pública e que informam os seus atos, em particular, a eficiência, a moralidade, a impessoalidade e a razoabilidade, previstos no art. 37–caput, bem como com a regra da licitação” (BRASIL, 2018a).

22 Outro precedente jurisprudencial importante sobre a matéria será a decisão que o Tribunal de Contas da União vier a tomar nos autos do TC 009.032/2016-9, que trata da prorrogação antecipada da concessão da Rumo Logística Operadora Multimodal S/A referente à Malha Paulista (Rumo – Malha Paulista) – *leading case* em matéria de prorrogação de concessões ferroviárias na Corte de Contas. A propósito, vale ressaltar que a Agência Nacional de Transportes Terrestres já aprovou a referida prorrogação, que aguarda, agora, o aval do Tribunal de Contas da União. A Corte de Contas ainda não tem data para decidir sobre a matéria. Mas o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União apresentou, recentemente, parecer recomendando a “rejeição” da prorrogação da Rumo – Malha Paulista “em razão da ausência de vantagem na prorrogação do contrato em relação à realização de nova licitação” (BRASIL, 2019).

23 Cf., ainda: Cretella Júnior (1993, p. 4110-4111); Freitas e Ribeiro (2017, p. 296-298); Pinheiro e Ribeiro (2017, p. 144-146, 167-171, 177).

o término dos contratos atuais” – investimentos esses que são necessários para adaptar a “infraestrutura portuária” e as “condições de prestação do serviço” às “necessidades dos usuários”, que são “cambiantes” e “forçam a sua mudança”.

Na França, Colson (1910, p. 419) leciona que “une Compagnie qui n’a plus devant elle une durée suffisante cesse nécessairement de se préoccuper avec des besoins futurs, et c’est là un grand mal”, sendo certo que, para contê-lo, “il est sage de proroger les concessions 15 ou 20 ans avant qu’elles expirent”<sup>24</sup>; por fim, o autor acrescenta: “l’offre d’une prorogation est, à toute époque, un excellent moyen d’obtenir l’extension ou l’amélioration du service, comme on en voit actuellement de nombreux exemples pour les tramways municipaux”.

Em Portugal, Amaral e Torgal (2002, p. 547-549) afirmam, ao tratarem do “momento temporal” da prorrogação por interesse público, que “[m]ostra, ainda, a experiência em matéria de concessões que tende a diminuir, consideravelmente, nos últimos anos de exploração, o volume dos investimentos dos concessionários com a conservação e a actualização do estabelecimento da concessão”, motivo pelo qual “a prorrogação, decidida com alguma antecedência, dissipando incertezas dos concessionários interessados em prosseguir a exploração [...] poderá, porventura, contribuir para a melhoria da performance financeira da concessão”. Os autores ainda exemplificam que, em uma concessão de “35 anos”, parece razoável a prorrogação “7 anos antes do termo do prazo, e 28 anos depois do seu início”.

E, na Argentina, Escola (1977, p. 141) expõe que a prorrogação das concessões de serviço público pode ser convencionada pelas partes “durante la vigencia del contrato y antes de su vencimiento [prorrogação antecipada], o una vez producido éste [prorrogação comum]”.

Por fim, é preciso dizer que alguns doutrinadores extraem, do caráter excepcional do instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público, que a prorrogação por interesse público (e, por extensão, a prorrogação antecipada) é inconstitucional. Dentre outros, é o caso de Justen Filho (2003, p. 268-270, 402-406), para quem a prorrogação por interesse público não possui, nem “fundamento jurídico” (porque viola o “princípio da isonomia”, que “assegura a todos os particulares disputarem a outorga de uma concessão”), nem “fundamento econômico” (“porque o concessionário já foi satisfeito ao longo do prazo da concessão”), razão pela qual tal espécie de prorrogação “deve ser reputada como inconstitucional, não sendo albergada sequer pela alusão explícita existente no art. 175, parágrafo único, inc. I”<sup>25</sup>.

Sem desprestigiar, de modo algum, tão eminente administrativista (e os que o seguem), nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento.

Com efeito, entendemos, com base nas razões normativas (constitucionais e infraconstitucionais), jurisprudenciais e doutrinárias apresentadas acima, que o caráter excepcional do instituto da prorrogação das concessões de serviço público não implica a inconstitucionalidade da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada), mas, apenas, limita sua utilização –

---

24 O autor pensou sobre a prorrogação tendo diante de si concessões de serviço público com prazo de vigência de “99 ans”, e não, como nós, concessões com prazo de dez, vinte ou trinta anos, em média. Por isso, ele imaginava um limite máximo de antecipação aparentemente tão longo.

25 Cf., ainda: Baratieri (2014, p. 167); Harb (2012, p. 107-117).

notadamente, para impor ao Poder Concedente o dever de motivar, suficientemente, a vantajosidade da medida.

## CONCLUSÃO

Ao fim deste artigo, expomos, resumidamente, nossas principais conclusões:

- (i) em nível constitucional, o fundamento normativo do instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público reside na CRFB/88, art. 175, par. ún., I; e, em nível infraconstitucional, em diversas leis e regulamentos;
- (ii) a prorrogação das concessões de serviço público – isto é, o prolongamento de seu prazo de vigência – pode ser classificada, basicamente, em três espécies; a saber: (a) a prorrogação por emergência; (b) a prorrogação por reequilíbrio; e (c) a prorrogação por interesse público;
- (iii) prorrogação por interesse público é aquela realizada por razões de conveniência e oportunidade das partes, desde que os pressupostos específicos da medida estejam presentes e a concessionária aceite determinadas condições (ou contrapartidas) propostas pelo Poder Concedente, caracterizadoras da vantagem da prorrogação *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade;
- (iv) as subespécies de prorrogação por interesse público são: (a) prorrogação comum; e (b) prorrogação antecipada;
- (v) prorrogação antecipada é aquela realizada antes do final da concessão, respeitado, porém, o limite máximo de antecipação previsto em lei ou, subsidiariamente, no próprio ato de outorga; e
- (vi) com base no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, não parece arbitrário concluir que a prorrogação antecipada das concessões de serviço público é compatível com a CRFB/88, art. 175, par. ún., I, dado o amplo poder discricionário que essa norma constitucional programática confere ao legislador ordinário para conformar o instituto da prorrogação, notadamente para determinar o momento em que tal medida administrativa pode ser aplicada.

## REFERÊNCIAS

ALBI, Fernando. **Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales**. Madrid: Aguilar, 1960.

AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino. Concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar: da prorrogação do prazo e outras alterações do contrato. *In*: AMARAL, Diogo Freitas do; TORGAL, Lino. **Estudos sobre concessões e outros actos da Administração**. Coimbra: Almedina, 2002. Cap. 9.

AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos: considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal. *In*: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). **Estudos de contratação pública**. v. 4. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 19-77.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARATIERI, Noel Antônio. **Serviço público na Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Alice Gonzalez. Arrendamento de áreas portuárias, contrato de prorrogação, licitação, obrigatoriedade. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 17, n. 11, p. 858-863, nov. 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011. Dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 jun. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7624.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7624.htm). Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial n.º 00306/2016 MP/MTPA, de 7 de novembro de 2016. Apresenta os motivos para a edição da Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 nov. 2016a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf). Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial n.º 00012-A-SEP-PR/MF/MT/AGU, de 3 de dezembro de 2012. Apresenta os motivos para a edição da Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 dez. 2012a. Disponível em: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/mpv%20595-2012?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/mpv%20595-2012?OpenDocument). Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial n.º 37/MME/MF/AGU, de 11 de setembro de 2012. Apresenta os motivos para a edição da Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 2012b. Disponível em: [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/mpv%20579-2012?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/mpv%20579-2012?OpenDocument). Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Dispõe sobre as concessões de geração,

transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária; altera as Leis nºs 10.438, de 26 de abril de 2002, 12.111, de 9 de dezembro de 2009, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e 10.848, de 15 de março de 2004; revoga dispositivo da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 jan. 2013a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm). Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jun. 2013b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm). Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 jun. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13448.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13448.htm). Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jul. 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm). Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **[Parecer apresentado nos autos do TC 009.032/2016-9, que trata da prorrogação antecipada da concessão da Rumo-Malha Paulista]**. Órgão Julgador: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Augusto Nardes. Unidades jurisdicionadas: Ministério da Infraestrutura e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Procurador: Júlio Marcelo de Oliveira. Data: 7 de julho de 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **[Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.991/DF]**. Órgão Julgador: Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Ato impugnado: Lei 13.448/17, art. 6.º, § 2.º, II; 25, §§ 1.º e 3.º a 5.º; e 30, § 2.º. Data do protocolo: 13 de agosto de 2018a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747937195&prcID=5522428#>. Acesso em: 7 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 481.094/RJ**. Agravante: Linave Transportes Ltda. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. 21 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/C?seq=35273953&tipo=91&nreg=201400429861&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140521&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 7 out. 2019.

em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 118-MC/PR**. Requerente: Governador do Estado do Paraná. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Relator p/ o acórdão: Ministro Néri da Silveira. 3 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346192>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. **Recurso em Mandado de Segurança nº 34.203/DF**. Recorrente: Cemig Geração e Transmissão S/A. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. 19 de março de 2018b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14526265>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por reequilíbrio. **Recurso em Mandado de Segurança nº 1.835/DF**. Recorrente: Emílio Lourenço Dias. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Ministro Mario Guimarães. 23 de setembro de 1953. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=103342>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. **Acórdão TCU nº 2.200/15**. Interessadas: Secretaria dos Portos da Presidência da República e Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Relatora: Ministra Ana Arraes. 2 de setembro de 2015a. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2200%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=3afa5850-afb4-11e9-994d-fd70d475765f](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2200%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=3afa5850-afb4-11e9-994d-fd70d475765f). Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. **Acórdão TCU nº 2.253/15**. Interessados: Ministério de Minas e Energia e Agência Nacional de Energia Elétrica. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. 9 de setembro de 2015b. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/O%253A2253%2520ANOACORDAO%253A2015%2520RELATOR%253A%2522JOS%25C3%2589%2520MUCIO%2520MONTEIRO%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=4d054560-8a3d-11e9](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/O%253A2253%2520ANOACORDAO%253A2015%2520RELATOR%253A%2522JOS%25C3%2589%2520MUCIO%2520MONTEIRO%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=4d054560-8a3d-11e9). Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de decisão que reconheceu a legitimidade da prorrogação por reequilíbrio. **Acórdão TCU nº 774/16**. Interessada: Secretaria dos Portos da Presidência da República. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 6 de abril de 2016b. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/O%253A774%2520ANOACORDAO%253A2016%2520RELATOR%253A%2522WALTON%2520ALENCAR%2520RODRIGUES%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=ed4b0ba0-8a3c-11e9-910](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/O%253A774%2520ANOACORDAO%253A2016%2520RELATOR%253A%2522WALTON%2520ALENCAR%2520RODRIGUES%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=ed4b0ba0-8a3c-11e9-910). Acesso em: 2 ago. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

- CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. *In*: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (coord.). **Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos**. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 339-353.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 14. reimp. Coimbra: Almedina, 2014.
- CANTO, Mariana Dall’Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 207-221.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo: serviço público, execução direta, autarquia, economia mista, concessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1956. v. 2.
- COLSON, Clément. **Cours d’économie politique: les travaux publics et les transports**. 2<sup>e</sup> éd. Paris: Gauthier-Villars, 1910. v. 6.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v. 8.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Direito da concessionária à continuação do desempenho do serviço público. *In*: CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo perante os tribunais**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996. Cap. 9, v. 2.
- ESCOLA, Héctor Jorge. **Tratado integral de los contratos administrativos: parte especial**. v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Porto, arrendamento, cessão e prorrogação do contrato. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, ano 10, n. 26, p. 144-152, 1999.
- FREITAS, Rafael Véras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei n. 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 17, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017.
- FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 283-300.
- GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 579-608.
- GRECA, Alcides. **Derecho y Ciencia de la Administración Municipal**. v. 3, 2. ed. Santa Fé: Universidade Nacional del Litoral, 1943.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria M. Araujo. As modificações no Setor de Energia Elétrica e os contratos de concessão. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS,

Guilherme Jardim (coord.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. Cap. 13.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 47-59.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP n. 752: perguntas e respostas. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017.

HARB, Karina Houat. **A revisão na concessão comum de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2012.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Traducción del Julio N. S. M. Almagro. v. 6. Buenos Aires: Depalma, 1950.

JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, mar./abr. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DEVOLVÉ, Pierre. **Traité des contrats administratifs**. Paris: LGDJ, 1983. v. 2.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação, adjudicação, anulação. In: MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. v. 3, p. 42-63.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. In: CARVALHO, André Castro (Org.). **Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos**. São Paulo: MP, 2009. p. 51-65.

MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAIS, Antão de. Serviço telefônico, expiração do prazo da concessão, fixação, fiscalização e revisão de tarifas, taxa de expansão do serviço. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 49, p. 445-464, jul./set. 1957.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A nova regulação**

**portuária.** Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional.** Traduzido por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NASCIMENTO, Carlos Fernando do. **A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas de transporte terrestre em uma visão luso-brasileira.** 2017. Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica) - Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017.

PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das ferrovias.** Rio de Janeiro: FGV, 2017.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **A Medida Provisória n. 752/16 e os Setores Rodoviário e Aeroportuário: seu contexto, seus objetivos e as alterações que ela precisa sofrer ao longo do seu processo de conversão em lei.** 2017. Disponível em: [https://www.slideshare.net/portugalribeiro/a-medida-provisoria-n-75216-e-os-setores-rodovirio-e-aeroporturio-seu-contexto-seus-objetivos-e-as-alteraes-que-ela-precisa-sofrer-ao-longo-do-seu-processo-de-converso-em-lei?utm\\_source=Newsletter+Portugal+Ribeiro+Advogados&utm\\_campaign=486d48f305-MP+752-+erros+e+acertos&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_264781a9dd-486d48f305-94028085](https://www.slideshare.net/portugalribeiro/a-medida-provisoria-n-75216-e-os-setores-rodovirio-e-aeroporturio-seu-contexto-seus-objetivos-e-as-alteraes-que-ela-precisa-sofrer-ao-longo-do-seu-processo-de-converso-em-lei?utm_source=Newsletter+Portugal+Ribeiro+Advogados&utm_campaign=486d48f305-MP+752-+erros+e+acertos&utm_medium=email&utm_term=0_264781a9dd-486d48f305-94028085). Acesso em: 7 out. 2019.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime F. **La prórroga en los contratos administrativos: concepto, funciones y régimen en los contratos de obras y en los de gestión de servicios públicos.** Madrid: Montecorvo, 1988.

SAADI, Mário; SANTOS NETO, Raul Dias dos. Prorrogação antecipada de prazo de contratos de concessão. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, n. 27, p. 79-107, nov./dez. 2016.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 85-111, jul./ago. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodología jurídica.** Traducción: J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). **Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem.** São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 494-518.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SOUTO, Marcos J. Villela. **Direito Administrativo contratual.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TÁCITO, Caio. Concessão de energia elétrica, consórcio, parceria. *In*: TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1287-1295. v. 2.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. **Revista de Contratos Públicos**, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução da 5. ed. alemã, rev. e ampl. de Prof. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.

**Como citar**: SANGUINÉ, Odone; GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. Da constitucionalidade da prorrogação antecipada das concessões de serviço público. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 133-157, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 133. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 09/09/2019

Aprovado em: 20/10/2019

## A PUBLICIDADE JURÍDICA: CÓDIGO DE ÉTICA DA OAB COMO FATOR REGULADOR DO MERCADO JURÍDICO

LEGAL PUBLICITY: THE CODE OF ETHICS OF THE BRAZILIAN  
BAR ASSOCIATION AND THE REGULATION OF THE LEGAL  
MARKET

**Rômulo Guilherme Leitão\***  
**Lucas Barreto Rosas\*\***

\* Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2013), com doutorado-sanduíche na Boston University, Massachusetts (EUA) e Pós-doutorado em Ciência Política pela Boston University, Massachusetts (EUA). Docente do Programa de Pós-Graduação (mestrado e doutorado) em Direito da Universidade de Fortaleza, do Programa de Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Fortaleza - UNIFOR e professor de Ciência Política do Curso de Direito da mesma universidade. E-mail: romuloleitao@unifor.br

\*\*Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Advogado. E-mail: lucas@barretoemaia.com.br

**Como citar:** LEITÃO, Rômulo Guilherme; ROSAS, Lucas Barreto. A publicidade jurídica: código de ética da OAB como fator regulador do mercado jurídico. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 158-170, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 158. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O trabalho analisa as peculiaridades que envolvem o mercado jurídico e a regulação imposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) por intermédio do Código de Ética e Disciplina quanto à publicidade dos serviços jurídicos, buscando analisar os impactos sofridos pelos serviços jurídicos no que diz respeito ao direito à informação e à democratização da concorrência. Inicialmente, analisa-se a evolução do mercado jurídico no Brasil, abordando práticas empresariais aplicáveis aos escritórios de advocacia. Posteriormente, discorre-se sobre as restrições trazidas pelo Código de Ética e Disciplina da OAB, em especial no que se refere à publicidade jurídica e o seu impacto no mercado jurídico. Por fim, apresentados os desdobramentos de uma limitação da publicidade, debate-se a problemática do impacto do direito à informação e da democratização da concorrência diante do Código de Ética e Disciplina da OAB. Para tanto, empreendeu-se um estudo por meio de pesquisa bibliográfica, com a consulta de livros, publicações especializadas, artigos e sítios eletrônicos.

**Palavras-chave:** Publicidade. Ética. Regulação.

**Abstract:** This paper analyzes the peculiarities involving the legal market and the regulation imposed by the Brazilian Bar Association (OAB) through the Code of Ethics and Discipline regarding the advertising of legal services, seeking to analyze the impacts suffered by legal services with respect to the right to information and the democratization of competition. Initially, the evolution of the legal market in Brazil is analyzed, addressing business practices applicable to law firms. Subsequently, restrictions established by the Code of Ethics and Discipline of the Brazilian Bar Association are discussed, especially with regard to legal advertising and its impact on the legal market. Finally, after

presenting the consequences of a limitation on publicity, the problem of the impact of the right to information and the democratization of competition in light of the Code of Ethics and Discipline of the Brazilian Bar Association is discussed. To this end, this study utilized bibliographical research with the consultation of books, specialized publications, articles and electronic sites.

**Keywords:** Publicity. Ethic. Regulation.

## INTRODUÇÃO

O mercado jurídico brasileiro sempre apresentou características muito particulares, seja sob a visão da sua administração, do seu posicionamento como negócio ou da relação entre seus sócios e colaboradores, e destes com os usuários finais dos serviços (Mercado Consumidor) e respectivos concorrentes ou *stakeholders*.

Os escritórios de advocacia, em especial, passaram a utilizar técnicas intrinsecamente ligadas à administração de empresas com o intuito de qualificarem seus serviços, buscando sempre o diferencial em uma conjuntura de concorrência ascendente. Nesse sentido, houve considerável ganho de relevância em práticas como da publicidade dos serviços prestados, buscando municiar o mercado consumidor de informações suficientes para a contratação, inclusive para fins de comparação de serviços entre diversos *players* de mercado.

Contudo, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), instrumento que regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente e o outro profissional, tem se pautado em gerar intensas restrições tanto nas formas de exposição quanto nos meios de divulgação do mercado jurídico.

A Ordem dos Advogados, a exemplo de profissionais e entidades que corroboram com as referidas vedações, já se manifestou, por diversas vezes, em defesa do combate à mercantilização da advocacia, como forma de atingimento da qualidade profissional, definindo que o trabalho do(a) advogado(a) não pode ter natureza comercial, nos moldes de uma empresa, o que inviabilizaria a possibilidade desses profissionais em empregar também técnicas gerenciais na prestação do serviço advocatício, a exemplo da publicidade jurídica.

Contudo, demonstra-se relevante a expansão da publicidade jurídica, como maneira de fomentar a prática advocatícia e influir positivamente perante a sociedade. Assim, o presente estudo é pautado em analisar o impacto da ausência de informações no ato de negociação e contratação dos serviços do mercado jurídico, contextualizando a regulação exercida pela Ordem dos Advogados através do seu Código de Ética.

Buscou-se responder os seguintes questionamentos: o mercado jurídico tem evoluído do ponto de vista gerencial? Qual a importância da publicidade para o segmento? Quais os impactos do Código de Ética e Disciplina da OAB na relação entre o mercado consumidor e o mercado jurídico?

A metodologia utilizada caracteriza-se como um estudo desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, por meio da consulta a livros, publicações especializadas, artigos e sítios eletrônicos. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, por explicitar, classificar e esclarecer o problema apresentado, e exploratória, uma vez que procura aprimorar ideias, ofertando maiores informações sobre a temática em foco.

Para tanto este artigo se divide em três capítulos: o primeiro capítulo analisará a evolução do mercado jurídico no Brasil, abordando práticas empresariais aplicáveis aos escritórios de advocacia. O segundo capítulo discorrerá sobre as restrições trazidas pelo Código de Ética da

OAB, em especial à publicidade jurídica, e seu caráter regulatório. Por fim, no terceiro capítulo, será apontado o impacto da ausência de publicidade para o Mercado Consumidor (Direito à Informação) e para a Concorrência no Mercado (Democratização da Concorrência).

## **1 A EVOLUÇÃO DO MERCADO JURÍDICO BRASILEIRO: DA APLICAÇÃO DE TÉCNICAS GERENCIAIS AO MARKETING E À PUBLICIDADE JURÍDICA**

A evolução dos meios de comunicação, em consonância com o advento do Mundo 4.0<sup>1</sup>, vem proporcionando maior celeridade na capacidade de interação entre os indivíduos, influenciando, por consequência, em diversos setores da sociedade e na forma de veiculação e propagação das informações.

No que diz respeito, especificamente, às relações de consumo, o avanço dos meios de interação consolidou uma demanda crescente de serviços ofertados, com o surgimento de novas empresas todos os dias, em todas as partes do globo. Assim, o mercado vem se tornando mais competitivo e cada vez mais seletivo e implacável com aqueles que se mantêm obsoletos. Em sentido contrário, aqueles que progrediram, adaptando-se às mudanças, obtiveram êxito em suas atividades.

Nesse contexto, pode-se observar que um dos reflexos mais visíveis das alterações ocorridas nesse novo mundo se apresenta na área jurídica. Analisando o exercício da advocacia em âmbito mundial, perfaz-se nítido que esta não mais se limita ao simples ato de “advogar”. Buscando adaptar-se à realidade de mercado, os escritórios de advocacia estão perseguindo o elemento diferencial que possa destacá-los no cenário, vindo a utilizar técnicas intensamente aplicadas nas grandes sociedades empresárias, como é o caso do planejamento estratégico, dos recursos gerenciais, das formas de prospecção de clientes e das estratégias de precificação dos serviços e divulgação destes.

Em suma, os avanços ocorridos na advocacia, principalmente no que diz respeito ao período pós-globalização, têm propiciado a profissionalização da gestão jurídica, assemelhando os escritórios às empresas convencionais, tornando o advogado, na prática, um verdadeiro empresário.

A sociedade de advogados, até pouco tempo, possuía características bem particulares, seja no contexto da sua administração, no seu posicionamento como negócio ou em sua relação com sócios e colaboradores. Contudo, o avanço da demanda dos serviços jurídicos (com público consumidor bem mais exigente), somado ao número de operadores do direito cada vez maior, tem demonstrado como necessário o desenvolvimento da prestação desses serviços, com a especialização dos ditos meios de produção e a apresentação de uma oferta diferenciada. É exatamente nesse contexto que se inserem as noções empreendedoras no exercício da advocacia.

A mudança vem acontecendo nos últimos anos. Alguns escritórios, de diferentes tamanhos,

<sup>1</sup> O Mundo 4.0 é a expressão utilizada no contexto da Revolução Industrial que descentralizou o controle dos processos produtivos e que se desenvolveu através de dispositivos inteligentes interconectados, a denominada Quarta Revolução Industrial (Indústria 4.0). Importante destacar também o conceito de Internet das Coisas, que implica na adoção de tecnologias de informação emergentes e automação industrial, com intensa digitalização de informações e comunicação direta entre sistemas e pessoas.

apresentam hoje profissionais dedicados exclusivamente à sua administração, entendendo-se esta no mais amplo conceito, ou seja, não só na gestão do dia a dia, mas na formação de um planejamento estratégico, na definição de diretrizes e orientação de longo prazo.

Porém, é importante ressaltar que tais avanços ainda encontram certa resistência por parcela de profissionais, que relutam em adequar-se às novas práticas ou que, por tantas vezes, simplesmente desconhecem as noções de empreendedorismo jurídico.

Registre-se, como exemplo, que parte dos advogados militantes se acostumou a ser polivalente no exercício das suas funções, ou seja, cultivou-se o hábito de atender o cliente, levantar os aspectos legais para a elaboração da peça processual adequada, organizar os documentos, ajuizar as ações, acompanhar das ações, comparecer em audiência, dentre outras atividades, sem utilizar-se da delegação de poderes a terceiros, adquirindo uma conotação bem próxima de uma obrigação pessoal.

Nesse sentido, criou-se a ideia de que o cliente somente vincularia a confiança profissional à pessoa do advogado e não ao seu escritório, o que faz com que, quando ocorra a distribuição de poderes a terceiros, exista certa resistência, trazendo problemas de ordem operacional, principalmente diante da impossibilidade de o profissional estar presente a todos os atos processuais, salvo na hipótese de exclusividade, que é exceção à regra.

A já citada mudança gradual que está ocorrendo no cenário pragmático da advocacia brasileira tem expandido os ideais dos profissionais jurídicos para uma noção menos limitada à capacidade técnica e política dos advogados, buscando que estes atentem para questões simples e básicas norteadoras do sucesso de qualquer empresa.

Uma boa administração é necessária em todas as áreas da vida, seja no âmbito pessoal ou profissional. Permeando a temática em um aspecto mais teórico, Chiavenato (2003, p.41) conceitua o termo estratégia como “um padrão ou plano que integra as principais políticas, objetivos, metas e ações da organização”, acrescentando que “uma boa estratégia pode assegurar a melhor alocação dos recursos em antecipação aos movimentos, planejados ou não, dos oponentes ou às circunstâncias do ambiente”.

Em suma, como define Bateman (2006, p. 121), o planejamento estratégico é um conjunto de procedimentos para tomada de decisões sobre os objetivos e estratégias de longo prazo.

Destaque-se que nem sempre o sucesso do planejamento estratégico está condicionado ao número de pessoas envolvidas no processo, mas sim ao comprometimento dos que atuam na sua elaboração, conquanto se busque alcançar as metas e objetivos estabelecidos.

Em verdade, para o desenvolvimento de um modelo de planificação estratégica é necessário atentar para ideais dos mais diversos, quais sejam: filosofia institucional, atribuições, missão e valores institucionais, análise dos ambientes, o pensar estratégico e a implantação do planejamento com sua consequente retroalimentação. Estes acabam por afetar diretamente a direção ou viabilidade da empresa.

Voltando ao caso específico dos escritórios de advocacia, o contexto de engessamento em conceitos tradicionais e arcaicos em que se encontram muitos desses, como já exemplificado

alhures, faz com que sejam “engolidos” pela concorrência moderna e estruturada. Exige-se o mínimo de conhecimento acerca de fundamentos básicos, principalmente ligados ao planejamento, estratégia, competitividade e diagnóstico, para o exercício da gestão.

O planejamento consiste na identificação, análise e estruturação dos propósitos da empresa tendo em vista aquilo que se almeja. Contudo, a forma de se alcançar o objetivo desejado deve pautar-se nas políticas da instituição e nos recursos disponíveis, atuando nos níveis: estratégias, táticas e operacionais.

Já o campo da estratégia abrange um conjunto de definições e decisões que orientam as ações organizacionais, mobilizando as instituições para construir seu futuro perante o cenário que está inserido, ou seja, é o caminho escolhido ou a maneira considerada adequada para alcançar, de forma diferenciada e competitiva, os desafios estabelecidos.

A competitividade, como a própria definição literal do termo já leva a crer, coaduna-se com o processo de competição, analisando a situação da concorrência no âmbito mercadológico, que no caso em espeque estaria relacionada com as sociedades advocatícias, sendo um dos pontos mais relevantes a serem desenvolvidos pelos escritórios.

Por fim, o diagnóstico estratégico ou simplesmente diagnóstico traz à tona a apuração da situação em que se encontra a empresa, determinando sua conjuntura atual, utilizando-se de preceitos relacionados ao negócio desenvolvido, à missão e aos princípios, bem como contextualizando com a visão da instituição, objetivos estratégicos, indicadores de meta, estratégias e aptidões competitivas, dentre outros.

Independente do modelo ou noção de planejamento estratégico utilizado, é cada vez mais necessário que os escritórios de advocacia utilizem meios de aplicação e implantação de indicadores administrativos na sua gestão, como forma inclusive de garantirem as suas sobrevivências diante do aumento da concorrência qualificada e atualizada. É importante que o gestor, qual seja, o advogado integrante da sociedade, busque ampliar e aprofundar suas perspectivas de empreendedorismo. O campo de atuação jurídico contemporâneo requer condutas interdisciplinares, reivindicando do profissional moderno um aperfeiçoamento constante em matérias diversas e especializadas.

Dentre as diversas temáticas envolvidas no planejamento estratégico, relevante destacar a precificação dos serviços jurídicos, fator norteador da contratação e comparação de serviços. Qual o preço correto de um serviço jurídico que permita efetivar a contratação do profissional e o remunerar adequadamente?

Embora a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) disponibilize tabela de honorários com serviços de cunho extrajudicial ou judicial, verifica-se que ela não atinge, em muitos dos casos, a desejada adequação à realidade, situando o profissional em preços menores ou maiores do que o praticado.

Com efeito, a definição de critérios de precificação dos serviços, com clareza e objetividade, possibilita ao profissional atingir o seu mercado consumidor, ao passo que viabiliza o desempenho das suas atividades, inclusive do ponto de vista de competitividade com demais *players* (concorrência no mercado).

Importante contextualizar que todas essas práticas gerenciais apresentadas pouco se mostram efetivas sem a devida capacidade de publicização destas, tornando-se essencial a utilização de ferramentas de marketing.

Concretamente, pode-se dizer que a publicidade está contida na noção de marketing. O marketing passou de uma simples ferramenta de venda e propaganda (publicidade) para compreender também a satisfação e adequação às necessidades do cliente, criando, comunicando e entregando valor a este.

Assim, o marketing é uma das funções precípuas da estratégia global de um negócio, envolvendo não só o aspecto publicitário (forma de divulgação), mas também trabalhando questões ligadas ao formato do seu produto (ou serviço), ao preço praticado, à dimensão espacial de sua atuação, à segmentação do seu público alvo, dentre outras.

Em resumo, os dois conceitos são interligados: se apresenta notório que não possui eficácia divulgar uma marca sem que o serviço traga algum diferencial em relação aos concorrentes ou desenvolver espaços publicitários sem conhecer seu público-alvo. Em sentido inverso, apresenta-se ineficaz possuir uma estruturação mercadológica, com conhecimento sobre serviços ofertados, valores firmados e demanda se não existe um instrumento eficiente de promoção dos serviços. Ou seja, interferindo em um, atinge-se o outro.

Dessa forma, limitações historicamente sofridas pela publicidade jurídica concorreram para coibir a aplicabilidade do marketing jurídico, freando o avanço empresarial dos escritórios de advocacia.

Nesse contexto, a comunicação entre profissional da área e cliente e entre profissionais concorrentes é essencial para estruturação da prestação de serviços. Ou seja, a interferência da publicidade jurídica resulta em claro prejuízo ao melhor exercício da prática dentro do mercado jurídico e do próprio mercado consumidor, sendo esse um dos pontos mais prejudicados pelas restrições trazidas pelo Código de Ética e Disciplina da OAB e que serão abordadas no próximo tópico.

## **2 A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E A REGULAÇÃO DO MERCADO JURÍDICO ATRAVÉS DO SEU CÓDIGO DE ÉTICA**

O ato de regular tem relevância no âmbito do mercado jurídico, ainda que, por vezes, seja utilizado como sinônimo de regulamentação, que é a prerrogativa atribuída à Administração Pública (o Conselho Federal da OAB) de editar regras gerais e, em última instância, criar normas.

A regulação cria normas jurídicas de impacto econômico que disciplinam o exercício de determinadas atividades, tendo surgido, no contexto brasileiro, a partir do movimento de Reforma do Estado idealizada por Bresser Pereira no primeiro Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1999), e cujo marco inicial se deu quando da criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) em 1996, primeira agência reguladora brasileira.

Contudo, instituições mais antigas já regulavam os seus respectivos mercados, direta ou

indiretamente. Voltando-se ao presente trabalho, é possível verificar que a Ordem dos Advogados do Brasil surgiu em novembro de 1930, através do Decreto nº 19.408, com o objetivo inicial de tornar mais produtiva a atuação do então Ministério da Justiça e respectiva Corte de Apelação.

Em 1933, ocorreu a primeira sessão do Conselho Federal e o primeiro Código de Ética foi aprovado em 1934. Atualmente a Ordem dos Advogados do Brasil desenvolve suas atividades normatizadas através do Estatuto da OAB (1994), do Código de Ética (2016) e das Instruções Normativas dos Conselhos Estaduais e Federais.

Em se tratando do Estatuto da OAB, Lei nº 8.906/1994, importante apontar que o seu Título II se dedica a tratar da própria Ordem dos Advogados, elencando sua finalidade, definições sobre os Conselhos, parametrização das eleições e mandatos e o seu escopo de atuação.

No que diz respeito à finalidade, o artigo 44 aduz que a Ordem dos Advogados, enquanto serviço público, tem por finalidade defender a ordem jurídica do Estado democrático de direito, pugnar pela rápida administração da justiça e por promover, com exclusividade, a disciplina (regulação) dos advogados em todo o país, dentre outras finalidades. Assim, extrai-se o claro papel regulador da profissão dos advogados e advogadas que detém a Ordem dos Advogados, seja no âmbito Federal ou através das suas seccionais e subseções, com sua dupla função de controle e de fixação de padrões, bem como de garantia da manutenção de níveis aceitáveis de conhecimento e qualificação técnica do Mercado Jurídico.

Nesse sentido, apresenta-se o Código de Ética e Disciplina da OAB como instrumento para exercício da referida dupla função. Em verdade, este atua também regulando o Mercado Jurídico, através do Tribunal de Ética das Seccionais, em especial no que se refere aos deveres do advogado(a) para com a comunidade, o cliente e o outro profissional (concorrência).

Referido documento apresenta condutas que devem ser adotadas pelos profissionais da advocacia diante do exercício da profissão, enfatizando perspectivas ligadas, *verbi gratia*, ao trato com o cliente, ao sigilo profissional e aos honorários advocatícios, nos moldes do que dispõe o artigo 33 do Estatuto da OAB.

Da mesma forma que os supracitados assuntos, a publicidade jurídica também está disposta no Código de Ética da OAB, mais precisamente no Capítulo VIII, que compreende os artigos 39 a 47, os quais explicitam restrições a essa temática, delineando as modalidades de divulgação da prestação jurídica que são permitidas e proibidas.

O artigo 39 limita a veiculação da publicidade jurídica argumentando que “[...] a publicidade profissional do advogado tem caráter meramente informativo [...] não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão.” (OAB, 2015, p. 9).

Os artigos 40<sup>2</sup> e 42<sup>3</sup> trazem algumas vedações à publicidade, tornando incompatíveis ao exercício da profissão meios de publicidade tradicionais, tais como rádio e televisão, painéis luminosos, mala direta e demais meios que configurem captação de clientela. Ainda, ao advogado é impossibilitada a prática de consulta sobre matéria jurídica com habitualidade, nos diversos meios sociais, bem como a divulgação de listas de clientes e de demandas.

Além do mais, o Código de Ética também atribui diretrizes e regulações à publicidade veiculada por meios eletrônicos, da forma que define o artigo 46<sup>4</sup>, possibilitando apenas a divulgação por telefone ou por internet em situação que não implique no oferecimento de serviços prestados.

As condutas regulatórias aqui expostas estão alinhadas com decisões advindas do Conselho Federal da OAB (desenvolvidas ao longo dos anos de vigência do Código de Ética) e dos seus respectivos Tribunais de Ética. Os supramencionados entendimentos foram, inclusive, fonte para inclusão das redes sociais no rol de vedações do ordenamento, através do seu artigo 46 e, por meio do artigo 47<sup>5</sup>, são fonte para novas inclusões normativas. Percebe-se, que as restrições afetam em demasia a publicidade jurídica, o que repercute em diversos aspectos, dentre eles o Direito à Informação e a Democratização da Concorrência, conforme será visitado no próximo tópico.

### 3 IMPACTOS DA REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE ÉTICA DA OAB: PROBLEMÁTICA DO DIREITO À INFORMAÇÃO E DA DEMOCRATIZAÇÃO DA CONCORRÊNCIA

Analisado o cenário atual do mercado jurídico, inclusive do ponto de vista de práticas gerenciais aplicadas a este, dentre elas a publicidade jurídica, bem como o panorama de regulação

---

**2 Art. 40.** Os meios utilizados para a publicidade profissional não de ser compatíveis com a diretriz estabelecida no artigo anterior, sendo vedados:

- I - a veiculação da publicidade por meio de rádio, cinema e televisão;
- II - o uso de outdoors, painéis luminosos ou formas assemelhadas de publicidade;
- III - as inscrições em muros, paredes, veículos, elevadores ou em qualquer espaço público;
- IV - a divulgação de serviços de advocacia juntamente com a de outras atividades ou a indicação de vínculos entre uns e outras;
- V - o fornecimento de dados de contato, como endereço e telefone, em colunas ou artigos literários, culturais, acadêmicos ou jurídicos, publicados na imprensa, bem assim quando de eventual participação em programas de rádio ou televisão, ou em veiculação de matérias pela internet, sendo permitida a referência a e-mail;
- VI - a utilização de mala direta, a distribuição de panfletos ou formas assemelhadas de publicidade, com o intuito de captação de clientela.

Parágrafo único. Exclusivamente para fins de identificação dos escritórios de advocacia, é permitida a utilização de placas, painéis luminosos e inscrições em suas fachadas, desde que respeitadas as diretrizes previstas no artigo 39 (OAB, 2015, p. 9).

**3 Art. 42.** É vedado ao advogado:

- I - responder com habitualidade a consulta sobre matéria jurídica, nos meios de comunicação social;
- II - debater, em qualquer meio de comunicação, causa sob o patrocínio de outro advogado;
- III - abordar tema de modo a comprometer a dignidade da profissão e da instituição que o congrega;
- IV - divulgar ou deixar que sejam divulgadas listas de clientes e demandas;
- V - insinuar-se para reportagens e declarações públicas (OAB, 2015, p. 9-10).

**4 Art. 46.** A publicidade veiculada pela internet ou por outros meios eletrônicos deverá observar as diretrizes estabelecidas neste capítulo.

Parágrafo único. A telefonia e a internet podem ser utilizadas como veículo de publicidade, inclusive para o envio de mensagens a destinatários certos, desde que estas não impliquem o oferecimento de serviços ou representem forma de captação de clientela (OAB, 2015, p. 10).

**5 Art. 47.** As normas sobre publicidade profissional constantes deste capítulo poderão ser complementadas por outras que o Conselho Federal aprovar, observadas as diretrizes do presente Código (OAB, 2015, p. 10).

da Ordem dos Advogados do Brasil e do seu Código de Ética no que diz respeito à divulgação dos serviços jurídicos por escritórios de advocacia e advogados autônomos, resta examinar o impacto dessas restrições do ponto de vista do mercado consumidor (Direito à Informação) e da concorrência no mercado (Democratização da Concorrência).

### 3.1 Direito à informação

Conforme define Barroso (2004, p. 1), a liberdade de informação “diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado”. O direito de informar possui seus reflexos diretamente ligados à Constituição Federal e ao Código de Defesa do Consumidor. Examinando-o nesse cenário, é cabível concluir pela ocorrência dos atos de informar, de se informar e de ser informado.

O ato de informar possui relação com a garantia de não-restrição à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação sob qualquer forma, processo ou veículo.

Em verdade, supracitada noção representa uma transcrição do artigo 220 da Constituição Federal, quando aborda que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”.

Já o ato de se informar está ligado basicamente à garantia de acesso aos dados de cunho pessoal (artigo 5º, XXXIII da Constituição Federal) e almeja-se propiciar uma liberdade de buscar a informação que se deseja sem quaisquer obstáculos, mesmo que estes sejam gerados pelo Poder Público.

Por fim, o ato de ser informado corresponde à capacidade do cidadão de ser cientificado de modo absoluto e invariável das mais diversas informações, através dos meios de comunicação. Nesse sentido, possui consistente associação com o dever que alguém tem de informar.

Voltando-se a discussão para o plano mais condizente com o objetivo do presente artigo, constata-se que a violação mais radical (trazida com as limitações do Código de Ética) diz respeito ao direito de ser informado e, por conseguinte, ao dever de informar.

Explica-se: O cidadão que contrata com um determinado escritório de advocacia está, em regra, adquirindo, como destinatário final, o serviço jurídico por este prestado, tornando-se seu cliente e consumidor. Assim, o advogado ou escritório de advocacia responsável tem o dever de disponibilizar detalhes imprescindíveis acerca da prestação do serviço (dever de informar), divulgando de forma viável e abrangente as especificações deste (método de desenvolvimento da atividade, qualificação, valores, entre outros).

Ocorre que, os limites aduzidos pelo Código de Ética da OAB quanto à publicidade jurídica tornam tortuoso e difícil o ato de propagar informações necessárias para a contratação dos serviços jurídicos, utilizando-se de proibições que inibem, por exemplo, a divulgação dos valores das atividades prestadas, das formas de pagamento, da estrutura do escritório anunciante, bem como restringem meios de difusão tais quais outdoors, rádio, televisão (artigo 40) e publicidade veiculada pela internet ou por outros meios eletrônicos (artigo 46).

O referido documento demonstra grande preocupação com a possibilidade de mercantilização da prática jurídica (artigo 39), porém acaba por interferir prejudicialmente no mercado jurídico, acabando por afetar os dois lados da prestação dos serviços jurídicos.

### 3.2 Democratização da concorrência

Concorrência é a ação competitiva desenvolvida por agentes que atuam no mercado de forma livre e racional. Figueiredo (2009, p. 66) narra que se trata da “disputa saudável por parcela de mercado entre agentes que participam de uma mesma etapa em um ciclo econômico”.

Nesse contexto, deve o Estado atuar de forma a garantir que a competição entre os concorrentes de uma mesma conjuntura mercadológica se desenvolva de modo justo e sem abusos, propiciando o equilíbrio entre a oferta e a procura, assim como a defesa da “eficiência econômica”.

A necessidade de uma maior proteção estatal no domínio econômico fez surgir um dos alicerces da economia moderna, qual seja, a livre concorrência (ou princípio da defesa do mercado). Originado a partir do Decreto de Allarde<sup>6</sup> (França, 02 de março de 1791), referido instituto perfaz-se como corolário da livre iniciativa.

Guiando-se por essa premissa, o Estado brasileiro adotou uma posição reguladora da atividade econômica, consagrando a livre concorrência como um dos princípios basilares da ordem econômico-financeira disposta na Constituição Federal (artigo 170, IV).

Portanto, salvaguardar o processo competitivo, privilegiando aspectos inerentes à livre concorrência e, por conseguinte, à livre iniciativa, é garantir que a sociedade esteja em condições de participar do ciclo econômico de determinado nicho da economia, podendo livremente entrar, permanecer e sair, sem qualquer interferência estranha oriunda de interesses de terceiros.

Acontece que, aproximando-se da realidade advocatícia, a Ordem dos Advogados do Brasil e o seu Código de Ética têm atuado não como limitadora da interferência externa, mas como verdadeiro empecilho à livre concorrência.

Restringir as formas de publicidade jurídica é dificultar que um advogado qualificado e moderno (versado em técnicas gerenciais e mercadológicas necessárias para a dinamização e evolução da advocacia brasileira), mas sem qualquer influência no ramo, se destaque no cenário jurídico e seja conhecido pela sociedade, perdendo uma série de clientes e chances por não ter sido oportunizado a ele divulgar sua prestação de serviços.

Note-se que a inserção problemática do mencionado profissional no âmbito jurídico prejudica o que preceitua a livre concorrência: garantir a livre participação no ciclo econômico (seja ele qual for). Sem conseguir atingir a população da forma mais eficiente e concorrendo desigualmente com escritórios de advocacia já consolidados e com sua clientela fidelizada, o advogado provavelmente estará fadado ao fracasso.

Em regra, quando se está diante de um quadro de dúvida, combinado com o

---

<sup>6</sup> Lei francesa publicada em 1791 e que é considerada um marco para a liberdade de comércio e de indústria, bem como da livre iniciativa.

desconhecimento da conjuntura mercadológica do serviço buscado, opta-se pelo “fornecedor” mais robusto e reconhecido, em detrimento daquele menos célebre. Assim, o cidadão muitas vezes não contrata um bom advogado para representá-lo em juízo ou assessorá-lo em determinada lide por desconhecer a gama de profissionais existentes.

Destarte, percebe-se que a interferência na livre concorrência (através da restrição da publicidade jurídica) se soma ao Direito à Informação em caráter de importância para o desenvolvimento da sociedade e da própria advocacia.

## CONCLUSÃO

O artigo analisou o impacto das restrições impostas à publicidade jurídica ocorrido em relação ao direito à informação no mercado consumidor e à democratização da concorrência na concorrência de mercado.

Com efeito, na atual sociedade da informação e do conhecimento, inviabilizar o acesso aos dados de um serviço contribui para o descrédito por parte dos consumidores, que têm se tornado cada vez mais exigentes e atentos ao cotidiano das empresas/escritórios de advocacia.

Observa-se que um progresso racional e ético da divulgação da atividade advocatícia permite, por exemplo, que as informações dos serviços jurídicos sejam mais bem apresentadas (indo ao encontro dos ditames do Código de Defesa do Consumidor), o que legitima a democratização da livre concorrência.

Em sentido contrário, os limites impostos geram um “desconhecimento” da sociedade quanto aos serviços e profissionais forenses, o que muitas vezes impede a busca pela tutela jurisdicional e, mesmo quando esta ocorre, propicia, usualmente, o monopólio da concorrência (buscam-se aqueles advogados ou escritórios mais renomados em detrimento dos demais).

Assim, percebe-se a clara necessidade de avanço no que tange à flexibilização da publicidade de informações dos serviços advocatícios prestados, uma vez que é fator fundamental não somente para uma contratação mais assertiva por parte do mercado consumidor, mas também para uma maior eficiência dos próprios prestadores de serviços (escritórios de advocacia e advogados autônomos) na estruturação dos seus serviços e ascensão no mercado, vez que inibe a democratização da concorrência, demonstrando-se inevitável a expansão da publicidade jurídica como maneira de fomentar a prática advocatícia e influir positivamente perante a sociedade.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45123>

BATEMAN, THOMAS S. **Administração: novo cenário competitivo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CHIAVENATO, Idalberto; SAPIRO, Arão. **Planejamento estratégico**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OAB - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB debate novo código de ética e disciplina e cadastro de sanções**. Brasília: OAB, 2014. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/27324/oab-debate-novo-codigo-de-etica-e-disciplina-e-cadastro-de-sancoes>. Acesso em: 2 jun. 2019.

OAB - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução nº 02/2015**: Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Brasília: OAB, 2015. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2019.

**Como citar:** LEITÃO, Rômulo Guilherme; ROSAS, Lucas Barreto. A publicidade jurídica: código de ética da OAB como fator regulador do mercado jurídico. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 158-170, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 158. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 25/09/2019

Aprovado em: 03/07/2020

**A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO E AS GARANTIAS  
DO CONTRADITÓRIO NO JULGAMENTO DO RECURSO  
EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA  
Nº 566.622**

THE REASONING BEHIND THE DECISION AND THE  
GUARANTEES OF THE ADVERSARY PROCESS IN THE JUDGMENT  
OF THE EXTRAORDINARY APPEAL REPRESENTATIVE OF  
CONTROVERSY Nº 566.622

**André dos Santos Gonzaga\***  
**Deilton Ribeiro Brasil\*\***

\*Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna (UIT) e Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL).E-mail: andre@gonzagaesantana.adv.br

\*\*Pós-Doutor em Direito junto a Università degli Studi di Messina, Itália. Doutorado em Direito pela UGF - RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Direito Proteção dos Direitos Fundamentais e Graduação da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE). E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

**Como citar:** GONZAGA, André dos Santos; BRASIL, Deilton Ribeiro. A fundamentação da decisão e as garantias do contraditório no julgamento do Recurso Extraordinário representativo da controvérsia nº 566.622. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 171-185, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 171. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** A presente pesquisa tem como centro a fundamentação da decisão e as garantias do contraditório no julgamento do Recurso Extraordinário Representativo da Controvérsia nº566.622, pelo Supremo Tribunal Federal. A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica, baseada em fontes primárias e secundárias, sendo utilizado o método indutivo. A pesquisa foi desenvolvida com a realização da análise do Recurso Extraordinário Representativo da Controvérsia nº 566.622, sobre o voto do relator Ministro Marco Aurélio. Para alcançar os objetivos propostos foi realizado um estudo sobre o processo constitucional e jurisdição no Estado Democrático de Direito, bem como a participação do *amicus curiae* no julgamento do recurso extraordinário representativo da controvérsia nº 566.622.

**Palavras-chave:** Garantia do contraditório. Fundamentação das decisões. Participação das partes. *Amicus Curiae*. Recurso extraordinário representativo da controvérsia nº566.622.

**Abstract:** This research focuses on the rationale of the decision and guarantees of the adversarial process in the judgment of the Extraordinary Appeal Representative of Controversy No. 566.622, by the Federal Supreme Court. The methodology utilized was bibliographical review, based on primary and

secondary sources, using the inductive method. This research was developed with an analysis of the Extraordinary Appeal Representative of Controversy No. 566.622, specifically Justice Marco Aurélio decision. To achieve this study's objective, it explored the constitutional process and jurisdiction in a Democratic State of Law, as well as the participation of *amicus curiae* in the trial of Extraordinary Appeal Representative of Controversy No. 566.622.

**Keywords:** Contradictory Warranty. Rationale of Decisions; Participation of the Subjects. *Amicus Curiae*. Extraordinary Appeal Representing Controversy nº 566.622.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a fundamentação da decisão e as garantias do contraditório no julgamento do Recurso Extraordinário Representativo da Controvérsia nº 566.622, pelo Supremo Tribunal Federal.

A instrumentalidade técnica do processo requer mais do que a garantia de participação das partes. Requer que essa participação se dê em contraditório, com igualdade de oportunidades e que dela resulte essa consequência cujo alcance necessita ser apreendido em toda sua extensão que é a participação dos destinatários das sentenças em sua própria formação (GONÇALVES, 1992, p. 174).

É com esse enfoque que o artigo pretende analisar o julgamento do Recurso Extraordinário Representativo da Controvérsia nº 566.622, mais precisamente o voto do relator Ministro Marco Aurélio.

Dessa forma, será realizado um estudo sobre o processo constitucional e jurisdição no Estado Democrático de Direito, bem como a participação do *amicus curiae* no julgamento do recurso extraordinário representativo da controvérsia nº 566.622.

Também será verificado se o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso analisado pode ser considerado como uma decisão participativa, onde as partes propriamente ditas e os intervenientes (*amicus curiae*) contribuíram para a construção do provimento jurisdicional final.

O procedimento metodológico de pesquisa adotada para a consecução dos objetivos propostos é a análise bibliográfica, que abrange a bibliografia disponibilizada em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, revistas, livros, pesquisas, artigos, dissertações, teses, entre outros.

O método adotado é o indutivo, que pode ser definido por Marconi e Lakatos (2003) como o processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam.

O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

## 1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 566.622

O Recurso Extraordinário Representativo da Controvérsia de nº 566.622, teve origem

em uma ação ordinária anulatória de débito fiscal movida pela Sociedade Beneficente de Parobé, mantenedora do Hospital São Francisco de Assis, em face do Instituto Nacional do Seguro Social, objetivando ver afastada a cobrança de contribuições sociais, sob a alegação de ser titular da imunidade tributária prevista no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal de 1988.

O direito pleiteado foi reconhecido em 1ª instância, sob o fundamento de que a Sociedade Beneficente de Parobé preenchia os requisitos versados no artigo 14 do Código Tributário Nacional, reconhecendo a inconstitucionalidade incidental do artigo 55 da Lei nº 8.212/91, haja vista ter invadido matéria reservada a lei complementar, segundo o artigo 146, inciso II, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, 1991).

No prosseguimento natural do processo, a sentença *a quo* foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que se baseou na ausência de imunidade considerando legítimas as exigências contidas no artigo 55 da Lei nº 8.212/91 por se tratar de requisitos objetivos à caracterização da instituição como beneficente e filantrópica. A reforma da sentença teve, ainda, como fundamento o precedente do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar requerida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.028/DF cujo relator foi o Ministro Moreira Alves, julgada em 11/11/99, que afastava a necessidade de lei complementar para dispor sobre as condições essenciais para alcançar a imunidade desejada. Por fim, considerou que o artigo 195 § 7º da Constituição Federal faz remissão genérica a lei, sem referência expressa à norma complementar, razão pela qual a regulação da matéria poderia ser realizada por meio de lei ordinária.

Insatisfeita com o acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, a Sociedade Beneficente de Parobé interpôs o recurso extraordinário (566.622/RS), arguindo em preliminar a repercussão geral da matéria. No mérito alegou que o acórdão transgrediu os artigos 146, inciso II e 195, § 7º da Constituição Federal de 1988, requerendo a inconstitucionalidade do artigo 55 da Lei nº 8.212/91. Afirmou que o § 7º do artigo 195 da Constituição Federal estabelece verdadeira imunidade tributária e que os requisitos para usufruir desse direito devem ser previstos por lei complementar nos termos do artigo 146, inciso II, que requer norma da espécie para regular as limitações constitucionais ao poder de tributar. Conclui que frente ao princípio da recepção, o Código Tributário Nacional, mais precisamente em seu artigo 14, seria o diploma complementar específico a disciplinar a matéria de imunidade tributária.

No exercício do contraditório, a Fazenda Nacional contesta a aplicação do Código Tributário Nacional como instrumento apto para dispor sobre os requisitos da imunidade prevista no artigo 195 § 7º da Constituição Federal, afirmando que o diploma legal aplicado ao caso seria a Lei nº 8.212/91.

No julgamento do recurso extraordinário nº 566.622/RS o plenário virtual do STF acolheu a preliminar de repercussão geral da matéria. Na instrução do recurso extraordinário supracitado, foi considerada a opinião do Ministério Público, sendo admitida a intervenção da Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil como *amicus curiae*.

## 1.1 Voto do relator Ministro Marco Aurélio

Inicialmente o Relator apresentou a matéria a ser tratada informando que se tratava do recurso extraordinário nº 566.622 que tinha por finalidade definir se os requisitos legais necessários para as entidades beneficentes de assistência social exercem a imunidade relativa às contribuições de seguridade social poderiam ser previstos em lei ordinária ou exclusivamente em lei complementar. Que a análise dos artigos 146, inciso II, e 195, § 7º, da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, implicaria o reconhecimento da inconstitucionalidade formal ou não do artigo 55 da Lei nº 8.212, de 1991.

Informou que o Supremo Tribunal Federal já havia discutido matéria semelhante, porém sem uma definição, citando a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.802/DF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.028/DF e no Recurso Extraordinário nº 636.941/RS.

Como frisou o Relator, caberia ao Supremo elucidar a questão, julgando de forma definitiva a delimitação da competência regulatória concernente à regra do § 7º do artigo 195 da Constituição Federal de 1988. Nesse diapasão, ponderou que era necessária a compreensão do papel político e social cumprido por esse instituto jurídico, uma vez que era indispensável para o trabalho do hermeneuta:

As normas de imunidade tributária constantes da Carta visam proteger valores políticos, morais, culturais e sociais essenciais, não permitindo que os entes tributem certas pessoas, bens, serviços ou situações ligadas a esses valores. Onde há regra constitucional de imunidade, não poderá haver exercício da competência tributária e isso ante uma seleção de motivos fundamentais (BRASIL, 2017).

Confirmando o posicionamento do Relator Ministro Marco Aurélio, José Souto Maior Borges (2011, p. 221), afirma que as imunidades servem para assegurar certos princípios fundamentais ao regime, a incolumidade de valores éticos e culturais consagrados pelo ordenamento constitucional positivo e que se pretende manter livres das interferências ou perturbações da tributação.

No mesmo sentido, Humberto Ávila (2012, p. 273) pondera que “a causa justificativa da imunidade é facilitar, por meio da exclusão de encargos tributários, a consecução de finalidades que devem ser atingidas pelo próprio Estado.”

Ainda, com entendimento semelhante, Aires Fernandino Barreto (2001), ensina que o constituinte ao prevê as imunidades tributárias no artigo 150 da Constituição Federal, buscou garantir a eficácia jurídica dos princípios constitucionais que consagram a proteção a valores éticos e culturais consagrados pelo ordenamento constitucional:

[...] o exame das situações descritas pelo constituinte, no artigo 150 da Constituição Federal, como imunes à tributação por via de impostos, revela que essas situações representam valores privilegiados, protegidos, consagrados

pela ordem constitucional e, de conseguinte, impõe a conclusão no sentido de que essas imunidades constituem uma forma de assegurar, de garantir a eficácia jurídica dos princípios constitucionais que consagram a proteção a tais valores (BARRETO, 2001, p. 34).

Retornando ao voto do Relator, ponderou que os precedentes do Supremo, no tocante às imunidades das alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do aludido inciso VI, do artigo 150 da Constituição Federal de 1988, vinha deixando clara a atenção do Supremo Tribunal Federal com as funções políticas e sociais dessas normas, utilizando-se da interpretação teleológica para a solução das controvérsias surgidas e buscando sempre a melhor realização dos valores protegidos.

Lembrou que em outro julgamento (RE nº 237.718, julgado em 29/03/2001), o então relator Ministro Sepúlveda Pertence, versou em seu voto que a jurisprudência do Tribunal vem sendo decisivamente inclinada à interpretação teleológica das normas de imunidade tributária, de modo a maximizar-lhes o potencial de efetividade, como garantia ou estímulo à concretização dos valores constitucionais que inspiram limitações ao poder de tributar (BRASIL, 2001)

Nesse passo, como ponderam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012, p. 415-416), cada norma jurídica deve ser interpretada com consideração de todas as demais, e não de forma isolada, presente a buscar a harmonia e integridade sistêmica da Constituição Federal. Combinados os elementos sistemático e teleológico, a interpretação deve pautar nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do Estado Democrático de Direito, da República e da Federação.

O relator versou que o Supremo Tribunal Federal, na mencionada Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.028/DF, já havia se posicionado em relação ao equívoco trazido no § 7º do artigo 195 da Constituição Federal que versava sobre as isenções de contribuição à seguridade social as entidades beneficentes de assistência social, ou seja, que não se trata de isenção, mas de imunidade, limitando ao Estado o poder de tributar.

Nesse passo, discorreu sobre os dois requisitos garantidores da imunidade (ser pessoa jurídica que desempenhe atividades beneficentes de assistência social e atender a parâmetros legais), conceituando os requisitos e informando que o Tribunal interpreta o termo assistência social constante do artigo 203 da Constituição Federal de 1988 de forma mais ampla, abrangendo os serviços de saúde e educação. Por esse motivo, seguindo o Relator, o constituinte originário assegurou imunidade a essas atividades, tendo em vista que são atividades típicas do Estado em favor da realização de direitos fundamentais.

Em última análise ao primeiro requisito garantidor de imunidade, o relator versou que a fonte de legitimação e diretriz interpretativa dessa regra constitucional de imunidade perfaz o amparo à população mais carente. Ou seja, que toda pessoa jurídica que prestasse esses serviços, sem fins lucrativos, com caráter assistencial, em favor da coletividade, em especial dos hipossuficientes, estaria atuando em parceria com o Poder Público na satisfação de direitos fundamentais sociais. Esta é também a opinião de James Marins (1999):

A Constituição Federal de 1998 juridiciza, garante e protege certos valores éticos que revelam a concepção democrática de vida e de governo. Por vezes o faz de modo a prestigiar certas atividades por meio de proteção concedida em face da ação tributária do Estado, limitando explicitamente seu campo impositivo (artigos 150, VI, alínea “a” e 195, § 7º da Constituição Federal de 1988). Assim se dá com as *atividades de educação e assistência social*, não apenas por se prestarem a fins de reconhecida utilidade para a sociedade, mas também por seu papel de coadjuvante nos deveres do próprio Estado (artigos 6º, 203, combinados com os artigos 150, VI, alínea “c”, e 195, § 7º, da Constituição Federal de 1988) (MARINS, 1999, p. 150).

Nesse sentido, Kioshi Harada (2005) narra que a primeira condição é decorrente da própria razão da imunidade. Assim como se dá com a alínea “c” do inciso VI do artigo 150, em relação à qual é ontológica e finalisticamente vinculada, a norma do § 7º do artigo 195 tem por objetivo “atrair as entidades beneficentes para secundar a ação do Poder Público na efetiva realização dos direitos sociais, sem qualquer intuito lucrativo.” (HARADA, 2005, p. 12).

Em relação ao segundo requisito (atender as exigências estabelecidas em lei), o Relator pondera que a definição do alcance formal e material deveria ser considerada sob a ótica do motivo da imunidade em discussão: a garantia de realização de direitos fundamentais sociais, sendo que qualquer interpretação diferente deveria ser evitada, cabendo prestigiar aquela que beneficie a conquista da função política e social própria do § 7º do artigo 195 da Constituição Federal.

Vencido esse tópico o Relator passou a analisar a questão controversa referente a qual espécie legislativa é credenciada pela Constituição Federal para estabelecer as condições necessárias para o gozo ou restrições da imunidade. Novamente o Relator afirmou que para a solução do litígio, o Supremo Tribunal deveria seguir a linha hermenêutica utilizada quanto às outras espécies de imunidade e compreender a cláusula de reserva legal tendo em conta a unidade da Constituição e as funções políticas e sociais próprias da imunidade, portanto deveriam manter a interpretação sistemática e teleológica.

Assim, o Ministro Marco Aurélio afirmou que a interpretação referente às restrições das imunidades tributárias para o sistema constitucional, considerando os valores e princípios que as fundamentam, deveria ser estrita, vedadas conclusões que implicassem negativa à forma e ao conteúdo revelados pela Constituição Federal.

Portanto, continuou o Relator, o constituinte originário ao tratar da limitação ao poder de tributar exigiu no inciso II do artigo 146 da Constituição que as exigências legais ao exercício das imunidades são sempre normas de regulação devendo ser dispostas em lei complementar, trazendo a baila que o § 7º do artigo 195 deveria ser interpretado e aplicado em conjunto com o preceito constitucional supracitado, afastando a reserva exclusiva de lei complementar para a disciplina das condições a serem observadas no exercício do direito à imunidade.

Em relação à natureza tributária das contribuições sociais, versou que é no Código Tributário Nacional, artigo 14 que se encontram as condições necessárias para as entidades usufruírem da imunidade, chegando a conclusão que nenhuma lei ordinária de qualquer poder

tributante pode criar requisitos adicionais, impondo ônus que o constituinte deliberadamente quis afastar. Todos os requisitos acrescentados aos elencados no artigo 14 são inconstitucionais, em face de não possuir o Poder Tributante, nas três esferas, nenhuma força legislativa suplementar, sendo apenas a lei complementar pode impor condições.

Todavia, continua o Relator, o legislador ordinário, sob o pretexto de disciplinar aspectos das entidades pretendentes à imunidade, restringiu o alcance subjetivo da regra constitucional, impondo condições formais reveladoras de autênticos limites à imunidade. Nesse contexto, promoveu a regulação do direito sem que estivesse autorizado pelo artigo 146, inciso II, da Constituição Federal.

Tal limitação seria a necessidade de conceder a imunidade a falsas instituições, sendo que a Constituição autorizou as restrições legais com o claro propósito de assegurar que essas entidades cumpram efetivamente o papel de auxiliar o Estado na prestação de assistência social. Todavia, os requisitos estipulados no artigo 14 do Código Tributário Nacional proporcionam o controle de legitimidade dessas entidades a ser implementado e fiscalizado pela Receita Federal do Brasil, sendo possível, nos termos do § 1º do mesmo artigo, a suspensão do benefício caso seja atestada a inobservância dos parâmetros definidos.

Diversamente, os requisitos previstos nos incisos I e II do artigo 55 da Lei nº 8.212, de 1991 (BRASIL, 1991), resultaria em grave ofensa à proporcionalidade na perspectiva “vedação de estabelecimento do meio restritivo mais oneroso”, uma vez que não implicam controle por órgão competente de fiscalização tributária, capaz de levar à adoção da medida suspensiva, mas estipula condições prévias, impeditivas do exercício da imunidade independente de verificar-se qualquer irregularidade e cuja satisfação depende da atuação de um órgão burocrático denominado Conselho Nacional de Assistência Social.

Nesse contexto, os requisitos constantes no artigo 55, incisos I e II, versados em lei ordinária, não podem ser, conforme o artigo 146, inciso II, da Constituição Federal, constitutivos do direito à imunidade, nem pressupostos anteriores ao exercício deste. Possuem eficácia declaratória, de modo que a negativa de registro implique a verificação dos pressupostos do artigo 14 do Código Tributário Brasileiro pela Receita Federal

Em síntese, o Relator asseverou que:

o artigo 55 da Lei nº 8.212, de 1991, prevê requisitos para o exercício da imunidade tributária, versada no § 7º do artigo 195 da Carta da República, que revelam verdadeiras condições prévias ao aludido direito e, por isso, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade formal desse dispositivo no que extrapola o definido no artigo 14 do Código Tributário Nacional, por violação ao artigo 146, inciso II, da Constituição Federal. Os requisitos legais exigidos na parte final do mencionado § 7º, enquanto não editada nova lei complementar sobre a matéria, são somente aqueles do aludido artigo 14 do Código. Chego à solução do caso concreto ante a inconstitucionalidade formal do artigo 55 da Lei nº 8.212, de 1991, e a moldura fática delineada no acórdão recorrido (BRASIL, 2017).

Por fim, o Relator proferiu o voto dando provimento ao recurso, declarando a inconstitucionalidade formal do artigo 55 da Lei nº 8.212, de 1991, restabelecendo o entendimento constante da sentença de 1º grau e assegurando o direito à imunidade de que trata o artigo 195, § 7º, da Constituição Federal de 1988, desconstituindo o crédito tributário inscrito na certidão de dívida ativa.

## **2 PROCESSO CONSTITUCIONAL E JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O processo constitucional previsto nas diretrizes normativas do Estado Democrático de Direito tem como fundamento de maior importância a garantia da efetiva tutela, proteção e fomento dos direitos fundamentais. Nesse passo, o processo constitucional possui pressupostos essenciais entre os quais se destacam a celeridade processual, a razoável duração do processo, e as formas de controle constitucional (COSTA, 2015, p. 101).

Como ensina Carla Regina Clark da Costa (2015, p. 101), tais pressupostos não se confundem com mitigação ou eliminação de direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente instituídos pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, da fundamentação das decisões, do direito à prova, à presença do advogado no curso das demandas, entre outros indispensáveis para a concretização dos pressupostos norteadores do modelo de Estado erigido na Constituição de 1988.

Para Elio Fazzalari (2006, p. 121), é necessário, para identificar o processo que exista uma série de normas (e atos, e posições jurídicas) que se reportem aos destinatários dos efeitos do provimento, realizando um contraditório paritário.

No Estado Democrático de Direito, não se deve deixar a cargo do juiz a busca pela verdade real, mas deve-se, sim, deixar que as partes, mediante o devido processo constitucional, estructurem aquela que será a verdade construída no processo, tornando-se marco para a fundamentação do provimento estatal construído democraticamente (VEZZOSI, 2010, p. 44).

Na lição de Felipe Borring Rocha (2014, p. 171-172), o contraditório é um dos institutos mais respeitável à ciência processual, uma vez que vai além de um qualificador do processo judicial, representando um dos mais importantes componentes lógico-filosófico e estrutural do desenvolvimento legítimo da relação jurídica processual, sendo o corolário do devido processo legal e densificador de garantias fundamentais, dentre as quais se destaca o princípio democrático.

Não se pode negar o importante papel desempenhado pela garantia do contraditório, que representa o desenvolvimento válido do processo, que visa atribuir legitimidade à formação do convencimento do juiz, através da oitiva das partes processuais. Trata-se de uma garantia deferida a todos aqueles que atuam de forma parcial no processo, submetidos ou não aos efeitos da coisa julgada (DIDIER JÚNIOR. 2015, p. 51).

O contraditório formal se traduz no direito da parte apresentar suas razões no processo, o que evidentemente supõe o direito a ser cientificada de sua existência para que possa fazê-lo (BAHIA; VECCHIATTI, 2012, p. 926).

Pode-se afirmar que na tramitação do recurso extraordinário representativo da controvérsia nº 566.622, foi garantido às partes a participação no processo por meio do contraditório formal, visto que foram previamente cientificadas do processo e dele participaram apresentando, tempestivamente, suas razões e contrarrazões.

Não se pode negar que o contraditório formal tem sido atualmente garantido nos processos. Por outro lado, de nada adianta apresentar suas razões no processo se elas forem singelamente ignoradas ou desconsideradas pela autoridade julgadora. Afinal, quando a parte ou o terceiro apresentam suas razões, tem a legítima expectativa e pretensão a que elas sejam efetivamente consideradas e enfrentadas pelo órgão julgador (BAHIA; VECCHIATTI, 2012, p. 926).

Percebe-se que as teses e alegações das partes envolvidas no recurso extraordinário representativo da controvérsia nº 566.622, foram consideradas e analisadas no voto do relator do recurso no Supremo Tribunal Federal, Ministro Marco Aurélio, demonstrando que o contraditório material ou substantivo foi garantido nessa decisão.

A utilidade do contraditório não pode encerrar a ideia de dizer e contradizer apenas, mas sim, efetivamente, influenciar a formação da decisão e à garantia da não surpresa na decisão judicial que advier. Para tanto, torna-se imprescindível o exposto enfrentamento das razões apresentadas no processo. Nesse sentido, tem-se falado em contraditório substantivo (contraditório material), em contraposição ao contraditório meramente formal (BAHIA; VECCHIATTI, 2012, p. 928).

Assim como no julgamento do recurso extraordinário representativo da controvérsia nº 566.622, o contraditório deve garantir o diálogo completo e íntegro entre as partes e o juiz, possibilitando que todas as alegações levadas a juízo e vinculadas ao mérito da causa sejam avaliadas, confrontadas e solucionadas pelo julgador no conjunto do processo decisório (ROCHA, 2014, p. 178).

No mesmo sentido Antônio do Passo Cabral (2014, p. 215) reafirma a ideia de que o contraditório contemporâneo não se coaduna mais com a postura autoritária de ignorar a argumentação dos litigantes, para o escritor o juiz deve sim enfrentar os argumentos das partes na sentença, mesmo que não os use para chegar às suas conclusões para o litígio, sob pena de a decisão não ser considerada como possuidora de um debate adequado e efetivo.

### 3 A PARTICIPAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 566.622

A expressão *amicus curiae* tem sua origem no latim, significando, em língua portuguesa, “amigo da corte”, ou seja, aquele que colabora com o órgão jurisdicional na solução de um caso, fornecendo-lhe informações úteis, bem como apresentando um novo enfoque para a matéria. (FARIAS, 2013, p. 83).

Se por um lado é certa a origem da expressão *amicus curiae*, o mesmo não se pode dizer sobre a origem do instituto. O que se pode afirmar é o fato de que foi nos Estados Unidos, durante o século o XIX, que o instituto começou a ganhar a forma que hoje se conhece, tendo a

jurisprudência da Suprema Corte norte-americana um papel relevante na sistematização dessa figura processual (FARIAS, 2013, p. 83-84).

O instituto do *amicus curiae*, no direito brasileiro, teve aparição mais recente, de modo que ainda se encontra em estágio de evolução. Segundo o autor Luciano Andrade Farias (2013, p. 84), é usual apontar a previsão contida no artigo 31 da Lei nº 6.385/76, que dispõe sobre o Mercado de Valores Mobiliários, criando a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, como a primeira previsão legal de atuação do *amicus curiae* na legislação pátria.

A participação do *amicus curiae* no âmbito do Supremo Tribunal Federal está regulada na Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999a) que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação declaratória de Constitucionalidade, e na Lei nº 9.882/99 (BRASIL, 1999b) que dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, e ainda, em seu Regimento Interno.

A evolução social a cada dia torna mais complexa as relações jurídicas postas à apreciação do Poder Judiciário, neste contexto, os julgadores, por mais preparados que estejam, não terão à disposição todo o conhecimento necessário para proferir a decisão mais adequada. Nesse sentido, a participação da sociedade civil, por meio do instituto do *amicus curiae*, surge como um meio de aperfeiçoamento do exercício da função jurisdicional (FARIAS, 2013, p. 99).

Diferente da atuação do assistente que, em via de regra, está na relação jurídica em prol de um indivíduo, o *amicus curiae* atua em prol de um interesse, que pode, até mesmo, não ser titularizado por ninguém, embora seja compartilhado difusa ou coletivamente por um grupo de pessoas. Esse interesse, contudo, tende a ser afetado pelo que vier a ser decidido no processo (BUENO, 2012, p. 1023).

A finalidade do ingresso do *amicus curiae* é aprimorar a decisão jurisdicional a ser proferida, levando ao Estado-juiz informações complementares que provavelmente não é de seu conhecimento, podendo desempenhar todo e qualquer ato processual que seja correlato para atingir sua finalidade (BUENO, 2012, p. 1024).

No julgamento do recurso extraordinário representativo da controvérsia n.º 566.622, foram admitidos na qualidade de *amicus curiae* a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – COFENEN e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB.

O *amicus curiae* deve ser o interlocutor entre os Tribunais e a sociedade civil, representado a diversidade de atores que existem dispersos na sociedade, canalizando a pluralidade de vozes nela existente, representando-os adequadamente. Por outro lado, o *amicus curiae* é também canal de representação dos próprios interesses do Estado que precisam ser levados em conta pelos variados órgãos jurisdicionais para bem julgar os processos que lhe são submetidos (BUENO, 2012, p. 1047).

Na prática, entretanto, tem se discutido se a ampliação da participação do *amicus curiae* no Tribunal é de fato uma medida que impacta positivamente na qualidade das decisões. (ALMEIDA, 2012, p. 1096). Como se verificou no julgamento do recurso extraordinário representativo da controvérsia n.º 566.622, a participação do *amicus curiae* no processo, bem como a realização de

audiências públicas não interferiram na prolação dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Em nenhum momento o relator do recurso, Ministro Marco Aurélio, bem como os demais ministros, fizeram menção às teses defendidas pelas instituições aceitas na figura do *amicus curiae*.

Neste contexto, de nada adiantará a admissão de diversas entidades ou pessoas como *amicus curiae* em um processo se os seus argumentos forem desconsiderados pela decisão respectiva. Não basta admitir o *amicus curiae* e permitir a sua manifestação escrita e a sua sustentação oral, é preciso que o Tribunal enfrente as razões por ele apresentadas, seja para com elas concordar, seja para rejeitá-las (BAHIA; VECCHIATTI, 2012, p. 937-938).

Uma das preocupações dos Tribunais é que não seja admitida a participação de diversos *amicus curiae*, sob o fundamento de não tumultuar o processo, postergando o provimento final da prestação jurisdicional. Buscando evitar tais situações o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 21, XVIII, define como competência do relator, decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria.

Entretanto, caso seja admitida a participação de diversos *amicus curiae*, para que o processo não fique tumultuado, o enfrentamento das argumentações poderia ser realizado em bloco, como por exemplo, se diversas partes invocarem o princípio da igualdade com a mesma linha argumentativa, bastaria o enfrentamento do tema. O que não se pode admitir é que o Tribunal decida de uma forma ou de outra sem enfrentar as teses e argumentações defendidas pelas partes, o mesmo valendo para os argumentos apresentados pelo *amicus curiae*. (BAHIA; VECCHIATTI, 2012, p. 937-938)

O que não se pode negar é o fato de a sociedade ter descoberto na figura do *amicus curiae* uma maneira de participar e compartilhar das decisões do Tribunal. É importante que o Tribunal reconheça esta demanda e possa ampliar as hipóteses de admissibilidade e das capacidades processuais, bem como a incorporação destes argumentos em suas deliberações, o que certamente terá o condão de pluralizar o debate e democratizar os processos (ALMEIDA, 2012, p. 1096).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário jurídico atual tem sofrido constantes modificações para se aprimorar dentro do conceito de processo constitucional e jurisdição no Estado Democrático de Direito. Vários institutos jurídicos estão sofrendo transformações em seus conceitos, modificando sua forma de aplicação para se adequarem dentro das concepções de processo participativo.

Neste cenário, pode se concluir que na tramitação do recurso extraordinário representativo da controvérsia nº 566.622, foi garantido às partes a participação no processo por meio do contraditório tanto formal como material, visto que foram previamente cientificadas do processo e dele participaram apresentando, suas razões e contrarrazões, bem como tiveram suas teses e alegações consideradas e analisadas no voto do relator do recurso no Supremo Tribunal Federal.

Constatou-se a participação, no julgamento do recurso extraordinário representativo da

controvérsia nº 566.622, das entidades Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – COFENEN e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, na qualidade de *amicus curiae*. Entretanto, a admissão não corroborou para a que o acórdão proferido fosse considerado uma decisão participativa, visto que a admissão do *amicus curiae* no processo, bem como a realização de audiências públicas não interferiram na prolação dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Como mencionando ao longo do estudo, em nenhum momento o relator do recurso, Ministro Marco Aurélio, bem como os demais ministros, fizeram menção às teses defendidas pelas instituições aceitas na figura do *amicus curiae*.

Por fim, pode-se concluir que é necessária uma maior conscientização por parte dos Ministros ao decidir sobre matérias de relevância geral, ouvindo as partes e intervenientes, para que a decisão seja construída de forma participativa levando em consideração e enfrentado a tese apontada.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Eloísa Machado. O *amicus curiae* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Goiânia, ano 6, n. 24, p. 1053-1098, out./dez. 2012.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. O respeito ao direito fundamental ao contraditório substantivo como condição necessária para que se leve a sério o instituto do *amicus curiae*. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Goiânia, ano 6, n. 24, p. 913-941, out./dez. 2012.

BARRETO, Aires Fernandino. **Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm). Acesso em: 24 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm). Acesso em: 24 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9882.htm). Acesso em: 24 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 237.718/SP**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 29 de março de 2001. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1731220>. Acesso em: 25 abr. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 566.622/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565291>. Acesso em: 25 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**. Brasília: STF; Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. Amicus curiae e audiência públicas na jurisdição constitucional – Reflexões de um processualista civil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Goiânia, ano 6, n. 24, p. 1021-1051, out./dez. 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, p. 201-223, maio 2014.

COSTA, Carla Regina Clark da. O processo constitucional como garantida da efetiva tutela, proteção e fomento dos direitos fundamentais. In: CASTRO, João Antônio Lima (org.). **Direito processual e a era digital**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2015.

DIDIER JÚNIOR. Freddie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2015. v. 1.

FARIAS, Luciano Andrade. A atuação do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira. **Escola da AGU, Brasília**, v. 2, p. 81-100, jun. 2013.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HARADA, Kioshi. Imunidade das entidades de assistência social. requisitos legais para sua fruição. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, Ribeirão Preto, Ano 6, n. 66, jun. 2005.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARINS, James. Imunidade Tributária das Instituições de Educação e Assistência Social. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1999. v. III.

ROCHA, Felipe Borring. O contraditório utilitarista. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 39, n. 229, p. 172-197, mar. 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VEZZOSI, Rafael Geraldo Magalhães. A verdade estruturada no processo civil do estado democrático de direito. *In*: CASTRO, João Antônio Lima (coord.). **Coletânea direito processual**: estudos jurídicos aplicados. Belo Horizonte: PUC Minas, 2010. p. 32-46.

**Como Como citar**: GONZAGA, André dos Santos; BRASIL, Deilton Ribeiro. A fundamentação da decisão e as garantias do contraditório no julgamento do Recurso Extraordinário representativo da controvérsia nº 566.622. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 171-185, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 171. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 28/09/2019

Aprovado em: 14/02/2020

## CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NO DIREITO FINANCEIRO

CONSIDERATIONS ON THE PRINCIPLE OF TRANSPARENCY IN  
FINANCIAL LAW

**Guilherme Ribas da Silva Santos\***  
**Marcos Aurélio Pereira Valadão\*\***

**Como citar:** SANTOS, Guilherme Ribas da Silva; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Considerações sobre o princípio da transparência no direito financeiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 186-201, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 186. ISSN: 1980-511X

\*Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Pós-graduado em Direito Tributário (UDF). Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. E-mail: guilhermeribas@uol.com.br

\*\*Doutor em Direito (S.J.D., SMU - EUA); LLM - International and Comparative Law (SMU-EUA); Mestre em Direito Público (UnB); MBA em Administração Financeira (IBMEC); Estudos de Pós-Doutorado (UnB); Ex-Presidente da 1ª Seção e da 2ª Câmara da 3ª Seção do CARF. Professor da Fundação Getúlio Vargas - EPPG (Brasília-DF). E-mail: profvaladão@yahoo.com.br

**Resumo:** O artigo discute aspectos do princípio da transparência no âmbito do Direito Financeiro. Após apontar as premissas teóricas que norteiam esse princípio no âmbito da Administração Pública em geral e discorrer sobre características inerentes ao Direito Financeiro, pretende expor os atos normativos de índole constitucional e infraconstitucional que o observam, com a finalidade de ponderar sobre tópicos relativos à sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras chaves:** Direito financeiro. Transparência fiscal. Princípios constitucionais e legais.

**Abstract:** This paper discusses aspects of the principle of transparency in public financial law. After pointing out the theoretical premises that guide this principle in the scope of the public administration and discussing characteristics inherent to public financial law, it intends to expose related constitutional and legal normative acts, in order to explore connected aspects in the Brazilian legal system.

**Keywords:** Public Finance Law. Fiscal transparency. Constitutional and legal principles.

## INTRODUÇÃO

Este artigo busca discutir aspectos relativos ao campo da transparência no âmbito do Direito Financeiro brasileiro.

Em nosso ordenamento, o princípio da publicidade detém especial relevo ao informar a conduta da Administração Pública em geral, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, muito embora não se afaste do teor de outros dispositivos constitucionais que contemplam aspectos relacionados a esse postulado.

Nessa perspectiva, a publicidade pode ser considerada o alicerce constitucional do princípio da transparência, e a imposição de sua observância pelos entes da federação constitui tarefa essencial para a preservação do Estado Democrático de Direito.

O Direito Financeiro, por sua vez, lida com aspecto de extrema relevância, qual seja, o dinheiro público, que envolve a questão orçamentária, receitas e despesas, em estrutura complexa e valores altíssimos, de modo que sua gestão deve ser informada não apenas pela publicidade em sentido formal, mas pela transparência fiscal, a qual, sem dúvida, conduz à ideia de divulgação de informações de forma ainda mais ampla, clara, precisa, didática e tempestiva.

Nesse contexto, o presente estudo dirige-se à discussão dos atos normativos de índole constitucional e infraconstitucional que cuidam da transparência fiscal, a fim de expor avanços verificados no ordenamento jurídico brasileiro.

## 1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo o art. 37 da Constituição Federal, “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. A publicidade, assim, constitui relevante princípio, pois se entende que a Administração deve atuar informando aos administrados os atos praticados. Repudia-se, assim, ações sigilosas na atuação estatal como um todo.

De fato, a publicidade advém da indiscutível necessidade de que os atos da administração devem possuir ampla divulgação, para que sejam de conhecimento de toda a população, de modo a proporcionar legítimo controle da conduta dos agentes administrativos.

No tocante ao princípio da publicidade, colhemos a lição de Carvalho Filho (2008, p. 22:

Outro princípio mencionado na Constituição é o da publicidade. Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui 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.

Ainda tendo por base referido dispositivo constitucional, é possível colher certa identidade de conteúdo entre os princípios da publicidade e da transparência, como lecionam Gilmar Ferreira Mendes e Celso de Barros Correia Neto (2013, p. 180):

Particularmente em relação ao art. 37, parece correto afirmar que a transparência identifica-se com o conteúdo material do princípio da publicidade. Significa: clareza, confiabilidade, pontualidade e relevância da informação fiscal pública e da abertura ao público do governo de elaboração de política fiscal.

Há autores que vinculam o princípio da transparência ao da moralidade administrativa, tal como Maria Cristina Cesar de Oliveira e Octavio Cascaes Dourado Junior (2010, p. 130):

O princípio da transparência constitui versão específica do princípio jurídico da moralidade administrativa. Nessa esteira, é dever de todos os que lidam com os bens e interesses públicos atuarem segundo os marcos da boa-fé, na busca da melhor opção a ser adotada em face das questões afetas aos interesses públicos que se apresentam.

De outro lado, embora o presente capítulo tenha, inicialmente, conferido ênfase ao preceito contido no já mencionado art. 37, caput, da Constituição Federal, que explicitamente estabelece os princípios a serem observados pela Administração Pública, podemos afirmar que a transparência advém, antes e com maior vigor, da forma republicana de governo e do regime democrático, que constituem os grandes fundamentos de nossa estrutura política e orientam o nosso ordenamento jurídico, no sentido de assegurar a devida participação popular nos atos de governo.

Nesse contexto, a transparência apresenta-se fundamental, porquanto permite que os organismos internacionais, assim como a população em geral, possam ter pleno conhecimento das ações da administração pública, permitindo o controle das obrigações que lhe são inerentes, segundo os preceitos éticos e legais.

O princípio da transparência pode ser encontrado ainda nos seguintes dispositivos constitucionais: a) direito de petição - art. 5º, inciso XXXIII: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”; b) direito à gratuidade na obtenção de certidões - art. 5º, XXXIV, b: “a todos é assegurada, independentemente do pagamento de taxas, a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direito e esclarecimento de situações de interesse pessoal”; c) vedação de uso de publicidade para fins de promoção pessoal do administrador público - art. 37, § 1º: “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de caráter social, nela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade e servidores públicos”; d) direito de participação do usuário - art. 37, § 3º, II: “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta no tocante ao acesso aos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo.”

(BRASIL, 1988).

Nesse contexto, consagrou o texto constitucional, sem dúvida, a transparência como valor basilar de toda a atividade administrativa, inerente à gestão pública responsável. Esse princípio repudia comportamentos obscuros, sigilosos, exceto quando a intimidade ou o interesse social, nele inserido os inerentes à segurança pública, estiverem envolvidos.

Oportuno consignar que o significado de transparência não se confunde inteiramente com o de publicidade e, por isso, sua concretização não se vale apenas de publicações em órgãos oficiais de divulgação, tais com o diário oficial. O postulado é mais amplo, e demanda que as informações sejam disponibilizadas aos cidadãos de forma clara, útil, acessível e tempestiva, conferindo a máxima efetividade ao comando constitucional.

Desse modo, a transparência, no âmbito da Administração Pública, constitui um valor que aperfeiçoou, podemos assim dizer, o princípio da publicidade, porquanto, utilizando-se especialmente de recursos tecnológicos – instrumentos inexistentes quando da promulgação da Constituição Federal, em 1988 – passou a exigir dos órgãos públicos que exponham, de forma detalhada e em tempo real, seus dados, garantindo, também, o acesso às informações governamentais, seja de interesse pessoal, seja de interesse público.

Um exemplo hodierno dessa ampla publicização é a abertura ao público do julgamento das Cortes Superiores no Brasil, inclusive por meio de canal de televisão - TV Justiça - ou mesmo através de links disponibilizados nos sítios eletrônicos de cada Tribunal. Dessa forma, é possível que um cidadão comum acompanhe os julgamentos e fiscalize a regularidade da conduta dos magistrados.

Estabelecidas as balizas constitucionais do princípio da transparência, passa-se a verificar seu alcance especificamente no âmbito do Direito Financeiro, objeto do presente estudo.

## 2 DAS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO FINANCEIRO

O jurista Ricardo Lobo Torres esclarece que o Direito Financeiro, como sistema objetivo, é o conjunto de normas e princípios que regulam a atividade financeira, incumbindo-lhe disciplinar a constituição e gestão da Fazenda Pública, estabelecendo as regras e procedimentos para a obtenção da receita pública e a realização dos gastos necessários à consecução dos objetivos do Estado (TORRES, 2018, p. 11).

O autor segue afirmando que se apresenta inegável o caráter instrumental da atividade financeira, porquanto sua principal função relaciona-se com a obtenção de recursos, a fim de fazer frente aos gastos públicos, de modo a realizar o bem comum. Não objetiva lucro, mas o equilíbrio (cf. TORRES, 2018, p. 11).

Cabe lembrar que, sob o ponto de vista da função arrecadatória, os sujeitos ativos da relação jurídico-tributária submetem-se aos princípios da legalidade, da capacidade contributiva, da irretroatividade e da vedação ao confisco, entre outros, que limitam a atuação do Estado, de

modo a impedir indesejáveis abusos.

Sobre a importância do Direito Financeiro, colhe-se a lição do Professor J. R. Caldas Furtado (2012, p. 39):

À medida que o Direito Financeiro torna jurídico o fenômeno financeiro, regula a atuação do Estado na obtenção de resultados políticos, econômicos e sociais, proporcionando o controle da inflação, o pleno emprego dos meios de produção, o crescimento e a justa distribuição de renda nacional – quer seja entre as regiões do País ou entre os cidadãos –, a luta contra as desigualdades sociais, o incentivo à indústria e ao comércio, a efetivação das políticas de educação, saúde, segurança, desenvolvimento social, etc.

Por ter como objeto de estudo a atividade financeira, essa disciplina lida com tema de extrema relevância, porquanto diretamente relacionado com a forma pela qual os recursos públicos serão administrados e, em última análise, com aspectos relativos ao próprio desenvolvimento social e econômico do país.

De outro lado, no âmbito das finanças públicas, a liberdade administrativa na escolha da destinação dos gastos, que também podemos denominar política, também deve ser considerada, tendo em vista os interesses e sujeitos envolvidos.

A Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*) trabalha com uma abordagem econômica, que vai além da ciência política, na tentativa de explicar como os governos funcionam, e como se fazem as escolhas, se é que são exatamente “escolhas”, considerando os interesses envolvidos (cf. TULLOCK; SELDON; GORDON, 2005, p. 128). Em artigo, Carla Campos discorre sobre a Teoria da Escolha Pública, relacionando-a com a desvinculação das receitas, oportunidade em que esclarece que eleitores e governantes adotam práticas estritamente ligadas aos seus interesses pessoais. Aduz que essa teoria “contraria amplamente a ideia de que os governantes produzem políticas em conformidade com os interesses públicos; assim, os grupos privados de interesse surgem exatamente neste contexto no processo orçamentário.” (CAMPOS, 2017, p. 128).

De fato, determinados setores da sociedade organizada adotam como estratégia reservar ou vincular parcelas das receitas públicas para consecução de seus próprios objetivos, muitas vezes em detrimento da população. Desenvolvem medidas para atuar no processo político do orçamento, de modo a influenciar nas deliberações dos Poderes Executivos e Legislação, antes da promulgação das respectivas leis, comprometendo a gestão dos recursos públicos. E, dessa maneira, legitimam sua conduta, afastando-se, especialmente, dos rigores da denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei Complementar 101/2000 (BRASIL, 2000).

Nesse passo, há que se compatibilizar a existência de uma certa discricionariedade do gestor no tocante à destinação do dinheiro arrecadado, com a existência de receitas que já se encontram vinculadas a determinada rubrica.

E para garantir a transparência dessa atuação tudo deve ser feito em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nesse contexto, considerando, ainda, os valores altíssimos envolvidos, em complexa

estrutura, a observância de princípio da transparência no âmbito do Direito Financeiro apresenta-se primordial, para que se alcance a almejada eficiência no exercício da relevante atividade financeira do Estado, evitando a indesejada prevalência dos interesses privados.

### 3 DA TRANSPARÊNCIA NO DIREITO FINANCEIRO

O princípio da transparência inspira todas as relações referentes à atividade financeira em um verdadeiro estado democrático de direito. Não se pode conceber a ideia de que, nos países submetidos ao império da lei, ainda sejam permitidas, sob quaisquer justificativas, condutas obscuras e sigilosas nesse campo.

A transparência fiscal permeia e irradia a relação entre Estado e sociedade, a fim de revesti-la da maior clareza e abertura possíveis, influenciando diretamente no planejamento, na elaboração, na execução e nos resultados orçamentários. Desvenda mecanismos, supera dúvidas, permite conclusões sobre causa e efeito, expõe renúncias, enfim, permite controle sobre a gestão de recursos públicos. Bem define o termo Flávio Rubinstein, ao lecionar:

A transparência fiscal, especificamente, pode ser definida como a abertura à sociedade sobre a estrutura e as funções do governo, os objetivos da política fiscal e as contas e metas do setor público. Essa transparência envolve o acesso a informações confiáveis, abrangentes, tempestivas, inteligíveis e internacionalmente comparáveis sobre as atividades financeiras do Estado (sejam elas realizadas dentro ou fora do próprio setor público), para que o eleitorado e os agentes do mercado possam avaliar com precisão as posições fiscais dos governos e os verdadeiros custos e benefícios daquelas atividades, incluindo as respectivas implicações econômicas e sociais presentes e futuras (RUBINSTEIN, 2011, p. 871).

O referido autor também lembra que a transparência fiscal contribui para a melhoria: a) da performance macroeconômica; b) da disciplina fiscal e da boa governança; c) da democracia e a participação popular; d) da redução das desigualdades e do desenvolvimento humano; e e) do combate à corrupção (cf. RUBINSTEIN, 2011, p. 878).

Nas sociedades democráticas modernas, espera-se contínuo aperfeiçoamento das práticas administrativas, por meio da instituição de mecanismos capazes de informar as condutas adotadas com rapidez e precisão, para que a sociedade possa tomar conhecimento das contas e ações governamentais, de modo a permitir maior participação e adequado controle dos gastos públicos. Ademais, ao se adotar padrões internacionais, proporciona-se o cotejo mais amplo de informações e, dessa forma, o aperfeiçoamento na condução das finanças públicas.

Quanto à transparência sob o ângulo da arrecadação fiscal, recorre-se aos ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes e Celso de Barros Correia Neto (2013, p. 184), que esclarecem:

É possível apontar pelo menos quatro aspectos fundamentais da transparência em relação à arrecadação tributária: (1) definição clara e prévia de competências

e da legislação tributária aplicável; (2) determinação da carga fiscal incidente sobre setores econômicos e contribuintes; (3) previsão adequada de toda a receita pública a que faz jus o ente federativo, juntamente com a identificação e quantificação das renúncias fiscais concedidas; e (4) elaboração e divulgação de informações exatas acerca da arrecadação tributária efetiva. Cada um desses aspectos representa uma etapa diferente da atividade tributária, que vai desde a criação do tributo, mediante exercício da competência constitucional, até a efetiva arrecadação.

Dos aspectos relacionados, cabe destacar o terceiro, a saber, a previsão adequada de toda a receita pública, o qual, segundo os autores, ocupa lugar central no orçamento público, porque o valor das receitas estimadas é base para sua elaboração e constitui limite máximo para as despesas autorizadas. Adiante, alertam referidos doutrinadores para as perdas decorrentes de benefícios fiscais:

A preocupação em relação à estimativa das receitas arrecadadas importa chamar atenção também para as perdas provocadas pela concessão de benefícios fiscais, tema regulado pelas disposições dos arts. 150, § 6º, e 165, § 6º, da CF. Nesse caso, a questão não é propriamente o quanto se cobra ou quanto se paga de tributo, mas antes o contrário: aquilo que se deixa de cobrar, ou melhor, as implicações financeiro-orçamentárias da concessão de renúncias ou benefícios fiscais (cf. MENDES; CORREIA NETO, 2013, p. 189).

De fato, a transparência torna possível à sociedade examinar especialmente os atos de governo, as políticas desenvolvidas e, sobretudo, avaliar a forma pela qual são obtidos, renunciados e utilizados os recursos públicos.

### 3.1 Aspectos da transparência fiscal no plano constitucional

A forma democrática de governo materializa-se pela existência de ordem jurídica que garanta cidadania. Para que isso se concretize, as informações necessárias devem ser tornadas públicas, ou seja, o exercício do poder político estatal demanda transparência, na lição de Sérgio Assoni Filho (2009, p. 194), que assevera: “[...] em um modelo democrático participativo, os atos e decisões dos gestores devem ser visíveis, uma vez que terão seus reflexos financeiros reproduzidos nas leis orçamentárias.”

A Constituição Federal, por seu art. 165, § 6º, confere a devida relevância à transparência no âmbito do Direito Financeiro, ao preconizar que o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

O texto constitucional consagra, assim, a necessidade de que até as denominadas renúncias fiscais integrem a peça orçamentária, de modo a expor à sociedade os incentivos conferidos pelo gestor público, ao tempo em que aponta para os objetivos da política financeira adotada pelo Poder Executivo.

Sobre o tema, a lição do Professor Celso de Barros Correia Neto (2016, p. 224):

A regra do art. 165, § 6º, da Constituição Federal de 1988 não encontra precedente nas Cartas anteriores. A norma introduz no Direito brasileiro a preocupação central do conceito de renúncia de receita e do respectivo “orçamento”: a identificação dos incentivos fiscais vigentes e a quantificação de seus efeitos financeiro-orçamentários. O objetivo da previsão é fundamentalmente o de conferir transparência e visibilidade ao efeito de renúncia das regras de incentivo fiscal.

O art. 165, § 9º, incisos I e II, da Constituição Federal, por sua vez, prevê a edição de lei complementar com a finalidade de dispor sobre exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual. Além disso, deve contemplar normas gerais de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como as condições para instituição e funcionamento de fundos. Leciona José Maurício Conti que tal lei complementar ainda não foi publicada, não obstante os vários projetos em andamento, deixando muitas lacunas, pois estes assuntos ainda sendo regulados pela Lei 4.320/1964. Afirmo que esse vazio normativo “tem sido “inúmeras vezes cumprida pelas leis de diretrizes orçamentárias, como se tem notado ao logo dos últimos anos.” (CONTI, 2016, p. 33).

O jurista Gilmar Mendes lembra que a transparência fiscal decorre do texto constitucional e encontra-se vinculada ao ideal de segurança orçamentária:

O princípio da transparência ou clareza foi estabelecido pela Constituição de 1988 como uma pedra de toque do Direito Financeiro. Poderia ser considerado mesmo um princípio constitucional vinculado à ideia de segurança orçamentária. Nesse sentido, a ideia de transparência possui a importante função de fornecer subsídios para o debate acerca das finanças públicas, o que permite uma maior fiscalização das contas públicas por parte dos órgãos competentes e, mais amplamente, da própria sociedade. A busca pela transparência é também a busca pela legitimidade (MENDES, 2014, p. 40).

Em relação aos municípios, a preocupação com a transparência restou evidente no teor do art. 31, § 3º, da CF, que dispõe: “As contas dos Municípios ficarão, durante 60 (sessenta) dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”.

Muito embora seja uma solução que se possa entender ultrapassada, diante dos avanços na tecnologia da informação, cuida-se de um comando normativo válido e aplicável a qualquer ente municipal, inclusive aos desprovidos de grandes recursos financeiros, porquanto demanda uma medida simples a ser adotada, qual seja, a exposição das contas a qualquer interessado.

Nesse contexto, não se pode deixar de considerar a preocupação do texto constitucional em conferir a devida importância à divulgação de notícias sobre arrecadação e gastos públicos, atingindo inclusive municípios de menor porte, o que revela absoluto respeito à cidadania e ao regime democrático.

### 3.2 Aspectos da transparência fiscal no plano infraconstitucional

No plano normativo infraconstitucional, o princípio da transparência foi contemplado na Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF) – cuja entrada em vigor inaugurou, sem dúvida, nova fase na Administração Pública brasileira – ao preconizar, em seu art. 1º, § 1º, que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas.

É importante registrar que a LRF não tem como principal objetivo combater a corrupção ou malversação de dinheiro público. Seu desiderato é, na verdade, o estabelecimento de regras jurídicas destinadas ao atingimento do equilíbrio orçamentário. Sobre o tema, a lição de Misabel Abreu Machado Derzi (2013, p. 344).

A Lei de Responsabilidade Fiscal é norteadada por uma regra de ouro: a do equilíbrio orçamentário, ou seja, o combate sistemático aos déficits primários. É importante que se diga que ela não tem como objetivo precípuo o combate à corrupção, à desonestidade ou ao desvio, como foi tão insistentemente divulgado pela imprensa. Pode ser mesmo que ela dificulte, como norma preocupada com a transparência e publicidade dos atos financeiros e orçamentários dos entes públicos, a malversação e a improbidade. Mas tal efeito será secundário, porque não é esse o fim fundamento que preside a sua elaboração.

Corroboram a compreensão acima exposta, de que a LRF adveio com a precípua função de equilibrar o orçamento, os aspectos históricos que antecederam à sua promulgação, que demonstram preocupante contexto econômico e normativo, com evidente reflexo na gestão das finanças públicas, mensurável em todos os níveis federativos.

Conforme lembra Correia Neto, no tocante ao quadro econômico brasileiro, os efeitos da inflação, principalmente nas décadas de 1980, que perduraram até meados dos anos 1990, mascaravam a real situação orçamentária. Ademais, vigorava um sistema de financiamento dos gastos públicos dos Estados e Municípios por bancos estatais e recursos provenientes da União, que passou a comprometer a política econômica nacional. Adiante, o autor assevera:

Este modelo de financiamento das contas públicas no Brasil, calcado em inflação e déficit público, mantém-se até a década de 90. A partir daí, a queda da inflação e a necessidade de controlar a dívida pública impõem reforçar o papel do tributo no padrão de custeios das finanças estaduais e estabelecer mecanismos mais eficientes de restrição ao endividamento (CORREIA NETO, 2010, p. 67).

No âmbito normativo, não havia diploma legal tratando especificamente do equilíbrio orçamentário, mas de outros temas, tais como: a) a Lei 4.320/1964, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atuando, em especial, na classificação das receitas e despesas, na disciplina do exercício financeiro, na orientação da feitura das peças orçamentárias e em algumas disposições sobre o controle dos gastos públicos; b) as Leis Complementares 82/1995 e 96/1999,

denominadas Leis Camata I e II, as quais, na essência, estabeleceram limites para despesas com pessoal, regulamentando o disposto no art. 169 da Constituição Federal; c) a Lei 9.496/1997, que sobreveio com a precípua finalidade de refinanciar a dívida pública de responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal, estabelecendo determinadas metas para os entes federativos (BRASIL, 1964, 1995, 1997, 1999), .

Esses quadros econômico e normativo demonstram um contexto de dificuldade de equilíbrio das contas públicas, ao tempo que apontam para a ausência de diplomas normativos destinados à efetiva busca do equilíbrio orçamentário como um todo. Assim, sobreveio a necessidade de concepção de uma disciplina legal que contemplasse a adoção de critérios bem definidos de gestão nessa relevante área.

Cabe destacar, ademais, a influência externa. A LRF constitui diploma inspirado na *Fiscal Responsibility Act* da Nova Zelândia, conforme lembra Correia Neto, que ressalta a atuação do Fundo Monetário Internacional – FMI:

Os parâmetros indicados pelo FMI podem ser encontrados no documento intitulado “Código de Boas Práticas de Transparência Fiscal”. Seu texto indica padrões de conduta que deveriam ser adotados pelas administrações públicas, a fim de “facilitar a vigência das políticas econômicas pelas autoridades nacionais, mercados financeiros e instituições internacionais”. As propostas insistem na necessidade de clareza na atuação do Poder Público, no que diz respeito principalmente aos objetivos econômicos, aos riscos fiscais, aos dados orçamentários e às responsabilidades funcionais (CORREIA NETO, 2010, p. 76).

Nesse contexto, a LRF positiva normas destinadas a conferir transparência no trato das finanças públicas, e, na verdade, serve como instrumento para alcançar o fim maior, qual seja, o equilíbrio orçamentário.

O diploma legal em tela traz o Capítulo IX, denominado “Da transparência, controle e fiscalização”, que foi objeto de significativas alterações pelas Leis Complementares 131/2009 e 156/2016, o que demonstra preocupação do legislador com o tema relativo à transparência fiscal (BRASIL, 2016).

A LRF constitui indiscutível avanço na normatização de condutas da gestão fiscal com o estabelecimento de determinação, em seu art. 48, *caput*, para que sejam amplamente divulgados, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

A Lei Complementar 131/2009, por sua vez, estabeleceu o incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos, assim como determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira (BRASIL, 2009).

Por fim, a Lei Complementar 156/2016, ao incluir o § 2º no art. 48 da LRF, passou a

estabelecer que a União, os Estados, o Distrito Federal e Municípios disponibilizem suas informações e dados contábeis, orçamentários e fiscal, de acordo com a periodicidade, formato e sistemas estabelecidos pelo órgão central de contabilidade da União, os quais deverão ser divulgados em meio eletrônico de amplo acesso público. Trata-se de significativa alteração, no sentido de sistematizar e unificar o modo de divulgação das finanças públicas (BRASIL, 2016). Evita-se, assim, publicações desordenadas de dados orçamentários e contábeis, o que, à evidência, não contribuía para a boa prática da transparência fiscal.

A propósito dos avanços proporcionados pela LRF em termos de exercício da cidadania, em decorrência da transparência fiscal, a lição de Marcus Abraham (2016, p. 57):

Um dos grandes méritos da Lei de Responsabilidade Fiscal foi o de estimular o exercício da cidadania na área financeira, por meio de mecanismos de transparência que criou e regulamentou. Além de instituir relatórios específicos para a gestão fiscal – Relatórios Resumidos de Execução Orçamentária, Relatório de Gestão Fiscal e Prestações de Contas – e determinar sua ampla divulgação, inclusive por meios eletrônicos, incentiva a participação popular nas discussões de elaboração das peças orçamentárias e no acompanhamento da execução orçamentária mediante audiência pública.

A LRF alterada fortificou, assim, a transparência fiscal. Ofereceu todo um capítulo exclusivamente ao tema, quando tratou de controle e fiscalização. Passou a prever a adoção de padrões contábeis unificados, ao criar relatórios específicos (de gestão fiscal, quadrimestral e de resumos da execução orçamentária bimestral). Além disso, preconizou a divulgação de contas com maior periodicidade e detalhamento, bem assim consolidadas nacionalmente (cf. AFONSO, 2013, p. 257).

O avanço tecnológico na área das comunicações, trazido pelo meio eletrônico, foi incorporado à concepção atual da transparência fiscal, passando a consigná-lo como importante meio de divulgação de informações do setor público à sociedade, a respeito da execução orçamentária e financeira (cf. MOTTA, 2010, p. 3).

A propósito, colhe-se a lição de Flávio Rubinstein (2011, p. 899), *in verbis*:

Na era digital, a pedra de toque para assegurar o acesso da população a informações fiscais tempestivas e consistentes é a disponibilização gratuita e irrestrita destas informações na internet, ainda que como forma complementar aos meios impressos tradicionais. Também graças à revolução da informática, muitos dos custos para a efetivação de práticas de transparência fiscal caíram drasticamente nos últimos anos. E mesmo em países ou regiões com baixo uso da internet, a publicação de informações fiscais por este meio permite que estas sejam disseminadas a toda a população, de modo informal ou pela atuação da mídia impressa e de organizações não governamentais.

De fato, o impacto da tecnologia na transparência fiscal é enorme. Além de determinar diminuição de gastos, não há limites para a divulgação dos dados governamentais, que podem ser compartilhados para todo o mundo em poucos instantes, mitigando o monopólio que existia nesse

campo.

O acesso público às informações deve ser amplo, irrestrito e contemplar informações atualizadas e confiáveis sobre as projeções orçamentárias e os dados relativos à execução dos programas de governo. Outro fator relevante para que se alcance a efetiva transparência mostra-se na necessidade de que sejam disponibilizados resumos enunciados em linguagem simples, de fácil compreensão, principalmente em meios eletrônicos. Deve ser evitada a divulgação de dados em relatórios extensos, ou lacônicos, e albergando temas irrelevantes.

Discorrem a respeito dessa questão Gilmar Ferreira Mendes e Celso de Barros Correia Neto, nos seguintes termos: “o atendimento do princípio da transparência alcança não só os meios ou instrumentos de disponibilização da informação, repercute também no conteúdo daquilo que se informa, isto é, na qualidade da informação prestada.” (MENDES; CORREIA NETO, 2013, p. 180).

No tocante ao inegável viés internacional da transparência fiscal, cabe lembrar Michel Haber Neto (2018, p. 25), para quem “a falta de publicidade nas contas de um país impede que os demais prevejam eventuais crises fiscais que desequilibrem suas próprias finanças públicas e impactem negativamente suas performances econômicas e a prestação de serviços públicos.” Adiante, lembra o autor alguns tratados e acordos internacionais, devidamente incorporados ao nosso ordenamento:

Ademais, inúmeros são os Tratados e Acordos Internacionais firmados pela República Federativa do Brasil que garantem o direito fundamental à transparência pública. Dentre os mais relevantes destacam-se: (i) o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, recepcionado no Brasil por meio do Decreto 592/1992; (ii) a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto 678/1992; e (iii) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, recepcionada pela ordem jurídica pátria mediante o Decreto 5.687/2006 (HABER NETO, 2018, p. 25).

Cabe ressaltar que os tratados e acordos internacionais, quando devidamente incorporados ao nosso ordenamento, possuem, em regra, natureza jurídica de lei infraconstitucional<sup>1</sup>.

Por fim, ressalte-se que o art. 9º da LRF autoriza os Poderes da República e o Ministério Público a promover limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias, o que, igualmente, deve ser amplamente divulgado, para que se cumpra o postulado da transparência.

Em relação a este último aspecto, tema relevante foi conduzido ao Supremo Tribunal Federal, nos autos da Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.483/RJ<sup>2</sup>, requerida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro contra ato do Governador daquela unidade da federação, o qual, diante da frustração de receitas, encaminhou ofício comunicando que, em relação ao duodécimo de outubro de 2016, procederá a atraso no repasse dos recursos e parcelamento em

1 Cf. STF. Pleno. ADI/MC nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 04-09-1997, DJ de 18-05-2001.

2 Cf. STF. Segunda Turma. MS/MC nº 34.483/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 22-11-2016, DJe de 08-08-2017.

8 (oito) vezes, a fim de promover reequacionamento das finanças públicas.

Naquele julgamento, a Suprema Corte decidiu que, à luz do art. 168 da Constituição Federal, o repasse de duodécimos até o dia 20 de cada mês constitui fundamento essencial para a permanência do estado democrático de direito, de modo que se mostra inadmissível que o Poder Executivo promova atrasos sob a justificativa apresentada.

Asseverou que, em cenário de frustração de receitas, deve ser observado o comando contido no art. 9º da LRF, de modo que o Poder Executivo deve sinalizar a diferença entre a estimativa e a receita efetivamente arrecadada, competindo aos demais Poderes e órgãos autônomos da República, promoverem, no âmbito de sua atuação, os cortes necessários para adequação às metas fiscais. No caso, facultou o desconto de 19,6% da Receita Corrente Líquida, prevista na Lei Orçamentária Anual (LOA) do Estado do Rio de Janeiro.

O julgamento traduz expressão da observância do princípio da transparência. A divulgação da frustração da receita possibilitou ao Poder Judiciário estadual a formação da prova pré-constituída, que ampara o direito líquido e certo tido por violado, e permitiu ao Supremo Tribunal Federal, em sede de cognição sumária, desde logo, no exame da medida liminar, a prolação do acórdão, com fundamento no texto constitucional e, em especial, na regra do art. 9º da LRF.

Se não houvesse observância do princípio da transparência, com a divulgação clara e tempestiva das receitas realizadas, o Poder Judiciário estadual, assim desprovido dessas informações, não teria como instruir adequadamente o *mandamus*, o que comprometeria a entrega da tutela jurisdicional *in limine*.

Desse modo, percebe-se que o princípio da transparência fiscal se encontra contemplado de forma satisfatória no plano normativo infraconstitucional, havendo ampla disciplina do tema, com as modificações havidas ao longo do tempo.

## CONCLUSÕES

O ordenamento jurídico brasileiro consagra a transparência como relevante princípio da Administração Pública. Demanda das autoridades constituídas que forneçam aos cidadãos informações claras, amplas, irrestritas, de forma didática e tempestiva, conferindo maior amplitude possível ao princípio da publicidade.

No plano constitucional, há diversos dispositivos que contemplam a transparência como princípio que norteia a conduta da Administração. No tocante ao Direito Financeiro, merece destaque o disposto nos art. 165, §§ 6º e 9º, da Constituição Federal, que preconizam a edição de lei que demonstre a política financeira adotada, com observância de prazos e conteúdos mínimos.

A entrada em vigor da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) inaugurou nova fase na Administração Pública brasileira. Atribuiu nova dimensão em termos de racionalidade e padronização das receitas e despesas, albergando os órgãos e poderes das três esferas federativas. Com as modificações introduzidas pelas Leis Complementares 131/2009 e 156/2016, notáveis avanços foram propiciados na busca da transparência fiscal, mediante adoção de sistemas

padronizados.

A tecnologia da informação incorporada à transparência fiscal proporcionou maior interação entre sociedade e governo e entre os próprios órgãos da Administração Pública, permitindo maior participação e fiscalização quanto à gestão dos recursos orçamentários.

Nesse contexto, a LRF positivou normas destinadas a conferir transparência no trato das finanças públicas e, última análise, atua como relevante instrumento para alcançar o fim maior, qual seja, o equilíbrio orçamentário.

## REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. Transparência e cidadania fiscal nos 15 anos da Lei de responsabilidade fiscal. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**, Belo Horizonte, v. 5, n. 8, set./fev. 2015/2016.

AFONSO, José Roberto R. Transparência fiscal no Brasil: convenções e conveniências. *In*: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CHRISTOPOULOS, Basile Georges; ZUGMAN, Daniel Leib; BASTOS, Frederico Silva (coord.). **Transparência fiscal e desenvolvimento: homenagem ao professor Isaias Coelho**. São Paulo: Fiscosoft editora, 2013.

ASSONI FILHO, Sérgio. **Transparência fiscal e democracia**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 82, de 27 de março de 1995**. Disciplina os limites das despesas com o funcionalismo público, na forma do art. 169 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp82.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp82.htm). Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 96, de 31 de maio de 1999**. Disciplina os limites de gastos com pessoal, na forma do art. 169 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp96.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp96.htm). Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 2 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009**. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/)

lcp131.htm. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 156, de 28 de dezembro de 2016**. Estabelece o Plano de Auxílio aos Estados e ao Distrito Federal e medidas de estímulo ao reequilíbrio fiscal; e altera a Lei Complementar nº 148, de 25 de novembro de 2014, a Lei nº 9.496, de 11 de setembro de 1997, a Medida Provisória nº 2.192-70, de 24 de agosto de 2001, a Lei nº 8.727, de 5 de novembro de 1993, e a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp156.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp156.htm). Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm). Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.496, de 11 de setembro de 1997**. Estabelece critérios para a consolidação, a assunção e o refinanciamento, pela União, da dívida pública mobiliária e outras que especifica, de responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9496.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9496.htm). Acesso em: 10 out. 2019.

CAMPOS, Carla. Teoria da escolha pública e seus reflexos nas vinculações de receitas. *In: Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 15, n. 90, p. 121-135, nov./dez. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONTI, José Maurício. Orçamento, planejamento e gestão: desafios e perspectivas. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo v. 17. n. 45, p. 29-40, out./dez. 2016.

CORREIA NETO, Celso de Barros. As razões da lei de responsabilidade fiscal. **Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo**, v. 18. n. 95, p. 63-94, nov./dez. 2010.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O avesso do tributo**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Lei de responsabilidade fiscal. *In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. Tratado de direito financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. II, p. 340-380.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. **Direito financeiro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HABER NETO, Michel. **Transparência fiscal & sigilo tributário**. Curitiba: Juruá, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao art. 48. *In: Martins, Ives Gandra da Silva; Nascimento, Carlos Valder. Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; CORREIA NETO, Celso de Barros. Transparência fiscal. *In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder.*

**Tratado de direito financeiro.** São Paulo: Saraiva, 2013. v. I, p. 177-201.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Transparência e divulgação institucional. **Fórum de contratação e gestão pública**, Belo Horizonte, v. 9, n. 105, set. 2010.

OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de; DOURADO JUNIOR, Octavio Cascaes. O Direito de acesso à informação e a lei de responsabilidade fiscal. *In*: SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Maurício. **Lei de responsabilidade fiscal: 10 anos de vigência – questões atuais.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

RUBINSTEIN, Flávio. Notas sobre a transparência fiscal no direito financeiro. *In*: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord). **Orçamentos públicos e direito financeiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário.** 20. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

TULLOCK, Gordon; SELDON, Artuhr; BRADY, Gordon. L. **Falhas de Governo: Uma introdução à teoria da escolha pública.** Tradução de Roberto Fednt. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2005.

**Como citar:** SANTOS, Guilherme Ribas da Silva; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Considerações sobre o princípio da transparência no direito financeiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 186-201, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p.186. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 06/11/2019

Aprovado em: 09/05/2020

## ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA NA ARBITRAGEM

NOTARY MINUTE AS A MEANS OF PROOF IN ARBITRATION

Zenildo Bodnar\*

Taina SpadoaVidi\*\*

Paola Gabriele In da Teixeira\*\*\*

\*Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Mestrado em Urbanismo, História e Arquitetura da Cidade, Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Doutorado em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina, Pós Doutorado em Direito Ambiental na Universidade Federal de Santa Catarina e Pós Doutorado em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante - Espanha. Professor nos programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Foi Juiz Federal, inclusive na Vara Ambiental de Florianópolis e atualmente é Registrador de Imóveis. E-mail: zenildo.bodnar1@gmail.com

\*\* Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Escrevente no Registro de Imóveis de Santa Maria. Membro da Equipe de Arbitragem da UFSM. E-mail: tainaspadoa@gmail.com

\*\*\* Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Escrevente no Registro de Imóveis de Santa Maria. Membro da Equipe de Arbitragem da UFSM. E-mail: pgit98@gmail.com

**Como citar:** BODNAR, Zenildo; VIDY, Taina Spadoa; TEIXEIRA, Paola Gabriele In da. Ata notarial como meio de prova na arbitragem. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 202-216, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 202. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O presente artigo avalia a possibilidade da utilização de atas notariais como instrumento probatório em âmbito arbitral, por meio da observação do fenômeno da judicialização e, conseqüentemente, da verificação da arbitragem como oportunidade de estimular a celeridade e a eficácia na resolução de demandas sociais. Para tanto, pretende investigar se a fé pública emanada pelo notário potencializa a admissão da ata notarial como meio de prova no procedimento arbitral. Utiliza do método de abordagem dedutivo, do método de procedimento funcionalista e da técnica de pesquisa bibliográfica. Como resultado, tem-se que a segurança jurídica, a qual é inerente à atividade notarial, e a fé pública do tabelião conferem legitimidade para que a ata notarial possa ser amplamente admitida e utilizada como meio de prova pelos tribunais arbitrais. Essa atitude permite um ganho de celeridade ao procedimento, por tratar-se de uma prova com presunção de autenticidade e veracidade, além de ser vislumbrada como um contributo à desjudicialização das lides.

**Palavras-chave:** Desjudicialização. Ata notarial. Meio de prova. Processo civil. Arbitragem.

**Abstract:** This paper evaluates the possibility of using notarial minutes as a means of proof in arbitration proceedings, by observing the phenomenon of judicialization and, consequently, verifying arbitration as an efficient instrument in the resolution of social demands. To this end, this study investigates whether public faith emanating from notary agents enables the admission of notarial minutes as a means of evidence in arbitration proceedings. This article uses the deductive approach, the functionalist method of procedure, and the bibliographic

research technique. As a result, legal security, which is inherent to notarial activity, and the public faith of notary agents confer legitimacy so that notarial minutes can be widely admitted and used as a means of evidence by arbitration courts. This attitude permits a faster conflict resolution because it is proof with presumption of authenticity and veracity. It also contributes to the de-judicialization of disputes.

**Keywords:** Dejudicialization. Notary Minutes. Proof. Civil Process. Arbitration.

## INTRODUÇÃO

É notório que o Poder Judiciário brasileiro passa por uma crise, a qual culminou na superlotação de processos em trâmite no país, sustentada pela cultura do litígio e, conseqüentemente, pelo fenômeno da judicialização. Esse revés resulta em uma extrema lentidão na tramitação dos processos judiciais e em anos de espera por uma solução às demandas. Por essa razão, métodos extrajudiciais de heterocomposição da lide mostram-se cada vez mais relevantes à celeridade na resolução de conflitos.

Entre as possibilidades de desjudicialização, tem-se a arbitragem, método adequado de solução de conflitos, alheio à atividade estatal. É, portanto, um meio profícuo para mitigar o excesso de judicialização. Por este motivo, a arbitragem e os demais meios adequados devem ser amplamente recomendados pelos juízes e difundidos à população, em busca de uma solução célere das demandas, em observância, concomitantemente, ao princípio da duração razoável do processo.

Nessa perspectiva, sabe-se que as serventias extrajudiciais notariais e judiciais exercem serviço em caráter privado por delegação do poder público. Na prática notarial e registral, titulares de serventias atuam como testemunhas da verdade, uma vez que possuem a autoridade de conferir autenticidade e publicidade a documentos e manifestações de vontade dos usuários, por meio da fé pública outorgada pelo Estado e sempre visando à segurança jurídica e à celeridade na efetivação dos procedimentos requestados.

Partindo-se do pressuposto de que a atual crise do sistema judiciário necessita que meios extrajudiciais e céleres de solução de conflitos sejam cada vez mais incentivados pela comunidade jurídica, o presente trabalho analisa a possibilidade da utilização da ata notarial como meio de prova na arbitragem. Ademais, como forma de evitar que litígios que não necessitam obrigatoriamente de apreciação judicial sejam levados à jurisdição estatal, a fim de que sejam resolvidos de maneira eficaz.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três partes, sendo que a primeira se destina a analisar a atual crise do Poder Judiciário e a conseqüente importância da busca pela desjudicialização. A segunda trata de sopesar os meios adequados de solução de conflitos, em especial a arbitragem, como formas de desafogamento da jurisdição estatal. Por último, analisa-se a utilização da ata notarial como meio de prova, por meio de um exame específico da possibilidade de seu emprego em procedimentos arbitrais, como formas de incentivo à utilização de meios extrajudiciais.

Neste viés, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, uma vez que se parte dos conceitos gerais de ata notarial e arbitragem à análise específica de aplicabilidade dos dois institutos em conjunto. Quanto ao procedimento, tem-se a utilização do método funcionalista, buscando encontrar relações e ajustamentos entre a ata notarial e sua (in)aplicabilidade na arbitragem. Utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica, dado que o presente trabalho encontra sua fundamentação teórica em artigos científicos e livros.

## 1 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E A IMPORTÂNCIA DA DESJUDICIALIZAÇÃO

A atual crise do poder judiciário decorre, em grande parte, da crescente judicialização. Dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio do Portal Justiça em Números (CNJ, 2019), dão publicidade às estatísticas judiciárias oficiais. Os dados demonstram que, apesar dos esforços despendidos pelo poder judiciário, a taxa de congestionamento de processos continua em alta, em caráter quase irreversível. Frente a esses fatos, o fenômeno da desjudicialização mostra-se essencial para a desobstrução da via judicial, propiciando que controvérsias insolucionáveis por outros meios sejam sanadas com maior eficiência pelo órgão judicial.

A judicialização consiste no fenômeno em que os juízes, frente à omissão dos poderes legislativo e executivo em questões políticas e sociais, decidem sobre assuntos que, em tese, não seriam de sua competência. Barroso (2012, p. 3) cita três grandes causas para o surgimento desse fato. Em primeiro lugar, tem-se o período da redemocratização, protagonizado pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

A Constituição ampliou o catálogo de direitos e garantias fundamentais, após o país passar pelo período histórico do regime militar, com características totalitárias. Entretanto, frente à paralisia parlamentar, especificamente no que diz respeito à efetivação dessas prerrogativas, a sociedade não encontra outra opção senão buscar o poder judiciário para ver seus direitos concretizados. Pode-se dizer, dessa forma, que “[...] a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.” (BARROSO, 2012, p. 3).

Nesse viés, outra razão apontada é o fato de a Constituição de 1988 ser abrangente e analítica, uma vez trazer consigo uma pluralidade de valores de diversos segmentos da sociedade, fruto do confronto de interesses e aspirações dos cidadãos (SILVA, 1998, p. 14, 16). Dessa forma, tem-se que, no momento em que a Constituição prevê um direito, está por permitir que este seja objeto de uma pretensão judicial.

A terceira causa exposta por Barroso (2012, p. 4) é o abrangente sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, de natureza jurisdicional, difuso e concentrado. Nesse aspecto, explica o referido autor:

Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2012, p. 4).

Por outro lado, Mello (2016, p. 28) defende que a judicialização sempre esteve presente na evolução do processo civil em maior ou menor grau, dependendo do contexto sociopolítico e econômico do país. Também defende que este fenômeno não se restringe à apreciação judicial de questões político-sociais, nem que decorre do modelo constitucional do Brasil, tampouco do

controle de constitucionalidade expansivo. Para o autor (2016, p. 28), a “[...] tomada de decisões que vinculam a coletividade ganhou foros de politização da atividade jurisdicional”, sendo isto o elemento caracterizador da judicialização.

A propósito, o Portal Justiça em Números 2018, do CNJ (2019), comprova que o índice de congestionamento dos processos que tramitam no Brasil ultrapassa os 70%. Isto significa que, a cada 10 processos existentes no país, mais de 7 acabam o ano sem solução. Ademais, apenas na primeira instância da Justiça Estadual, foram iniciados quase 20 milhões de novos processos no último ano. Enquanto isso, 62.988.042 processos ainda se encontravam aguardando uma resposta.

Assim sendo, percebe-se que o aumento do número de processos judiciais é uma constante, revelando um alto grau de litigiosidade que culturalmente se instaurou no país (MELLO, 2016, p. 24).

Nesse diapasão, reconhece-se a importância de um novo modelo de solução às demandas sociais que superlotam o poder judiciário brasileiro. A desjudicialização surge como uma alternativa para que muitos conflitos possam ser solucionados pela via extrajudicial, desafogando a via judicial e, conseqüentemente, propiciando uma maior eficácia na solução de lides que sejam exclusivamente apreciáveis por juízes togados.

No que tange à morosidade, reconhecidamente presente na dissolução de conflitos pela esfera judicial, ponderam com propriedade Barbosa e Silva (2015, p. 7):

Assim, percebemos que a necessidade de adaptar o Poder Judiciário às múltiplas demandas do mundo moderno, a premência de torná-lo mais eficiente, de definir suas reais funções, sua exata dimensão dentro do Estado Constitucional e Democrático de Direito, a incessante busca de um modelo de Judiciário que cumpra seus variados papéis de modo a atender às expectativas dos seus usuários, tudo isso, tem contribuído para a Reforma Judiciária e do Novo Código Processo Civil. Desta forma, o Poder Judiciário caminha, atualmente, ao encontro de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, por meio de instrumentos de ação social participativa.

Desjudicializar consiste justamente em direcionar processos que não necessitam ser apreciados pela jurisdição estatal a outras esferas, com o pressuposto de que as partes sejam capazes e que a lide tenha por objeto direito patrimonial disponível (CASCARDO, 2014). A intenção é justamente permitir que estes conflitos sejam resolvidos de forma alheia aos tribunais judiciais, essencialmente morosos, conforme demonstrado, a título de exemplo, pelos dados da Justiça em Números.

Esse movimento, direcionado ao descarregamento do Judiciário, objetiva justamente incentivar a utilização de formas adequadas de resolução de conflitos, buscando, sem dúvidas, maior celeridade e, também, que o índice de novos processos ingressantes à justiça estatal seja mitigado. Essa tendência é uma, senão a melhor alternativa para atender a população (DIP, 2016, p. 131-145), uma vez permitir que os juízes se concentrem nas questões de maior magnitude.

Aliás, conforme colocado por Cascardo (2014), “[...] para que o instrumento judicial se

torne célere, é imperioso concentrar a atividade do juiz natural, afastando do Poder Judiciário questões de menor complexidade.” Nesse quesito, não se pode esquecer que a sociedade brasileira vem se desenvolvendo em torno de uma cultura do litígio, em que todo e qualquer conflito é levado ao poder judiciário. Por óbvio que, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça, isto significa o pleno exercício de direitos constitucionalmente previstos, dado que não será excluída de apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito (Constituição Federal, art. 5º, XXXV) (BRASIL, 1988).

Nesse âmbito, interessante é a reflexão trazida por Highton e Alvarez (1995, p. 24):

Hay una cultura del litigio enraizada en la sociedad actual, que debe ser revertida si deseamos una justicia mejor y una sociedad también mejor, y lo que permite clasificar a una cultura como litigiosa no es, propiamente, el número de conflictos que presenta, sino la tendencia a resolver esos conflictos bajo la forma adversarial del litigio.

A utilização de meios adequados de solução de conflitos, além de ser um instrumento profícuo para efetivar a desjudicialização, permite que os conflitos sejam abordados e resolvidos de forma diferenciada, evitando que demandas de menor complexidade cheguem ao poder judiciário. A mediação, conciliação e arbitragem são alguns desses institutos, mais difundidos na sociedade brasileira, também incentivados pelo Código de Processo Civil.

Nessa lógica, a própria exposição de motivos do Código de Processo Civil permite chegar à conclusão de que, por vezes, a solução mais eficiente para as partes encontra-se dissociada do poder judiciário:

Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no **contexto social** em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz (BRASIL, 2015, grifo do autor).

Como consequência da utilização de meios que propiciem a desjudicialização, tem-se evidente a celeridade e a segurança na solução de conflitos, tanto na via extrajudicial quanto na judicial. Entre os princípios constitucionais englobados no processo de desjudicialização, têm-se o acesso à justiça, o devido processo legal e, especialmente, o da eficiência processual.

Isto porque a resolução de conflitos, tanto por meios extrajudiciais quanto pela via judicial, desde que célere e segura, propicia a plena satisfação dos direitos demandados. Isso se torna cada vez mais palpável com o fenômeno da desjudicialização, que permite que acordos sejam selados sem excesso de formalismo, do modo mais objetivo possível. Assim, fornece à sociedade uma alternativa para que seus problemas sejam integralmente solucionados sem culminar no aumento das taxas de congestionamento do poder judiciário.

É a partir dessa necessidade que caminhos adequados para o efetivo acesso à justiça devem

ser fomentados e desenvolvidos. Nessa perspectiva, a arbitragem pode ser um dos mecanismos de destaque no adequado tratamento dos litígios, especialmente quando operacionalizada com instrumentos céleres e efetivos.

## 2 A ARBITRAGEM COMO MEIO EXTRAJUDICIAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

De fato, há uma crise em nosso sistema judiciário que demanda a adoção de medidas concretas e em vários planos. Como tentativa de mitigar seus efeitos, a comunidade jurídica e o próprio Governo buscam promover uma reforma, inclusive por meio de mudanças normativas, com o objetivo de dar maior efetividade à prestação jurisdicional do Estado. A Resolução do CNJ nº 125 de 2010 e a incorporação na primeira etapa do processo de meios adequados de solução de conflitos, trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, e o consequente incentivo à utilização desses meios alternativos são algumas das atitudes já tomadas.

A Resolução CNJ nº 125/2010 consolidou, no Brasil, o chamado Tribunal Multiportas, que consiste, conforme explica Cahali (2018, p. 57), em um:

[...] sistema pelo qual o Estado coloca à disposição da sociedade alternativas variadas para se buscar a solução mais adequadas de controvérsias [...] cada uma das opções [...] representa uma ‘porta’ a ser utilizada de acordo com a conveniência do interessado, na perspectiva de se ter a maneira mais apropriada de administração e resolução do conflito.

A Resolução nº 125/2010 é um ponto de referência no que tange aos meios adequados, trazendo consigo um suporte substancial capaz de efetivar a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses”. Suas premissas foram incorporadas ao Código de Processo Civil de 2015, que preza pela autocomposição em diversos dispositivos.

Como exemplo, tem-se o artigo 3º, §2º do Diploma Processual (BRASIL, 2015), que fixa a permissibilidade de utilização da arbitragem, na forma da lei. Ademais, que estes os demais meios adequados de solução de conflitos deverão ser estimulados pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, mesmo durante o curso de um processo judicial.

A implementação ou o incentivo à utilização de meios adequados para solução de controvérsias parece ser a melhor forma de desjudicializar. Para os fins desse trabalho, focar-se-á na Arbitragem, regida pela Lei nº 9.307/1996. Esse instituto não é uma novidade, pelo contrário, é um dos meios mais antigos de heterocomposição. Conforme colocado por Scavone Junior (2016, p. 1), ao citar Jacob Delinger, “[...] a arbitragem já estava presente entre os hebreus na antiguidade, descrita no pentateuco que relata conflitos decididos por árbitros, a exemplo daquele entre Jacó e Labão.”

No Brasil, a Lei nº 9.307/1996 surgiu para conferir ao instituto da arbitragem uma formatação adequada, atual e dinâmica, a fim de conseguir reconhecer a constitucionalidade desse meio. Na atualidade, pode-se verificar que a arbitragem se consolida cada vez mais, confirmando

sua eficácia em diversas oportunidades (CAHALI, 2018, p. 40).

A arbitragem é resultante da autonomia da vontade das partes (CARMONA, 2009, p. 64). Isto porque, em se tratando de partes capazes e de conflito concernente a direito patrimonial disponível (VERÇOSA, 2008, p. 16), não há impedimento para que elas pactuem por abrir mão do poder judiciário e valer-se da vida arbitral (CARMONA, 2009, p. 38). Os requisitos suprarreferidos estão elencados no artigo 1º da Lei nº 9.307/1996 (BRASIL, 1996).

Por meio desse instituto, as partes escolhem um terceiro imparcial denominado árbitro, que decidirá a lide conforme o direito escolhido pelas partes, pela equidade ou pelos costumes, desde que não subverta a ordem pública, da forma que melhor satisfaça aos litigantes (CARMONA, 2009, p. 64). Este proferirá sentença equiparada à judicial – artigo 515, VII do CPC e artigo 31 da Lei de Arbitragem (BRASIL, 1996, 2015). O árbitro é, também, juiz de fato e de direito, e sua decisão não está sujeita à homologação judicial, nos termos do artigo 18 da Lei de Arbitragem (BRASIL, 1996; BERALDO, 2014, p. 263).

Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. Há discussão doutrinária acerca da possibilidade de pessoas jurídicas atuarem como árbitros, sendo que muitos acreditam tratar-se de uma relação personalíssima, portanto, impossível tal opção (CÂMARA, 2005, p. 50; CAHALI, 2012, p. 153). Scavone Junior (2009, p. 85), entretanto, defende essa possibilidade.

Pois bem, na Lei de Arbitragem, há um único dispositivo – artigo 22 – regulando as provas no procedimento arbitral (BRASIL, 1996). Isto porque, conforme colocado por Beraldo (2014, p. 313), é dotado de flexibilidade, sendo que as partes podem adequá-lo às particularidades de cada relação.

Convém lembrar que o Código de Processo Civil, de acordo com a doutrina majoritária, não é aplicado de forma cogente à arbitragem (CARMONA, 2010, p. 9; MONTORO, 2010, p. 115-118). Porém, seus princípios devem ser ressaltados e “[...] é preciso ter em mente que, ao se aplicar, no processo arbitral, institutos próprios do direito processual civil que não estejam regulados expressamente pelas partes, no regulamento do órgão que administrará o feito ou na LA, deve-se seguir os ditames do CPC.” (BERALDO, 2014, p. 272).

Com isso, tem-se que, apesar de o CPC não ser imperiosamente aplicável de forma subsidiária à arbitragem, diversos de seus preceitos devem ser seguidos pelo árbitro. Aliás, nada impede que as partes escolham por seguir os ritos processuais previstos nesta legislação.

Quanto aos meios de prova admitidos pela arbitragem, o teor do artigo 22 da Lei de Arbitragem explicita que “[...] poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.” (BRASIL, 1996). Chega-se à conclusão de que todos os meios de prova lícitos admitidos pelo Direito podem ser utilizados (BERALDO, 2014, p. 314).

Tanto em procedimentos arbitrais quanto em judiciais o julgador pode indeferir provas desnecessárias à resolução da lide. Prova necessária pode ser entendida como “[...] aquela que

incide sobre fatos pertinentes e controvertidos, uma vez que os fatos notórios e aqueles sobre os quais recai presunção legal não precisam ser provados” (BERALDO, 2014, p. 317). Ressalte-se que as partes também podem determinar, em virtude da primazia da autonomia privada, regras quanto ao procedimento, inclusive sobre os meios de prova a serem (in)deferidos.

Martins (2008b, p. 338), nesse sentido, pondera que:

[...] é do árbitro o poder de admitir ou não as provas requeridas pelas partes. E não serão admitidas, necessariamente, todas as provas solicitadas. Tal não acarreta, como pensam e sugerem alguns advogados em arbitragem, violação ao devido processo legal e, conseqüentemente, a anulação da futura decisão arbitral.

Faria (2012, p. 209), acerca da produção de provas na arbitragem, pontua que “[...] caso o árbitro entenda que as provas produzidas já são suficientes para a formação da sua opinião, não há razão para que se prolongue a fase instrutória desnecessariamente, dependendo tempo, meios e recursos para a produção de provas que nada agregarão ao seu convencimento.”

Nessa senda, é possível perceber que meios de prova eficazes e contundentes são capazes de diminuir a delonga na fase instrutória do procedimento arbitral. Por este motivo, a produção de provas dotadas de fé pública, como a ata notarial, mostra-se eficaz no que diz respeito à celeridade do procedimento arbitral.

### 3 A ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA

A partir do pressuposto de que a arbitragem constitui um meio extrajudicial de solução de conflitos apto a corroborar com a desjudicialização, propõe-se a utilização de atas notariais como meio de prova nesses procedimentos. Com a generalização dessa medida, ampliar-se-á ainda mais a desobstrução do Poder Judiciário pela via do aperfeiçoamento da operacionalização dos meios extrajudiciais.

A ata notarial consiste em um instrumento público que registra fatos jurídicos naturais ou voluntários. Por meio dela, pode-se constatar fatos, coisas, pessoas ou situações. Nas palavras de Lamanauskas e Pedroso (2015, p. 281) “[...] seu conceito se resume a um instrumento público em que o tabelião translada um fato que presenciou, por meio de seus sentidos, para o livro de notas, confirmando a existência de determinadas circunstâncias.”

No mesmo sentido, Brandelli (2011, p. 362) acentua que “[...] a ata notarial é a apreensão de um ato ou fato, pelo notário, e a transcrição desta percepção em um documento próprio.” Desse modo, a ata está condicionada à percepção sensorial do tabelião, sendo ele o epicentro do ato.

Ressalte-se que, no momento em que o notário captura o fato, não deve agir com qualquer juízo de valor sobre o que viu ou ouviu. Na ata não há manifestação de vontade, mas tão somente a narração de um fato, que inclusive deve vir sem qualquer tipo de juízo de valor por parte do notário. Nas hipóteses em que cabível a ata notarial, não é possível se lavrar uma escritura e vice-versa

(LAMANAUSKAS; PEDROSO, 2015, p. 281).

Importante ressaltar que a ata notarial pode, ainda, conferir fé pública a documentos técnicos produzidos por profissionais certificados. Nesse viés, a transcrição desses conteúdos ao texto firmado pelo tabelião pode figurar como instrumento probatório dotado de segurança jurídica e com caráter célere e eficaz em um processo instrutório judicial ou arbitral, por exemplo.

Historicamente, esse meio de prova não adveio de uma lei, mas de um costume que foi construído ao longo dos anos. Esse instrumento, nos dias atuais, encontra previsão na Lei nº 8.935/1994, em seu artigo 7º, inciso III, que remete a lavratura da ata notarial como competência exclusiva dos tabeliões (BRASIL, 1994).

Como requisitos para sua lavratura, tem-se a necessidade de requerimento por pessoa capaz, lavratura feita pelo notário ou tabelião, escopo geral de fazer a documentação ou conservação do fato (KÜMPEL; FERRARI, 2017, p. 553). Como vantagens, citam-se a imparcialidade, veracidade, perpetuidade, economia, liberdade e, principalmente, a segurança jurídica, uma vez que emanada de agente dotado de fé pública.

No que diz respeito à fé pública emanada dos tabeliões – disposta no artigo 3º da Lei nº 8.935/1994 – tem-se que esta consiste na presunção legal da verdade de seus atos, que visam a profilaxia jurídica e a pré-constituição de provas (BRASIL, 1994; GIMENEZ-ARNAU, 1976, p. 44), alicerçando a fundamentação dos juízes nos julgamentos.

Em suma, a ata notarial é um instrumento essencialmente preventivo, destinado a fazer prova de atos ou fatos, constatados ou presenciados pelo tabelião, constituindo um instrumento público. Por estas razões, diz-se que a ata notarial é um meio de prova acautelatório, pois visa justamente manter preservado o direito: “[...] registrar a ocorrência do fato pela ata notarial é um eficiente meio de perenizar informações que podem desaparecer.” (SILVA; TARTUCE, 2016, p. 9).

Até o Código de Processo Civil de 2015, a ata notarial era um meio de prova atípico. Porém, com o Diploma, o capítulo destinado às provas passa a ter uma seção específica destinada à ata notarial, agora meio de prova típico. Dispõe, *in verbis*, o artigo 384 do CPC:

**Art. 384.** A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial. (BRASIL, 2015).

Com isso, sabendo que a ata notarial é o testemunho provido pelos sentidos do tabelião, este pode utilizar, a fim de mais fielmente reproduzir o que presenciou, qualquer meio digital, seja imagens, sons, dados vistos na internet para que o registro do fato seja feito da maneira mais apropriada. Pode reproduzir na própria ata “[...] o inteiro conteúdo do sítio, o dia; a hora e o computador de acesso salvaguardando, deste modo, o direito do interessado em sua íntegra” (AYOUB; MÜLLER; MAIA, 2009, p. 65), diante da constatação, por exemplo, de uso indevido

de imagem em uma página eletrônica.

De fato, as atas notariais são importante meio de prova a ser utilizado no processo civil brasileiro. Há pouco elencada como típica, tem natureza de prova documental, caracterizada pela exibição e juntada de documentos aos autos do processo. Dentre todo o arcabouço probatório existente no direito pátrio, a ata notarial merece destaque justamente por gozar de presunção de veracidade *juris tantum* e fé pública. Pode-se dizer que é um dos meios de prova mais inovadores.

Nessa senda, surge o questionamento acerca da possibilidade de utilização desse meio de prova no procedimento arbitral. Conforme é sabido, as partes que optarem pela arbitragem podem estipular as regras procedimentais a serem seguidas, não precisando, necessariamente, optar pelo direito brasileiro e, no mesmo sentido, não se submetem, nem subsidiariamente, ao Código de Processo Civil. Importante frisar, entretanto, que o procedimento é de livre escolha das partes, desde que não ofenda à ordem pública nacional.

Conforme destacado na seção anterior, em razão do livre convencimento do árbitro, é natural que este, a fim de formar seu convencimento acerca da lide, determine a produção de provas que entender pertinentes à resolução do caso específico (ALVIM, 2000, p. 377), ainda que não sejam tradicionais meios probatórios dispostos no Código de Processo Civil.

Além disso, “[...] o árbitro pode, de ofício, determinar a realização de provas, ainda que não tenham sido requeridas pelas partes. Pode admitir pacto das partes sobre o ônus probatório (CPC, art. 373, §3º) ou aplicar a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova (CPC, art. 373, §1º).” (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 187). Sabe-se, no entanto, que esta prerrogativa encontra uma limitação – o árbitro não pode recusar elemento probatório que se mostre indispensável à adequada resolução do caso, podendo esta recusa culminar na invalidação da sentença arbitral (CAVALCANTI, 2014, p. 136).

A partir dessas colocações, imperiosa é a aferição de que nada obsta que o árbitro admita a ata notarial como meio de prova. Aliás, o cerne da questão é mais profundo. O meio probatório analisado deve, mais do que isso, ser incentivado na arbitragem, em nome dos princípios inerentes a este instrumento, principalmente, o da celeridade procedimental. Além disso, esse incentivo se coaduna com a busca pela desjudicialização, pois prioriza a utilização de meios extrajudiciais.

Isto se explica pelo fato de a ata notarial ser meio de prova pré-constituída, com presunção de veracidade e dotada de fé pública. A partir disso, o fato constatado pelo tabelião será dificilmente rediscutido e, utilizando tal meio de prova, as chances de uma possível invalidação da sentença arbitral em decorrência de não utilização de prova essencial à resolução da lide torna-se muito remota.

Uma vez lavrada ata sobre o fato controvertido na lide, por exemplo, não há necessidade de discussão posterior, ainda mais pelo motivo de que as partes, no momento em que pactuam uma cláusula compromissória, objetivam, justamente, a resolução célere e eficaz de eventuais conflitos supervenientes à celebração do negócio jurídico (MARTINS, 2008a, p. 243).

Sendo assim, a utilização de ata notarial pelos litigantes em uma arbitragem coaduna-se com a celeridade que estes esperam presenciar nesse tipo de procedimento. Além disso, contribui

para a efetivação da desjudicialização, ao garantir que a resolução da lide de modo extrajudicial não seja posteriormente discutida no Poder Judiciário, pois baseada em meio de prova plenamente válido, eficaz, e em consonância com o princípio constitucional do devido processo legal.

## CONCLUSÃO

A partir dos argumentos explorados no presente trabalho, percebe-se a evidente crise existente no Poder Judiciário brasileiro, suscitada principalmente pela cultura do litígio e pelo fenômeno da judicialização das demandas sociais. Nesse viés, mostra-se relevante observar a importância da propagação e da efetivação de métodos visando à heterocomposição de lides que permitam uma progressiva desjudicialização dos pleitos.

Um caminho possível para tanto é a utilização da arbitragem na solução de conflitos, uma vez que permite que um terceiro imparcial – escolhido a partir da vontade das partes, desde que capazes e com a condição de que o litígio verse sobre direito patrimonial disponível – decida de maneira alheia ao poder estatal acerca de demandas sociais.

Nesse viés, mostrou-se possível, no que diz respeito aos instrumentos probatórios da arbitragem e à liberdade de aceitação de provas pelo árbitro, a utilização da ata notarial como meio de prova válido e eficaz na instrução do procedimento arbitral.

Isto porque o referido instrumento é produzido e certificado por tabelião dotado de fé pública, possuindo, portanto, presunção de autenticidade e veracidade, permitindo que a ata notarial carregue consigo noções de publicidade e segurança jurídica, o que deve ser amplamente apreciado em tribunais arbitrais. Assim sendo, a partir da produção de uma ata notarial, é pré-constituída uma prova, em que o tabelião registra um fato conforme suas percepções, sendo este instrumento dotado de eficácia *juris tantum*.

Por fim, tem-se imperioso destacar a importância de desjudicializar as demandas direcionadas à jurisdição estatal pela sociedade brasileira. A consequência direta desse fenômeno é o desafogamento do poder judiciário, que poderá se debruçar sobre processos complexos e que demandem seus esforços.

Em serventias extrajudiciais, que possuem o objetivo de acelerar a resolução de problemas privados, passa a ser possível a produção de outros atos, como os instrutórios, especialmente, no que diz respeito à ata notarial, sendo possível sua admissão e utilização pelo árbitro, se este meio de prova se mostrar essencial à solução da lide.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

AYOUB, Luiz Roberto; MÜLLER, Caroline da Cunha; MAIA, Isaque Brasil. A ata notarial e seu valor como prova. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro v. 12, n 46, 2009. Disponível em: <https://>

core.ac.uk/download/pdf/16041370.pdf. Acesso em: 1 set. 2019.

BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; SILVA, Cristiano Alves da. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do novo código de processo civil brasileiro (lei nº 13.105/15)**. Brasília: TJDF, 2015. Disponível em: [https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5\\_of\\_artigo.pdf](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf). Acesso em: 1 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn] **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2014.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18935.htm). Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a Arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm). Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 1 set. 2020.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem, mediação, conciliação e Tribunal Multiportas**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto.. Em torno do árbitro. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, Coimbra, n. 3, 2010.

CASCARDO, Leonardo. **A desjudicialização como ferramenta de acesso à justiça.** JusBrasil, Brasília, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2PbLU1d>. Acesso em: 27 ago. 2019.

CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. **Arbitragem.** Rio de Janeiro: FGV, 2014. Disponível em: [https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/arbitragem\\_2014-2.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/arbitragem_2014-2.pdf). Acesso em: 1 set. 2020.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números.** 2019. Disponível em: Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.

DIP, Ricardo. Três notas sobre usucapião extrajudicial. *In*: DIP, Ricardo (coord.). **Direito Registral e o novo código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 131-145.

FARIA, Marcela Kohlbach de. A produção de prova no procedimento arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 32, 2012.

GIMENEZ-ARNAU, Enrique. **Derecho notarial.** Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1976.

HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos.** Buenos Aires: Ad Hoc, 1995.

KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado notarial e registral.** São Paulo: YK Editora, 2017.

LAMANAUSKAS, Milton Fernando; PEDROSO, Regina. **Direito notarial e registral atual.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Apontamentos sobre a Lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 2008a.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. Panorâmica sobre as provas na arbitragem. *In*: JOBIM Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes.** São Paulo: QuartierLatin, 2008b.

MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de. **Usucapião extrajudicial.** São Paulo: YK Editora, 2016.

MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral.** 2010. f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem: mediação e conciliação.** 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Interpretação Constitucional**. 1998. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Brasília, Brasília, 1998. Disponível em: [http://www.oocities.org/br/nec\\_uniceub/MonografiaInterpretacaoConstitucional.pdf](http://www.oocities.org/br/nec_uniceub/MonografiaInterpretacaoConstitucional.pdf). Acesso em: 23 ago. 2019.

SILVA, Érica Barbosa; TARTUCE, Fernanda. **O novo CPC e os atos extrajudiciais cartoriais: críticas, elogios e sugestões**. São Paulo: SPCM, 2016. Disponível em: <http://spm.com.br/dmkt/catanduva/O-Novo-CPC-e-as-Atividades-Extrajudiciais-Erica-e-Fernanda.pdf>. Acesso em: 1 set. 2019.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Doze anos da Lei de Arbitragem: alguns aspectos ainda relevantes. *In*: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (org.). **Arbitragem Institucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

**Como citar:** BODNAR, Zenildo; VIDY, Taina Spadoa; TEIXEIRA, Paola Gabriele Inda. Ata notarial como meio de prova na arbitragem. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 1, p. 202-216, abr. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n1p. 202. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 08/04/2020

Aprovado em: 01/09/2020

## RESENHAS | REVIEWS

**DIREITO ANIMAL E PÓS-HUMANISMO: FORMAÇÃO E AUTONOMIA DE UM SABER PÓS-HUMANISTA**

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Teoria da Constituição: Direito Animal e Pós-Humanismo. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB. Vol. 10. p. 11683-11732, 2013.

**Luciano do Nascimento Costa<sup>1</sup>**

No ensaio Teoria da Constituição: Direito Animal e Pós-Humanismo, o autor, Tagore Trajano de Almeida Silva, favorece um diálogo entre a Teoria da Constituição e a Teoria dos Direitos dos Animais, afirmando que este, em verdade, deriva do primeiro e que, em última instância, o constitucionalismo, enquanto fenômeno histórico e internacional, encaminha-separa o constitucionalismo ecológico.

Destarte, a abordagem do Direito Animal, em relação à Teoria Constitucional, afastar-se-á da concepção antropocêntrica do direito, dando ao texto constitucional uma ressignificação pós-humanista, expandindo-o a um grupo mais alargado de seres vivos.

No presente, a evolução do constitucionalismo deu à luz uma nova concepção constitucional, a saber, a Constituição Ecológica. Uma discussão que surge dentro de um corpo social multicêntrico, preocupado com as implicações negativas que a ação humana pode causar a longo prazo, que deseja, ademais, proporcionar uma qualidade de vida digna a todas as espécies que povoam o planeta.

No segundo tópico - em que é analisada a teoria dos direitos dos animais como um novo campo de investigação científica - é exposto, pelo autor, que, apesar de não ser novidade na história da civilização ocidental a preocupação do ser humano com o ambiente circundante, configura um fenômeno recente a atenção jurídica dispensada a animais.

Assim sendo, a batalha intelectual em prol do estabelecimento de uma nova disciplina

---

<sup>1</sup> Advogado formado no Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Bahia-UFBA(2017), e no Bacharel Interdisciplinar em Humanidades com ênfase em Estudos Jurídicos pelo Instituto de Humanidades, Artes e Ciências da Universidade Federal da Bahia- UFBA (2014). Aprovado nas Especializações Gestão de Projetos, pela Universidade Estadual de São Paulo- USP, pela ESAQ e na Especialização em Direito Público pela Universidade Católica de Minas Gerais-PUC-MG. Integrante permanente do Grupo de Pesquisa, Controle de Constitucionalidade da Universidade Federal da Bahia. Coordenador de Informações Fiscais da Prefeitura Municipal de Camaçari e Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Salvador-BA, 2019. E-mail: lucianocostasefaz@gmail.com

acadêmica, hodiernamente, não configura uma atividade desprovida de objetivo, ao contrário, trata-se de um processo de considerações intelectuais enérgicas, de forma organizada e de pretensões universais, que possam açambarcar um novo conhecimento ecológico, dando valor à complementaridade mútua entre o ser humano, o meio ambiente e as espécies que o povoam. Portanto, transformaram-se em certo clichê acadêmico os seguintes termos: multidisciplinaridade, interdisciplinaridade e transdisciplinaridade, na terminologia sócio-jurídica. O sub-tópico que dá sequência à exposição trata do objeto, do método e do princípio fundante do Direito Animal. O tema relacionado à independência do Direito Animal ainda é polêmico no espaço acadêmico brasileiro, há, de certa forma, um preconceito que o encara como uma tendência de moda acadêmica, cujo conteúdo não possui seriedade, de outra forma, uma disciplina desprovida de substância relevante, de um objeto válido, de um método sólido e de princípios característicos.

Esse preconceito deveu-se a crença prolongada no tempo de que as regulamentações ambientais já estavam presentes nas áreas de investigação científica já existentes, não sendo necessária a elaboração de um novo espaço disciplinar para o desenvolvimento de discussões acerca do tema. Era bastante difundida a percepção de que grande parte das questões abordadas pelo Direito Ambiental já estavam inseridas no Direito Administrativo. Ademais, defendia-se que o meio ambiente configuraria uma questão compartilhada por diversas disciplinas, devendo ser investigado de modo transversal e não transdisciplinar, não devendo conformar um tema específico. O autor advoga, então, um avanço em direção à dilatação dos direitos fundamentais e na sugestão de uma reflexão pós-humanista nas Faculdades de Direito.

A título de exemplo, Tagore Trajano de Almeida Silva aponta os Estados Unidos, onde, no presente, há diversas Faculdades de Direito que proporcionam cursos dedicados exclusivamente ao Direito Animal, tendo este, nos últimos decênios, testemunhado um expressivo progresso, impulsionado sobretudo pelos estudantes que requisitaram, em suas instituições de ensino superior, a incorporação de discussões voltadas ao direito dos seres não-humanos.

De fato, defende o autor, a ação estudantil e de ativistas tem sido muito relevante para delinear o objeto deste ramo do direito. As experiências mais significativas, no Brasil, no que toca ao campo dos direitos dos animais provém do engajamento ativista em movimentos em favor do direito dos animais, por meio de diversas instituições estabelecidas no país.

Todavia, o autor sugere alguns entraves para o estabelecimento perene da disciplina. Primeiramente, a ação dos legisladores, que devem ser convencidos da necessidade de substituição do paradigma humanista pelo paradigma pós-humanista em relação à interpretação do texto constitucional. Em segundo lugar, o ordenamento jurídico, que deve ser eficaz e justo para todas as espécies que povoam o meio ambiente e não focar a sua ação equalizadora somente para o ser humano, sendo a disciplina do Direito dos Animais absolutamente avessa a toda e qualquer forma impositiva de exercício da intolerância. Por último, a comunidade acadêmica, que deve, através de incentivos intelectuais e financeiros, fomentar pesquisas nesta área, pois o desenvolvimento de conselhos e grupos de discussão busca, nas comunidades acadêmicas, direcionar às ciências para um novo arquétipo pós-humanista, essencial a melhor modelação do seu objeto de pesquisa.

Prosseguindo o ensaio, na sua terceira parte, que aborda a concepção holística da Constituição em favor dos seres não-humanos, o autor defende que somente com o advento da Constituição Federal, no ano de 1988, que o ordenamento jurídico, no Brasil, passou a aceitar uma concepção holística e juridicamente independente do direito, aceitando a necessidade de uma expressiva transformação do arquétipo jurídico-social. Evidencia-se, portanto, que os textos constitucionais brasileiros anteriores ao ano de 1988, não mencionavam o Direito Ambiental, muito menos referiam-se a alguma noção de proteção jurídica voltada aos seres não-humanos, sendo esta matéria de legislações infraconstitucionais.

É ressaltada também no texto a noção de que a afirmação dos direitos dos animais não pode ser confundida com a presunção de que os seres não-humanos, em matérias jurídicas, sempre se sobreporão aos seres humanos. O estabelecimento de direitos, neste caso, configura, principalmente, a necessidade de dar atenção a certas ocasiões em que esses direitos poderiam ser aprovados.

Para entender a ampliação dos direitos a seres não-humanos, o autor sugere que o conceito de personalidade já fora, há muito tempo, no Brasil, expandido para instituições e empresas. Assim sendo, Tagore Trajano de Almeida Silva apresenta o desenvolvimento “evolutivo” da noção de constitucionalismo, desde o seminal constitucionalismo inglês até o presente constitucionalismo ecológico, no qual as questões jurídicas não se apresentam de maneira estanque, ao contrário, valores humanistas e pós-humanistas são articulados, por meio de valores antropocêntricos atenuados, valores biocêntricos e até mesmo valores ecocêntricos, com o objetivo de preencher as regras constitucionais e o ordenamento público infraconstitucional relacionado ao meio ambiente.

Passando ao quarto ponto do ensaio, são apresentados os casos brasileiro e de outras nações no que tange à constitucionalização dos direitos dos animais. A primeira norma que visava proteger os animais surgiu, no território brasileiro, no ano de 1886. Esta norma foi seguida por um dispositivo normativo do ano de 1924 que procurava salvaguardar a fauna brasileira. Já no ano de 1934, foram estabelecidas as normas de proteção animal. No ano de 1941, foi interdita a prática de atos cruéis direcionados a animais. Porém, somente no ano de 1988, o direito ambiental foi cristalizado no texto constitucional, tornando-se um princípio fundamental. Os exemplos internacionais iniciam-se pelo caso alemão, que, no ano de 2002, fez da Alemanha o primeiro país da União Européia a adotar o direito ambiental como uma garantia fundamental; a Áustria o fez no ano de 2004. A ocasião mais antiga no continente europeu de preocupação relacionada à proteção dos animais, no entanto, pertence à Suíça, que, já no ano de 1893, vetou o abate de animais sem o emprego de anestésicos.

O último ponto de análise do ensaio refere-se à proibição do retrocesso e a defesa de uma noção de mínima eficácia constitucional. O texto constitucional do ano de 1988 configura um marco para as reflexões acerca da dignidade dos animais, uma vez que ao vetar-se que o ser não-humano receba um tratamento reconhecido como cruel, garante-se, ao animal não-humano, a garantia de ter observado e protegido o seu valor intrínseco, sua vida e sua liberdade. Desta feita, como um modo de estabelecer um limite aos modos humanos de exploração, pode-se empregar,

argumenta o autor, a teoria jurídica da proibição do retrocesso para salvaguardar a dignidade própria do animal não-humano, mantendo e garantindo o direito dos animais a uma noção mínima.

O processo de proibição do retrocesso busca a incorporação, ao patrimônio jurídico, a noção mínima que não é passível de ser, de nenhum modo, abolida. Destarte, uma legislação infraconstitucional de salvaguarda dos animais não tem o poder de tomar o lugar de determinada garantia constitucional já estabelecida.

Sendo assim, o corpo legislativo não está autorizado a, simplesmente, suprimir as regulamentações que concretizam os direitos dos animais não-humanos, porque isso seria equivalente a invalidar a eficácia jurídica das normas constitucionais, pois a observância de um preceito constitucional acaba conformando um obstáculo para a eliminação de uma estipulação que se encontra no texto constitucional.

Arrematando o texto, nas suas considerações finais, o autor apresenta os pontos mais relevantes de sua reflexão, eis os principais: I) A introdução de uma disciplina voltada para o estudo e o debate acerca de Direito Animal em instituições de ensino superior colaborará para que o processo de transformação do paradigma humanista no paradigma pós-humanista ocorra. II) No presente, há diversas Faculdades de Direito, no Estados Unidos, que proporcionam o estudo de Direito dos Animais em cursos específicos, tendo, nos decênios mais recentes, visto um desenvolvimento expressivo nessa área. III) O engajamento de estudantes e ativistas tem sido expressivo na criação de um objeto de pesquisa específico para a disciplina voltada para o estudo do Direito dos Animais. As experiências mais relevantes, ocorridas no âmbito dos Direitos dos Animais, no Brasil, possuem a sua origem em atividades ativistas em prol desses direitos, por meio de instituições estabelecidas no país. Ademais, o corpo social tem incentivado às Faculdades de Direito para que promovam o debate acerca do tema e tornem pública a questão. Tal processo tem colaborado para a fundação de grupos de investigação, publicação de periódicos jurídicos e congressos que tratam do assunto em diversas localidades do Brasil. IV) A disciplina acadêmica voltada para o estudo do Direito Animal possui, como procedimento metodológico próprio, a noção de configurar uma disciplina em conexão constante com as mais diversas áreas do conhecimento. Assim sendo, o ordenamento jurídico deve ser eficaz e justo em relação a todas as espécies que povoam o meio ambiente do território brasileiro e não, exclusivamente, para o ser humano, de modo que essa nova disciplina não reconhece nenhuma legitimidade no emprego de saídas autoritárias visando a intolerância.

O texto constitucional brasileiro do ano de 1988, é o ponto inicial para as reflexões que tocam à dignidade dos animais, uma vez que ao interditar o tratamento cruel dispensado a animais, reconhece a garantia de ter respeitado o seu valor intrínseco ao animal não-humano. Somam-se, à Constituição Brasileira, as constituições da Colômbia, da África do Sul, do Equador e da Bolívia no que tange ao reconhecimento da posse de um valor intrínseco aos animais não-humanos.

## RESENHAS | REVIEWS

## ESTARÃO AS PRISÕES OBSOLETAS?

DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Tradução de Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018. Título Original: Are prisons obsolete?

Lara Caxico Martins Miranda<sup>1</sup>

A autora inicia a obra com o texto introdutório intitulado *Reformar ou abolir o sistema prisional?* Para introduzir o debate afirma que, atualmente, na maioria dos países, é comum a existência de prisões e de decisões que encaminham indivíduos que praticaram crimes a essas. Em menor incidência estão as decisões que condenam pessoas, que praticaram crimes graves, à pena de morte, já que não são muitos os países que mantem na atualidade essa sanção. Isso se dá pelo fato de que as campanhas que trabalharam a abolição da pena de morte ganharam destaque e até aqueles que defendem sua manutenção conseguem perceber que ela não é fundamental (posição 72).

A prisão, por sua vez, ainda é vista como inevitável à vida em sociedade. “Aqueles que defendem o fim das prisões são rejeitados como idealistas e utópicos cujas ideias são, na melhor das hipóteses, pouco realistas e impraticáveis e, na pior delas, ilusórias” (posição 78). Apesar disso, discutir a abolição das prisões e medidas alternativas a ela se faz imprescindível, tendo em vista que, de acordo com a pesquisa da autora, no momento da pesquisa, mais de dois milhões de pessoas, de um total de nove milhões viviam em prisões, cadeias, reformatórios e centros de detenção nos Estados Unidos (posição 88).

A discussão sobre a abolição do sistema prisional deve, entretanto, passar antes pela análise de como tantas pessoas foram colocadas em prisões sem que antes se tivesse um profundo debate sobre esse programa social/governamental. Isso porque a ampliação do sistema prisional não gerou, de acordo com a pesquisa, comunidades mais seguras, mas sim cada vez mais pessoas no sistema carcerário (posição 109).

A prisão não é o único instituto que merece debate com relação à sua abolição. A escravidão, se modo análogo também foi mantida por séculos e, quando da sua abolição legal, não

---

<sup>1</sup> Doutoranda pelo programa de Doutorado em Ciência Jurídica da UENP. Mestre pelo Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Complexo de ensino Damásio de Jesus e em Direito Constitucional pelo LFG.  
E-mail: raphaelcaronti@hotmail.com

foi capaz de levar consigo o seu fim efetivo (posição 285). Foram muitos anos para que o sistema escravocrata chegasse realmente ao fim. Esse era tão cotidiano que até mesmo os indivíduos brancos que defendiam o fim da escravidão não conseguiam ver as pessoas negras como iguais (posição 289). “A escravidão, o linchamento e a segregação certamente são exemplos contundentes de instituições sociais que, como a prisão, um dia foram consideradas tão perenes quanto o sol.” (posição 313).

Assim como a escravidão foi um sistema racista as prisões também são, tendo em vista que atuam como um depósito daqueles que não é interessante para parte da sociedade. O racismo não pode definir situações relativas à sociedade e nesse viés também não pode ser fundamento para a manutenção de um sistema que mantém a segregação e não soluciona os problemas com os quais se comprometeu. Logo é imprescindível pensar seriamente na declaração de serem elas obsoletas (posição 237).

A penitenciária surge, aproximadamente na época da Revolução Americana, como uma resposta ao clamor pela abolição da pena capital e se propõe a reabilitar e punir. Afirmava-se que nesse local o indivíduo poderia pensar sobre o motivo da sua condenação, remodelando seus hábitos e sua alma. Ainda que alguns tenham se colocado contra o sistema, em maioria entendeu-se que se trata de um instituto progressista, que ampliava os direitos dos cidadãos (posição 345). “De muitas maneiras, a penitenciária foi um enorme avanço em relação às diversas formas de punição capital e corporal herdadas dos ingleses.” (posição 350).

Após a abolição da escravidão também foi desenvolvido um sistema criminal que dificultava a concessão de liberdade para negros recém libertos. Por isso as pessoas negras se tornaram alvo de perseguições e de um novo sistema que buscava angariar prisioneiros (posição 381). Na atualidade muito não mudou. “Uma prova de que o crime continua a ser imputado a cor está nas muitas evocações de ‘perfil racional’ em nosso tempo. É fato que é possível se tornar alvo da polícia por nenhuma outra razão além da cor da pele.” (posição 412).

Os resquícios da escravidão são encontrados também no trabalho. A ideia de que o trabalho do negro fora desenvolvido por muitos anos sob a égide da escravidão fez com que a sociedade entendesse que apenas sob supervisão constante e em grupo as pessoas negras poderiam trabalhar. Como se o fato de terem vivido no regime escravocrata impossibilitasse que elas de outra forma laborassem (posição 432).

Davis afirma que o sistema de arrendamento de condenados foi analisado por estudiosos e considerado, em muito, pior do que a escravidão (posição 445). A população de detentos sofria inúmeras violações físicas, sendo tratados de modo tão horrendo que efetivamente parecia que a escravidão permanecia (posição 456). Corroborava essa atuação interna e a angariação de prisioneiros o próprio sistema judicial. “Depois da emancipação, os tribunais se tornaram o lugar ideal para exercer a retaliação racial. Nesse sentido, a atuação do sistema de justiça criminal estava intimamente relacionada com a atividade extralegal do linchamento.” (posição 465).

O capítulo terceiro da obra é intitulado *Aprisionamento e reforma*. A ideia abolicionista da prisão é tão antiga quando a sua própria instituição. Ela derivou-se, todavia, de um conjunto de

reformas que se sucederam. Inicialmente abolicionistas europeus declararam a necessidade de se acabar com castigos corporais, como açoitamento, marcação na pele com ferro, troncos, pelourinhos e amputações. Essas penalidades tinham o intuito de produzir profundo arrependimento no indivíduo que cometera o delito e, ainda, assombrar a sociedade que o acompanhava. Afirmava-se que quando a punição acontecia apenas na presença do agente punidor e do detento ela não atingia todos os seus objetivos (posição 574). “Outros modos de punição que antecedem a ascensão da prisão incluem o banimento, o trabalho forçado em galés, o degredo e o confisco das propriedades dos acusados.” (posição 584).

O processo que fez a restrição da liberdade de ir e vir se tornar pena efetiva tem relação íntima com o capitalismo e suas condições ideológicas. Naquele momento, dentre as ideias pensadas, era a mais visivelmente lógica. De acordo com Davis, todavia, “deveríamos, portanto, nos perguntar se um sistema que estava intimamente relacionado com um conjunto específico de circunstâncias que predominaram durante os séculos XVIII e XIX pode continuar reinando absoluto no século XXI.” (posição 605-609). O que se deve considerar é que o tempo avançou e junto com ele inúmeras críticas à globalização vieram. Assim é imprescindível que se incorpore a essas também à oposição e as críticas à prisão.

Atualizando a discussão, a autora aponta as atuais prisões federais de segurança supermáxima. Essas, criadas com um suposto propósito de conferir segurança à sociedade, se baseiam nos modelos antigos de isolamento e por isso permanecem com o desrespeito aos direitos mínimos dos indivíduos (posição 700). De acordo com seus criadores, ainda assim elas se justificam porque estão nessas apenas os homens e mulheres que cometeram as maiores atrocidades humanas. Em sendo considerados como personagens monstruosos, não caberia a eles o resguardo de qualquer direito. Nesses casos “não há preocupação com o indivíduo, não há a noção de que os homens e mulheres encarcerados em prisões de segurança supermáxima merecem qualquer coisa que se aproxime de respeito e conforto” (posição 727).

Davis finaliza essa discussão e abre o capítulo quatro onde se propõe a tratar sobre *Como o gênero estrutura o sistema prisional*. Explica que se faz imprescindível dentro da temática abolicionista tratar sobre as especificidades das prisões femininas, pois elas se constituem com inúmeros institutos pautados em questões de gênero. De acordo com a autora “assumir que as instituições dos homens constituem a norma e as instituições das mulheres são marginais é, em certo sentido, participar da própria normalização das prisões que uma abordagem abolicionista procura contestar.” (posição 888).

Finaliza a obra a autora mencionando que as alternativas de reparação são eficazes diante da prática de inúmeros delitos. Não impõem restrições de direitos humanos e ao mesmo tempo promovem a responsabilização e reparação dos danos causados.