ISSN: 2316-6045

Revista Jurídica da PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ACRE

Volume 10, anual, 2015

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ACRE

Centro de Estudos Jurídicos

RPGEA, Rio Branco, v.10, p.1-230, dez. 2015

MARIA LÍDIA SOARES DE ASSIS
Procuradora-Geral do Estado do Acre

LEONARDO SILVA CESÁRIO ROSA
Procurador-Geral Adjunto

TITO COSTA DE OLIVEIRA
Corregedor-Geral da PGE

RODRIGO FERNANDES DAS NEVES
Procuradora-Chefe do Centro de Estudos Jurídicos

CONSELHO EDITORIAL
Andrei Cezar Windscheid Cruzeiro de Holanda
Amila Dias Araújo
Caterine Vasconselos de Castro
Érico Maurício Pires Barboza
Harlem Moreira de Sousa
Janete Melo d'Albuquerque Lima
Leonardo Silva Cesário Rosa
Luciano José Trindade
Rodrigo Fernandes das Neves
Saulo Lopes Marinho

EQUIPE DO CEJUR
Eliany Mansour do Valle
Evaniza Nery Martins Rodrigues
Maria Ivone Pereira dos Santos
Maria do Socorro Braga de Oliveira
Sulanira Barroso Carvalho
Mateus Furtado da Silva

NÚCLEO DE GESTÃO ESTRATÉGICA
Liliane de Azambuja Corrêa Selivon

CHEFIA DA COORDENADORIA DE DIVULGAÇÃO E IMPRENSA
Vinícius da Silva Cardozo

CAPA/EDITORAÇÃO
Rafaella Magalhães dos Santos

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibidas as reproduções para fins comerciais.
A revista é disponível virtualmente no site www.revista.pge.ac.gov.br.

Procuradoria-Geral do Estado do Acre - Centro de Estudos Jurídicos - Avenida Getúlio Vargas, 2852, Bosque, Rio Branco, AC, CEP 69900-589.
Fone: (68) 3901-5100 / 3901-5102.
www.pge.ac.gov.br
imprensa.pge@ac.gov.br

10ª Edição - Versão on-line (2015).

Todos os direitos reservados
A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação dos direitos autorais (Lei no 9.610).
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre.
Vol. 10., Centro de Estudos Jurídicos/PGE, 2015.
Periodicidade Anual.
ISSN: 2316-6045

CDD – 340.05 CDU – 34(05)

PROCURADORES DO ESTADO

Adriano Freitas Coelho
Alberto Tapeocy Nogueira
Andrei Cezar Windscheid Cruzeiro de Holanda
Avelino Ferreira Barbosa Filho
Caterine Vasconcelos de Castro
Cristovam Pontes de Moura
Daniela Marques C. de Carvalho
Daniel Gurgel Linard
David Laerte Vieira
Edson Américo Manchini
Érico Maurício Pires Barboza
Francisca Rosileide de O. Araújo
Francisco Armando de F. Melo
Francisco Evaldo M. Rosal Pádua
Gabriel Peixoto Dourado
Gerson Ney Ribeiro Vilela Junior
Gustavo Faria Valadares
Harlem Moreira de Sousa
Hélio Varela de Albuquerque Júnior
Janete M. D'Albuquerque Lima
João Paulo Aprígio de Figueiredo
João Paulo Setti Aguiar
Leandro Rodrigues Postigo Maia
Leonardo Silva Cesário Rosa
Luciano Fleming Leitão
Luciano José Trindade
Luís Rafael Marques de Lima
Luíz Rogério Amaral Colturato
Márcia Krause Romero
Márcia Regina de Sousa Pereira
Marcos Antônio Santiago Motta
Maria de Nazareth M. de A. Lambert
Maria Eliza Schettini C. H. Viana
Maria José M. Nascimento Postigo
Maria Lídia Soares de Assis
Matheus Pavão de Oliveira
Mauro Ulisses Cardoso Modesto
Mayko Figale Maia
Neyarla de Souza Pereira
Paulo César Barreto Pereira
Paulo Jorge Silva Santos
Pedro Augusto França de Macedo
Rafael Pinheiro Alves
Raíssa C. Fonseca e Albuquerque
Roberto Alves Gomes
Rodrigo Fernandes das Neves
Rosana Fernandes Magalhães
Sárvia Silvana Santos Lima
Saulo Lopes Marinho
Silvana do Socorro Melo Maués
Tatiana Tenório de Amorim
Thiago Guedes Alexandre
Thiago Torres Almeida
Thomaz Carneiro Drumond
Tiago Cordeiro Nogueira
Tito Costa de Oliveira

PROCURADORES DO ESTADO JUBILADOS

Ademilde Marinho Soares
Aquileu José da Silva Filho
Azeilda Benevides Viga
Derci Maria de Lima
Dione Daher Oliveira de Menezes
Felix Almeida de Abreu
Francisco Elno Jucá
Frederico Jorge Magalhães Pereira de Lira
Ivan Fernandes da Cunha Filho
José Maria Torres de Albuquerque
José Rodrigues Teles
Maria Ferreira Martins de Araújo
Maria Perpétuo Socorro de Souza Gomes
Maria Tereza Flor da Silva
Mario Izídio dos Santos
Marize Anna de Oliveira Singui
Marluce Costa de Oliveira
Maurinete de Oliveira Abomorad
Oriêta Santiago de Moura
Roberto Ferreira da Silva

IN MEMORIAN

Alberto Augusto de Oliveira
Cristovam Lima de Oliveira
Francisco Fernandes de Melo
João Batista Aguiar
Maria da Conceição Castelo Branco Coelho

SUMÁRIO

DOUTRINA

Intervenção do Estado e Suas Implicações Face ao Direito Propriedade e a Sua Função Social.
Paulo César Barreto Pereira.....13

Da Não Submissão dos Serviços Sociais Autônomos ao Regime Jurídico Constitucional da Administração Pública.
Roberto Alves Gomes, Rosana Fernandes Magalhães Biancardi.....53

Repercussões da Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC Nº. 16/DF Sobre a Responsabilidade da Administração Pública em Relação a Débitos Trabalhistas Decorrentes de Terceirização de Mão-de-Obra.
Rosana Fernandes Magalhães Biancardi.....71

Multiparentalidade: Inclusão de Dois Pais no Registro Civil.
Ana Paula Pereira da Silva, Carlos Daniel Costa Garcez, Ionara Fonseca da Silva Andrade, Neivo Rocha da Costa Pacífico.....93

Direito Internacional Tributário: Intersecção Entre Direito Internacional e o Direito Tributário Nacional.
Thiago Guedes Alexandre.....107

Considerações Acerca da (In)Existência de Obrigatoriedade da Presença de Farmacêutico Responsável nas Unidades Públicas de Saúde.
Thiago Torres Almeida.....143

Patrimônio Cultural do Estado do Acre e a Inclusão da Atividade de Seringueiro como Bem Cultural Acreano
Natália Maria Porto Cordeiro.....163

Controle Jurisdicional do Ato Administrativo com Fulcro no Princípio da Proporcionalidade
Roberto Alves Gomes......183

APRESENTAÇÃO

A Revista da PGE chega à sua décima edição com muito vigor e inovação. Continuando com sua versão eletrônica – que oferece vantagens ambientais e de capilaridade na distribuição – trouxe agora a possibilidade ampla de participação da comunidade jurídica local para publicação de suas produções. Dessa forma, não somente procuradores, mas também assessores, advogados e membros de outras carreiras tiveram a oportunidade de submeter texto ao Conselho Editorial. Não por outra razão, a presente edição traz uma grande variedade de temas.

O artigo que abre a revista é de autoria do Procurador do Estado Paulo César Barreto Pereira, que fala sobre a intervenção do Estado na propriedade privada, sistematizando didaticamente o tema, aproveitando a sua ampla experiência de anos como chefe da Procuradoria Especializada de Patrimônio Imobiliário da PGE/AC para entregar uma leitura clara e direta sobre o tema.

No segundo artigo, em um trabalho em conjunto dos Procuradores Roberto Gomes e Rosana Magalhães, o universo dos serviços sociais autônomos é abordado de maneira bastante prática, destacando a sua importância social, mas esclarecendo o regime jurídico que deve corretamente recair sobre elas, bem como a sua relação com a Administração Pública.

A Procuradora Rosana Magalhães retorna em um artigo importante, onde aborda a questão da responsabilidade da Administração Pública frente aos contratos em que há terceirização de mão-de-obra. Trata-se de um tema recorrente no Estado, e, considerando o impacto patrimonial e o "efeito cascata" que eventuais equívocos sobre o tema podem gerar, vem em boa

hora o compartilhamento da tese que vem sendo defendida com sucesso nos tribunais.

Um quarto artigo, coletivo e vindo da nossa comunidade acadêmica, aborda o conceito histórico de “família”, aprofundando sobre interessante e moderno tema do direito da área: a multiparentalidade, com inclusão de dois pais no registro civil.

Contribuição da área tributária vem pelas palavras do procurador Thiago Guedes Alexandre, que nos apresenta texto aprofundado abordando a formação do direito tributário internacional e as possibilidades de solução de suas contradições em relação ao direito interno, por meio da interpretação doutrinária e jurisprudencial contemporânea.

Outra questão prática importante para o Estado, dessa vez por meio de texto do Procurador Thiago Torres Almeida, é tema de Artigo que discorre sobre o limite regulamentar dos Conselhos de Farmácia e, em estudo de caso, a desnecessidade de presença de farmacêutico em unidades públicas do Estado, em uma solução que garante a melhor eficiência do gasto público com a garantia de preservação da saúde dos usuários do sistema de saúde.

Natália Maria Porto Cordeiro, assessora da Procuradoria de Meio Ambiente, contribui com a necessária diversidade temática da Revista, abordando, a partir de sua experiência na área, sobre a inclusão da atividade de seringueiro como patrimônio cultural imaterial do Acre.

Por último, mas não menos importante, temos o artigo do Procurador Roberto Alves Gomes, que nos apresenta uma visão de um Direito Administrativo moderno, tratando da questão do

controle jurisdicional do ato administrativo com base no princípio da proporcionalidade, indicando as possibilidades de intervenção, mas deixando claros os limites para o ativismo judicial, cuja exacerbação é tão comum nos tribunais hoje em dia.

Nesse contexto, como dito no começo desta apresentação, percebe-se tratar-se de uma revista eclética, com múltiplas fontes de participação, mas que guarda especial interesse local pois realiza, a partir de uma visão ampla nacional e internacional, uma interpretação adaptada à realidade do Estado e alinhada com as ansiedades e preocupações típicas do dia-a-dia de nossa Instituição.

Boa leitura!

Rio Branco, 11 de novembro de 2015

Rodrigo Fernandes das Neves
Chefe do Centro de Estudos Jurídicos

INTERVENÇÃO DO ESTADO E SUAS IMPLICAÇÕES FACE AO DIREITO DE PROPRIEDADE E A SUA FUNÇÃO SOCIAL

Paulo César Barreto Pereira[1]

RESUMO: Este artigo analisa os institutos jurídicos que podem ser manejados pela Administração Pública para intervenção na propriedade privada, abrangendo os elementos conceituais vinculados, as implicações pragmáticas em relação a essas formas interventivas no âmbito do Direito Administrativo.

Destaca-se que neste trabalho procura-se abordar as peculiaridades das várias formas de intervenção do Estado na propriedade particular, no âmbito de suas formas restritivas – tais como: limitação administrativa, servidão pública ou administrativa; ocupação temporária, requisição administrativa, tombamento e desapropriação.

A atualização desses instrumentos jurídico-administrativos mostra-se cada vez mais importante, não apenas porque estamos perante uma fase de constantes mudanças, derivadas dos avanços sociais e tecnológicos, mas também pelo fato do Estado entender as características e os limites de cada instituto interventório.

Palavras-chave: Direito de Propriedade, intervenção, requisição, tombamento, desapropriação.

---

1 Procurador do Estado e Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia – UNIR. Pós-Graduado em Direito Processual Civil, pela Faculdade de Ciências Humanas e Letras de Rondônia; Metodologia do Ensino Superior, pela Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR e MBA em Gestão do Poder Judiciário, pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/Rio.

1. INTRODUÇÃO

As discussões sobre a amplitude do instituto da propriedade e os ônus que atuam sobre esse Direito, principalmente a imposição da aplicabilidade de sua função social, encontra-se na contraposição da supremacia do interesse público sob o privado e no reconhecimento da proteção constitucional.

Neste trabalho procura-se abordar as peculiaridades das várias formas de intervenção do Estado na propriedade privada, no âmbito de suas formas restritivas – tais como: limitação administrativa, servidão pública ou administrativa; ocupação temporária, requisição administrativa e tombamento -, e supressiva - desapropriação.

A utilização desses institutos administrativos mostra-se cada vez mais importante, não apenas porque estamos perante uma fase de constantes mudanças, derivadas dos avanços sociais e tecnológicos, mas, sobretudo, para atender às demandas cada vez maiores das necessidades administrativas.

Não se pode perder de vista que esses institutos encontram esteio no Direito Administrativo, entretanto a sua natureza, seus limites e seus efeitos encontram-se insertos no âmbito de uma opção política delineada pela *Lex Fundamentalis*.

Nessa ótica, não se pode perder de vista que os institutos envolvem aspectos de natureza política, administrativa, econômica e social.

2. IMPLICAÇÕES ATINENTES AO DIREITO DE PROPRIEDADE

Para a concepção deste estudo, socorre-se, num primeiro momento, às doutrinas civilistas e administrativistas para apoiar as definições de propriedade e dos demais institutos que a permeiam, visto que o seu conceito se estabelece no âmbito do art.1.2282 da Lei Substantiva Civil, observando que não se distanciará da órbita administrativista que é o cerne do presente trabalho.

A propriedade é o mais completo dos direitos subjetivos e pode ser considerado como o principal ponto do Direito das Coisas. Trata-se de um direito real3 que recai sobre a coisa, seja ela móvel ou imóvel, tangível ou intangível, material ou imaterial, e que independe, para o seu exercício, de prestação de quem quer que seja. Pode-se asseverar, ainda, que ao seu titular seja conferida a prerrogativa de usar, gozar e dispor da coisa, bem como de reivindicá-la de quem quer que injustamente a detenha.

Nesse olhar, vale destacar a lição da mestra Diniz (2007, p. 113-114)

> Poder-se-á definir, analiticamente, a propriedade, como sendo o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha.

Diante dessas bases, denota-se que o conceito de propriedade se estende além do uso, gozo e disposição do bem

2 Código Civil: Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

3 Segundo o art. 1.225, inciso I, do Código Civil Brasileiro, a propriedade encontra-se inserida como um dos direitos reais.

que se detém a propriedade, sendo oponível a sua defesa contra terceiros, inclusive com o manejo de força para efetivar essa proteção.

É patente que, embora o direito de propriedade tenha a sua proteção como um preceito constitucional4, ancorado em uma visão hodierna, vigora em nosso ordenamento jurídico a concepção do seu caráter não absoluto, vinculando-se aos limites impostos na aplicabilidade de sua função social.

A propriedade não é apenas a soma de diversos atributos. Sob uma análise mais aprofundada trata-se de um direito que compreende o poder de agir diversamente em relação ao bem, usando, gozando ou dispondo dele, observando-se as disposições restritivas e supressivas, insertas na Carta Política e na legislação infraconstitucional, sobretudo a obrigatoriedade de aplicabilidade de sua função social.

Externando os ensinamentos jurídicos do saudoso professor Meirelles (2009, p. 604), leciona que

> A nossa Constituição assegura o direito de propriedade, mesmo porque é um direito individual por excelência, do qual resulta a prosperidade dos povos livres. Mas a propriedade de há muito deixou de ser exclusivamente o *direito subjetivo do proprietário* para se transformar na *função social do detentor da riqueza,* na expressão feliz de Duguit. É um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade. É uma projeção da personalidade humana e seu complemento necessário, mas nem por isso a propriedade privada é intocável.

4 Constituição Federal
Art. 5º ...
XXII - é garantido o direito de propriedade;

> Admite limitações ao seu uso e restrições ao seu conteúdo em beneficio da comunidade. Diante dessa realidade, a Constituição da República garante a propriedade (art. 5º), mas permite a *desapropriação,* mediante prévia e justa indenização (art. 5º, XXIV), autoriza a *requisição* em caso de perigo público iminente e em tempo de guerra, com indenização *a posteriori* (arts. 5º, XXV, e 22, III), e lhe atribui *função social* (arts. 5º, XXIII, e 170, III).

Nessa esteira, deve-se pensar a propriedade sob a égide do exercício de sua função social, que consiste em uma série de encargos, ônus e estímulos que formam um complexo de recursos que remetem o proprietário a direcionar o seu bem às finalidades no contexto coletivo.

Por fim, vale dizer que a função social, portanto, é princípio básico que incide no próprio conteúdo do direito de propriedade, somando-se às quatro faculdades conhecidas (usar, gozar, dispor e reivindicar). Em outras palavras, a função social converte-se em um quinto elemento da propriedade. Enquanto os quatro primeiros elementos estruturais são estáticos, o elemento funcional da propriedade é dinâmico e assume um decisivo papel de controle sobre os demais.

3. FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA

No que pertine as formas interventivas, deve-se trazer à baila a interpretação das palavras da professora Marinela, (p. 163), a qual leciona que para o Estado, para concretizar a finalidade pública, necessita, por vezes, atingir esferas jurídicas de terceiros,

impondo-lhes restrições parciais ou integrais, transitórias ou definitivas. Isso decorre em vista de que, para a satisfação das necessidades coletivas, nem sempre a ação estatal pode ser realizada diretamente por servidores em favor dos cidadãos ou através da utilização de bens que compõem o patrimônio público.

Em determinadas circunstâncias mostra-se imperioso que a Administração Pública intervenha sobre propriedade e/ou atividades particulares, condicionando-Ihes o desempenho e sua amplitude, visando harmonizá-los com a função social. Pois os fundamentos da intervenção na propriedade privada e atuação no domínio econômico repousam na necessidade de proteção do Estado aos interesses coletivos, que representam o Direito do maior número e, por isso mesmo, quando em conflito com os interesses individuais, estes cedem àqueles, em atenção ao direito da maioria, que é a base do regime democrático.

Em outro contexto, cabe ao Estado limitar ou até mesmo suprimir a propriedade de terceiros, uma vez que, apenas assim, o interesse público perseguido realizar-se-á. Nota-se que o Estado intervém na propriedade alheia, impondo limites parciais ao seu exercício ou até mesmo excluindo-a como bem pertencente à esfera jurídica do terceiro.

A intervenção do Estado na propriedade funda-se na potestade que decorre da supremacia do interesse coletivo e que autoriza a sua intervenção junto a bens alheios, os quais, embora não integrem o patrimônio público neste momento, sujeitam-se às normas e aos atos resultantes do poder extroverso estatal.

É pacífica a concepção de que o Estado, como tutor dos interesses sociais, tem poder de império instrumental à satisfação

das necessidades coletivas, mostram-se lícito, respeitados os contornos da juridicidade, restringir o exercício do direito de propriedade do particular ou até mesmo suprimir-lhe a existência, mediante a incorporação coercitiva do bem ao patrimônio público.

Deve-se relembrar, pela importância de que se reveste o assunto, que o Direito de Propriedade tem garantia da Carta Política, inteligência do art. 5º, XXII. Entretanto, o próprio ordenamento constitucional, em posição diametralmente oposta a essa garantia, exige que a propriedade assuma a condição de atender à função social, exegese do art. 5º, inciso XXIII[5].

Para o douto professor Gasparini (2008, p. 795)

> São dois os fundamentos da intervenção: o político e o jurídico. O fundamento político da intervenção do Estado na propriedade privada e no domínio econômico é a proteção dos interesses da comunidade contra qualquer conduta anti-social da iniciativa particular, enquanto o jurídico é qualquer disposição consignada na Constituição ou na legislação infraconstitucional. No Direito brasileiro, o fundamento jurídico da intervenção ora está na Constituição da República, ora nas leis ordinárias.

Para o ilustre doutrinador Carvalho Filho (2010, p. 885)

> Essa intervenção tornamos a frisar, pode ser categorizada em dois grupos: de um lado, a intervenção restritiva, através da qual o Poder Público retira algumas das faculdades relativas ao domínio, embora salvaguarde a propriedade em favor do dono; de outro, a intervenção supressiva, que gera a transferência da propriedade de seu dono para o Estado, acarretando, por conseguinte, a perda da propriedade.

5 Art. 5º. ...
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

As intervenções estatais – sejam elas, federal, estaduais ou municipais – na propriedade particular são categorizadas em dois grupos, as de ordem restritivas e supressivas.

As primeiras, impõem ao particular, restrições e condicionamentos a utilização da propriedade, sem, no entanto, despojá-la de seu dono. Nas segundas, há transferência do bem coercitivamente para o Poder Público.

4. FORMAS DE INTERVENÇÃO RESTRITIVA

No âmbito da intervenção restritiva, a Administração Pública impõe limitações ou condiciona o uso da propriedade privada, sem retirar do proprietário o domínio da coisa. Adotando a explicação do professor Carvalho Filho (2010, p. 846),

> este não poderá utilizá-la a seu exclusivo critério e conforme seus próprios padrões, devendo subordinar-se às imposições emanadas pelo Poder Público, mas, em compensação, conservará a propriedade em sua esfera jurídica.

Pode-se citar nessa seara a limitação administrativa, servidão pública, ocupação temporária, requisição administrativa e tombamento. Em decorrência de suas características, abrangências e implicações serão abordadas de forma dicotomizada.

5. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA

Adotando a visão do professor Gasparini (2008, p. 873), a Limitação Administrativa "é conceituada como toda a imposição do Estado, de caráter geral, que condiciona direitos dominiais do proprietário, independente de qualquer indenização".

São restrições gerais e abstratas emanadas do exercício do poder de polícia, que tolhem o poder individual de uso, gozo ou disposição de um número indeterminado de propriedades, sejam elas privadas ou públicas, tendo natureza de direito pessoal.

No que concerne ao tema, o professor o Meirelles (2009, p. 638-639) ensina que

> Limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social.
>
> As limitações administrativas são preceitos de ordem pública. Derivam comumente, do poder de polícia inerente e indissociável da Administração e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob tríplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer). No primeiro caso, o particular fica obrigado a realizar o que a Administração lhe impõe; no segundo, deve abster-se do que lhe é vedado; no terceiro, deve permitir algo em sua propriedade.

Consubstanciado nas lições doutrinárias acima, pode-se asseverar que as limitações administrativas são formas de intervenção de caráter restritivas, visto que não afetam o Direito de Propriedade e sim, impõem ao proprietário restrições e condição em favor do interesse público.

Dessa forma, é pacífica doutrina no sentido de que as limitações podem ser impostas pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, dependendo o seu exercício de acordo com a competência constitucional. Nesse sentido Carvalho Filho (2010, p. 610) em uma leciona que

> As normas genéricas, obviamente, não visam a uma determinada restrição nesta ou naquela

> propriedade, abrangem quantidade indeterminada de propriedades. Desse modo, podem contrariar interesses dos proprietários, mas nunca direitos subjetivos. Por outro lado, não há prejuízos individualizados, mas sacrifícios gerais a que se devem obrigar os membros da coletividade em favor desta.

O Superior Pretório de Justiça em relação à problemática da indenização assim determinou no Recurso Especial nº 1170561/SP, *litteris*

> Recurso Especial. Processual Civil e Administrativo. Conduta Legal da Administração Em prol da coletividade. Alegado prejuízo financeiro não-indenizável.
>
> **1. O aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, que, em se tratando de limitação administrativa imposta genericamente a todos os proprietários, não há qualquer direito de indenização**.
>
> 2. Por este motivo, adota-se a firme orientação desta Corte no sentido de que não viola o art. 535 do CPC, e tampouco o art. 458 do CPC, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.
>
> 3. Quanto ao mérito, trata-se de fechamento de acesso à parte da rodovia, devido à existência de pedágio, que causou supostos prejuízos ao recorrente. Alega, dentre outras coisas, que houve fechamento de uma das vias de acesso à sua residência e a consequente desvalorização do imóvel.
>
> 4. *In casu*, não há qualquer fundamentação capaz de concluir-se pela necessidade de indenizar o recorrente. As obras decorrentes da criação do pedágio fizeram cessar um dos acessos à

> residência do particular, porém permanece um outro acesso mesmo que mais distante. **Trata-se aqui de uma conduta legal da Administração que visa privilegiar à coletividade com a criação de melhores rodovias. Não há qualquer direito que regule a indenização por tal restrição**.
>
> 5. Recurso especial a que se nega provimento. (Grifo)

É mister salientar, por fim, que inexiste causa jurídica para qualquer tipo de indenização a ser paga pelo Poder Público, visto que se trata de obrigação abstrata a todos imposta por determinação legal.

6. SERVIDÃO PÚBLICA OU ADMINISTRATIVA

Servidão Pública ou Administrativa são restrições que atingem individual e concretamente o direito de propriedade, tendo natureza de direito real.

O professor Mello (2004, p. 798) assevera que "Servidão administrativa é o direito real que a sujeita um bem a suportar uma utilidade pública, por força da qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto ao seu uso ou gozo."

O professor Salles (2006, p. 781), assim explica o instituto

> A servidão administrativa, ... recai diretamente sobre bens particulares, sendo indenizável o prejuízo que vier a causar ao proprietário do imóvel serviente.
>
> Por serem de ordem pública, as limitações administrativas são regidas Direito Administrativo, ao contrário das restrições ou limitações privadas, que são reguladas pelo Código Civil (arts. 1.277 e ss.).

> A limitação administrativa impõe uma obrigação de fazer (positiva), fazer (negativa) ou de deixar fazer (permissiva). Na primeira hipótese, o particular deve cumprir o que a Administração lhe determina; na segunda fica obrigado a não fazer o que lhe é vedado. Na última, deve permitir a de alguma coisa, imposta pela Administração, em sua propriedade.
>
> Na servidão administrativa, o particular fica obrigado a suportar o uso de sua propriedade pela Administração ou seus delegados, para a realização de uma obra ou serviço público ou, ainda, de um serviço de utilidade pública.

A servidão administrativa incide diretamente sobre o bem, recaindo de forma direta sobre o imóvel do particular, sob a forma de imposições que se caracterizam positivas, negativas e permissivas. A servidão administrativa pode ser instituída através de lei, acordo administrativo ou sentença judicial. Essas premissas são deveras importantes para definição do direito de indenização do particular serviente.

No caso de servidão imposta por disposição legal a doutrina indica que não cabe ato indenizatório do Poder Público. Ratifica-se o entendimento acima exposto, através das palavras da douta professora Di Pietro (2010, p.153)

> Não cabe direito à indenização quando a servidão decorre diretamente da lei, porque o sacrifício é imposto a toda uma coletividade de imóveis que se encontram na mesma situação. Somente haverá direito à indenização se um prédio sofrer prejuízo maior, por exemplo, se tiver de ser demolido.

No que tange à indenização derivada pela servidão instituída por acordo administrativo ou sentença judicial a doutrina tem convergido para que o valor do *quantum* indenizatório abranja o efetivo prejuízo suportado pelo proprietário, entretanto a jurisprudência tem aponta no sentido de estipular um percentual fixo.

Para determinados autores há um percentual fixo que pode ser arbitrado, conforme leciona Di Pietro (2010, p. 153)

> Quando a servidão decorre de contrato ou de decisão judicial, incidindo sobre imóveis determinados, a regra é a indenização, porque seus proprietários estão sofrendo prejuízo em benefício da coletividade. Nesses casos, a indenização terá que ser calculada em cada caso concreto, para que se demonstre o prejuízo efetivo; se este não existiu, não há o que indenizar. No caso da servidão de energia elétrica, que é a mais frequente, a jurisprudência fixa a indenização em valor que varia entre 20% e 30% sobre o valor da terra nua.

O STJ sedimentou o entendimento harmônico com a doutrina, no sentido da indenização pela servidão administrativa deva abranger o valor do prejuízo sofrido pelo proprietário nos termos da decisão exarada no Recurso Especial nº 977875 / RS, *in verbis*

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. CISÃO DE EMPRESAS. RESPONSABILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROVATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. PRAZO PRESCRICIONAL. SÚMULA 119/STJ. JUROS COMPENSATÓRIOS. SÚMULA 69/STJ. TERMOS INICIAL. EFETIVA OCUPAÇÃO.
>
> 1. A cisão de empresas e a verificação de suas condições, no afã de perquirir a *legitimatio ad causam* é matéria fática (Súmula 07/STJ).
>
> 2. *In casu*, o Tribunal analisou as questões relevantes à luz do contexto fático-probatória a saber:
>
> a) ilegitimidade passiva *ad causam, litteris*:
>
> "Sem cabimento a pretensão de ilegitimidade passiva da CEEE, porquanto não ocorreu a

extinção da Companhia, mas uma cisão entre as empresas, portanto, responde esta pelas obrigações e responsabilidades assumidas. Assim, entendo que a CEEE é parte legítima para figurar no pólo passiva (sic) desta demanda"

b) o modo de intervenção na propriedade, *litteris*:

"Primeiro, porque esdrúxula a pretensão de evitar, fugir da responsabilidade de efetuar o pagamento da indenização e ao depois pela própria aplicação da Súmula n. º 119 do Superior Tribunal de Justiça (...)".

3. As servidões administrativas, em regra, decorrem diretamente da lei (independente de qualquer ato jurídico, unilateral ou bilateral) ou constituem-se por acordo (precedido de ato declaratório de utilidade pública) ou por sentença judicial (quando não haja acordo ou quando adquiridas por usucapião), por isso que não observadas as formalidades necessárias, em atenção ao princípio da eficiência e da continuidade do serviço público, deve ser mantida a servidão, com **a indenização correspondente à justa reparação dos prejuízos e das restrições ao uso do imóvel,** como ocorre com a desapropriação indireta, obedecido o regime jurídico desta. Precedente: REsp 857596/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ. 19/05/2008.

4. Consectariamente, pertinente a aplicação da Súmula 119/STJ e a inaplicação do art. 10, do Decreto-lei nº 3.365/41, porquanto "o prazo de que trata o art. 10 do Decreto-lei 3.365/41 dirige-se ao expropriante, a quem cabe ajuizar a ação de desapropriação direta ou efetivar acordo dentro do prazo quinquenal, o que não se confunde com o prazo vintenário de que dispõe o expropriado para intentar ação de desapropriação indireta (Súmula 119/STJ)". (Resp. 788282/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 30.04.07).

5. O prazo prescricional da ação de desapropriação indireta é vintenário, não se aplicando o lapso

> qüinqüenal estabelecido pelo DL 20.910/32, matéria que, ademais, foi sumulada no verbete n. 119 do STJ, que dispôs: "A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos".
>
> 6. Os juros compensatórios na desapropriação indireta são devidos a partir da efetiva ocupação do imóvel, nos exatos termos da Súmula 69/STJ: "Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação no imóvel". (Precedente: REsp 1111829/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009, decisão submetida ao regime dos recursos repetitivos, art. 543-C, do CPC). 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (grifo)

Dessa forma, pode-se entender que o *quantum* indenizatório deve ser diretamente proporcional aos prejuízos e as restrições impostas ao bem serviente.

7. OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA

A Ocupação Temporária pode ser entendida como uma forma de intervenção pela qual a Administração Pública utiliza, em caráter transitório, imóveis privados com forma de apoio à execução de obras e serviços públicos.

O referido instituto encontra-se amparo no atendimento da função social da propriedade preceituado no art. 5º, inciso XXIII, da Carta Política e sua fundamentação deriva de preceito constitucional estatuído também no art. 5º, inciso XXV[6], quando há por necessidade de ocupar terrenos não edificados vizinhos às obras públicas, quando necessárias à sua realização.

6 Art. 5º. ...
XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

A professora Carvalho (2009, p. 1023) leciona que

> A ocupação temporária é um ato administrativo unilateral que enseja a utilização transitória, remunerada ou gratuita de imóveis particulares pelo Poder Publico, para o atendimento de necessidade administrativa comuns como a execução de obras, serviços ou atividades públicas ou de interesse público.

No que tange à indenização, o art. 36 do Decreto-lei nº 3365/41[7] preceitua que esta se proceda por intermédio de ação própria, destacando-se que a judicialização apenas ocorrerá se não houver acordo administrativo com o titular do bem, sob a forma de arrendamento.

Nessa linha de pensamento o mestre Motta (2004, p. 801)

> Assim como a servidão e a requisição, a ocupação temporária poderá ou não ser passível de indenização, consoante disposto no art. 36, do Decreto-Lei n. 3.365/4. O mesmo artigo determina que o Poder Público preste caução caso o proprietário exija. A indenização, quando cabível, pode efetivar-se no âmbito administrativo mediante acordo, ou, ainda, por meio de sentença judicial.

Denota-se que é devido pela Administração Pública, além da monta correspondente ao arrendamento, a importância atinente aos eventuais prejuízos sofridos pelo proprietário resultantes da ocupação.

Outro aspecto importante no âmbito do instituto aqui em estudo é a competência para autorizar a ocupação temporária.

7 Decreto-lei nº 3.365/41

...

Art. 36. É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização.

Para o doutrinador Salles (2006, p.758-759)

> A ocupação temporária, desde que observados os requisitos legais, é direito que pode ser exercido não só pelo expropriante (União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios e suas autarquias, empresas concessionárias de serviço público e entidades delegadas, desde que autorizadas, por lei ou contrato, a promover a desapropriação, nos termos do art. 3° do Dec.-lei 3.365/1941), como pelos que são executores da obra (empreiteiros) ou fornecedores de material.
>
> Todavia, embora o art. 36 do Dec.-Iei 3.365/1941 silencie a respeito, entendemos que a ocupação temporária deve ser autorizada por ato administrativo próprio (decreto), a ser baixado, sempre, pela entidade de direito público interno que houver determinado a execução da obra. Nesse sentido, confira-se a *RTJ 84/592.*
>
> As autarquias, empresas concessionárias de serviço público e entidades paraestatais autorizadas a simplesmente *promover* desapropriações (art. 3° do Dec.-lei 3.365/1941) só poderão ocupar temporariamente terrenos não edificados e necessários à execução das obras desde que haja ato, baixado pela entidade (União, Estados, Municípios, Distrito Federal ou territórios) a que estejam vinculadas, autorizando a ocupação. Com maior razão, esse ato será indispensável nos casos em que a ocupação provisória se der por empreiteiros ou fornecedores de matérias.

Apesar de a ocupação temporária poder ser utilizada por empreiteiros e fornecedores em nome do Poder Público, imperioso se faz a edição de norma administrativa que autorize esses, sob pena de ocupação ilegal da propriedade privada.

8. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA

Outro meio de intervenção do Poder Público na propriedade privada é a requisição, que apenas tem sua aplicabilidade condicionada às situações de perigo público

iminente, a sua base constitucional deriva do art. 5º, inciso XXV, onde se depreende do Texto Constitucional que no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

O professor Carvalho Filho (2010, p. 855), assinala que a requisição "é a modalidade intervenção estatal através da qual o Estado utiliza bens moveis, imóveis e serviços particulares em situação de perigo público iminentes".

A Requisição Administrativa deve ser fundada em urgência e iminente perigo, podendo incidir sobre bens móveis, imóveis ou sobre serviços.

Em outro sentido, destaca-se que se o bem for fungível não terá condições de haver devolução, assemelhando-se à desapropriação. Entretanto, distingue-se desta em decorrência da indenização ser posterior e não haver necessidade de intervenção judicial para se obter a imissão na posse, em virtude de ser auto-executável.

Nesse sentido o professor Meirelles (2009, p. 636) aduz que

> A requisição de coisas móveis e fungíveis assemelha-se à desapropriação, mas com ela não se confunde, primeiro porque a indenização é *a posteriori;* segundo porque é executada diretamente pela Administração, independentemente de ordem judicial para imissão na posse.

Outro traço peculiar da requisição administrativa reside na auto-executoriedade, ou seja, desnecessidade de autorização prévia judicial ou indenização.

A professora Carvalho (2009, p. 1032) assevera que

> A requisição administrativa é instituída por ato administrativo unilateral e autoexecutório. Assim sendo, basta a manifestação de vontade do Estado para a sua existência jurídica (unilateral idade). Outrossim, o ato possui força de coerção material e direta junto aos bens e aos serviços requisitados, independentemente da aquiescência dos terceiros atingidos ou da necessidade de o Poder Público recorrer previamente ao Judiciário (autoexecutoriedade). Isto não impede, à obviedade, que terceiros que tenham sofrido restrições indevidas em razão da requisição administrativa pleiteiem revisão judicial, com fundamento no artigo 5°, XXXV, da CR.

A douta escritora Di Pietro (2010, p. 137) acrescenta que

> Em qualquer das modalidades, a requisição caracteriza-se por ser procedimento unilateral e autoexecutorio, pois independe da aquiesciência do particular e da prévia indenização do Poder Judiciário; é em regra oneroso, sendo a indenização a posteriori. Mesmo em tempo de paz, só se justifica em caso de perigo público eminente.

Das doutas lições emanadas pelos mestres, ratificadas pelo saudoso professor Meirelles (2009, p. 590), deriva-se o entendimento de que a requisição não depende de intervenção prévia do Judiciário para a sua consecução, em virtude de ser ato de urgência não se compatibiliza com o controle jurisdicional a *priori,* sendo sempre ato de império da Administração Pública, discricionário no que tange ao objeto e oportunidade da medida, mas vinculado à existência de perigo público eminente e condicionado à autorização legislativa quanto à competência requisitante, a finalidade do ato e, quando for pertinente, ao procedimento adequado.

9. TOMBAMENTO

É uma das formas de intervenção na propriedade privada que se configura sob a forma de restrição da propriedade privada que visa à proteção do patrimônio histórico ou artístico nacional, podendo recair sobre bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, públicos ou privados, cuja preservação seja de interesse público por estarem ligados a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico.

O Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1706/DF, definiu o tombamento no contexto da decisão, *verbis*

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 1.713, DE 3 DE SETEMBRO DE 1.997. QUADRAS RESIDENCIAIS DO PLANO PILOTO DA ASA NORTE E DA ASA SUL. ADMINISTRAÇÃO POR PREFEITURAS OU ASSOCIAÇÕES DE MORADORES. TAXA DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO. SUBDIVISÃO DO DISTRITO FEDERAL. FIXAÇÃO DE OBSTÁCULOS QUE DIFICULTEM O TRÂNSITO DE VEÍCULOS E PESSOAS. BEM DE USO COMUM. TOMBAMENTO. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA ESTABELECER AS RESTRIÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 2º, 32 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.
>
> 1. A Lei n. 1.713 autoriza a divisão do Distrito Federal em unidades relativamente autônomas, em afronta ao texto da Constituição do Brasil --- artigo 32 --- que proíbe a subdivisão do Distrito

> Federal em Municípios. 2. Afronta a Constituição do Brasil o preceito que permite que os serviços públicos sejam prestados por particulares, independentemente de licitação [artigo 37, inciso XXI, da CB/88]. 3. Ninguém é obrigado a associar-se em "condomínios" não regularmente instituídos. 4. O artigo 4º da lei possibilita a fixação de obstáculos a fim de dificultar a entrada e saída de veículos nos limites externos das quadras ou conjuntos. Violação do direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção. A Administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum. 5. **O tombamento é constituído mediante ato do Poder Executivo que estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade. Incompetência do Poder Legislativo no que toca a essas restrições, pena de violação ao disposto no artigo 2º da Constituição do Brasil.** 6. É incabível a delegação da execução de determinados serviços públicos às "Prefeituras" das quadras, bem como a instituição de taxas remuneratórias, na medida em que essas "Prefeituras" não detêm capacidade tributária. 7. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 1.713/97 do Distrito Federal.

O ilustre autor Gasparini (2008, p. 804) leciona que o tombamento

> ... incide sobre a propriedade, limitando, em relação ao seu proprietário, os poderes de uso, gozo, disposição e destruição. Pode ser definido como sendo *a submissão de certo bem, público ou particular, a um regime especial de uso, gozo, disposição ou destruição em razão de seu valor histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.*

Ainda, adota-se o entendimento do ilustre mestre Gasparini (2008, p. 298), no sentido de que o fundamento da

atribuição de tombar exercida pelo Poder Público, é tríplice: político, constitucional e legal. No que pertine ao fundamento político reside no domínio eminente reconhecido e exercido pelo Estado sobre todas as coisas, bens e pessoas situados em seu território. Em relação ao constitucional está explicitado no art. 216, § 1º, da Lei Maior[8]. O fundamento legal, no âmbito da União, está no Decreto-Lei Federal nº 25/37, conhecido como a Lei do Tombamento, e em alterações posteriores. A União, os Estados-membros e o Distrito Federal, nos termos do art. 24, inciso VII[9], da Lei Maior, podem legislar concorrentemente[10]

8 Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

...

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

9 Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

...

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

10 Sobre competência concorrente União/Estado/Distrito Federal (CF, art.24, o professor Alexandre de Moraes ensina que "o art. 24 da Constituição Federal prevê as regras de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, estabelecendo quais as matérias que deverão ser regulamentadas de forma geral por aquela e específica por esses. Determina a Constituição competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrente mente sobre: direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico. É pacífico que o Estado-membro possui competência concorrente para legislar sobre direito tributário, financeiro e econômico, nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal, desde que não viole as normas gerais do sistema monetário federal, inclusive para legislar sobre atualização do valor do ICMS;
orçamento;
juntas comerciais;
custas dos serviços forenses;
produção e consumo;

sobre essa matéria, cabendo a União a edição de normas gerais a respeito (art. 24, § 1º da Constituição Federal[11]).

Outro aspecto relevante inserto no tombamento reside na pertinência ou não de indenização, para discussão do tema Carvalho Filho (2010, p. 879) assevera que

> ... sobre o aspecto da indenizabilidade. O

---

florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
responsabilidade por dano ao meio ambiente, [1] ao consumidor, a bens e direitos
de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
educação, cultura, ensino e desporto;
criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;
procedimentos em matéria processual;
previdência social, proteção e defesa da saúde;
assistência jurídica e defensoria pública;
proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
proteção à infância e à juventude;
organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

No âmbito da legislação concorrente, a doutrina tradicionalmente classifica-a em *cumulativa* sempre que inexistirem limites prévios para o exercício da competência, por parte de um ente, seja a União, seja o Estado-membro, e em *não cumulativa,* que propriamente estabelece a chamada repartição vertical, pois, dentro de um mesmo campo material (concorrência material de competência), reserva-se um nível superior ao ente federativo União, que fixa os princípios e normas gerais, deixando-se ao Estado-membro a complementação.
A Constituição brasileira adotou a *competência concorrente não-cumulativa* ou *vertical* de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e o Distrito Federal especificá-las, através de suas respectivas leis. E a chamada *competência suplementar* dos Estados-membros e Distrito Federal (CF, art. 24, § 2º).

11 Art. 24. ...
§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

> tombamento, por significar uma restrição administrativa que apenas obriga o proprietário a manter o bem tombado dentro de suas características para a proteção do patrimônio cultural, não gera qualquer dever indenizatório para o Poder Público, e isso porque nenhum prejuízo patrimonial é causado ao dono do bem. Somente se o proprietário comprovar que o ato de tombamento lhe causou prejuízo, o que não é a regra, é que fará jus à indenização.

Sob este prisma, pode-se entender que há duas hipóteses em relação à indenização no âmbito do tombamento:

A um, se a intervenção transmuta-se em desapropriação indireta, há o dever de indenizar o valor integral do bem cujos poderes dominiais foram suprimidos.

A dois, se o tombamento se mantém como intervenção parcial no direito de propriedade de um terceiro, será diante de cada caso concreto que se identificará a imposição de prejuízos, ou não, ao titular do bem tombado e a presença, ou não, do conseqüente dever de ressarcir.

Assim sendo, se o tombamento acarretar apenas ônus sobre o bem, não se pode afirmar, *a priori,* se deve ou não gerar com conseqüência a indenização. Esta só pode ser deduzida como forma de compensação de prejuízo que afete de maneira significativa o titular.

10. FORMAS DE INTERVENÇÃO SUPRESSIVA

Na intervenção supressiva tem-se como objetivo transferência do domínio do bem, seja ele móvel ou imóvel, acarretando a perda da propriedade.

A forma de intervenção supressiva mais conhecida é a desapropriação, a qual será estudada de forma mais detalhada nos capítulos seguintes do presente estudo.

10.1 DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação é um instituto do Direito Administrativo. Entretanto, a sua natureza, seus limites e seus efeitos derivam de uma opção política delineada na Constituição Federal. Se inexistisse uma ideologia política atinente à propriedade e à exigência de sua função social, seria decerto impertinente conceber qualquer processualística administrativa ou judicial desapropriatória.

Dessa forma, mostra-se pertinente o entendimento da Carvalho (2009, p. 1.004), no sentido de considerar que a supressão coercitiva do direito de propriedade pelo Estado, sem a necessidade da aquiescência do titular do bem, não se assenta em mera casuística de força autoritária da Administração Pública.

Nos termos constitucionais, assevera-se que a propriedade não é um direito absoluto, entretanto a Carta Política e legislação infraconstitucional concebem a proteção jurídica desse direito – Art. 5º inciso XXII[12], estipulando procedimento específico para a intervenção do Estado na propriedade, sobretudo em relação à desapropriação.

O atual Texto Constitucional, ao pensar e dispor sobre o direito de propriedade impôs-lhe um ônus, a função social ao seu titular - Art. 5º inciso XXIII[13] -, configurando essa função

12 Art. 5º. ...
XXII - é garantido o direito de propriedade;

13 Art. 5º. ...
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

como um dever exigido do proprietário que, se, descumprido, permite o desencadeamento da desapropriação do bem pelo Poder Público - artigos 182, § 4°, III[14] e 184/CF[15] -, que depois de cumpridas dadas exigências e os trâmites procedimentais previstos em nosso ordenamento jurídico.

Sob outro prisma, o legislador possibilitou além da natureza sancionatória pela eventual inobservância da função social inerente ao bem, a possibilidade de haver desapropriação para atender um interesse da sociedade ou para fins de utilidade ou necessidade pública, mediante indenização prévia, justa e em dinheiro - artigo 5°, inciso XXIV/CF[16].

14 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

...

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

...

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

15 Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

16 Art. 5º. ...

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Ainda se pode arguir que, visando o objetivo de bem estar da coletividade, ainda há o caso da desapropriação-confisco - artigo 243/CF[17].

Os dispositivos citados evidenciam não ser adequada uma configuração simplista do instituto supressivo. A desapropriação não pode ser embasada apenas na idéia de domínio eminente, ou seja, no poder positivo, estatuído sob a forma de supremacia, que a Administração Pública detém sobre as pessoas que residem e bens que se localizam em seu território.

Muito além do poder extroverso do Estado como fundamento, é preciso reconhecer serem múltiplos os pressupostos, diversas as modalidades e distintos os procedimentos a serem observados quando da desapropriação para aplicar-lhes as hipóteses específicas.

Para melhor delimitar a abrangência do presente estudo, esclarece-se que em virtude da amplitude e direcionamento, as questões aqui aprofundadas serão as vinculadas a desapropriação por utilidade e necessidade pública e de interesse social, preceituadas no art. 5º, inciso XXIV da Constituição Federal e disciplinadas pelo Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 – o qual dispõe sobre desapropriações por utilidade pública -, e Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962 – a qual define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação.

17 Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

O procedimento desapropriatório é forma mais forte de intervenção do Estado na propriedade privada, visto que tem o objetivo de transferir a titularidade do bem para a Administração Pública direta, indireta ou a seus agentes delegados, em razão disso, esse processo deve obedecer rigorosamente aos preceitos constitucionais e legais, alhures mencionados, para que se evitem possíveis injustiças.

10.2 REQUISITOS CONSTITUCIONAIS

A desapropriação apenas deve ser considerada legitima se estiverem presentes os requisitos estatuídos na Carta Política, mais precisamente no art. 5º, inciso XXIV, que textualmente determina

> XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Nessa seara, destacam-se como requisitos constitucionais para que se inicie o procedimento de desapropriação a existência de hipóteses de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social e que apenas se efetive mediante justa e prévia indenização em dinheiro.

De uma forma mais sintética pode-se elencar como principais requisitos constitucionais para a processualística desapropriatória a necessidade pública, a utilidade pública, o interesse social, a justa indenização, a prévia indenização e a indenização em dinheiro. Cada requisito será estudado individualmente com maior profundidade a seguir.

10.3 NECESSIDADE PÚBLICA

A desapropriação por necessidade pública enquadra-se em situações que o Poder público, "para atender a situações anormais que se lhe apresentam, tem que adquirir o domínio e o uso de bens de terceiros", como ensina o ilustre mestre Gasparini (2008, p. 824).

De outra forma, pode-se asseverar que nestes casos a Administração Pública encontra-se diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser removido, nem adiado, e, cuja solução seja indispensável incorporar ao domínio do Estado o bem do particular.

O professor Alexandrino (2007, p. 600), detalha mais, aduzindo que

> A necessidade pública decorre de situações de emergência, cuja solução exija a desapropriação do bem. Na necessidade pública, para a situação de emergência ser resolvida satisfatoriamente, faz-se necessária a transferência urgente de bens de terceiros para o Poder Público. A desapropriação imediata de imóvel para salvaguardar a segurança nacional (ou para fazer face a uma calamidade pública), é caso de necessidade pública.

Nessa modalidade as hipóteses possíveis encontram-se elencadas no art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365/41 – Lei Geral das Desapropriações.

10.4 UTILIDADE PÚBLICA

No âmbito da utilidade pública, considera-se configurada a utilização da propriedade que é conveniente e vantajosa ao interesse público, mas constitui um imperativo irremovível.

Trata-se de situações normais em que o Estado necessita adquirir bens, sem uma urgência eminente.

As possibilidades consideradas de utilidade pública encontram-se elencadas também no art. 5º, do Decreto-Lei nº 3.365/41.

Ressalta-se que o referido Diploma Legal apenas utiliza de forma genérica a expressão utilidade pública, abrangendo tantos os casos de desapropriação que configuram situações emergenciais quanto hipóteses de conveniência.

De tal sorte que Alexandrino (2007, p. 600), observa que

> Entretanto, como a própria Constituição utiliza a expressão "necessidade pública" (art. 5º, XXIV), não podemos concluir que esse conceito tenha deixado de existir. A solução que nos parece mais razoável é adotar a distinção entre utilidade e necessidade pública, para efeitos didáticos, mas considerar que utilidade pública, nos termos da lei, é uma denominação genérica, que abrange todos casos de desapropriação não enquadrados como de interesse social, incluídos os casos doutrinariamente classificados como de necessidade pública. De qualquer forma, o importe é ressaltar que o regime jurídico da desapropriação por utilidade ou por necessidade pública é o mesmo e um só.

A controvérsia sobre a extinção dos casos de necessidade pública deriva em razão do dispositivo legal que relaciona as hipóteses da desapropriação, tanto por necessidade pública quanto por utilidade publica indicar apenas o termo utilidade pública, causando dúvidas entre os doutrinadores, entretanto majoritariamente o entendimento é que o art. 5º abarca essas duas modalidades.

10.5 INTERESSE SOCIAL

O interesse social configura-se quando o estado está diante dos chamados interesses sociais, isto é, daqueles diretamente atinentes às camadas mais pobres da população e à massa do povo em geral, concernentes à melhoria nas condições de vida, a mais equitativa distribuição da riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade.

Para Meirelles (2009, p. 615-616), o interesse social

> ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para o seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público. Esse *interesse social* justificativo de desapropriação esta indicado na *norma própria* (Lei 4.132/62) e em dispositivos esparsos de outros diplomas legais. O que convém assinalar, desde logo, é que os bens desapropriados por *interesse social* não se destinam à Administração ou a seus delegados, mas sim à coletividade ou, mesmo, a certos beneficiários que a lei credencia para recebê-los e utilizá-los convenientemente.

Observa-se que, no âmbito do interesse social há situações em mais se destaca a função social da propriedade, visto que certas circunstâncias impõem a destinação da propriedade, para sua melhor utilização em benefício da coletividade. Para melhor concretizar a assertiva anterior, pode-se citar a construção de residências para a população de baixa renda como uma das hipóteses de interesse social, visto que demonstração a preocupação do Estado em dar à propriedade um uso, segundo a sua função social.

10.6 INDENIZAÇÃO PRÉVIA

Por indenização prévia entende-se que o desapropriado deve receber o dinheiro antes de perder a propriedade. Embora essa regra pareça ser o senso comum, a doutrina já admite, nos casos de desapropriação amigável que o pagamento seja efetuado após a transferência da propriedade (registro da escritura pública de desapropriação no Cartório de Imóveis), desde que haja concordância do expropriado. Essa prática mostra-se mais segura para a Administração pública.

Sobre o assunto a professora Di Pietro (2010, p. 167) afirma

> a desapropriação, quando incide sobre imóvel, somente se completa depois de efetuado o pagamento ou a consignação, pois, caso contrário, desatender-se-ia o mandamento constitucional da prévia indenização. Depois disso, a sentença que fixa o valor da indenização constitui título hábil para transcrição no Registro de Imóveis (art. 29 do Decreto-lei nº 3.365/41).

Dessa forma havendo uma condenação judicial em face do Poder Público que propôs a ação, o bem móvel ou imóvel apenas será considerado desapropriado e poderá ser transferido para o seu nome após o pagamento, mesmo já sendo constituído o precatório, em razão do princípio constitucional da prévia indenização.

10.6 INDENIZAÇÃO JUSTA

A indenização justa deve representar o valor real do bem. A legislação não define o conceito. Entretanto a doutrina e a jurisprudência sobre o tema afirmam que “o valor do bem é

aquele pago pelo Poder Público é o que permite ao expropriado adquirir outro equivalente*"* (*RDA, 103:200*), ou ainda, justa é a indenização paga ao expropriado e que mantém inalterável seu patrimônio. Se for judicial, englobam os honorários advocatícios, honorários do perito, custas processuais, juros compensatórios e moratórios, correção monetária.

Meirelles (2009, p. 623), define que

> a *indenização justa* é a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio. Se o bem produzia renda, essa renda há de ser computada no preço, porque não será *justa* a indenização que deixe qualquer desfalque na economia do expropriado. Tudo que compunha seu patrimônio e integrava sua receita há de ser reposto em pecúnia no momento da indenização; se o não for, admite pedido posterior, por ação direta, para complementar-se *ajusta indenização.* A justa indenização inclui, portanto, o valor do bem, suas rendas, danos emergentes e lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários de advogado e correção monetária.
>
> *Na justa indenização* inclui-se também a *correção monetária,* tomando-se por base o índice oficial.

No que pertine justa indenização o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº **298192 AgR/CE, assim decidiu**

> Recurso extraordinário. Agravo Regimental. 2. Desapropriação. Justa indenização. Juros. 3. Reexame de fatos e provas. Súmula 279. 4. Ofensa indireta e reflexa. 5. Agravo regimental a que se nega provimento

A configuração de justiça, em sede de desapropriação, passa, na verdade, na estipulação de um valor capaz de possibilitar ao proprietário a reprodução do bem desapropriado, isto é, trata-se de dotar o particular que foi despojado de seu bem de um valor capaz de ser suficiente para aquisição de outro com as mesmas características, nem mais, mas também nem menos – o justo.

10.8 INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO

Indenização "em dinheiro" significa "em moeda corrente do país". Interpretando o entendimento do professor Gasparini (2008, p. 829) sobre indenização em dinheiro, ele deduz, no caso de desapropriação amigável, por se tratar de direito disponível, a indenização pode ser satisfeita, além de em dinheiro, de forma e condições convencionadas, tais como: dinheiro e bens, apenas bens ou serviços. O que não pode ocorrer é a imposição ao desapropriado de receber outra coisa senão dinheiro, caso este queira a liquidação por este meio.

Para Meirelles (2009, p. 625), entende que

> quer dizer que o expropriante há de pagar o expropriado em moeda corrente. Esta é a regra (CF, art. 5º, XXIV). Por exceção constitucional permite-se o pagamento em títulos especiais da dívida pública e da dívida agrária, respectivamente, para os imóveis urbanos que não atendam ao Plano Diretor Municipal e para os imóveis rurais (CF, arts. 182, § 4º, III e 184). Por acordo pode-se estabelecer qualquer outro modo ou forma de pagamento.

Excetuando as hipóteses previstas na própria Constituição Federal, a liquidação do valor estipulado a título de indenização deve ser paga em dinheiro ao expropriado, possibilitando a este à reposição do bem atingindo, o que se remete a problemática da fixação do valor, a qual será detalhada a seguir.

10.9 FIXAÇÃO DO VALOR

Efetivamente para arbitrar-se o *quantum* indenizatório há necessidade da elaboração de uma avaliação, que inicialmente, é administrativa, e servirá para a instrução processual, se a desapropriação for judicial, ou será considerada para efeitos a consumação da desapropriação, caso o cidadão concorde com o seu teor, na hipótese de desapropriação amigável.

No transcurso da ação desapropriatória, haverá a avaliação efetuada por perito designado pelo Juiz, para as hipóteses de se processar a desapropriação por meio judicial. Meireles (2009, p. 625) assevera que

> A fixação da indenização pode ser feita por acordo administrativo ou por *avaliação judicial.* De toda conveniên*cia* é que a Administração acerte amigavelmente com o expropriado o *quantum* da justa indenização, mas, se houver divergência entre a oferta do Poder Público e a pretensão do particular, a controvérsia se resolverá em juízo, mediante avaliação por perito técnico de livre escolha do *juiz,* conforme dispõe o art. 14 do Dec.-lei 3.365/41, com as modificações subseqüentes.
>
> Na *avaliação de imóvel urbano* devem ser considerados todos os fatores valorizantes, especialmente as condições locais, a forma geométrica do terreno e a situação topográfica; a natureza, destinação e utilização do lote; a renda atual auferida pelo proprietário e o estado de conservação das construções; os meios de transporte de que é servido; os valores venais 'dos lotes circunvizinhos e o valor potencial do terreno, tendo-se em vista seu máximo aproveitamento, os gabaritos (número de pavimentos) permitidos pelo Código de Obras do Município e demais peculiaridades do bem avaliado.

> ...
>
> Na *avaliação de imóvel rural,* além dos fatores valorizantes de ordem geral, devem ser levados em consideração a destinação normal da propriedade; a classificação e utilização das terras; as áreas de matas, pastagens e culturas; as atividades agrárias, pastoris ou extrativas que se realizam na gleba; as benfeitorias; a distância das terras aos centros urbanos; os meios de comunicação e transporte que servem o imóvel; as demais utilidades e potencialidades do bem expropriado. Todos esses aspectos estão regulados pela Lei 8.629, de 25.02.93, que foi modificada pela MP 2.183-56, de 24.08.2001.

A avaliação é o instrumento mais adequado para se definir a justa indenização, embora não possa medir com exatidão valores pessoais e afetivos que ligam os administrados ao bem a ser subtraído de seu patrimônio, aos quais não se podem atribuir-lhes um preço baseado em padrões monetários ou financeiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intervenção do Estado na propriedade privada advém de uma gama principiológica baseada no direito de propriedade, admitindo sob a forma restritiva ou supressiva.

Sob a primeira forma interventiva, denota-se que não se transfere o domínio do bem particular, apenas sobre ele incide limitações ao direito de uso e gozo, havendo apenas indenização nas hipóteses em que o titular da propriedade sobre prejuízo. Neste caso, cabe à Administração Pública ressarcir o dano causado no limite a ele imposto.

No que pertine a hipótese da aplicação da forma supressiva, objetiva-se despojar a propriedade de seu titular, devendo haver comprovado interesse coletivo, tendo-se como seu principal instituto a desapropriação.

Nesse prisma, destaca-se que, apesar do instituto da desapropriação encontrar-se no âmbito do Direito Administrativo, a sua natureza, seus limites e seus efeitos vinculam-se a uma opção política determinada e delineada na Carta Cidadã.

Se os ditames constitucionais não contemplassem uma ideologia política atinente à propriedade e à exigência de sua função social, seria decerto impertinente conceber qualquer processualística administrativa ou judicial desapropriatória.

Sob esse olhar, não se pode perder de vista que o instituto envolve aspectos de natureza política, administrativa, econômica e social.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. Paulo, Vicente. **Direito Administrativo.** 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007.

BRASIL. **Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil,** de 05 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. **Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional**.

_____. Decreto-lei n. 3.365 de 1941, de 21 de junho de 1941. **Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública.**

_____. Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.**

_____. **Supremo Tribunal Federal.**

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 23ª ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

CARVALHO, Raquel Melo Urano. C**urso de Direito Administrativo. 2ª ed.**, revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 22ª Ed. Ver. e atualizada. 4º vol. São Paulo: Saraiva, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo. LFG – Intensivo I**, 2009. Disponível em <https://www.scribd.com/doc/151778527/62847500-Direito-Administrativo-LFG-I>. Acesso em 04 de set. 2015.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª Ed. revista, atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 2ª Ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

SALES, José Carlos de Moraes. **A Desapropriação: À Luz da doutrina e da jurisprudência.** 5ª Edição. Sal Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DA NÃO SUBMISSÃO DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS AO REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Roberto Alves Gomes[1]

Rosana Fernandes Magalhães Biancardi[2]

RESUMO: O estudo da Administração Pública sempre perpassou pela análise das entidades privadas que atuavam em paralelo ao Estado, seja na consecução de serviços públicos que lhes foram delegados, seja na prestação de atividades de interesse social deferidas à iniciativa privada, sob a supervisão estatal. Neste cenário, emerge de relevo salutar a figura das entidades componentes do Terceiro Setor, com destaque mais precípuo aos denominados Serviços Sociais Autônomos. A importância social da atuação de tais entidades para nosso Estado Democrático de Direito apresenta-se inquestionável, contudo, tamanho relevo para a esfera jurídica não enseja que estas entidades sejam pacificamente qualificadas e delimitadas, de modo, não obstante a prolongada existência das mesmas, ainda pairar severa divergência no que tange à delimitação de seu regime jurídico. De essencial valia, destarte, mostra-se clarificar não somente o regime jurídico ao qual estão submersas, como também delimitar a submissão ou não de tais entidades ao regramento constitucional pertinente às entidades da Administração Pública, notadamente no que tange às limitações e às prerrogativas.

Palavras-chave: Direito de Propriedade, intervenção, requisição, tombamento, desapropriação.

---

1 Procurador do Estado do Acre, graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós Graduado em Direito Administrativo e em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes.

2 Procuradora do Estado do Acre. Pós Graduada em Direito Público e em Gestão Pública com Ênfase em Controle Externo

1. INTRODUÇÃO

As entidades do Terceiro Setor consistem, atualmente, em figuras de destaque no Direito Administrativo contemporâneo, encontrando-se inseridas no centro de fortes discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca de sua delimitação, de sua natureza jurídica e, principalmente, do regime jurídico ao qual se mostram submetidas.

Não mais se mostra possível limitar a natureza jurídica das relações jurídicas da Administração Pública com terceiros como de gestão ou de império, em que na primeira há um vínculo submetido ao regime jurídico privado, em que a Administração atua na qualidade equivalente a de um particular, despindo-se, para tanto de sua roupagem de pessoa política, enquanto que no segundo há a relação verticalizada típica de Estado frente ao administrado, regida notadamente por um vínculo jurídico de natureza pública, no qual se fazem presentes todas as benesses deferidas ao Estado.

Não se está, aqui, a defender a perda da valia da supracitada divisão. Longe disto. Ainda se mostra a classificação acima descrita válida e útil ao Direito Administrativo. Busca-se, isto sim, delinear de forma clara que as relações jurídicas da Administração não mais se restringem às supracitadas, frente ao novo cenário administrativo que se apresenta, em que desponta possibilidades outras, como no caso das Parcerias Público-Privadas, em que a Administração e o Particular dividem os riscos da operação, bem como no caso das chamadas entidades do Terceiro Setor, que, sem compor a Administração, inserem-se em campos de atuação de competência flagrantemente pública.

Desta feita, diante do crescente relevo que estas entidades vem adquirindo no cenário jurídico, insta abordar de forma mais

pormenorizada a sua natureza jurídica e, principalmente, o regime jurídico ao qual estão submetidas.

2. DA DEFINIÇÃO DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS – "SISTEMA S"

Antes de se adentrar a busca de uma definição ideal acerca das entidades objeto do presente estudo, insta destacar a doutrina pátria nem de longe se mostra uníssona no que tange ao conceito e ao regime jurídico da espécie em questão. A própria denominação utilizada pelos doutrinadores mostra-se por demais plúrima: 'Terceiro Setor"; "Sistema S"; "Serviços Sociais Autônomos"; "Entidades Paraestatais"; "Pessoas de Cooperação Estatal"; dentre outras.

De forma breve e elucidativa, insta esclarecer que as denominações: "Terceiro Setor" e "Entidades Paraestatais" consistem em gêneros nos quais se incluem a figura dos Serviços Sociais Autônomos.

A doutrina administrativista, socorrendo-se de conceitos econômicos, utiliza-se da expressão Terceiro Setor para qualificar as entidades privadas sem fins lucrativos que se prestam a auxiliar o Estado na realização de serviços de natureza nitidamente social, hipótese na qual se enquadram as entidades em foco. Contrapõe-se, assim, aos denominados Primeiro Setor, que seria a figura do Estado, e ao Segundo Setor, que seria a iniciativa privada propriamente dita. Há ainda aqueles que defendem a existência de um Quarto Setor, que restaria composto pela economia informal, sob o clássico exemplo dos "camelôs", porém, o aprofundamento neste ponto foge aos liames do objetivo do presente estudo.

Quanto à figura das entidades paraestatais, remonta profunda divergência doutrinária quanto a delimitação destas. Alguns preferem entender que paraestatal é equivalente às entidades da Administração Indireta. Corrente há que qualifica como paraestatal somente as empresas públicas e as sociedades de economia mista. No desenvolvimento das idéias do presente estudo, adotar-se-á a posição doutrinária que pontua como paraestatal as pessoas jurídicas de direito privado que prestam auxílio ao Poder Público na realização de serviços de natureza pública, sem, contudo, compor os quadros da Administração Indireta.

Nesta toada, entidade paraestatal consistiria em um conceito genérico no qual se enquadram, como espécies, os Serviços Sociais Autônomos, em face dos quais se passa a debruçar o presente estudo.

Na esteira da doutrina de Hely Lopes Meirelles, podem conceituar-se as entidades em análise da seguinte forma:

> Serviços sociais autônomos são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade jurídica de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias. São exemplos desses entes os diversos serviços sociais da indústria e do comércio (SENAI, SENAC, SESC, SESI), com estrutura e organização especiais, genuinamente brasileiros. [3]

3 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 37 ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.429

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, que se utiliza da denominação pessoas de cooperação governamental:

> Pessoas de cooperação governamental são aquelas entidades que colaboram com o Poder Público, a que são vinculadas, através da execução de alguma atividade caracterizada como serviço de utilidade pública. Alguns autores as têm denominado de serviços sociais autônomos. A denominação tem sido adotada por leis mais recentes que autorizaram a instituição de tais entidades.
>
> (...) As pessoas de cooperação governamental são pessoas jurídicas de direito privado, embora no exercício de atividades que produzem algum benefício para grupos sociais ou categorias profissionais.[4]

Neste diapasão, mostra-se possível destacar determinadas características precípuas dos Serviços Sociais que permitem a formulação de uma definição clara e satisfatória: (i) criadas por meio de autorização legal; (ii) personalidade jurídica privada; (iii) não inserção no âmbito interno da Administração Pública; (iv) ausência de finalidade lucrativa; (v) destinação voltada para o exercício de atividades sociais qualificadas como de utilidade pública; e (vi) financiamento por meio de contribuições parafiscais.

Serviços Sociais Autônomos consistem, portanto, em pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidades lucrativas, criadas mediante autorização legislativa, que, sem compor a Administração Pública, prestam serviços de natureza eminentemente social mediante financiamento por meio de contribuições parafiscais.

Ressalte-se, entrementes, que a simples possibilidade de financiamento das entidades em destaque por meio de

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2013. p.534

contribuições parafiscais, cuja instituição encontra-se atrelada à competência tributária da União, não impede o surgimento destas instituições no âmbito estadual ou municipal. Para tanto, todavia, as leis autorizadoras deverão consignar outras formas idôneas de financiamento, visto que não detém os supracitados Entes Federados competência residual no campo das contribuições tributárias.

Da conceituação disposta, mostra-se essencial destacar o vínculo jurídico existente entre os Serviços Sociais Autônomos e o Poder Público uma vez que não há uma subordinação administrativa, ou mesmo uma vinculação típica dos entes da Administração Indireta, mas uma relação de cooperação. Para melhor esclarecer esta conexão, faz-se uso do magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Essas entidades não prestam serviço público delegado pelo Estado, mas atividades privadas de interesse público (serviços sociais do Estado); exatamente por isso, são incentivadas pelo Poder Público. A atuação estatal, no caso, é de fomento e não prestação de serviço público. Por outras palavras, a participação do Estado, no ato de criação, se deu para incentivar a iniciativa privada, mediante subvenção garantida por meio da instituição compulsória de contribuições parafiscais destinadas especificamente a esta finalidade. Não se trata de atividade que incumbisse ao Estado, como serviço público, e que ele transferisse para outra pessoa jurídica, por meio de instrumento da descentralização. Trata-se, isto sim, de atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar.[5]

Fincadas estas premissas conceituais, insta adentrar ao cerne do presente debate.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p.574

3. DO DEBATE ACERCA DA SUBMISSÃO DO "SISTEMA S" AO REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O debate doutrinário que ganha força na atualidade consiste em saber se os Serviços Sociais estão ou não submetidos ao regramento constitucional imposto aos entes da Administração Pública, a exemplo da submissão à exigência de concurso público para recrutamento de seu pessoal, bem como da realização de licitação prévia para a aquisição de bens e estabelecimento de vínculos contratuais.

Respeitável corrente doutrinária pontua pela imprescindibilidade de submissão das Entidades do Terceiro Setor, com destaque para os Serviços Sociais, à sistemática restritiva posta pelo Constituinte como condicionante à atuação administrativa, a exemplo da licitação e do concurso público. Lastreiam seu posicionamento no fato de tais entidades manterem um vínculo de proximidade com o Poder Público impossível de torná-las plenamente equivalentes às pessoas da iniciativa privada, além de serem os Serviços Sociais financiados por recursos públicos decorrentes de contribuições parafiscais, notadamente compulsórias.

Nesse sentido, mostra-se o posicionamento de Marçal Justen Filho, que defende a aplicação da regra de exigência licitatória a estas entidades com os seguintes dizeres:

> Não cabe, neste ponto, questionar a natureza jurídica das instituições examinadas. O que se afigura evidente é a sua não submissão a vínculos de controle político ou hierárquico, relativamente à Administração Pública. De todo modo, a institucionalização de sua

> estrutura, a relevância supraindividual de suas funções e a natureza dos recursos para seu custeio conduzem à impossibilidade de submetê-las integralmente ao regime jurídico privado. Mas a aplicação integral e sem restrições do regime jurídico público poderia gerar inúmeros efeitos negativos.[6]

Consoante explanado linhas alhures e de inquestionabilidade manifesta, os Serviços Sociais não compõem a Administração Pública, sendo dotados de personalidade jurídica privada autônoma.

O vínculo existente entre as entidades paraestatais citadas e o Poder Público configura-se como sendo de parceria, em um regime de colaboração que permite a prestação de determinados serviços sociais de utilidade pública por parte daquelas instituições.

Desta feita, em razão de não se encontrarem inseridas na Administração Pública, não se apresenta possível aplicar-lhes o regime jurídico público próprio desta, notadamente no que se refere às prerrogativas como às limitações.

Neste cenário, inviável exigir-se de tais instituições a observância estrita do regramento constitucional imposto à Administração Pública, em especial no que tange à exigência de concurso público e à imposição de licitação prévia.

A abrangência do regime jurídico público esculpido no art. 37 da Constituição Federal, obviamente quanto ao rol de restrições impostas em tal dispositivo, restrito está aos entes

6 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.51.

componentes da Administração Pública, Direta e Indireta. Qualquer interpretação que vise estender sua aplicação a pessoas privadas que não compõem a Administração não somente se mostra indevida, como desmaterializa toda a lógica constitucional. Veja-se pelo teor do próprio *caput* do dispositivo:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (grifo nosso)

Ora, a própria redação do art. 37 é por demais clara ao restringir sua aplicação a Administração Pública Direta e Indireta. Logo, encontrando-se os Serviços Sociais Autônomos submetidos a um regime jurídico privado, mostra-se inviável a submissão de tais entidades ao recrutamento de seu pessoal por meio de concursos públicos ou à vinculação da remuneração do pessoal ao teto constitucional esculpido no art. 37, XI.

Segue-se, neste ponto, a corrente doutrinária encabeçada, dentre outros, por José dos Santos Carvalho Filho, para quem:

> Diante desses elementos, não abonamos, com a devida vênia, a recomendação que o Tribunal de Contas da União tem dirigido a algumas dessas entidades, no sentido de que seus dirigentes tenham limitação remuneratória, na forma do art. 37, XI, da CF. Chega a ser surpreendente essa posição do TCU. O art. 37 da Constituição tem como destinatários apenas a Administração Direta e Indireta, conforme está expresso em seu texto, e, assim é, não pode o intérprete alargar os parâmetros que o Constituinte fixou. O dispositivo, portanto, não alcança dirigentes e empregados do SESI, SENAI, SESC e SEBRAE, só para apontar algumas dessas entidades. A recomendação, por conseguinte, está contaminada de vício de

> legalidade e de constitucionalidade, rendendo ensejo à sua invalidação.
>
> É preciso salientar que o art. 37 da CF tem como únicos destinatários os entes da Administração Direta e Indireta e, por isso mesmo, não pode ser aplicado a entidades de outra natureza, sobretudo no que diz respeito às restrições que contém. Assim, também não merece procede o entendimento de algumas vozes do TCU no sentido de ser exigido para os entes de cooperação governamental o sistema de concurso público adotado para a Administração Pública (art. 37, II, CF). Pode exigir-se, isto sim, a observância dos princípios gerais da legalidade, moralidade e impessoalidade, e isso porque tais pessoas executam um serviço público, mas o recrutamento de seu pessoal deve obedecer apenas aos critérios por elas estabelecidos.[7]

No que tange especificamente ao recrutamento de pessoal das entidades em liça, destaque-se que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento acerca da prescindibilidade da realização de concurso público pelas entidades componentes do "Sistema S" em recente julgado submetido ao regime da repercussão geral:

> Ementa: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS VINCULADOS A ENTIDADES SINDICAIS. SISTEMA "S". AUTONOMIA ADMINISTRATIVA. RECRUTAMENTO DE PESSOAL. REGIME JURÍDICO DEFINIDO NA LEGISLAÇÃO INSTITUIDORA. SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE. NÃO SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, DA CF). 1. Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema "S", vinculados a entidades patronais de grau superior e patrocinados basicamente por

7 Ob. Cit. p.540-541

> recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, ostentam natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integram a Administração Pública, embora colaborem com ela na execução de atividades de relevante significado social. Tanto a Constituição Federal de 1988, como a correspondente legislação de regência (como a Lei 8.706/93, que criou o Serviço Social do Trabalho – SEST) asseguram autonomia administrativa a essas entidades, sujeitas, formalmente, apenas ao controle finalístico, pelo Tribunal de Contas, da aplicação dos recursos recebidos. Presentes essas características, não estão submetidas à exigência de concurso público para a contratação de pessoal, nos moldes do art. 37, II, da Constituição Federal. Precedente: ADI 1864, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 2/5/2008. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 789874, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-227 DIVULG 18-11-2014 PUBLIC 19-11-2014)

Veja-se que o Pretório Excelso, ao assim se manifestar, além de pacificar a discussão, ao menos no campo jurisprudencial, acerca da dispensa de concurso público para o recrutamento de servidores dos Serviços Sociais Autônomos, conferiu também importante passo no sentido da inaplicabilidade do regramento constitucional da Administração Pública, esculpido precipuamente no art. 37, às Entidades do Terceiro Setor em debate.

Entendimento diverso, nesta linha, não se mostraria mais lídimo. Exigir-se dos Serviços Sociais a observância do mesmo regramento jurídico que deve ser obedecido pelos Entes que compõe a Administração Pública consiste em medida não somente desproporcional, como anti-isonômica, visto que se está

a tratar de forma equivalente entidades nitidamente submetidas a regramentos diversos e desiguais.

Acerca do conteúdo do princípio da isonomia e da sua correta aplicação, impossível não colecionar as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, autor de obra revolucionária acerca do tema:

> Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.
>
> Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas pela Constituição. [8]

Impende, entretanto, abrir-se um parêntese no que tange à exigência de licitação prévia no campo destas entidades. Na linha do aduzido, mostra-se clara a inclinação do presente trabalho no sentido da inexistência de mandamento constitucional a vincular as entidades paraestatais em comento à exigência de realização de licitação prévia.

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3 ed., 21ª tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p21-22

Ocorre que, neste ponto específico, sobressai a previsão legal esculpida no art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93, cuja transcrição faz-se oportuna:

> Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
>
> Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista **e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.** (grifo nosso)

Observa-se que a parte final do dispositivo faz menção à aplicabilidade da Lei 8.666/93 às entidade controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público. Interpretando este artigo, há uma parcela doutrinária que defende que os Serviços Sociais não se inserem nesta previsão, visto que o legislador estaria referindo-se exclusivamente a empresas privadas com participação do Estado e submetidas ao seu controle.

A redação do dispositivo, todavia, não alberga tamanha restrição. Ao consignar entidades submetidas ao controle do Estado, ainda que indireto, acaba o legislador ordinário por albergar na seara da aplicação da norma os Serviços Sociais Autônomos, visto que, conquanto não componham a Administração Pública, encontram-se inquestionavelmente submetidos ao controle do Poder Público respectivo.

Ora, o aludido controle mostra-se previsto não somente na submissão das contas à apreciação dos órgãos de fiscalização

do Ente respectivo, a exemplo dos Tribunais de Contas, como também pela possibilidade de nomeação dos dirigentes destas entidades pelos Chefes do Executivo. A título de exemplo, consoante o Decreto-lei nº 9.665/46, compete ao Presidente da República nomear o Presidente do Conselho Nacional do Serviço Social da Indústria.

Destaque-se ainda a existência de corrente que defende a inconstitucionalidade da norma, sob o fundamento de que o legislador ordinário não poderia estender à pessoa privada instituto precípuo da Administração Pública. *Data venia*, não se vislumbra inconstitucionalidade alguma na aludida submissão, posto que nada obsta que, por meio de previsão legal, restrinja-se o regime jurídico ao qual se encontra vinculada uma entidade de notório interesse público.

Encontrando-se, portanto, inseridos os Serviços Sociais Autônomos no campo de aplicação da norma acima transcrita, não há como olvidar que efetivamente encontram-se estas entidades submetidas ao regramento específico da licitação. Pontue-se, entrementes, que a submissão defendida não se deve a aplicação da previsão constitucional à espécie, mas em decorrência da existência de mandado legal expresso nesse sentido. Assim entendem, dentre outros, Marçal Justen Filho e José dos Santos Carvalho Filho.

Em que pese as argumentações acima aduzidas, salutar é destacar que a linha interpretativa observada nos julgados do Tribunal de Contas da União mostrou-se diversa. Adotando alguns dos fundamentos das correntes primeiramente destacadas, o TCU exarou posicionamento no sentido da desnecessidade de licitação na forma da Lei 8.666/93, mas a obrigatoriedade de

realização de um procedimento simplificado, previsto no próprio regulamento da Entidade. Nesse sentido, veja-se o precedente abaixo colacionado:

> '(...) é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que as entidades do Sistema s devem realizar aquisições de bens e serviços e contratar pessoal na forma de seus regulamentos próprios, que devem balizar-se pelos princípios constitucionais relativos à administração pública" [9]

Percebe-se, assim, que o TCU adotou uma corrente intermediária entre as apresentadas, a qual guarda adeptos também no campo doutrinário, a exemplo de Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

> (...) A interpretação moderada da questão evita o engessamento das entidades privadas, que seria causado pela aplicação da Lei 8.666/93, mas garante a observância dos princípios constitucionais por meio da exigência de procedimento simplificado e objetivo para contratações realizadas com dinheiro público repassado.(...) [10]

Conquanto se reconheça que os motivos destacados na adoção da corrente pelo autor acima transcrito mostrem-se lídimos, impossível olvidar que uma interpretação não se faz com base no *"como melhor seria"*, devendo o interprete utilizar-se das previsões normativas que se lhe apresentam, ou seja, com base no *"como está"*. Neste cenário, a previsão legal notadamente alberga as entidades do Terceiro Setor em estudo. Outrossim, segue-se aqui a corrente doutrinária que defende a inexistência de vedação constitucional à ampliação do campo de afetação da exigência licitatória por meio de atuação do legislador infraconstitucional.

9 Acórdão 24/2009, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz

10 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p.208

Na linha do posicionamento aduzido, mostra-se a doutrina do Professor José dos Santos Carvalho Filho:

Há que ser respeitada a nova posição do TCU, mas dela ousamos dissentir. Os argumentos invocados, *concessa venia,* não nos convencem. Primeiramente, o fato de o art. 22, XXVII, da CF, aludir apenas à administração direta e indireta não exclui a possibilidade de o legislador exigir que outras pessoas se submetam também à Lei nº 8.666/93. Afinal, se a própria lei autorizou a criação de tais pessoas, nada impediria que instituísse mecanismos especiais de controle, pois que afinal todas têm algum elo com o Poder Público. Desse modo, o Estatuto, como lei federal que é, poderia alargar o alcance do dispositivo constitucional para incidir sobre tais entidades (como o fez realmente no art. 1º, parágrafo único), por isso que a Constituição em nenhum momento limitou a lei licitatória apenas às pessoas da Administração Direta e Indireta: exigiu-se tão somente que para estas sempre haveria subordinação ao Estatuto.

A sistemática posta, todavia, não altera a premissa neste trabalho defendida: os Serviços Sociais não se submetem ao regramento constitucional da Administração Pública, porquanto a exigência licitatória ora abordada provém de previsão infraconstitucional, a qual, repita-se, não padece de qualquer antijuridicidade.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, de fácil constatação mostra-se a adoção final da simples premissa de que os Serviços Sociais Autônomos não se submetem ao regramento constitucional previsto para os Entes da Administração Direta e Indireta.

O art. 37, caput, da Constituição Federal, mandamento basilar do regime jurídico constitucional do Poder Público, restrito está ao Poder Público, sendo impassível de extensão, por interpretação constitucional, destaque-se, a entes da esfera privada não componentes da Administração Indireta.

Nesta linha, não se aplicam às entidades paraestatais em estudo o regramento constitucional pertinente ao concurso público, ao teto remuneratório do funcionalismo público ou aos demais institutos limitadores da atuação administrativa. De outra monta, também impassível de extensão se mostram as prerrogativas deferidas à Administração Pública.

Nada obstante, faça-se a ressalva ao instituto da licitação que, por imposição de nível infraconstitucional, mais precisamente da Lei 8.666/93, mostra-se aplicável às entidades em estudo.

O cenário apresentado não poderia ser diverso, haja vista que os Serviços Sociais Autônomos qualificam-se como pessoas jurídicas de direito privado que, não compondo a Administração Direta e Indireta, prestam-se à consecução de finalidades sociais de manifesta utilidade pública, atuando assim em um regime de colaboração para com o Poder Público.

Destarte, prestam-se as entidades do "Sistema S" justamente a alcançar objetivos melhor satisfeitos mediante atuação desvinculada do manto estatal próprio, de modo que linha interpretativa que as submeta ao regramento precipuamente atrelado ao regime jurídico público acaba por esgotar o real objetivo almejado pelo legislador com as presentes entidades.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 26 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 16 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 37 ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3 ed., 21ª tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo.** 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

REPERCUSSÕES DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº. 16/DF SOBRE A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RELAÇÃO A DÉBITOS TRABALHISTAS DECORRENTES DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA

Rosana Fernandes Magalhães Biancardi[1]

RESUMO: O objetivo deste estudo é fazer uma reflexão sobre a repercussão do julgamento da ADC Nº 16/DF, no que tange a responsabilidade dos órgãos da Administração Pública pelo pagamento das verbas trabalhistas na hipótese de inadimplemento da empresa prestadora dos serviços, enfatizando a controvérsia existente entre o disposto na Súmula 331 do TST e o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93. Palavras-chave: Direito de Propriedade, intervenção, requisição, tombamento, desapropriação.

1. INTRODUÇÃO

Com a prática crescente da terceirização surgiu a necessidade de pontuar quem responde pelo descumprimento das obrigações trabalhistas. A problemática do presente artigo surge por meio das seguintes indagações: A Administração Pública deve responder subsidiariamente nos casos de inadimplemento da empresa prestadora de serviços? Quais os limites impostos pelo julgamento da ADC nº 16/DF à aplicação do Enunciado nº 331 do TST?

1 Procurado do Estado do Acre. Especialista em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas – FGV e Gestão Pública com Ênfase em Controle Externo pelo Instituto Brasileiro de Pós-graduação e Extensão

O Tribunal Superior do Trabalho, diante do crescimento desordenado das terceirizações no Brasil, passou a regulamentar e impor limites à contratação de mão-de-obra através da Súmula 256 e, posteriormente pelo Enunciado n.º 331, dispondo que o tomador dos serviços, na hipótese de simples inadimplemento da empresa prestadora serviço, teria responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas, estendendo a aplicabilidade de tais dispositivos às entidades da Administração Pública direta ou indireta.

Com fundamento na Súmula 331 os Tribunais Regionais do Trabalho, pelo mero inadimplemento da empresa prestadora de serviços, vinham condenando os órgãos da Administração Pública pelos encargos trabalhistas, violando o disposto no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sendo exatamente este o foco deste artigo ao analisar a responsabilidade do Estado como tomador dos serviços após a decisão do STF na ADC n.º 16.

2. DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E DO DISPOSTO O ART. 71, CAPUT e § 1º, DA LEI N.º 8.666/93

Diante do crescimento desordenado das terceirizações, o Tribunal Superior do Trabalho, em setembro de 1986, editou a Súmula de n. 256, limitando a possibilidade de contratação de trabalhadores terceirizados apenas para a prestação de serviços temporários ou de vigilância, in verbis:

> CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.
>
> Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é

> ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.[i]

Em 2003, o referido sumulado foi cancelado, com a edição da Súmula de n. 331, que vem sendo paulatinamente atualizada desde então, no sentido de ampliar a possibilidade de terceirização, alcançando todos os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, mas estabelecendo também a responsabilidade supletiva da empresa beneficiária dos serviços pelos direitos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada. Assim dispunha a Súmula 331, nos itens II e IV, em sua redação original:

> II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República)
>
> (...)
>
> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). [ii]

A citada súmula atribuía responsabilidade subsidiária ampla e irrestrita à Administração Pública no caso de inadimplência das empresas contratadas (fornecedoras da força de trabalho), o que impedia, desde então, a evolução do debate, eis que as teses defensivas dos entes públicos sempre restavam vencidas diante do entendimento sumulado. Enfocando, todavia, a questão da responsabilidade do

Ente Público pelos direitos trabalhistas inadimplidos pelo prestador dos serviços terceirizados, o art. 71, caput e § 1º, da Lei 8.666/93 veio regulamentar a matéria dispondo o seguinte:

> Art.71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
>
> § 1º. A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. [iii]

Embora o artigo art. 71, caput e § 1º, da Lei 8.666/93 seja claro ao excluir qualquer responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhista não adimplidos pela empresa terceirizada, a Justiça do Trabalho vinha sistematicamente negando vigência ao dispositivo supracitado, com fundamento no item IV da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, condenando de forma automática o ente público, presumindo a culpa in vigilando e invocando a responsabilidade objetiva.

O conceituado jurista Marçal Justen Filho, em sua obra in Comentários à Lei de Licitações e contratos Administrativos, nos trás preciosas lições sobre a exclusão da responsabilidade do ente público, ao afirmar que:

> (...) fica expressamente ressalvada a inexistência de responsabilidade da Administração Pública por encargos e dívidas pessoais do contratante. A Administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiariamente frente aos credores do contratante. Mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária á execução do contrato, o contratado permanecerá como único devedor perante os terceiros. [iv]

No entanto, sobre o disposto no artigo 71 da Lei n. 8.666/93, sempre foi dito que as normas de Direito do Trabalho, que tutelam o hipossuficiente, são de natureza especial, sendo que dispositivos gerais sobre licitação e contratos administrativos, referentes a obras e serviços, não as derrogam. É a ideia de proteção conferida ao hipossuficiente econômico contra eventuais prejuízos com a terceirização, ou o aproveitamento de sua força de trabalho sem as necessárias cautelas, de forma a estimular e incentivar a fiscalização da empresa tomadora sobre a fornecedora de mão de obra.

Com isso, a isenção de responsabilidade do ente público contratante de mão de obra terceirizada nunca logrou aplicação nos pretórios trabalhistas, prevalecendo, até meados de 2011, as orientações emanadas da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que o mero inadimplemento da empresa prestadora de serviços implicaria a responsabilidade subsidiária do tomador, incluindo aqui todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, havendo, portanto, uma evidente controvérsia ente o disposto na redação do inciso IV da Súmula 331 e o artigo art. 71, caput e § 1º, da Lei 8.666/93.

Considerando que as decisões trabalhistas afastavam a aplicação do disposto no art. 71, caput e § 1º, da Lei 8.666/93, passou-se a se entender que a Corte Trabalhista havia declaro incidentalmente a inconstitucionalidade de tal norma, sem observância da chamada cláusula de reserva de plenário, representado no Texto Magno no art. 97, da Constituição de 1988, que assim dispõe: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.” (BRASIL, 2015)

O entendimento sedimentado pelo Tribunal Superior do Trabalho também ofendia a Súmula Vinculante n° 10:

Viola a Cláusula de Reserva de Plenário (CF, Artigo 97) A Decisão de Órgão Fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.[v]

Essa problemática culminou com o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, de autoria do Governador do Distrito Federal, com objetivo da Corte Constitucional justamente definir sobre a compatibilidade ou não do artigo 71, § 1º, com a Lei Maior.

A Suprema Corte Federal, em 2010, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16/DF, confirmou a validade constitucional do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, e passou a invalidar as decisões dos Tribunais do Trabalho que se baseavam no entendimento jurisprudencial até então consubstanciado na Súmula 331, item IV, por entender que referidas decisões teriam afastado a aplicação do dispositivo da lei de licitações, sem que se observasse o princípio da reserva de plenário, em clara ofensa ao art. 97 da Constituição Federal.

Fincadas estas premissas conceituais, insta adentrar ao cerne do presente debate.

3. OS EFEITOS DA ADC nº. 16/DF SOBRE A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RELAÇÃO AOS DÉBITOS TRABALHISTAS DECORRENTES DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA

Com a decisão proferida pelo STF na ADC nº 16/DF, a imputação da responsabilidade subsidiária ao Estado

passou por profundas modificações. Em princípio, o ente ou entidade pública só poderão se ver obrigados a honrar débitos trabalhistas oriundos de terceirização caso a gestão do contrato correspondente não tenha sido realizada com a diligência devida. Nas demais hipóteses, apenas o empregador direto se verá diante da obrigação de desembolsar o montante necessário a pagar as verbas trabalhistas arbitradas.

Na ADC nº 16/DF o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por votação majoritária, declarou a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666 de 1993, refutando os argumentos que levaram à edição da Súmula 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho, em decisão dotada de eficácia erga *omnes* e efeito vinculante, conforme consta do Informativo nº 610:

> ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 3
>
> Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 ("Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.") — v. Informativo 519. Preliminarmente, conheceu-se da ação por se reputar devidamente demonstrado o requisito de existência de controvérsia jurisprudencial acerca da constitucionalidade, ou não, do citado dispositivo, razão pela qual seria necessário o pronunciamento do Supremo acerca do assunto. A Min. Cármen Lúcia, em seu voto,

salientou que, em princípio, na petição inicial, as referências aos julgados poderiam até ter sido feitas de forma muito breve, precária. Entretanto, considerou que o Enunciado 331 do TST ensejara não apenas nos Tribunais Regionais do Trabalho, mas também no Supremo, enorme controvérsia exatamente tendo-se como base a eventual inconstitucionalidade do referido preceito. Registrou que os Tribunais Regionais do Trabalho, com o advento daquele verbete, passaram a considerar que haveria a inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. Referiu-se, também, a diversas reclamações ajuizadas no STF, e disse, que apesar de elas tratarem desse Enunciado, o ponto nuclear seria a questão da constitucionalidade dessa norma. O Min. Cezar Peluso superou a preliminar, ressalvando seu ponto de vista quanto ao não conhecimento.

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 4

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT ("§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas."). Afirmou que o primeiro não

encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão-de-obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal.

ADC e art. 71, § da Lei 8.666/93 - 5

Por sua vez, a Min. Cármen Lúcia consignou que o art. 37, § 6º, da CF trataria de responsabilidade objetiva extracontratual, não se aplicando o dispositivo à espécie. Explicou que uma coisa seria a responsabilidade contratual da Administração Pública e outra, a extracontratual ou patrimonial. Aduziu que o Estado responderia por atos lícitos, aqueles do contrato, ou por ilícitos, os danos praticados. Vencido, parcialmente, o Min. Ayres Britto, que dava pela inconstitucionalidade apenas no que respeita à terceirização de mão-de-obra. Ressaltava que a Constituição teria esgotado as formas de recrutamento de mão-de-obra permanente para a Administração Pública (concurso público, nomeação para cargo em comissão e contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público), não tendo falado em terceirização. Salientou que esta significaria um recrutamento de mão-de-obra que serviria

> ao tomador do serviço, Administração Pública, e não à empresa contratada, terceirizada. Assentava que, em virtude de se aceitar a validade jurídica da terceirização, dever-se-ia, pelo menos, admitir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, beneficiária do serviço, ou seja, da mão-de-obra recrutada por interposta pessoa. [vi]

Entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderá transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão do ente Público, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

Também restou assentado que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal trata da responsabilidade extracontratual do Poder Público na prestação de serviços públicos, não podendo ser aplicado nas relações contratuais; que o art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho não se aplica à terceirização, pois o Poder Público não exerce direção, controle ou administração da prestadora de serviços, não havendo solidariedade; que eventual descumprimento do dever de fiscalização da execução contratual pode ensejar a punição das autoridades que o descumpriram.

Com efeito, concluíram os Ministros da Corte Maior que não poderá haver generalização dos casos, devendo se investigar com rigor se a inadimplência tem causa na falha ou falta de fiscalização pelo órgão público competente, hipótese em que deve ser verificada caso a caso.

Ora, não se pode olvidar que, no caso das terceirizações, a Administração Pública é tomadora de serviço e o resultado danoso ao trabalhador decorre não do serviço público pactuado (Ato de

Império), mas de ato de gestão administrativa da Administração Pública. Nesse sentido, a busca por efetividade e justiça não pode fazer com que a Justiça do Trabalho ignore a efetiva aplicação de institutos jurídicos de outros ramos do Direito.

Desse modo, com a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei no 8.666/1993 pelo Supremo Tribunal Federal, nenhum juiz ou tribunal pode mais responsabilizar de forma automática a Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, pela inadimplência das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços, do contrário estar-se-ia descumprindo uma decisão dotada de efeito *erga omnes* e eficácia vinculante (CF, art. 102, § 2º), passível de reclamação constitucional (CF, art. 102, I, l).

Assim, mesmo diante de uma presunção de culpa, esta não poderá ser absoluta, a ponto de afastar a possibilidade de defesa do Estado - tomador de serviços – no sentido de demonstrar que adotou todas as medidas cabíveis para prevenir a existência de dano para o trabalhador. Afinal, o tomador não pode ter ingerência direta na organização da prestação do serviço e não há relação trabalhista entre a Administração e os empregados da empresa contratada.

Nesse sentido, o próprio Tribunal Superior do Trabalho tem firmado entendimento afirmando que deve haver a comprovação da inobservância do dever de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos, como se verifica nos excertos a seguir colacionados:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ENTE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. SÚMULA N.º 331,

IV, DO TST. PROVIMENTO. COMPROVAÇÃO DA CULPA IN VIGILANDO. NECESSIDADE. Diante da ofensa ao art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, determina-se o processamento do Recurso de Revista. RECURSO DE REVISTA. ENTE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. SÚMULA N.º 331, IV, DO TST. COMPROVAÇÃO DA CULPA IN VIGILANDO. NECESSIDADE. O Supremo Tribunal Federal em recente decisão (ADC 16 - 24/11/2010), ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, asseverou que a constatação da culpa in vigilando, isto é, a omissão culposa da Administração Pública em relação à fiscalização quanto ao cumprimento dos encargos sociais, gera a responsabilidade da entidade contratante. Ora, não havendo comprovação da inobservância do dever de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos promovidos com a empresa prestadora de serviços (arts. 58, III, 67 e 70 da Lei n.º 8.666/93), não há de se falar em negligência ou responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Não comprovada a culpa in vigilando da entidade pública, não há como fixar sua responsabilidade subsidiária. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST - RECURSO DE REVISTA: RR 61401720095030005 6140-17.2009.5.03.0005; Relator(a): Maria de Assis Calsing; Julgamento: 22/06/2011; Órgão Julgador: 4ª Turma; Publicação: DEJT 01/07/2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO INDIRETO. TOMADOR DE SERVIÇOS. SÚMULA N.º 331, IV, DO TST. PROVIMENTO. COMPROVAÇÃO DA CULPA IN VIGILANDO. NECESSIDADE. Demonstrada a violação do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, deve ser provido o Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista. RECURSO DE REVISTA.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. TOMADOR DE SERVIÇOS. SÚMULA N.º 331 DO TST. PROVIMENTO. COMPROVAÇÃO DA CULPA IN VIGILANDO. NECESSIDADE. Não havendo comprovação da inobservância do dever de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos promovidos com a empresa prestadora de serviços (arts. 58, III, 67 e 70 da Lei n.º 8.666/93), não há de se falar em negligência ou responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Decisão em sentido contrário merece ser modificada. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST - RECURSO DE REVISTA: RR 12814120105100000 1281-41.2010.5.10.0000; Relator (a): Maria de Assis Calsing; Julgamento: 25/05/2011; Órgão Julgador: 4ª Turma; Publicação:DEJT 03/06/2011) (destacado).

RECURSO DE REVISTA DO SEGUNDO RECLAMADO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO. Para que seja autorizada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, conforme o disposto na Lei n.º 8.666/93, deve ser demonstrada a sua conduta omissiva no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações relativas aos encargos trabalhistas. Esse, aliás, foi o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal que, em recente decisão (ADC 16 - 24/11/2010), ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, asseverou que a constatação da culpa in vigilando, isto é, a omissão culposa da Administração Pública em relação à fiscalização quanto ao cumprimento dos encargos sociais, gera a responsabilidade do ente contratante. Assim, não restando comprovada a omissão culposa do ente em relação à fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, não há de se falar

> em responsabilidade subsidiária. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST, RR - 196500-93.2007.5.04.0701, Min. Rel. MARIA DE ASSIS CALSING, DEJT - 11/03/2011).vii

Fazer da responsabilidade subsidiária uma consequência automática do inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, portanto, é entendimento que vai de encontro à norma do art. 71, §1º da Lei de Licitações, na interpretação dada pelo STF no julgamento da ADC 16. Quanto ao tema, confira-se trecho da decisão proferida pelo Ministro Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação nº 10975 – RJ:

> Anote-se, a propósito, que este Supremo Tribunal Federal, na mesma sessão plenária em que julgou diversas reclamações constitucionais com objeto idêntico à destes autos (Rcl's 8.150, 6.970, 7.218, 7.611, 7.740, 8.134, 8.220, 8.814, 9.019, entre outras), declarou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. Dispositivo legal que veda a automática transferência à Administração Pública das obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais do contratado, bem como a responsabilidade por seu pagamento. Declaração que se deu, contra meu voto, na ADC 16. Por fim, é de ser afastada a alegação de que o verdadeiro fundamento da responsabilidade trabalhista do Poder Público, no caso, foi o da culpa in eligendo ou in vigilando. É que o acórdão reclamado não discorreu, analiticamente, sobre as condutas dos agentes públicos que supostamente caracterizariam a culpa da Administração. Ao contrário, fez da responsabilidade subsidiária uma consequência automática do inadimplemento, pela empresa contratada, de suas obrigações trabalhistas. Ante o exposto, julgo procedente a reclamação para cassar o acórdão da Oitava Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região no processo nº 00112000-30.2006.5.01.017." (STF, RCL 10.975/RJ, Min. Rel. Ayres Brito, DJe 01/03/2011). (destacou-se).viii

Assim, reconhecer a responsabilidade do Estado pelo só fato de existirem débitos trabalhistas pelas empresas prestadoras de serviços é negar vigência, inegavelmente, ao art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93, e ainda violar o art. 37, §6º da Lei Maior. É que tal entendimento estará adotando a responsabilidade objetiva do ente estatal, quando dever-se-ia, tratando-se supostamente de conduta omissiva, aplicar a responsabilidade subjetiva (com análise da culpa *in concreto d*o Poder Público), fugindo ao alcance da norma contida naquele dispositivo constitucional, aplicável apenas às condutas comissivas.

Portanto, como se vê nos julgados acima, não havendo comprovação da inobservância do dever de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos promovidos com a empresa prestadora de serviços, não há que se falar em omissão, negligência ou responsabilidade subsidiária do Ente Público.

Cabe lembrar, ainda, que o princípio da supremacia do interesse público deve nortear sempre as decisões que envolvam as relações jurídicas da Administração Pública, incluídas aqui, de maneira específica, as de competência da Justiça do Trabalho.

Nesse contexto, o Ente Público não deve ser responsabilizado subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da empresa terceirizada, quando esta foi contratada mediante regular processo licitatório, para prestar serviços de conservação e limpeza, nos termos da Lei Federal nº 8.666/93 e de acordo com o art. 71, § 1º da norma legal em espeque.

Desta maneira, considerando o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, em que se entendeu constitucional o

art. 71, §1º, da Lei de Licitações, é que se pode afirmar que apenas nos casos de comprovada ineficiência na escolha da empresa prestadora de serviços ou na fiscalização do respectivo contrato administrativo, poderá ser imputada alguma responsabilidade ao ente público, sob pena de ficar inviabilizada a terceirização da atividade-meio na Administração Pública.

Com esse louvável entendimento, o STF afasta a responsabilidade objetiva prevista art. 37, §6° da CF, como queria o TST, agora frente à redação do § 1° do art. 71 da Lei n° 8.666/93, não podendo mais transferir ao ente público, de forma automática, a responsabilidade decorrência da mera inadimplência do prestador de serviços contratados.

O entendimento propugnado pelo STF inclusive resultou na retificação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que em seu item V passa a prever que a Administração Pública somente poderá ser responsabilizada em caso de evidente conduta culposa, diante do cumprimento das suas obrigações de escolha e fiscalização dos contratados. *In verbis:*

> Súmula nº 331: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/05/2011 (...)
>
> IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
>
> V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no

> cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21/06/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regulamente contratada.
>
> VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.ix

O que já se pode perceber é que para haver qualquer possibilidade de responsabilização do Ente Público relativamente aos encargos trabalhistas da empresa terceirizada será necessária a comprovação da ausência de cuidado na escolha da empresa ou na fiscalização da execução do pactuado. Assim, a Justiça do Trabalho não poderá mais generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Com isso, o expediente que surge para a Administração, no sentido de viabilizar suas contratações de mão de obra pela terceirização e adequá-las aos preceitos legais, passará por dois enfoques distintos: 1) controle prévio, no bojo do certame licitatório tendente à contratação administrativa (terceirização), no qual deverá a Administração zelar pela melhor contratação possível em termos de habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e econômico-financeira, a abranger caracteres de saúde financeira e capacidade de adimplemento da contratada, nos moldes dispostos, sobretudo, no art. 31 da Lei n° 8.666/93; 2) controle concomitante à execução contratual, em nítido viés fiscalizatório, nos termos do art. 67 da Lei n° 8.666/93, na busca da integral consecução dos termos ajustados e no adimplemento de todas as parcelas acessórias à

prestação contratada (*in casu,* todas as decorrências de natureza trabalhista advindas da disponibilização de mão de obra).

Além disso, registre-se que, ao fiscalizar o contrato, deve a Administração Pública se preocupar, especialmente, com o adimplemento do objeto ajustado. Compete ao fiscal, assim, aferir (i) se os valores pagos aos trabalhadores estão de acordo com a proposta apresentada por ocasião do certame licitatório, (ii) se os terceirizados estão presentes em número compatível com aquele prometido, (iii) se a capacidade técnica dos trabalhadores condiz com o que se era esperado, (iv) se os prestadores de serviços estão cumprindo a finalidade para a qual foram contratados. A Administração há de se preocupar basicamente, pois, com os resultados atingidos pela terceirização, não como o modo pelo qual a fornecedora da mão de obra lida com seus empregados.

Por conseguinte, no caso de haver fiscalização do ente público, em análise ao precedente firmado no julgamento da ADC 16/DF, não poderá ele ser responsabilizado subsidiariamente pelos encargos trabalhistas não adimplidos pela empresa terceirizada. Verifica-se que não há qualquer espécie de interpretação conforme realizada pelos votos vencedores, mas a declaração pura e simples da constitucionalidade do disposto no art. 71, §1º da Lei de Licitações, a afastar a responsabilidade automática dos Estados pelos débitos trabalhistas dos prestadores de serviços.

Ora, se tal norma foi declarada constitucional, não há – no ordenamento pátrio - qualquer outra razão jurídica para se afastar o seu preceito normativo e condenar, ainda que subsidiariamente, o ente Público a responder por débitos trabalhistas oriundos de contrato administrativo de prestação de serviços.

A esse propósito, pelo que se observa dos votos e debates proferidos durante o julgamento da ADC 16-DF, à exceção do Min. Ayres Britto, todos julgaram procedente o pedido formulado na ação. O relator (Min. Cezar Peluso) condicionava a aplicabilidade futura do art. 71, §1º, ao talante do juiz do trabalho, no caso concreto, no que foi acompanhado por um colega (Min. Celso de Mello), enquanto outros cinco – a saber, os ministros Carmem Lúcia, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski (que acolhia o entendimento do relator, apenas no conhecimento), Gilmar Mendes, e Ellen Gracie – julgaram procedente o pedido formulado na ADC, sem qualquer condicionamento.

Destarte, consoante consta em artigo publicado por Alexandre Herculano Verçosa:

> [...] A decisão, como se ponderou neste estudo, não foi tomada "nos termos do voto do relator". O relator julgava procedente a demanda, por fundamentos diversos dos que a maioria dos ministros adotava. A redação do dispositivo não condiz com a realidade do julgamento. Além de se tratar de lamentável equívoco por parte do quadro de analistas do Supremo, a leitura do dispositivo, ao final do julgamento, parece não ter se feito ouvir pelos ministros da bancada [...] Noutro giro, poderia pelo menos o dispositivo estar corretamente redigido, assim como a ementa (que faz menção à palavra "automática"), refletindo melhor a realidade do julgamento. O acórdão, a rigor, deveria ter sido lavrado pela Min. Carmem Lúcia, cujo voto foi, na realidade, o condutor da tese vencedora. Se a lavratura ficou para o Min. Cezar Peluso, que fizesse ressalva a seu posicionamento, posto que sua tese não foi a preponderante. Porém, nada disso ocorreu, terminando assim a estória da ADC 16. [x]

Desse modo, pelo que se infere da maioria vencedora, simplesmente houve a declaração incondicional de

constitucionalidade da norma federal, de modo que a ementa do julgado não está em sintonia com os votos vencedores. Como se sabe, é no dispositivo da decisão – e não em sua ementa – que se encontram os limites do julgado. E, por sua vez, o dispositivo, no caso de acórdão, deve representar, substancialmente, a maioria vencedora.

Verifica-se que não há qualquer espécie de interpretação conforme realizada pelos votos vencedores, mas a declaração pura e simples da constitucionalidade do disposto no art. 71, §1º da Lei de Licitações, a afastar a responsabilidade automática dos Estados pelos débitos trabalhistas dos prestadores de serviços.

Nota-se que a norma é categórica quanto ao afastamento da responsabilidade, de modo que, em vista da chancela nela posta pela Corte Suprema quando do julgamento da ADC 16-DF, deve ser respeitada pelas instâncias inferiores, sob pena de grave descumprimento à lei.

Por outro lado, igualmente inviável o reconhecimento de algum tipo de responsabilidade objetiva, ou seja, sem indagação de culpa do agente, pois também apenas em hipóteses específicas - como exceção -, a legislação adota semelhante tipo de responsabilização.

Desta forma, não há que se cogitar seja aplicável o art. 37, § 6º, da constituição Federal, pois tal norma se refere aos atos positivos dos agentes públicos (comissões) e não às omissões.

Portanto, qualquer entendimento em sentido contrário aos excertos acima colacionados, além de incidir em contrariedade ao art. 71, §1º da Lei 8666/93, declarado constitucional pela ADC 16, incorrerá, ainda, em violação aos

preceitos constitucionais insculpidos no art. 2º c/c art. 44, *caput;* art. 5º, II, e art. 37, *caput,* da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que após a declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 pelo Supremo Tribunal Federal, somente será possível a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos direitos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços por ela contratada caso comprovada a falta de fiscalização do contrato, que deverá ser cabalmente demonstrada a partir da verificação de cada caso respeitada o contraditório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Contrato de Prestação de Serviços.** Legalidade (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em 01 Abr 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Contrato de Prestação de Serviços.** Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2001. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em 02 Abr 2015.

BRASIL. **Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666compilado.htm>. Acesso em 02 Abr 2015.

FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 13ª ed. Saraiva, 2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Sumula Vinculante 10.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216.> Acesso em 07 Abr 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Informativo nº 610 art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 – 5. Relator: PELUZO, Cézar. Publicado no DJ de 24.11.2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm>. Acesso em 20 Abr 2015.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência.** Disponível em <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>. Acesso em 20 Abr 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Rcl 10975 RJ.** Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no DJe-040 de 01.03.2011. Disponível em<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18312191/reclamacao-rcl-10975-rj-stf>. Acesso em 02 Mai 2015.

BRASIL. **Tribunal Superior Do Trabalho.** Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em 05 Mai 2015.

VERÇOSA, Alexandre Herculano. **Terceirização: Súmula 331 TST X ADC 16 STF.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3157, 22 fev. 2012. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/21138>. Acesso em 20 Mai 2015.

MULTIPARENTALIDADE: INCLUSÃO DE DOIS PAIS NO REGISTRO CIVIL

Ana Paula Pereira da Silva[1]
Carlos Daniel Costa Garcez[2]
Ionara Fonseca da Silva Andrade [3]
Neivo Rocha da Costa Pacífico[4]

RESUMO: Este trabalho teve como escopo trazer um breve histórico das notificações ocorridas ao longo do tempo na instituição da família. Juntamente com as leis que acompanharam as transformações passando pelas seguintes classificações: Família Antiga, Família Romana, Família Canônica, Família anterior ao código civil brasileiro e Família atual. Esta última que traz um novo conceito de família baseado na multiparentalidade.
Palavras-chave: Família. Transformação. Leis. Multiparentalidade.

1 Graduada em Tecnologia em Gestão Ambiental pela União Educacional do Norte – UNINORTE. Especialista em auditoria pericia em gestão ambiental pela União Educacional do Norte – UNINORTE. Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito na FAAO. Email: anppsilva@hotmail.com

2 Graduado em Educação Física pela Universidade Federal do Acre – UFAC e Professor de Educação Física na Escola Maria Lucia Moura Marin. Graduando do Curso de Bacharelado em Direito na FAAO. Email: cdcgarcez@gmail.com

3 Mestre em Letras, Linguagem e Identidade pela Universidade Federal do Acre (UFAC), Especialista em Psico-logia Educacional Escolar, (UNINORT). Graduada em Letras, Língua Portuguesa, Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, (UERN). Docente em Língua Portuguesa, no Ensino Fundamental da Rede Pública do Estado do Acre, Docente em Leitura, produção e análise de Texto e Metodologia da Pesquisa na Faculdade da Amazônia Ocidental, nos Cursos de Psicologia, Ciências Contábeis e Serviço Social (FAAO).

4 Graduado em Administração Comercio Exterior pela União Educacional do Norte – UNINORTE. Especialista em Gerenciamento de Projeto pela União Educacional do Norte – UNINORTE. Administrador na Secretaria de Gestão Administrativa – SGA. Graduando do Curso de Bacharelado em Direito na FAAO. E-mail: neivopacifi-co@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Existe hoje, uma tendência em que as famílias deixaram de utilizar um mosaico da família antiga para a constituição de uma nova genealogia, essa evolução familiar e moderna trouxe consigo novos meios de constituição familiar e consequentemente novos valores. Com isso, surge a multiparentalidade, que é um reflexo das novas mudanças ocorridas na família atual. Sob a ótica jurídica, essas relações familiares foram sendo estreitadas através de leis posteriores a Constituição Federal de 1988.

Nesta perspectiva, ao estabelecer novos princípios de organização familiar, convém lembrar que a lei quando omissa, cabe ao juiz analisar através da analogia, costumes e princípios gerais do Direito. Assim, validamos a nova construção familiar dentro dos limites constitucionais e um equilíbrio das relações jurídicas como uma das maiores instituições chamada Família.

A família é tida como sendo a primeira base social responsável pela formação moral e psíquica do indivíduo. Salienta-se que em sentido amplo, a família caracterizava-se por ser um conjunto de pessoas consanguíneas, que possuíam vínculo pelo sangue. No entanto, com o passar do tempo, esse conceito e a própria relação familiar ganhou novas perspectivas, passando a ser visto de modo mais abrangente, estendendo-se para a legitimação não só de parentescos consanguíneos, mas também aos legitimados e adotivos que se incluem no grupo familiar. Examinando a família de uma ótica abrangente, analisamos o conceito formalista e tradicionalista desta concepção, a qual reconhece atos fundamentais, como o casamento, o reconhecimento de filhos e a adoção, fazendo uma alusão à família antiga, o que vai ao encontro da atual realidade da nova constituição familiar brasileira.

É interessante destacar que a família tem características próprias que a difere das demais relações existentes dentro de uma sociedade, e que exerce importância primordial do elemento social e ético, onde seus valores são munidos de sansões que, quando violadas, reverte-se de aspectos jurídicos que as fortalecem. Esse fortalecimento se dá pela fidelidade e assistência que a lei impõe aos cônjuges, a obrigação de educação e uma conduta moral exemplar.

2. A FAMÍLIA NA ANTIGUIDADE

A família romana tinha em sua conjuntura, a figura do pater, onde o mesmo exercia sua autoridade sobre todos os descendentes de sua família e isso dependia da consanguinidade, devido essa família ser caracterizada por uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.

Mais adiante, percebe-se o surgimento de alguns patrimônios individuais, os quais eram chamados de pecúlios, sendo administrados por pessoas que participavam e estavam sob a autoridade do pater.

Percebemos que na família romana ouve uma evolução a qual se deu no sentido de restringir progressivamente a autoridade do pater e, com isso, percebeu-se uma grande autonomia adquirida pela mulher e os filhos. Segundo Wolkmer (2011, p.121):

> O critério predominante da determinação do parentesco, não era a consanguinidade, mas a sujeição ao mesmo culto, a adoração aos mesmos deuses-lares, a submissão ao mesmo pater família. Dessa feita, a família ou genes era um grupo mais ou menos numeroso subordinado a um chefe único.

WALD argumenta que sobre a vida cotidiana dos romanos, o pai deixava de ser autoridade severa e arbitrária dos primeiros tempos para reconhecer a autonomia e independência dos filhos. Após o austero e rígido pater veio a época da soberania incontestável das novas gerações (WALD, apud, Jérome Carcopino[5], 1939, p.97).

Multiplicava-se em Roma a figura leviana do filiusmimado e egoísta, gastando em um dia fortunas acumuladas pelo trabalho de gerações, caracterizando assim uma sociedade que adquiriu o hábito do luxo e perdeu a sobriedade.

3. A FAMÍLIA NO DIREITO CANÔNICO

Partindo do pressuposto da família inserida nos moldes canônicos, o matrimônio sagrado não era apenas um contrato, mas um sacramento na qual os homens não poderiam dissolver ao seu bel prazer, uma vez que a união oficializada era um ato realizado perante Deus e em face disso a igreja torna indissolúvel a união entre homem e mulher, mas pela dura cervis (coração duro), o livro sagrado admite o divórcio em casos extremos no tocante a adultério.

Seguindo por esta linha, cabe salutar que de acordo com a Bíblia, "tanto no Velho como no Novo Testamento encontramos a ideia de que o marido e a mulher constituem uma só carne." (Gênesis: 2:24 e o Evangelho de São Mateus: 19:6). E com isso era vedado qualquer tipo de dissolução do matrimônio que não estivesse inserida num divórcio.

5 WALD, Arnoldo. Direito da Família. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Os filhos na família canônica surgiam como presentes dados por Deus, frutos da aliança matrimonial, a qual funcionava como uma legitimação da união estabelecida. E com isso os valores cristãos eram repassados aos descendentes que posteriormente dariam sequência as suas formações familiares através dos ensinamentos que lhes foram repassados por seus pais.

Para a família canônica, a importância da relação sexual no casamento transcende a cópula normal que gera frutos, dos quais são os filhos e esses, por sua vez, são constituídos do entrelaçamento entre o homem e a mulher que carregam a carga genética dos seus genitores.

4. DIREITO DA FAMÍLIA ANTES DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Direito da Família ressurge em 12 de setembro de 1564, em Portugal, onde o mesmo fazia alusão ao sagrado Concílio Tridentino, que nada mais era do que o domínio da monarquia sobre as autoridades eclesiásticas que se achavam investidas das competências que lhes foram concedidas naquele concílio, e com isso a aprovação do sagrado concílio trouxe algumas renovações do Direito Civil português e dando um novo realce ao Direito Canônico.

Por sua vez, o Direito português sustentava três tipos de casamentos válidos: (1) realizado com a presença da autoridade eclesiástica de marido conhecido, o qual se dava através da intervenção de uma autoridade religiosa; (2) a cogitação de tratamento mútua e recíproca como marido e mulher; e (3) casamento de consciência ou à morganheira, onde os mesmos não tinham validade legalmente e as partes viviam maritalmente (amancebados).

Isso tudo se deu ao decreto nº 3.069/1863, "que regula os registros dos casamentos, nascimentos e óbitos das pessoas que professarem religião diferente do estado", que admitia casamentos realizados por outras religiões. Esse âmbito trouxe uma perda considerável no poder matrimonial da igreja e possibilitou o casamento civil.

Depois da Proclamação da República, em 1890, religião e estado ficaram separados, introduzindo o casamento civil no Brasil, isentando o poder da igreja sobre o casamento.

5. A FAMÍLIA DA ATUAL SOCIEDADE

A família atual foi emoldurada de acordo com a racionalidade do Código Civil de 1916, onde caracterizava que o matrimônio somente era formado através da figura matrimonializada, patriarcal e hierarquizada, patrimonializada, heterossexual e indissolúvel. Tal fato se constituía apenas pelo casamento, ou seja, a chefia dessa família era do marido e os demais filhos e esposas eram submissos.

Sendo assim, a vontade da família era a vontade do homem. Nenhum outro integrante da família tinha voz ativa, somente a prole era reconhecida dentro do casamento.

A estruturação e a composição da família através do casamento eram indissolúveis, pois a única maneira de solucionar um matrimônio que não havia dado certo era o desquite, que colocava um fim na vida, mas não ao vínculo jurídico. Não tinha necessidade de o legislador fazer a alteração. O decreto 181 de 1890 referia-se impropriamente ao divórcio e o Código Civil optou por utilizar a terminologia mais adequada de desquite, que

só era conhecida no Direito Pátrio e correspondia perfeitamente à separação regulada pelas outras legislações.

Com as mudanças ocorridas no meio social nas décadas seguintes, fez-se necessário um acompanhamento dessas mudanças dentro das normas jurídicas, tendo a família como núcleo principal das mudanças sociais, culminando em uma lei que traria novas regras com relação à indissolubilidade, chamada Lei do Divórcio, Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regula os casos de solução da sociedade conjugal e do casamento, a qual tem seus efeitos aos respectivos processos, tendo revogado os art. 315 à 328 do Código Civil.

Fazendo uma alusão ao processo de separação, o artigo segundo da mencionada lei, repetindo em parte a redação do revogado artigo 315 do Código Civil, estabelece que a sociedade conjugal termina somente:

> I – pela morte de um dos conjugues,
>
> II – pela nulidade ou anulação dos conjugues,
>
> III – pela separação judicial,
>
> IV – pelo divórcio.

A família contemporânea é mosaica e baseia-se na adoção de um explícito polimorfismo, em que todos os arranjos são voltados para pluriparentais, plurívocos, multifacetados, pluralísticos, onde esses são igualmente aptos a constituir um núcleo familiar, os quais obtêm merecidamente, especial proteção do Estado, o que resulta do próprio art. 226, da Constituição Federal de 1988.

A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado:

> I – o casamento é civil e gratuito a celebração,
>
> II – o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei,
>
> III – para o efeito da proteção do estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O modelo atual de família estabelece um viés plural e aberto independente do casamento, com isso, a família continua sendo a base da sociedade. Tal modelo promoveu a equiparação entre o casamento e a união estável, o que constitucionalmente o legislador parece ter pretendido proteger as mais diversas uniões que se apresentam como casamento, sem pré-estabelecer um período determinado de duração dessa união, a qual é estabelecida dentro da sociedade de forma ampla, sem rupturas e sólida.

6. MULTIPARENTALIDADE

As transformações ocorridas na sociedade atual deixaram de ser uma unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar dentro de um grupo de afetividade e companheirismo, os quais imprimiram consideravelmente o reforço do esvaziamento biológico da paternidade. [...] "A filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança[6]". Assim, toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não.

Neste sentido, argumenta Pereira Gischkow (1992, p. 85):

6 (Resp 450566/ RS, Rel. Ministra NANCY ANDDRIGHI, TERCEIRA TURMA, Julgado em 03/05/2011, Dje 11/05/2011.

> "[...] a paternidade é conceito não só genético ou biológico, mas psicológico, moral e sociocultural. Em grande número de ocasiões o vínculo biológico não transcende a ele mesmo e revela-se completo e patológico fracasso da relação de paternidade sob prisma humano, social e ético". Em contrapartida, múltiplas situações de ausência de ligação biológica geram e mostram relação efetiva, em nível de paternidade saudável, produtiva, responsável. E os milhões de casos de paternidade biológica não desejadas? Por outro lado, a paternidade oriunda da adoção é plenamente consciente e desejada[7].

Com isso, entendemos que, a paternidade socioafetiva é de gênero, as quais são derivadas a paternidade biológica e a paternidade não biológica. Assim, a relação de paternidade independe da exclusiva relação biológica entre pais e filhos, avós e netos, o que privilegia o vínculo de afetividade. Segundo o Manual de Direito das Famílias (DIAS, 2013, p.10):

> [...] filiação é um conceito relacional: é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas e que atribui reciprocamente direitos e deveres. Na feliz expressão de Luiz Edson Fachin, "a paternidade se faz, o vínculo de paternidade não é apenas um dado, tem a natureza de se deixar construir.

O reconhecimento da multiparentalidade se dá através da chegada de uma nova filiação socioafetiva a qual a sociedade está vivenciando hoje. Fazemos então uma pergunta: Para que se constitua uma família, sempre cabe mais um?

A pergunta torna-se pertinente tendo em vista que a parentalidade afetiva flexibilizou as mais variadas formas de

7 PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas considerações sobre a nova adoção. Revistas dos Tribunais, São Paulo, 1992.

família: partimos do princípio que um casal espera um filho durante 30 anos, trará sua prole e consequentemente o neto desse casal, o qual será a perpetuação da família, mas o casal de avós se depara não só com o neto consanguíneo, mas com a presença de um neto socioafetivo que os anfitriões avós somente em conversa com esse novo integrante vislumbram uma nova formação da família, os quais percebem e se dão conta que ganharão mais um neto, provando que a parentalidade está além de uma simples estrutura familiar biológica, traz consequências não só afetivas como também legislativas, no que abrange principalmente direitos e heranças.

É natural que o arcabouço jurídico acompanhe os novos comportamentos que ocorrem, olhando dessa vertente, passamos a configurar os pedidos de maternidade e paternidade dupla. Aludido do preceito que a parentalidadesocioafetiva e biológica são diferentes, façamos um viés que, enquanto a parentalidadesocioafetiva tem origem no afeto, "a parentalidade biológica se origina no vínculo sanguíneo, mas, não podemos esquecer que é plenamente possível a existência de parentalidade biológica sem afeto entre pais e filhos e não é por isso que a parentalidadesocioafetiva irá prevalecer sobre a parentalidade biológica, onde ambas devem coexistir em razão de serem distintas" (CASSETTARI, 2014, p. 168).

Segundo o art. 227 § 6 da Constituição Federal: os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Portanto, a parentalidadesocioafetiva se mostra como um meio adequado para o desenvolvimento físico, mental, moral,

espiritual e social do menor envolvido, levando sempre em consideração os laços fraternos adquiridos com a vivência com os pais biológicos e afetivos. Segundo Queiroz (2001, p.165):

> Filhos são filhos sem qualquer distinção – é um preceito constitucional. O vínculo de filiação estabelecido na adoção produz os mesmos efeitos que aqueles estabelecidos entre o pai socioafetivo e o filho inseminado artificialmente. Não se pode, pois, admitir uma distinção no direito de ação concedendo ao filho reconhecido o direito de impugnar a paternidade em busca de um vínculo biológico, desde que isso não possa ocorrer ao liame fundado pela adoção.

A multiparentalidade é vista hoje na sociedade atual como uma nova forma de família, com isso, estamos caminhando para um novo conceito familiar que fica cada dia mais evidente na formação de uma estrutura familiar diferente dos moldes da família antiga. Edson Fachin[8], importante jurista e atual ministro do Supremo Tribunal federal, ressalta:

> "[...] o tradicional modelo familiar, que instrumentalizava as relações sociais como instituição erigida sobre o tríplice estandarte do matrimônio, do patrimônio e do pátrio poder, dá lugar à família nucelar eudemonista, cujo feixe luminoso passa a focar-se por sobre as pessoas que nela se encontram afetivamente envolvidas [...]

Desse modo, a instituição família vem sofrendo transformações que diversificam a formação como pai, mãe e filho, onde todas as modificações dentro do âmbito familiar se integram em um sistema que está embasado dentro dos sistemas jurídicos que permeiam todos os comandos normativos voltados

8 FAMÍLIAS – ENTRE O PÚBICO E O PRIVADO. Anais do VIII congresso de Direito de família. IBDFAM

para o direito legal de filhos socioafetivos na condição de observar os interesses dos familiares envolvidos.

Diante do exposto, o novo conceito de família, a multiparentalidade, faz parte das várias modificações ocorridas na sociedade atual, o que reflete no arcabouço jurídico como forma de assegurar cada vez mais os direitos consagrados na Carta Magna, reconhecendo que o filho socioafetivo tem direito a toda e plena igualdade dos filhos consanguíneos. Essa estrutura tem sido evidenciada a cada dia dentro da sociedade moderna e o Direito tem garantido, dentro do âmbito jurídico, a dignidade da pessoa humana.

Assim, a família é produto cultural e espiritual ao mesmo tempo, [...] não se pode olvidar que a relação construída ao longo dos anos entre pais e filhos permanece na psique individual, perpetuando valores compartilhados por aquele núcleo familiar[9][...] e não necessariamente é um produto biológico como um todo, sendo, portanto, a instituição família complexa, mas ao mesmo tempo simples em razão da vivência do afeto e do amor fraterno entre os familiares. Essa construção de afetividade passa por um processo de construção afetiva, o que resulta em um princípio natural dentro do âmbito familiar.

Portanto, cada vez mais fica evidente que a sociedade ainda não conseguiu mensurar a importância desse novo conceito familiar, mas os comandos normativos e jurídicos asseguram os direitos que permeiam em todas as esferas jurídicas e que legitima a filiação socioafetiva dentro do âmbito jurídico. Com isso, atentamos para as mais diversas situações que vem surgindo dentro do país através dos tribunais, onde, os mesmos tem se

9 REsp 878.941/DF – Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI – Terceira Turma – julgado em 21/08/2007

convencido da importância e da viabilidade jurídica existente dentro da família.

O reconhecimento e a existência da multiparentalidade tornam mais amplos os efeitos jurídicos decorrentes das decisões que transitam dentro dos tribunais, o que torna cada vez mais fortes as conclusões de casos de multiparentalidade dentro do judiciário como um todo, favorecendo uma analogia natural dos procedimentos utilizados para se chegar a uma decisão que assegura os direitos do envolvido, no caso o filho, no tocante a igualdade perante os demais membros da família como um todo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, a viabilidade da multiparentalidade diante do que foi exposto respeita todos os princípios e ordenamentos jurídicos os quais integram e homologam a eficácia dentro do sistema jurídico moderno. Os valores mencionados estão definidos dentro de um subsistema jurídico onde os mesmos proclamam a harmonia, garantias e direitos assegurados na Constituição Federal, a qual expressa a supremacia do estado de Direito.

A paternidade biológica e socioafetivasão reconhecidas em comum direito e não inferioriza as demais formações familiares. Esse reconhecimento parte da razão dos limites constitucionais onde temos o direito de sermos diferentes.

Tudo que foi prolatado dentro do artigo são frutos de decisões jurídicas ocorridas nos âmbitos de varas de famílias em todo o país. O reconhecimento da multiparentalidade vem sendo uma pluralidade dos arranjos familiares, da dignidade da pessoa humana, possibilitando através dos meios legais o assentamento de dois pais ou duas mães no registro civil.

Buscou-se com esse artigo, esclarecer a nova elaboração familiar baseada na afetividade, a qual estabelece vínculos socioafetivos que permeiam na mais importante célula da sociedade, a família, o que culminou no processo evolutivo de novos princípios na formação da família, como a dignidade, afetividade, proteção e o melhor interesse para a criança estabelecida nessa nossa constituição, que serve como base para as decisões da magistratura.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição.** Brasília: Senado Federal, 1988.

CARCOPINO, Jérome. ***La viequotidienne á Rome á l'apogée de l'empire.*** Paris: Hachette, 1939.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidadesocioafetiva.** São Paulo; Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

WALD, Arnoldo. **Direito da Família.** 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito.** 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DIREITO INTERNACIONAL TRIBUTÁRIO: INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

Thiago Guedes Alexandre [1]

RESUMO: Será analisada, ao longo do presente trabalho, a formação do Direito Tributário Internacional, partindo-se do estudo da natureza jurídica dos tratados internacionais, bem como o processo de incorporação desses ao Direito Interno brasileiro. Em seguida, observar-se-á o conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional, quando da integração ao ordenamento pátrio, suscitando as teorias monista e dualista. Posteriormente, busca-se entender as contradições entre os tratados e a lei interna e a forma como os tribunais pátrios vêm solucionando essas antinomias. Por fim, apresenta-se um estudo do artigo 98 do Código Tributário Nacional (CTN) e de sua importância para interpretação dos tratados internacionais em matéria tributária.
Palavras-chaves: Direito Internacional – DI. Direito Tributário. Tratados.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Tributário Internacional representa um dos campos de maior avanço na órbita da imposição fiscal. Esse expressivo avanço decorre de dois fenômenos: o da regionalização e o da globalização dos mercados mundiais. Segundo o professor Alberto Xavier (2007, p. 3-4):

> O Direito Tributário Internacional tem por objeto *situações internacionais,* ou seja, situações da vida

1 Procurador do Estado do Acre, Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Especialista em Direito do Estado e em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

> que têm contato, por qualquer de seus elementos, com mais de uma ordem jurídica dotada do poder de tributar. Escapam do seu campo de atuação as *situações puramente internas*, cujos aspectos ou elementos se realizam integralmente no âmbito de um só Estado, seja ele o Estado do órgão de aplicação do direito (situações internas nacionais) ou um Estado estrangeiro (situações internas estrangeiras). Dessa forma, não diz respeito ao Direito Tributário Internacional a tributação quando não repercute em situações fora do contexto interno.

Observa-se, assim, que a natureza internacional da situação decorre da sua conexão com mais de um ordenamento nacional. Nesses casos, a situação da vida se encontra pluralizada, pois vinculada ao ordenamento de um país por elementos de conexão que tende a repercutir em mais de um Estado, v. g., o envio de renda de uma empresa para sua matriz localizada no estrangeiro.

O Direito Tributário Internacional surge precisamente porque uma ou alguma das características ou aspectos da situação internacional pode funcionar como conexão suscetível de desencadear a incidência e a aplicação das leis tributárias internas de mais de um Estado. Nessa seara, Alberto Xavier (2007, p. 5-6) explicita que respeita ao Direito Tributário Internacional, em primeira linha, ao problema do âmbito de incidência e ao âmbito de eficácia das leis tributárias no espaço. A questão relativa ao âmbito de incidência reporta-se, a saber, se a norma tributária interna pode abranger na sua previsão pessoas, coisas e fatos localizados no território de outro Estado. Por sua vez, a questão relativa ao âmbito de eficácia respeita, a saber, se a norma tributária interna é suscetível de ser coercitivamente aplicada em território estrangeiro e se, inversamente, uma lei tributária estrangeira é suscetível de ser coercitivamente aplicada em território nacional.

Alberto Xavier (2007, p. 7-8) continua sua explanação apontando que o problema do âmbito de incidência das leis tributárias respeita ao âmbito do poder legislativo do Estado, à atividade tributária *em abstrato*; já o problema do âmbito de eficácia das leis tributárias refere-se ao âmbito do poder executivo (administrativo ou judicial) do Estado, à atividade tributária *em concreto*.

Aplicando a tradicional distinção da teoria geral do Direito Tributário, o citado jurista aponta que o primeiro respeita ao Direito Tributário *substancial*, enquanto o segundo integra o Direito Tributário *formal.* Acresce que, dogmaticamente, os dois tipos de problemas se situam em terrenos distintos: o âmbito de incidência concerne ao tema dos *limites das leis no espaço* e é objeto do Direito de Conflitos em sentido estrito; o âmbito de eficácia concerne ao tema da *competência internacional* dos órgãos internos de aplicação do Direito, jurisdicionais ou administrativos (no mesmo plano da competência internacional dos tribunais em matéria de processo civil ou penal) ou ao tema da *relevância de atos públicos estrangeiros* (no mesmo plano do reconhecimento de sentença estrangeira ou de ordens ou decisões de autoridades administrativas estrangeiras). Assim, considerar-se-á, doravante, o Direito Interno e o Direito Internacional como dois sistemas distintos de produção de normas.

2. TRATADOS INTERNACIONAIS: NATUREZA JURÍDICA

Ao contrário do que ocorria no passado, quando o *costume internacional* era considerado a principal fonte do Direito

Internacional – DI, os *tratados internacionais,* hodiernamente, alcançaram o patamar de principal fonte do DI, principalmente por propiciarem maior segurança jurídica no âmbito das relações internacionais. Celso D. de Albuquerque Mello (2004, p. 212) acentua que:

> Os tratados são considerados atualmente a fonte mais importante do DI, não só devido à sua multiplicidade, mas também porque geralmente as matérias importantes são regulamentadas por eles. Por outro lado, o tratado è hoje considerado a fonte do DI mais democrático, porque há participação direta dos Estados na sua elaboração (Bedjaoui).

Em verdade, os tratados internacionais ocupam posição de particular relevo nos dias atuais, notadamente porque há um crescente aprofundamento das relações internacionais, principalmente no campo do comércio exterior, o que vem a repercutir na seara tributária.

Tratado Internacional – TI, na conceituação clássica de Lafayette Rodrigues Pereira (*apud* CARRAZZA, 2008, p. 226), é o "consentimento recíproco de duas ou mais nações para consentir, regular, modificar, alterar ou extinguir um vínculo de direito". Já para o jurista Clóvis Beviláqua (*apud* CARRAZZA, 2008, p. 226), é "um ato jurídico, em que dois ou mais Estados concordam sobre a criação, modificação ou extinção de um direito."

Em comum aos dois conceitos, o TI tem como característica marcante o fato de ser um acordo firmado entre duas ou mais pessoas de Direito Internacional Público, tendo

como conteúdo a normatização de matéria do interesse de ambos, destinada a produzir efeitos jurídicos entre os signatários.

Na realidade, os tratados têm em mira estabelecer regras para a conduta recíproca dos Estados assinantes, com relação ao assunto objeto do acordo. Contudo, mister se faz ressaltar que o pacto internacional não regula apenas a conduta dos Estados que ratificam o acordo, mas também a dos administrados, membros dos vários Estados signatários, além dos diversos órgãos ou pessoas políticas existentes nos termos do Direito Interno de cada país.

Adota-se, para fins de estudo, o conceito de "tratado" previsto no art. 2º, alínea "a", da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados,* de 1969, verbis: "tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular"[2]. O professor Celso D. de Albuquerque Mello (2004; p. 212) assevera que "esta definição é de tratado em sentido amplo, significa isto que estão abrangidas os acordos em norma simplificada".

Com efeito, o professor Sidney Guerra (2009, p. 53) assinala que do conceito acima indicado podem ser sublinhados alguns aspectos importantes (características), a saber: a) acordo internacional entre Estados; b) celebrado por escrito; c) regido pelo direito internacional; d) qualquer que seja sua denominação

2 O Brasil ratificou (com ressalvas para os artigos 25 e 66) a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados em 25 de setembro de 2009 e promulgou-a pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

(terminologia); e) conste de um instrumento único ou em dois ou mais instrumentos conexos.[3],[4],[5].

Na verdade, o que caracteriza um ato internacional como tratado não é sua denominação, mas sim sua natureza jurídica, conforme, aliás, está expresso no conceito operacional acima adotado.

Não obstante, registra-se que parte da doutrina tenta classificar as variadas denominações dadas a tratado, mediante o estudo das variadas conseqüências jurídicas que possam eventualmente ter cada qual (tratado, convenção, declaração, ato, pacto, estatuto, protocolo, acordo, *modus vivendi,* concordata, compromisso, troca de notas, acordos em forma simplificada, carta, convênio, *gentlemen´s agreements*, entre outros)[6]. Entretanto, o que se verifica na prática internacional é que as denominações

3 Sobre a celebração de Tratados por outros sujeitos do DI, Celso D. de Albuquerque Mello (2004, p.212) aponta que "a convenção excluiu da sua regulamentação os tratos entre organizações internacionais ou outros sujeitos de DI. Entretanto, tal fato não significa que tais tratados percam a sua força legal; e por outro lado, nada impede que as normas desta convenção se apliquem a tais tratados".

4 Celso D. de Albuquerque Mello (2004, p.212) lembra que "a forma escrita é a mais comum dos tratados; todavia os acordos orais também têm obrigatoriedade". O mencionado autor recorda adiante que as constituições estatais não cuidam de acordos tácitos e orais, porque eles são raros, citando, nesse sentido, a disputa entre a Dinamarca e a Finlândia, sobre uma ponte construída na Great Belt pela Dinamarca, terminou em uma conversa telefônica entre os dois primeiros Ministros, em 1992, em que a Dinamarca se comprometeu a pagar uma indenização.

5 Nesse ponto, deve-se observar que a intenção é privilegiar o próprio direito internacional em detrimento do direito interno para fins de confecção do tratado. Todavia, para fins de enquadramento e aplicação perante o direito interno dos países signatários, deve-se observá-las quando da elaboração do pacto, com o fim de evitar quebra do pacto internacional.

6 Nesse sentido: Celso D. de Albuquerque Mello (2004, p.212-213) e Sidney Guerra (2009, p. 55-56).

dos tratados são utilizadas sem qualquer critério (SOARES, 2002, p. 59)[7]. Tal fato se reflete, inclusive, na terminologia adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil, onde constam variadas denominações para tratados internacionais, sendo as seguintes: tratados (art. 102, inc. III, "b"), tratados internacionais (art. 5o, § 2o), acordos firmados pela União (art. 178, caput), e as expressões: tratados, convenção e atos internacionais (art. 84, inc. VIII) e tratados, acordos ou atos internacionais (art. 49, inc. I) (SOARES, 2002, p. 124-125). A propósito, Francisco Rezek (2002, p. 15) faz salutar observação:

> O uso constante a que se entregou o legislador brasileiro da fórmula tratado e convenções induz o leitor desavisado à idéia de que os dois termos se prestem a designar coisas diversas. Muitas são as dúvidas que repontam, a todo momento, na trilha da pesquisa terminológica. (...) O que a realidade mostra è o uso livre, indiscriminado, e muitas vezes ilógico, dos termos variantes daquele que a comunidade universitária, em toda parte – não houvesse boas razões históricas para isso –, vem utilizando como termo-padrão. Quantos são esses nomes alternativos? (...) A análise da experiência convencional brasileira ilustra, quase à exaustão, as variantes terminológicas de tratado concebíveis em português: acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto protocolo e regulamento.

Sendo assim, não é nossa intenção aprofundar este assunto, até porque diz respeito muito mais ao Direito Internacional público, do que com o Direito Tributário Internacional em si.

7 "Na verdade, a denominação dos tratados internacionais é irrelevante para determinação de seus efeitos ou de sua eficácia. A prática tem demonstrado que os Estados não atribuem qualquer conseqüência jurídica a tal ou qual denominação". (SOARES, 2002, p. 59).

Todavia, algumas ideias centrais precisam ser explicitadas, sendo a principal delas a que gira em torno da *forma* como os tratados internacionais se integram à legislação dos *Estados* – para fins deste trabalho, utilizaremos o termo "tratado internacional" em seu sentido lato. A partir daqui analisaremos as teorias monista e dualista. Após, observar-se-á a intrincada questão acerca dos possíveis conflitos entre normas de Direito Interno e os tratados internacionais.

3. A INTEGRAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: AS TEORIAS MONISTA E DUALISTA

A integração dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno dos Estados é tema preso ao Direito Internacional, este considerado como um sistema de normas jurídicas autônoma, e visto, também, como um conjunto sistemático de mesma natureza.

Os estudos relativos ao Direito Internacional e ao Direito Interno são significativos pelo fato de a eficácia do primeiro depender bastante da observância do segundo, ou seja, que o Direito Interno dos Estados esteja em conformidade com o Direito Internacional. As relações entre o D. Interno e o D. Internacional acarretam, em verdade, inúmeros problemas doutrinários e práticos que decorrem da questão que consiste em saber qual o tipo de relações que mantêm entre si. Alberto Xavier (2007, p. 108-110) delineia o tema com propriedade, veja-se:

> O problema da relevância dos tratados na ordem interna desdobra-se em duas questões distintas: (i) a de saber quais as condições em que as

normas internacionais ganham relevância na ordem interna; e (ii) a de determinar qual o valor formal hierárquico na ordem interna das normas internacionais que aí ganharam relevância, ou seja, se valem na ordem interna como normas internacionais ou como simples normas de direito interno.

Embora se trate de questões conceitualmente distintas, elas se encontram profundamente interligadas. Com efeito, as correntes que entendem os tratados internacionais valem, na ordem interna, como tal, têm corolário lógico a respectiva superioridade hierárquica, na medida em que, só podendo ser modificados, revogados ou denunciados pelos mecanismos do Direito dos Tratados, são intangíveis por leis internas supervenientes. Ora, é precisamente nesta 'força de resistência passiva' que a hierarquia consiste.

Ao invés, para as correntes que só admitem a vigência dos tratados internacionais uma vez transformados em lei interna, a paridade hierárquica também se impõe como corolário lógico, pois o tratado passaria a vigorar com a mesma força da lei transformadora. Pode, todavia, admitir-se conceitualmente a existência de sistemas que exijam uma transformação prévia e individualizada, mas inobstante confirma força hierárquica superior a norma convencional, objeto da transformação.

Deve preliminarmente dizer-se que causa estranheza a própria discussão do problema da superioridade hierárquica das fontes internacionais de produção do direito, tendo em vista o princípio do direito consuetudinário pacta sunt servanda, que tem como corolário a regra consagrada no art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, segundo a qual nenhum Estado pode invocar as suas normas internas para se eximir ao cumprimento das suas obrigações internacionais. Princípio esse que,

aliás, corresponde a uma regra de senso comum, pois de pouco ou nada valeria a celebração de um tratado se as suas disposições pudessem ser legitimamente modificadas ou revogadas por ação direta e unilateral de um dos Estados contratantes, sem obediência aos mecanismos próprios de denúncia ou renegociação previstos no Direito Internacional Público.

A tese da paridade hierárquica entre tratado internacional e lei interna (à qual a teoria dualista deu a explicação dogmática mais acabada) serve, evidentemente, aos interesses dos Estados que não desejam um constrangimento duradouro à livre expressão da sua soberania interna: quer tais Estados obedeçam a uma concepção totalitária (de que o século XX foi pródigo em manifestações, de inspiração nacional-socialista ou soviética), quer tais Estados invoquem peculiaridades da sua tradição constitucional (como os Estados Unidos e o Reino Unido) para, porventura em prossecução de interesses pragmáticos de grandes potências, legitimarem o intentional override dos seus compromissos internacionais.

Compreende-se, por isso, que no mundo contemporâneo a derrocada das ideologias totalitárias tenha debilitado as teses dualistas (em apogeu nos anos trinta) e conduzido a grande maioria dos Estados democráticos a acatar, por força de disposição constitucional expressa ou de construção jurisprudencial, a concepção monista com primado do direito internacional, formalizada através de cláusulas gerais de recepção plena.

Como em seguida se verá, o Brasil não ficou imune à influência de ideologias autoritárias de vários espectros políticos, mas todas convergentes à afirmação de um "nacionalismo soberano e autárquico", se não hostil, pelos menos reservado em relação à plena supremacia do Direito Internacional.

> Caberia a à Constituição de 1988 – progressista, liberal e democrática – ter definitivamente sepultado a concepção dualista, não sem um resistência tenaz de certos setores da doutrina e da jurisprudência, inclusive das mais altas Cortes, ainda não conformadas com a opção claramente tomada pela nova ordem constitucional.

Percebe-se nas palavras do eminente jurista que a questão passa pela discussão sobre a visão *monista* e a visão *dualista* da ordem internacional. Essas duas teorias pressupõem que existe um campo comum no qual a ordem interna e a internacional podem atuar simultaneamente em relação ao mesmo objeto. Quando as duas ordens jurídicas estão de acordo não há margens para discussões e divergências, entretanto, há casos em que as duas ordens jurídicas regulam a matéria de modo diferente. Daí o surgimento do problema: havendo um conflito entre a ordem interna e a internacional, qual das duas deve prevalecer? Para responder à pergunta, antes é preciso entender as teorias: Dualismo e Monismo.

3.1 DUALISMO

O termo "dualismo" foi utilizado por Alfred Verdross, em 1914, e aceita por Triepel, em 1923, que afirmava que o Direito Internacional e o Direito Interno de cada Estado eram sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condicionava a sua sintonia com a ordem internacional (GUERRA, 2009, p. 45-46).

Roque Antonio CARRAZZA (2008, p. 227-228) aponta que:

> Segundo a teoria *dualista*, as normas internas e as internacionais convivem em harmonia, não podendo conflitar, já que têm campos de incidência perfeitamente diferenciados. Justamente por isso,

> os tratados internacionais não podem irradiar efeitos na ordem jurídica interna enquanto a ela não forem formalmente incorporados, por meio de alguma espécie legislativa (lei, decreto legislativo, regulamento etc).

Como visto, a teoria dualista identifica as duas ordens jurídicas (internacional e interna) de maneira tangente, isto é, elas poderiam até se tocar, mas em hipótese alguma seriam secantes. Na esteira da teoria dualista, essa independência teria como base três fatores (MELLO, 2004, p. 121-122):

> a) as "Relações Sociais": na ordem internacional, o Estado é o único sujeito de direito, enquanto na ordem interna, aparece o homem também como sujeito de direito.
>
> b) as fontes nas duas ordens jurídicas: no Direito Interno eram decorrentes da vontade do Estado, enquanto que a do Direito Internacional tratava-se da vontade coletiva dos Estados manifestados pelos costumes e pelos os trados.
>
> c) a estrutura das duas ordens jurídicas: no Direito Interno era de subordinação, isto é, as leis ordinárias são subordinadas à Constituição, e a do Direito Internacional era de coordenação, logo, a convenção, para ser usada internamente teria que se transformar em lei interna.

O professor Celso D. de Albuquerque Mello (2004, p. 122-123) cita uma série de críticas a essa teoria, ao afirmar que:

> a) o homem é também sujeito internacional, uma vez que tem direitos e deveres diretamente outorgados pela ordem internacional; b) o direito não é produto da vontade nem de um Estado, nem de vários Estados. O voluntarismo é insuficiente para explicar a obrigatoriedade do costume internacional; c) Kelsen observa que coordenar é subordinar a uma terceira ordem; assim sendo, a

> diferença entre as duas ordens não é de natureza, mas de estrutura, isto é, uma simples "diferença de grau"; d) o DI consuetudinário é normalmente aplicado pelos tribunais internos sem que haja qualquer transformação ou incorporação; e) quanto à escola italiana, que sustenta que o DI se dirige apenas ao Estado e não ao seu direito interno, podemos endossar a opinião de Rolando Quadril, que observa não ser "possível dissociar o Estado do seu ordenamento"; f) pode-se acrescentar a observação de P. Paone de que o dualismo no DI está sempre ligado à sua concepção como sistema privatístico.

3.2 MONISMO

Em oposição ao dualismo, encontra-se a concepção denominada de monismo. Para os monistas, o direito constitui uma única unidade, ou seja, essa teoria não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas, vez que a ordem interna e a internacional são meras manifestações de uma única ordem. Nesse caso, o Direito Internacional não carece de qualquer "transformação" para adentrar na ordem interna, pois os Estados mantêm compromissos que se justificam juridicamente por pertencerem a um sistema único.

Sobre a teoria monista, Antonio Roque CARRAZZA (2008, p.227) assinala que:

> Pela teoria *monista*, o tratado internacional, assim que firmado, entra a fazer parte do ordenamento jurídico do Estado contratante. Divergem seus adeptos acerca da questão da supremacia. Uns, como Kelsen, entendem que o tratado internacional predomina sobre o Direito interno, já que o Direito Internacional sobrepaira o direito constitucional,

> dando-lhe fundamento de validade. Outros, como Wenzel, sustentam o contrário, porque partem do pressuposto de que é a Constituição do Estado signatário que dá validade à execução do trado.

Pelas explicitações de CARRAZZA, observa-se que essa concepção possui duas variantes, consubstanciadas na possibilidade de conflito entre as ordens interna e internacional: uma, que defende a primazia do Direito Interno, e outra, a primazia do Direito Internacional.

O *monismo com primazia do Direito Interno* tem as suas raízes no hegelianismo, que considera o Estado como tendo uma soberania absoluta, não estando, em conseqüência, sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade. Já o *monismo com primazia do Direito Internacional* foi desenvolvido principalmente pela escola de Viena (Kelsen, Vedross e Kunz). Na sua concepção mais moderna, o *monismo com primazia do Direito Internacional* defende que o conflito que possa existir entre o Direito Interno e o Direito Internacional não quebra a unidade do sistema jurídico, como conflito entre a lei e a Constituição não quebra a unidade do sistema estatal. Para esse, o importante é a predominância do DI, o que verdadeiramente ocorre na prática internacional.

4. A HIERARQUIA DOS TRATADOS EM RELAÇÃO À LEI FACE À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como se observa acima, cada uma das teses apresentadas tem por objetivo explicar o tipo de relação existente entre o Direito Interno e o Direito Internacional, tendo em si embutida a resposta

a dar à questão de saber como é que o Direito Internacional vigora na ordem interna dos Estados.

A eficácia dos tratados e sua inserção no ordenamento jurídico pátrio são, com efeito, questões de natureza constitucional. No Brasil, a competência para firmar tratados internacionais é da "República Federativa do Brasil" (art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988), por intermédio da "União" que tem a competência para "manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais" (art. 21, I, da CF).

No que concerne à celebração de tratados, convenções ou atos internacionais, a Carta Política de 1988 atribui competência privativa ao "Presidente da República" (art. 84, inciso VIII), na qualidade de *Chefe de Estado,* mas sujeita a referendo do Congresso Nacional, sendo certo que é da competência exclusiva deste "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" (art. 49, inciso I)[8].

Roque Antonio CARRAZZA (2008, p.228-229) expõe que:

> A aquiescência do Congresso Nacional não tem força jurídica bastante para tornar o tratado internacional de observância obrigatória. Tal só se

8 O Chefe de Estado é responsável pela representação do Estado na ordem internacional, enquanto o Chefe de Governo é responsável pelo Estado na ordem interna, por ser o representante do Poder Executivo. No sistema parlamentarista de governo, a função de Chefe de Estado é exercida pelo Presidente da República (nas Repúblicas parlamentaristas) ou pelo Monarca (nas Monarquias parlamentaristas), enquanto a função de Chefe de Governo, pelo Primeiro-Ministro, chefiando seu gabinete. Já no sistema presidencialista, as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo encontram-se nas mãos de uma única pessoal, qual seja, o Presidente da República.

> dará com sua ulterior ratificação e promulgação, pelo Presidente da República. Em resumo, o decreto legislativo não ratifica o acordo, mas apenas autoriza o chefe do Executivo a concluí-lo.

Observa-se, assim, que o Estado Brasileiro, denominado na ordem externa de "República Federativa do Brasil" (art. 4º, caput), manifesta sua vontade de inovar a ordem jurídica, por meio do *tratado internacional*, através da conjugação de vontades de dois dos seus Poderes: o Executivo (que firma o tratado) e o Legislativo (que o aprova) (art. 84, inciso VIII c/c o art. 49, inciso I).

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 dispõe que a "República Federativa do Brasil" é una e indivisível (art. 1º, caput), quanto aos entes que a compõem na ordem interna (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Assim, na organização político-administrativa da "República Federativa do Brasil" estão compreendidos a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal (art.º 18, caput).

Impera destacar que os entes políticos mencionados são partes da "República Federativa do Brasil", no entanto, não se confundem com o todo, pois estes são autônomos, mas não são independentes, por faltar-lhes soberania; vez que esse é adágio e fundamento da República (art. 1º, I, da CF), e somente ela, em consequência, tem personalidade jurídica de Direito Internacional.

Com esta linha de raciocínio, Sacha Calmon Navarro Coelho (2008, p.630-631) observa que:

> A União representa, na ordem jurídica internacional, o Estado brasileiro, uno e indivisível. Para o Direito das Gentes existe apenas o Estado Brasileiro como sujeito de direitos e deveres. Para o chamado Direito Nacional, a União, simples

pessoa jurídica de Direito Público interno, ao lado de Estados e Municípios, expressa uma ordem jurídica parcial. A conjugação das ordens jurídicas parciais da União, dos Estados-Membros e dos Municípios forma a ordem jurídica total, sob a égide da Constituição. Geraldo Ataliba aduz com propriedade que:

'A relação de oposição se estabelece entre a União e Estados Federados e não entre estes e o Estado Federal. É que o Estado Federal não se opõe a Estados Federados mas, pelo contrário, é associação, união sem síntese destes.'

E prossegue:

'Explicitando o que está explícito na melhor doutrina, distinguimos a pessoa jurídica de direito público interno (União) de Estado Federal, àquela reconhecendo paridade às unidades federadas, enquanto o Estado Federal sobre todos se opõe.'

José Afonso da Silva é enfático:

'O Estado Federal, a República Federativa do Brasil, é que é pessoa jurídica de direito internacional.'

'Na verdade, quando se diz que a União é pessoa jurídica de direito internacional, não se está dizendo bem, mas quer-se referir a duas coisas: (a) as relações internacionais da República Federativa do Brasil realizam-se por intermédio de órgão da União, integram a competência desta, conforme dispõe o art. 21, inciso I – IV; (b) os Estados Federados não têm competência em matéria internacional, são simplesmente direito interno'.

Não obstante a Carta Política de 88 tenha disciplinado o procedimento de integração dos *tratados internacionais* no ordenamento jurídico pátrio, como visto nas linhas anteriores,

em nenhum de seus dispositivos, todavia, estatuiu de forma clara qual a posição hierárquica destes perante o nosso Direito Interno. Por conseguinte, deixou essa incumbência para a opinião, necessariamente falível, da doutrina e da jurisprudência pátria, legando a estas um problema que competia ao legislador constituinte evitar.

Seguindo o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o tratado internacional, uma vez regularmente incorporado ao Direito Interno brasileiro, situa-se no mesmo plano de validade e eficácia em que se posicionam as leis ordinárias, estando, assim, hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República.

Desde 1977, vigora na jurisprudência do STF esse entendimento, tendo sido firmado por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE, em que ficou assentado que, ante o conflito entre tratado internacional e a lei interna, deveria prevalecer a mais recente das normas, aplicando-se a regra *lex posterior derogat priori*[9]. A discussão, em sede recursal, versava sobre o conflito entre o Decreto-lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória na repartição fiscal, sob pena de nulidade, e a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, aprovada pela Convenção de Genebra, anteriormente ratificada pelo Estado brasileiro e com vigência reconhecida pelo próprio STF.

O Recurso Extraordinário 80.004-SE foi distribuído, inicialmente, ao Ministro Xavier de Albuquerque, que restou vencido. O Ministro, em seu voto datado de 03.09.1975, optou pelo primado do compromisso internacional, mesmo na falta de norma constitucional garantidora desse primado [Constituição de

9 Cf. o acórdão do STF, no RE nº 80.004-SE, in RTJ 83/809 e ss.

1969]. O Ministro Xavier de Albuquerque lembrou ainda que a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era no sentido de conferir primazia ao Direito Internacional em face do Direito Interno brasileiro:

> A partir do julgamento, em Plenário, do RE 71.154, de que foi Relator o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro (RTJ 58/70), o Supremo Tribunal Federal vem decidindo reiteradamente que as Leis Uniformes adotadas pelas Convenções de Genebra incorporaram-se ao nosso direito interno e entraram em vigor, no Brasil, a contar dos decretos que as promulgaram. Tais decisões reforçaram e atualizaram, em nossos dias, antiga orientação de nossa jurisprudência no sentido do primado do direito internacional sobre o direito interno, como depõe o Professor Haroldo Valladão (Dir. Internacional Privado, 3ª ed., 1971, pág. 96): [...]

Deixando de lado os antigos precedentes, o STF preferiu ater-se à noção de que não há prevalência hierárquica entre tratados internacionais e leis internas, e sendo assim, um compromisso internacional pode ver-se revogado, sem maiores consequências no plano do Direito Interno, por legislação posterior. Os ministros Cordeiro Guerra, Rodrigues Alckmin, Thompson Flores e Cunha Peixoto, este último escolhido para ser o relator do acórdão do recurso extraordinário acima referido, votaram todos no sentido de que o tratado concluído revoga a lei interna anterior da mesma forma que a lei posterior revoga o tratado concluído primeiro, segundo a citada fórmula *lex* posterior *derogat priori*.

Já na égide da atual Constituição, o STF voltou a se manifestar no mesmo sentido acima, e, na Extradição n. 662-2, de 28.11.1996 (RJ-IOB 1/11192), o Ministro Celso de Mello consignou na ementa:

> Paridade normativa entre leis ordinárias brasileiras e tratados internacionais. Tratados e convenções internacionais – tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RE 80.004 – RTJ 83/809) – guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*Lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.

Mais recentemente, o Pretório Excelso, relativamente ao tema do conflito entre tratados e leis internas, nos termos do voto do Min. Sepúlveda Pertence, em 29.03.2000, no RHC 79.785/RJ, alterou em parte seu entendimento, passando a considerar os tratados de *direitos humanos* (e não outros) como documentos de caráter supralegal, ou seja, superior hierarquicamente às normas infraconstitucionais, porém inferior às normas constitucionais. Contudo, a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos ficou ainda mais clara no STF com o voto-vista do Min. Gilmar Mendes, na sessão plenária do dia 22 de novembro de 2006, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP.

O Min. Gilmar Ferreira Mendes – escrevendo texto de sua exclusiva autoria em Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 743-755) –, comentando a iminente mudança de entendimento da Suprema Corte brasileira acerca do tema, previu acertadamente o resultado do Recurso Extraordinário nº 466.343, que, em julgamento de 03 de dezembro de 2008, foi decidido nos termos da ementa a seguir transcrita:

> PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da

> medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.
>
> (STF. RE 466.343/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento em 03/12/2008).

O citado autor, ao tentar justificar a alteração de posicionamento do R. Tribunal, atribui elevada importância ao que chama de "abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos". Chega a argumentar que a Constituição Federal, nos artigos 4º, parágrafo único, e 5º, §§2º a 4º, traz "disposições que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional" (MENDES, 2009, p. 745-747).

Por isso, entende o referido Ministro – em pensamento que reflete o da própria Corte – que "é mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos" (MENDES, 2009, p. 749).

Inobstante o avanço do STF, entoada pelos abalizados ensinamentos do Min. Gilmar Mendes acima comentados, a doutrina especializada vem criticando severamente o posicionamento ainda adotado, por entender que o Estado brasileiro está na contramão da tendência mundial, notadamente em razão do fenômeno da globalização, marcado pelo

aprofundamento das relações internacionais nos mais variados campos do conhecimento humano. Nesse sentido, Valerio de Oliveira Mazzuoli (2009, p. 339-341) comenta que:

> No nosso entender os tratados internacionais comuns ratificado pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico intermediário, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, [...] entendemos que os mesmos ostentam o status de norma constitucional, independentemente do seu eventual quorum qualificado de aprovação. A um resultado similar se pode chegar aplicando o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrada em sua plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do Direito Internacional e da prevalência de suas normas em relação à toda normatividade interna, seja ela anterior ou posterior.

5. ANTINOMIA ENTRE O TRATADO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO BRASILEIRO: CONFLITO EM FACE DA NORMA CONSTITUCIONAL E/OU INFRACONSTITUCIONAL

Como visto no tópico anterior, a doutrina e a jurisprudência são divergentes quanto ao posicionamento dos tratados internacionais na ordem interna brasileira. O STF tem entendimento firmado no sentido de que os tratados internacionais possuem, em geral, o mesmo patamar hierárquico das normas infraconstitucionais, excluídos os que versam sobre direitos humanos, os quais seriam considerados supralegais – abaixo

da Constituição, mas acima das normas infraconstitucionais. Já uma grande parte da doutrina tem sustentado que os tratados internacionais são todos supralegais, quando não, primam pela supremacia do Direito Internacional até em face da Constituição (doutrina monista internacionalista ou com primazia do Direito Internacional).

Contudo, para resolução dos conflitos existentes entre tratados internacionais e normas constitucionais ou infraconstitucionais, vale o posicionamento adotado pela Suprema Corte, que opta pela equiparação dos tratados internacionais às normas infraconstitucionais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende ser possível ao Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade sobre os tratados internacionais, uma vez que confere supremacia da Constituição da República sobre os mesmos:

> A Constituição qualifica-se como estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa desse instrumento básico. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. [...]
>
> Desse modo, a relação de eventual antinomia entre tratado internacional e a Constituição da República impõe que se atribua, dentro do sistema de direito positivo vigente no Brasil irrestrita precedência hierárquica à ordem normativa consubstanciada no texto constitucional. [...]
>
> O fato irrecusável, no sistema jurídico vigente no âmbito do Estado brasileiro, reside na circunstância de que todos os tratados e convenções celebrados

> pelo Brasil devem necessariamente conformar-se ao domínio normativo da Constituição da República, sob pena de invalidade e de ineficácia das cláusulas convencionais. [...]
>
> (ADI 1480 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001 PP-00429 EMENT VOL-02031-02 PP-00213)

Consoante entendimento da Suma Corte, havendo conflito entre tratado internacional e a Constituição da República, tal conflito se revolverá sob o aspecto do controle de constitucionalidade. Essa tese é reforçada ainda pelo disposto no art. 102, inciso III, alínea "b" da Carta Política de 1988, que atribui ao STF, em última instância, declarar a inconstitucionalidade de tratado, *verbis*:

> Art. 102. **Compete ao Supremo Tribunal Federal**, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe; [...]
>
> III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida; [...]
>
> b) **declarar a inconstitucionalidade de tratado** ou lei federal. (grifou-se)

Inobstante não se pretenda ingressar na seara doutrinária que discute qual o ato que deva sofrer o controle de constitucionalidade (o decreto legislativo, que o aprova; o decreto presidencial, que o promulga; ou o próprio tratado internacional), adota-se, nesse ponto, o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal que reconhece a possibilidade jurídica de se declarar inconstitucionais os atos nacionais que incorporaram o tratado internacional (decreto legislativo e decreto presidencial, concomitantemente), seja pelo método difuso, seja pelo método concentrado de controle de constitucionalidade.

Em relação aos conflitos existentes entre tratados internacionais e leis ordinárias, os critérios utilizados pelo Pretório Excelso foram fixados ainda por ocasião do julgamento do já mencionado Recurso Extraordinário 80.004-SE, sendo, porém, reafirmados, no vigor da atual Constituição, por seu Pleno:

> [...] No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (lex posterior derogat priori), ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.
>
> (ADI 1480 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001 PP-00429 EMENT VOL-02031-02 PP-00213)

Observa-se, assim, que a regra geral, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, é a de que, em caso de conflito entre lei ordinária e tratado internacional, a solução será a aplicação alternativa do critério cronológico *(lex posterior derogat priori)*, ou, quando cabível, do critério da especialidade.

6. TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: EFICÁCIA DO ART. 98 DO CTN

Os tratados internacionais – convém frisarmos – podem versar sobre quaisquer matérias. Os tratados relativos à matéria tributária, no entanto, são objeto de particularidade específica, qual seja, o art. 98 do Código Tributário Nacional, que prescreve sua observância pela legislação posterior que lhes sobrevenha.

Reza o art. 98 do CTN:

> Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

Valerio de Oliveira Mazzuoli (2009, p. 345-346) suscita que:

> Tal dispositivo, como se percebe nitidamente, atribui primazia aos tratados internacionais em matéria tributária sobre toda a legislação tributária interna, apontado para o fato de os tratados revogarem ou modificarem as normas domésticas sem, contudo, poderem ser revogados por estas, o que evidentemente lhes atribui um status de supralegalidade absoluta dentro do sistema jurídico-tributário nacional, em respeito à regra *pacta sunt servanda* inscrita no art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. [...]

A doutrina especializada aponta que houve evidente impropriedade terminológica nessa disposição legal (art. 98), pois, em verdade, um tratado internacional não revoga nem *modifica* a legislação interna, mas sim *prevalece* sobre ela no caso concreto. Com efeito, não se está perante um fenômeno abrogativo, já que a lei interna mantém sua eficácia plena fora dos casos subtraídos à sua aplicação pelo tratado. Com isso, a lei interna permanece vigente, mas não aplicável aos casos específicos regulados pelo tratado em questão, tratando-se, assim, de limitação da eficácia da lei, que se torna relativamente inaplicável a certos círculos de pessoas e situações.[10]

10 Tal interpretação é acompanhada pelos doutrinadores: Agostinho Tavolaro, Fábio Fanuchi, Alberto Xavier, José Carlos Faleiro, Hely Lopes Meireles e Ricardo Lobo Torres (cf em MARTINS, Ives Gandra da Silva, Comentários ao Código Tributário Nacional, 2008, p. 44).

Outra crítica formulada pela doutrina diz respeito à aparente inconstitucionalidade (não-recepção) do art. 98 do CTN. Aqueles que argumentam que tal dispositivo não foi recepcionado pela CF sustentam, em suma, que: a) fere o princípio de que a *lex posteriori degorat anteriori*; b) por atribuir a uma certa categoria de normas um grau hierárquico superior, somente o texto constitucional poderia fazê-lo, sendo certo que não caberia à legislação complementar (como é o caso do Código Tributário Nacional que, como sabido, foi recepcionado pela Carta Magna de 1988 com status de "lei complementar") disciplinar qualquer hierarquia de normas sem autorização expressa da Constituição; c) porque ocasionaria o ferimento do princípio federativo, interferindo na autonomia dos poderes impositivos dos Estados e dos Municípios.

Já os que defendem a constitucionalidade do art. 98 do CTN afirmam que, diante da ausência de norma constitucional em contrário, cabe à lei complementar dispor sobre a matéria. Lembram que o papel das leis complementares é justamente o de *complementarem as normas constitucionais*, direcionando seu comando à lei ordinária, afim de que esta observe (na dicção do art. 98 em comento) o comando estabelecido pelos tratados. Observam, ainda, que o CTN foi recepcionado pela a Constituição de 1988, para atender o disposto no art. 146 da Lei Maior, cabendo a este: (I) dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (II) regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; (III) estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária.

Os adeptos a esta corrente concluem que, como o CTN é Lei Complementar Nacional, podendo dispor, inclusive, sobre conflitos de competência em matéria tributária entre a União, os

Estados, o Distrito Federal e os Municípios, este é legitimado para tratar sobre a prevalência dos tratados em matéria tributária em face da legislação tributária interna (incluindo-se a de todos os entes), seja anterior ou posterior, mas, sendo posterior, ficará com a eficácia e aplicabilidade barrada pelo tratado que lhe é superior (art. 98). Nesse sentido, Alberto Xavier (2007, p. 131-132) observa que "[...] o art. 98 do Código Tributário Nacional, tendo natureza de *lei complementar*, contém um comando adicional ao legislador ordinário, que veda a este, qualquer desobediência ao tratado", e finaliza dizendo:

> Nem se diga que estaria exorbitando, inconstitucionalmente, das suas funções de lei complementar, limitando sem título legítimo o Poder Legislativo, quando a verdade é que ele se insere de pleno na função atribuída pelo art. 146 da Constituição de regular as limitações constitucionais ao poder tributar, uma das quais é precisamente a que resulta da supremacia hierárquica dos tratados, consagrada por todo o sistema constitucional, mais especificamente pelo § 2º do art. 5º da Constituição.

Em verdade, a tese que tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal é a da constitucionalidade do art. 98 do CTN, todavia, este tem sido aplicado com certas restrições, como bem observa Valerio de Oliveira Mazzuoli (2009, p. 349):

> Infelizmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem adotado uma interpretação restritiva do citado dispositivo, entendendo ser o mesmo somente aplicável aos chamados tratados-contrato (que são normalmente bilaterais e não dão causa à criação de uma regra geral e abstrata de Direito Internacional, mas à estipulação recíproca e concreta das respectivas prestações e contraprestações individuais com fins comuns) e não aos tratados-normativos (os quais, por sua vez, criam normatividade geral de Direito

> Internacional, constituindo-se normalmente em grandes convenções multilaterais). Tal posicionamento do STF, manifestando inicialmente no julgamento do RE nº 80.004-SE, carece de fundamento jurídico, uma vez que o art. 98 não faz qualquer referência a um ou outro tipo de tratado, devendo ser interpretado como aplicável a ambos. Trata-se de aceitar o conhecido brocardo jurídico segundo o qual ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (onde a lei não distingui, não devemos distinguir). [...] De qualquer forma, mesmo a interpretação constritiva do STF confirma a primazia dos tratados sobre dupla tributação em relação à legislação tributária interna, na medida em que tais tratados são tratados-contrato, que versam sobre assuntos específicos nas relações bilaterais entre os Estados.

Alberto Xavier (2007, p. 132-134) aponta ainda que o aludido entendimento também é encampado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que entende que o art. 98 do CTN se aplica somente à modalidade dos "tratados-contrato", por contraposição aos "tratados-normativos" (como considera ser o Acordo Geral sobre tarifas e Comércio – GATT – e a convenção de Organização Internacional do Trabalho – OIT).

Ainda segundo Alberto Xavier, a jurisprudência do STJ parte da premissa, a seu ver inexata, de que a Constituição é omissa no que concerne à eventual supremacia hierárquica dos tratados, pelo que o art. 98 do Código Tributário Nacional estaria invadindo ilegitimamente matéria de competência constitucional exclusiva e, em sendo assim, para se dar uma interpretação ao art. 98 do CTN "conforme a Constituição" é necessário entender que o seu âmbito de aplicação se restringe aos tratados contratuais, mas não aos tratados-lei ou tratados normativos.

Por fim, impera anotar que a expressão "legislação tributária" aplicada pelo art. 98 do CTN tem seu alcance definido pelo art. 96 do mesmo diploma, compreendendo "as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes". É sobre tais normas que os tratados em matéria tributária se sobrepõem, segundo o comando do art. 98.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desse artigo, observou-se que a República Federativa do Brasil – composta pela união indissolúvel da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, *ex* vi do art. 1º e c/c o art. 18º, ambos da Constituição Federal de 1988 –, denominado na ordem externa de Estado brasileiro, é quem detêm competência para manter as relações internacionais (ex vi do art. 4º da Constituição Federal), dela não dispondo a União, os Estados-membros ou os Municípios, estes últimos por faltar-lhes soberania, uma vez que são dotados apenas de autonomia político-administrativa. Tal entendimento é corroborado ainda pelo art. 5º, § 2º, da Carta Política, ao exprimir expressamente: "[...] tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte".

Logo, cabe a "República Federativa do Brasil", *que é pessoa jurídica de direito internacional público*, representar o Estado brasileiro nas relações internacionais. Para a União, que é pessoa de *direito público interno*, cabe, em virtude de uma competência exclusiva expressamente atribuída pelo art. 21, inciso I, da Constituição Federal, representar internacionalmente a "República Federativa do Brasil" (Estado brasileiro).

Sendo assim, não é a União, nas vestes de pessoa de *direito público interno (ordem jurídica parcial central)*, que firma o tratado internacional, mas sim a República Federativa do Brasil (ordem jurídica global – Estado brasileiro), que é pessoa jurídica de *direito público internacional (jus gentium)*. A voz da União, nas relações internacionais, não é a voz de uma entidade com interesses próprios e específicos, potencialmente conflitantes com os dos Estados e Municípios, mas a voz de uma entidade que a todos eles engloba – Estado federal brasileiro.

De fato, quando o Presidente da República mantém relações com os Estados estrangeiros, nos termos do art. 84, incisos VII e VIII, da Constituição Federal, não o faz como chefe do Poder Executivo de uma pessoa jurídica de direito interno (Chefe de Governo), mas como órgão de uma pessoa jurídica de direito internacional público, competente para disciplinar qualquer dos seus interesses, sejam eles do conjunto ou de individualmente de cada ente político que compõe a Federação (Chefe de Estado).

É preciso considerar ainda que, ao firmar um tratado, há a conjugação de vontades de dois Poderes: o do Executivo (que firma o tratado) e o do Legislativo (que o aprova) (art. 84, inciso VIII c/c o art. 49, inciso I); o primeiro de atribuição do Presidente da República, enquanto Chefe de Estado, e, o segundo, da incumbência do Congresso Nacional, representante maior da conjunção de interesses da população brasileira (Câmara dos Deputados) e dos Estados federados (Senado Federal).

Seguindo o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, conclui-se, embora sem desconhecer das críticas doutrinárias, que os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico interno no mesmo patamar jurídico das leis ordinárias, enquanto ato soberano da República Federativa do Brasil.

Ressalte-se, por fim, que o art. 98 do Código Tributário Nacional, que dispõe que os tratados em matéria tributária alteram a legislação vigente e devam ser observados pela (legislação) que lhe sobrevenha, por ser lei complementar a Constituição Federal, possui caráter nacional, com eficácia, portanto, para União, Estados e os Municípios.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro.** 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRASIL, Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei nº 5.172 (1966). **Código Tributário Nacional,** Brasília, DF, Senado, 1966.

_____. Decreto nº 7.030 (2009). **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados** (com ressalvas para os artigos 25 e 66), Brasília, DF, Senado, 2009.

_____. **Presidência da República.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 abr. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 438.449.** Min. Rel. Sydney Franciulli Netto, DJ 07. abr. 2003. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 551.068.** Min. Rel. Humberto Martins, DJ 23. out. 2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 253.085.** Min. Rel. João Otávio de Noronha, DJ 23. jun. 2003. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 480.563.** Min. Rel. Luiz Fux, DJ 03. nov. 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 abr. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 119.941-0.** Min. Rel. Castro Meira, DJ 22. set. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.600-8.** Min. Rel. Sydney Sanches, Relator para acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 26. nov. 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004.** Ministro Relator Xavier de Albuquerque, Relator para o acórdão Ministra Cunha Peixoto, in RTJ 83/809. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 229.096.** Ministro Relator Ilmar Galvão, Relatora para acórdão Ministra Cármen Lúcia, DJ 16 ago. 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343.** Ministro Relator Cezar Peluso, DJ 03 ago. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2010.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO, Arthur Porto. **Isenção heterônoma no federalismo brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2660, 13 out. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17612>. Acesso em: 22 nov. 2010.

DO AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. **Comentário ao Código Tributário Nacional.** In. MARTINS, Ives Gandra da Silca (coord.). Comentário ao Código Tributário Nacional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, V. 2.

FOLLONI, André Parmo. **Tributação sobre o Comércio Exterior.** São Paulo: Dialética, 2005.

GODOI, Antonio Tide Tenório Albuquerque Madruga. **Tratados internacionais concessivos de isenções de tributos estadual e municipal. A questão da vedação constitucional da isenção heterônoma.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 469, 19 out. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5834>. Acesso em: 22 nov. 2010.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GUTJAHR, Valéria. **Possibilidade de a união celebrar tratados internacionais concedendo isenções ou benefícios em tributos estaduais e municipais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2670>. Acesso em: 21 nov. 2010.

GUSMÃO, Daniela Ribeiro de. **A concessão pela União de isenções relativas a tributos estaduais e municipais. Possibilidade no âmbito dos tratados internacionais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/1304>. Acesso em: 22 nov. 2010.

HOHMANN, Luiz Henrique Guimarães. **Características das competências tributárias no ordenamento jurídico brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1591, 9 nov. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10631>. Acesso em: 22 nov. 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 27. ed. rev, atual. e amp. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARAFON, Plínio José; SOARES, Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco. **Tributação no mercosul.** In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Tributação no MERCOSUL. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 455-469.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo, 2009.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da doutrina e jurisprudência.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2009.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público.** São Paulo: Atlas, 2002, V. I.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA (IN)EXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DA PRESENÇA DE FARMACÊUTICO RESPONSÁVEL NAS UNIDADES PÚBLICAS DE SAÚDE.

Thiago Torres Almeida[1]

RESUMO: O presente estudo busca refletir, sem esgotar o tema, sobre o entendimento doutrinário e jurisprudencial a existência, ou não, da obrigação das unidades públicas de saúde manterem farmacêutico habilitado como profissional responsável em tempo integral. Serão analisados os posicionamentos doutrinários, aplicação do princípio da legalidade e os limites ao poder regulamentar no exercício regular dos Conselhos de Farmácia. Ademais, põe em análise o entendimento apresentado pelos tribunais superiores nos últimos anos, principalmente o julgamento de recurso especial representativo de controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça. Foi realizada pesquisa jurisprudencial e doutrinária, concluindo-se que, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhada por todos os Tribunais Regionais Federais, inexiste obrigação de manutenção de profissional farmacêutico nas unidades hospitalares de pequeno porte.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Princípio da Legalidade. Poder Regulamentar. Conselho de Fiscalização. Unidades Públicas de Saúde. Farmácia. Dispensário. Fiscalização. Farmacêutico Responsável. Unidade Hospitalar de Pequeno Porte.

1 Procurador do Estado do Acre. Graduado pela Faculdade Ruy Barbosa-BA. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Ambiental pela Universidade Cândido Mendes.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a análise dos entendimentos doutrinários e jurisprudencial acerca da crise jurídica instaurada entre os Conselhos Regionais de Farmácia e os Entes Federativos no que se refere à obrigatoriedade, ou não, de manutenção de profissionais farmacêuticos habilitados nos dispensários de medicamentos das unidades públicas de saúde.

Sobre os conselhos de fiscalização profissional, é preciso definir que essas entidades de caráter público assumem o papel de regular e proteger o exercício profissional, com função de eminente interesse público.

Com objetivo de fiscalizar o exercício profissional, a atuação dos Conselhos garante à sociedade civil a melhor prestação de serviço, fornecendo a confiança necessária de que aquele indivíduo possui formação legal exigida para ideal exercício da função, bem como possuem a competência para elaborar códigos de ética e resoluções, os quais regulam a conduta entre os profissionais e a sua atuação profissional, mediante direitos e deveres.

Neste sentido, o conselho de fiscalização profissional possui o objetivo de proteger a sociedade dos maus profissionais, coibindo a prática ilícita da profissão, assim como de tutelar a atuação daqueles que preencheram os requisitos mínimos para atuar em determinada área, como a completa formação em cursos de graduação ou técnicos. Logo, podemos definir que os conselhos profissionais possuem como premissa básica a defesa da ética profissional.

Ainda com base nessas características, e tendo em vista a sua natureza jurídica, os conselhos de fiscalização são dotados de "Poder de Polícia", o que, segundo Marcelo Caetano[2] significa que: "*É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir*".

O Poder de Polícia é a prerrogativa de direito público que, consubstanciada em lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade. Logo, é evidente o caráter público da atuação dessas entidades.

Diante das suas características, é inquestionável que os conselhos de fiscalização profissional constituem espécie de autarquia, ente pertencente à administração pública indireta - com exceção da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme decidido pelo STF na ADI 3.026.

Neste sentido, em razão da sua natureza jurídica e função institucional, os Conselhos de Fiscalização são dotados de Poder Regulamentar, a qual se consubstancia na prerrogativa de direito público conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação.

Diante da regulamentação do tema por meio de resolução do Conselho Federal de Farmácia e da atuação do Conselho Regional de Farmácia do Estado do Acre perante as unidades hospitalares de saúde do Estado do Acre, foram construídas questões que deram norte ao presente estudo:

2 CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1977, p. 339.

Existe, ou não, a obrigação legal de a Administração Pública Direta manter farmacêuticos nos dispensários de medicamentos das unidades públicas de saúde?

- Quais os limites do Poder Regulamentar no que se refere a criar ou impor obrigação destituída de previsão legal?

- Qual o posicionamento que jurisprudência vem adotando sobre as respectivas hipóteses?

Assim, o Conselho Regional de Farmácia do Estado do Acre – CRF/AC, no gozo de suas atribuições legais, vem efetuando procedimentos fiscalizatórios sobre as unidades de saúde do Estado do Acre, as quais resultaram em diversas autuações fiscais.

Diante desse quadro, foi instaurada verdadeira crise jurídica, sendo necessário que o Poder Judiciário, ao ser provocado, determine os limites obrigacionais de cada entidade no intuito de estabilizar a relação jurídica posta.

Nesse diapasão, o principal objetivo deste estudo é, portanto, apresentar fundamentos que podem estabilizar a relação jurídica entre as entidades, tendo por base a aplicação do Princípio da Legalidade e os limites ao Poder Regulamentar, bem como os posicionamentos doutrinários e o entendimento que vem se consolidando nos Tribunais Superiores.

Importante destacar que, para alcançar os objetivos deste estudo, o campo de pesquisa fática foi limitado ao Estado do Acre e a atuação do Conselho Regional de Farmácia desta região, de modo que a análise flui da atuação local para o geral, considerando

que a prática se repete com os demais entes federativos e respectivos conselhos fiscalizatórios. Foram utilizados, ainda, como recursos metodológicos, a pesquisa bibliográfica e a pesquisa jurisprudencial, a partir de análise de obras de autores tradicionais e modernos, bem como julgados relevantes e atuais dos Tribunais Superiores.

DESENVOLVIMENTO

O princípio da legalidade é a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração, o que significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, incluiu expressamente o Princípio da Legalidade como uma das diretrizes fundamentais da Administração, a ser observado por todas as pessoas Administrativas de qualquer dos entes federativos, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com a estrita legalidade.

Atualmente, tem prevalecido, na doutrina e na praxe jurídica, a ideia de vinculação positiva da Administração à lei. Vale dizer, a atuação do administrador depende de prévia habilitação legal para ser legítima. Desta forma, o Princípio da Legalidade implica subordinação completa do administrador à lei, de forma a autorizar aos indivíduos a verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei.

No que se refere à legitimidade da atuação do administrador, José dos Santos Carvalho Filho[3] nos ensina que:

> "[...] na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 20.

> executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legiferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legitima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei."

Ocorre que, ao editar as leis, o Poder Legislativo nem sempre possibilita que sejam elas executadas. Nessa hipótese, cumpre à Administração criar os mecanismos de complementação das leis indispensáveis a sua efetiva aplicabilidade.

Trata-se do Poder Regulamentar - Prerrogativa de direito público conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. Destaque-se que o poder regulamentar é de natureza derivada (ou secundária), do modo que somente é exercido à luz de lei preexistente. O que significa que só se considera poder regulamentar típico a atuação administrativa de complementação de lei.

A prerrogativa, portanto, é apenas de caráter complementar, de forma que não pode a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentado, sob a pena de cometer abuso de poder regulamentar ao invadir competência do Poder Legislativo. Por essa razão, ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei, sob pena de sofrer invalidação.

Em verdade, o exercício do poder regulamentar somente pode se dar em conformidade ao conteúdo da lei e nos limites que esta impuser, sem criar direitos e obrigações, em consonância com o princípio da legalidade e com o postulado fundamental

expresso no art. 5º, inciso II da CF/88 (*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei)*.

Assim, no gozo do Poder Regulamentar, o Conselho Federal de Farmácia criou obrigação que não possui fundamento legal, instituída tão somente por meio de resoluções. Repise-se que a criação de obrigações por meio de resoluções extrapola os limites do Poder Regulamentar, de maneira que evidencia flagrante abuso, conduta ilegítima, uma vez que atua fora dos objetivos expressa ou implicitamente traçados por lei.

Em verdade, a Lei 3.820/60, que criou o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Farmácia, no que se refere às anuidades e taxas, estabelece o dever de as empresas e estabelecimentos, que exploram serviços para os quais são necessários atividade de profissional farmacêutico, provar que as suas atividades são exercidas por profissionais habilitados e registrados.

Vemos:

> Art. 24. - As *emprêsas* e *estabelecimentos* que exploram serviços para os quais são necessárias atividades de profissional farmacêutico deverão provar perante os Conselhos Federal e Regionais que essas atividades são exercidas por profissional habilitado e registrado.
>
> Parágrafo único - Aos infratores dêste artigo será aplicada pelo respectivo Conselho Regional a multa de Cr$ 500,00 (quinhentos cruzeiros) a Cr$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros). (Vide Lei nº 5.724, de 1971)**.**

Da análise do cotejo legislativo, verifica-se que a Lei 3.820/64 utiliza, expressamente, o vocábulo *empresas*

e *estabelecimentos*. Deste modo, para delimitar o âmbito de incidência da norma, é necessário averiguar qual o significado e sentido dos vocábulos utilizados.

Neste sentido, a Lei Federal nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, define o que se entende por *empresa* e *estabelecimentos*.

E mais, a respectiva lei apresenta a definição de Farmácia, Drogaria, Posto de Medicamentos e unidades Volantes, Dispensário de medicamentos, Dispensação, além de estabelecer as regras de Assistência e Reponsabilidade Técnica, elementos fundamentais para o decorrer da presente fundamentação.

Assim, de acordo com o respectivo diploma, *empresa* significa pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que exerça como atividade principal ou subsidiária o comércio, venda, fornecimento e distribuição de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, equiparando-se à mesma, para os efeitos desta Lei, as unidades dos órgãos da administração direta ou indireta, federal, estadual, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e entidades paraestatais, incumbidas de serviços correspondentes; enquanto *estabelecimento* constitui unidade da empresa destinada ao comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos.

Assim, a partir da definição do conceito de *empresas* e *estabelecimentos* traçados na Lei nº 5.991/73, verificamos a primeira ilegalidade, uma vez que o art. 24 da Lei 3.820/60 não pode ser aplicado às unidades estaduais de saúde por não se enquadrarem no conceito de empresas e/ou estabelecimentos.

Em verdade, as unidades estaduais de saúde não possuem como atividade principal ou subsidiária o comércio, venda, fornecimento e distribuição, mas sim mera dispensação, atividade expressamente destacada em dispositivo específico, que segundo o art. 4º, inciso XV, da Lei nº 5.991/73 significa *ato de fornecimento ao consumidor de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, a título remunerado ou não*.

No que se refere à dispensação, o art. 6º da referida Lei nº 5.991/73, por sua vez, dispõe ser atividade privativa de farmácia, drogaria, posto de medicamento e unidade volante, e dispensário de medicamento.

Deste modo, no exercício de sua competência legal, as unidades de saúde fornecem medicamentos (dispensação) aos seus pacientes por meio de dispensário de medicamentos (setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente – art. 4º, inciso XIV, da Lei nº 5.991/73) próprio, mediante prescrição médica específica.

Em seguida, já no capítulo IV, a Lei nº 5.991/73 define as regras da assistência e responsabilidade técnica. Neste sentido, o art. 15 [4]define que somente a farmácia e a drogaria possui a obrigação de manter assistente técnico responsável, sendo sua presença obrigatória durante todo o horário de funcionamento.

Nota-se que o dispositivo foi expresso em mencionar somente farmácia e drogaria, os quais possuem conceito definido no art. 4º, incisos X e XI da Lei nº 5.991/73 - *Farmácia* - estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais,

4 Art. 15 - A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei.

de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica; *Drogaria* - estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais.

Ora, ausente menção expressa aos dispensários de medicamentos, sob a análise exclusiva do referido dispositivo, não há outra interpretação que senão a de que não há a respectiva obrigação para estes, sob pena de extrapolar a vontade do legislador que excluiu daquela obrigação os postos de medicamentos e dispensários.

Todavia, destaque-se que o legislador ordinário não deixou lacunas ou espaços para discussões interpretativas, pois, no art. 19[5], determinou, expressamente, a exclusão dos postos de medicamentos da referida obrigação.

Dessa forma, as unidades estaduais de saúde que possuem dispensário de medicamentos para realização de sua atividade básica, definido como setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente, não são destinatários da obrigação legal de manutenção de técnico responsável (art. 15), uma vez que, além da exclusão expressa (art. 19), o depositário funciona apenas para fornecer medicação aos pacientes que recebem cuidados do hospital.

5 Art. 19 - Não dependerão de assistência técnica e responsabilidade profissional o posto de medicamentos, a unidade volante e o supermercado, o armazém e o empório, a loja de conveniência e a "drugstore". (Redação dada pela Lei nº 9.069 de 1995)

Neste contexto, é importante destacar também a Lei 13.021, de 08 de agosto de 2014, a qual dispõe sobre o exercício e a fiscalização das atividades farmacêuticas. O respectivo novel conceituou, mais uma vez, Farmácia (art. 3º), bem como determinou o que deve se entender por Assistência Farmacêutica (art. 2º).

Contudo, o destaque para a referida lei fica por conta dos dispositivos vetados. Quais sejam: os artigos 9º e 17 - foram expressamente vetados.

O art. 9º determinava que somente as farmácias poderiam dispensar medicamentos (competência exclusiva), bem como o art. 17 determinava que os postos de medicamentos, dispensários de medicamentos e unidades volantes licenciados na forma da Lei nº 5.991/73 teriam prazo de 03 (três) anos para se transformarem em farmácia, sob pena de cancelamento automático do registro de funcionamento.

Ocorre que, como exposto, os dispositivos foram expressamente VETADOS, sob o fundamento que *as restrições trazidas pela proposta em relação ao tratamento hoje dispensado para o tema na Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, poderiam colocar em risco a assistência farmacêutica à população de diversas regiões do País, sobretudo nas localidades mais isoladas. Além disso, o texto utiliza o conceito de 'cosméticos com indicações terapêuticas', que não existe na nossa legislação sanitária e poderia causar dúvidas quanto à abrangência de sua aplicação* (Mensagem nº 232, de 8 de agosto de 2014).

Portanto, as disposições da Lei nº 5.991/73 continuam válidas, vigentes e com plena eficácia, de modo que farmácia,

drogaria, posto de medicamento e dispensário de medicamento não se confundem, bem como possuem competência para dispensar medicamentos.

Ademais, a restrição quanto à presença permanente e obrigatória de assistente técnico responsável continua a restringir-se somente às farmácias e drogarias, na forma do art. 19 desta lei. Não houve qualquer alteração nas regras da Lei nº 5.991/73, bem como a tentativa de alteração das regras por inovação legislativa foi expressamente vetada e impedida.

Logo, não há nenhum tipo de restrição ou obrigação aos postos de medicamentos, unidades volantes ou dispensários de medicamento, na forma legal.

Contudo, destarte a ausência de obrigação legal, o Conselhos Regionais de Farmácia impõe obrigação às Unidades Públicas de Saúde com fulcro na Resolução CFF nº 577, de 25 de julho 2013, a qual dispõe sobre a direção técnica ou responsabilidade técnica de empresas ou estabelecimentos que dispensam, comercializam, fornecem e distribuem produtos farmacêuticos, cosméticos e produtos para a saúde - que foi editada para regulamentar o artigo 24, da Lei 3.820/60, e os artigos 15, 17 e 20 da Lei 5.991/73.

In casu, o art. 2º da Resolução nº 577/2013 estabelece que *A empresa ou estabelecimento que exerça como atividade principal ou subsidiária o comércio, venda, fornecimento, dispensação, distribuição de drogas e medicamentos deverá dispor, obrigatoriamente, de um farmacêutico diretor técnico ou farmacêutico responsável técnico.*

Contudo, além de as unidades de saúde não se enquadrarem no conceito de empresa ou estabelecimento, na

forma do art. 4º da Lei 5.991/73, a Resolução CFF nº 577/13 inova no ordenamento jurídico ao criar obrigação destituída de previsão legal.

Vale dizer, a Resolução CFF nº 577/13 extrapola o Poder Regulamentar, ao criar obrigação não prevista em lei, uma vez que os artigos 15 e 19 da Lei 5.991/73 determinam que somente as farmácias e drogarias dependem obrigatoriamente da presença integral de assistente técnico.

A ilegalidade da Resolução CFF nº 577/13 é flagrante, já que exorbita os limites legais, em evidente abuso de poder regulamentar. Em verdade, a criação de obrigações por meio de resoluções extrapola o Poder Regulamentar, de maneira que evidencia flagrante abuso, conduta ilegítima, uma vez que atua fora dos limites traçados por norma geral e abstrata.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, em recurso especial representativo de controvérsia, no sentido da ausência de obrigação da presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos de hospitais e clínicas públicas de *pequeno porte*.

Trata-se do Recurso Especial Representativo de Controvérsia de nº 1.110.906-SP, em que o STJ entendeu como pequena a unidade hospitalar, considerada aquela de até 50 (cinquenta) leitos, nas quais não será obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos por força da lei 5.991/73, bem como a Súmula nº 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos[6].

6 TFR Súmula nº 140 - As unidades hospitalares, com até 200 (duzentos) leitos, que possuam "dispensário de medicamentos", não estão sujeitas a exigência de manter farmacêutico.

Neste sentido, é a ementa do Recurso Especial Representativo de Controvérsia de nº 1.110.906-SP[7]:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. PRESENÇA DE FARMACÊUTICO. DESNECESSIDADE. ROL TAXATIVO NO ART. 15 DA LEI N. 5.991/73. OBRIGAÇÃO POR REGULAMENTO. DESBORDO DOS LIMITES LEGAIS. ILEGALIDADE. SÚMULA 140 DO EXTINTO TFR. MATÉRIA PACIFICADA NO STJ.
>
> 1. Cuida-se de recurso especial representativo da controvérsia, fundado no art. 543-C do Código de Processo Civil sobre a obrigatoriedade, ou não, da presença de farmacêutico responsável em dispensário de medicamentos de hospitais e clínicas públicos, ou privados, por força da Lei n. 5.991/73.
>
> 2. Não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos, conforme o inciso XIV do art. 4º da Lei n. 5.991/73, pois não é possível criar a postulada obrigação por meio da interpretação sistemática dos arts. 15 e 19 do referido diploma legal.
>
> 3. Ademais, se eventual dispositivo regulamentar, tal como o Decreto n. 793, de 5 de abril de 1993 (que alterou o Decreto n. 74.170, de 10 de junho de 1974), fixar tal obrigação ultrapassará os limites da lei, porquanto desbordará o evidente rol taxativo fixado na Lei n.5.991/73.
>
> 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos de hospital ou de clínica, prestigiando - inclusive - a aplicação da Súmula 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Precedentes.

7 REsp 1110906/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 07/08/2012.

> 5. O teor da Súmula 140/TFR - e a desobrigação de manter profissional farmacêutico - deve ser entendido a partir da regulamentação existente, pela qual o conceito de dispensário atinge somente "pequena unidade hospitalar ou equivalente" (art. 4º, XV, da Lei n. 5.991/73); atualmente, é considerada como pequena a unidade hospitalar com até 50 (cinquenta) leitos, ao teor da regulamentação específica do Ministério da Saúde; os hospitais e equivalentes, com mais de 50 (cinquenta) leitos, realizam a dispensação de medicamentos por meio de farmácias e drogarias e, portanto, são obrigados a manter farmacêutico credenciado pelo Conselho Profissional, como bem indicado no voto-vista do Min. Teori Zavascki, incorporado aos presentes fundamentos.
>
> 6. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC, combinado com a Resolução STJ 08/2008.
>
> Recurso especial improvido.

Importante destacar que o Ministro Relator fundamentou seu voto em três motivos determinantes.

Primeiramente, foi consignado que não é possível autorizar a criação da obrigação em contratar e manter farmacêutico responsável para dispensários de medicamentos, quando a Lei n. 5.991/73 não reviu tal hipótese. Não é possível, também, criar tal obrigação pelo fato de o rol taxativo de exclusão da obrigatoriedade de farmacêutico responsável não incluir os dispensários, na forma do art. 19, da Lei n. 5.991/73. Os conceitos de farmácia, drogaria e de dispensário de medicamentos estão evidentes nos incisos X, XI, e XIV do art. 4º da Lei n. 5.991/73.

Em segundo lugar, ratificou que se eventual dispositivo regulamentar, seja ele Decreto, Portaria ou Resolução, consignou tal obrigação, o fez de forma a extrapolar os termos estritos da legislação vigente e, desta forma, não pode prevalecer.

Por último, frisou que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não há obrigação legal da presença de farmacêutico em dispensários de medicamentos, de hospitais e de clínicas.

Por fim, o Ministro Relator consignou a incidência da Súmula nº 140 do Tribunal Federal de Recursos, nos seguintes termos:

> Cabe anotar, ainda, no caso concreto, a incidência da Súmula 140 do antigo e extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR), cujo teor transcrevo: "Unidades hospitalares, com até 200 (duzentos) leitos, que possuam 'dispensário de medicamentos', não estão sujeitas à exigência de manter farmacêutico (publicada em 30.8.1983).
>
> Ela é plenamente aplicável ao caso concreto, com atualização em seu conteúdo. O conceito de dispensário de medicamentos, que exclui a presença de profissional farmacêutico atinge somente pequenas unidades hospitalares e clínicas. Porém, o conceito de pequena unidade deve ser firmado pela regulamentação.

Deste modo, verifica-se que, apesar de considerar que não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos, conforme o inciso XIV do art. 4º da Lei n. 5.991/73, tendo em vista não ser possível criar a discutida obrigação por meio da interpretação sistemática dos artigos 15 e 19 da Lei nº 5.991/73, o Ministro Relator considerou que os hospitais e equivalentes, com mais de 50 (cinquenta) leitos, realizam a dispensação de medicamentos por meio de farmácias e drogarias e, portanto, são obrigados a manter farmacêutico credenciado pelo Conselho Profissional.

Trata-se de atualização do entendimento sumulado pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, que foi suscitado por meio do voto-vista do Ministro Teori Zavascki.

Segundo o entendimento do Ministro Teori Zavascki, a Súmula 140, do TFR considerava como tal a unidade hospitalar com até duzentos (200) leitos, e assim o fazia amparada na definição que lhe dava a Portaria Ministerial 316 de 26/08/1977, do Ministério da Saúde. Contudo, nos explica que a Portaria 316 teve sua revogação recomendada pela Resolução CNS 53 de 06/05/1993, resultando expressamente revogada pela Portaria MS 4.283, de 30/12/2010, que aprovou as novas diretrizes e estratégias para organização, fortalecimento e aprimoramento das ações e serviços de farmácia no âmbito dos hospitais. Assim, a classificação dos hospitais segundo sua capacidade está atualmente definida pelo Glossário do Ministério da Saúde (Ministério da Saúde. Glossário do Ministério da Saúde - Projeto de Terminologia em Saúde. Série F. Comunicação e Educação em Saúde), que considera "*de pequeno porte*" o "*hospital cuja capacidade é de até 50 leitos*".

Deste modo, o Ministro considerou fundamental dar interpretação atualizada à Súmula 140/TFR, para ficar estabelecido que, a partir da revogação da Portaria Ministerial 316/77, ocorrida em 30/12/10, considera-se unidade hospitalar de pequeno porte o hospital cuja capacidade é de até 50 leitos.

Assim, considerando o conceito mencionado pelo referido Glossário do Ministério da Saúde, os dispensários de medicamentos das unidades hospitalares de médio ou grande porte, além daqueles de "capacidade extra", são equiparados a farmácias ou drogarias, logo, sujeitam-se à obrigação de manter farmacêutico em razão da própria atividade desempenhada.

Importante destacar que o entendimento adotado pelo STJ vem sendo regularmente aplicado pelos Tribunais Regionais

Federais[8], de todas as regiões, de modo que podemos afirmar que se trata de entendimento plenamente consolidado.

Neste contexto, a jurisprudência é pacífica no sentido de que não é obrigatória a presença de farmacêutico em pequenas unidades de dispensário de medicamentos de hospitais e clínicas públicas, sendo consideradas, atualmente, aquelas de até 50 (cinquenta) leitos.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, considerando a aplicação do princípio da legalidade e os limites ao poder regulamentar, conclui-se que os Conselhos de Farmácia almejam impor obrigação que não possui fundamento legal, mas criada tão somente por meio de resoluções emitidas pelo respectivo Conselho Federal, que inovam no ordenamento jurídico e extrapolam o poder regulamentar. Logo, não há previsão legal que imponha às unidades de públicas de saúde a obrigação de manter profissional farmacêutico habilitados em seus dispensários.

De fato, o art. 19 da Lei nº 5.991/73 exonerou o posto de medicamentos, a unidade volante e o supermercado, o armazém

8 TRF-5 - AC: 00003194320134058307 AL , Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano, Data de Julgamento: 13/11/2014, Terceira Turma, Data de Publicação: 20/11/2014; TRF-3 - AC: 9882 SP 0009882-07.2008.4.03.6104, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, Data de Julgamento: 22/05/2014, SEXTA TURMA; TRF-1 - AC: 435524920104019199 , Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, Data de Julgamento: 22/07/2014, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: 01/08/2014; TRF-2 - AC: 201051010185607 RJ , Relator: Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Data de Julgamento: 30/09/2014, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 08/10/2014

e o empório, a loja de conveniência e a 'drugstore' da assistência de técnico responsável, de modo que não que não trouxe para o dispensário de medicamentos tal obrigação, porquanto o art. 15 da mesma lei apenas insere o referido dever para as farmácias e drogarias. A obrigatoriedade de assistência de técnico responsável inscrito no Conselho Regional de Farmácia apenas poderá ser exigida dos estabelecimentos expressamente referidos na lei, sob pena de afronta ao princípio da legalidade consagrado no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso repetitivo representativo de controvérsia, considerou que, conforme a definição insculpida no Glossário do Ministério da Saúde, os dispensários de medicamentos das unidades hospitalares de médio ou grande porte e de capacidade extra, devem ser equiparados à farmácias ou drogarias. Desta forma, estão sujeitos à obrigação de manter a assistência técnica de profissional farmacêutico habilitado em seus dispensários, destarte a ausência de previsão legal.

Neste sentido, o entendimento do STJ vem encontrando eco nos Tribunais Regionais Federais, que aplicam a decisão em todos os seus termos. Vale dizer, atualmente, o entendimento jurisprudencial se consolida no sentido de que há a obrigação discutida para as unidades hospitalares de médio e grande porte, em razão de os dispensários das respectivas unidades serem equiparadas às farmácias e drogarias, conforme o conceito legal disposto na Lei nº 5.991/73. Logo, nesta hipótese, existe previsão legal que determina a obrigação.

Por outro lado, os dispensários de medicamentos das unidades hospitalares de pequeno porte não se equiparam à

farmácia ou drogaria, de modo que resta inconteste que não há previsão legal há obrigar ao Ente Federativo a manter farmacêutico responsável pela unidade em seus quadros, sendo a imposição desta obrigação mediante resolução, inteiramente ilegal.

Prevalece assim a princípio da legalidade e a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo.** São Paulo: Dialética, 2012.

CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1977, p. 339.

PATRIMÔNIO CULTURAL DO ESTADO DO ACRE E A INCLUSÃO DA ATIVIDADE DE SERINGUEIRO COMO BEM CULTURAL ACREANO

Natalia Maria Porto Cordeiro[1]

RESUMO: O presente artigo pretende abordar a questão jurídica do patrimônio cultural do Estado do Acre, mais precisamente sobre a possibilidade de inclusão da atividade de seringueiro como bem cultural acreano, bem como conceituar e estabelecer a diferença entre patrimônio cultural e bem cultural e discorrer acerca da complexa tarefa de valoração dessa espécie de bens. Pretende ainda, delinear a atividade de seringueiro como ocupação reconhecida pelo Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, conforme a Classificação Brasileira de Ocupações - CBO/2002, aprovada pela Portaria nº 397, de 09 de outubro de 2002, discorrendo sobre sua importância histórica, cultural, econômica, social e ambiental, e ainda conceituar os instrumentos administrativos de proteção jurídica aos bens culturais, quais sejam o tombamento e o registro, trazendo à baila a legislação aplicável aos bens materiais e imateriais pertencentes a um determinado patrimônio cultural e esclarecer quais processos administrativos são exigidos para que a inscrição e o tombamento ou registro do bem cultural material ou imaterial sejam realizadas, com garantia de proteção jurídica.

Palavras-chave: Patrimônio histórico, bem cultural, tombamento, bem imaterial, seringueiro, registro.

---

1 Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ. Pós Graduada em Direito Material e Processual do Trabalho. Assessora na Procuradoria-Geral do Estado do Acre.

1. INTRODUÇÃO

O patrimônio cultural de um Estado pode ser declarado como tal por iniciativa legislativa própria, que nada mais é que o reconhecimento público estatal do valor cultural de um bem. Todavia, a mera declaração legal não traz solução prática-jurídica para que a *mens legis* seja alcançada, ou seja, para que o bem declarado como integrante do patrimônio cultural receba do poder público mais que o reconhecimento de sua importância histórica, sociológica, cultural, econômica, artística, paisagística ou etnográfica, recebendo também a proteção jurídica adequada e eficaz para que o bem seja preservado, dando continuidade à memória do povo que com ele se relaciona e nele se identifica.

Desta forma, é preciso identificar no caso concreto a solução adequada para que a proteção jurídica decorrente da declaração do valor cultural de um bem seja efetiva e eficaz, surtindo efeitos práticos que garantam a essência dessa declaração que reconhece a importância de sua manutenção no seio da coletividade à qual se relaciona.

2. BEM CULTURAL, PATRIMÔNIO CULTURAL E BENS IMATERIAIS

2.1 CONCEITOS INICIAIS E VALORAÇÃO

Primeiro, há que se entender que os termos "patrimônio cultural" e "bem cultural" não são sinônimos, muito embora frequentemente assim sejam utilizados. Ambos são conceitos que mantém uma relação de continência, onde o bem está contido no patrimônio, na medida em que é parte integrante desse todo. Além disso, o termo "patrimônio" traz consigo a ideia de pertencimento,

diferentemente do termo "bem", que pode pertencer ou não a algum sujeito.

Os **bens culturais** podem ser de natureza material, como os bens arqueológicos, por exemplo, ou ainda de natureza imaterial, já que em sua essência são, antes de tudo, um testemunho da existência, formação, atuação e afirmação de uma coletividade, num dado espaço de tempo, cuja preservação é relevante para que se perpetue na memória das presentes e futuras gerações, mantendo e formando os vínculos históricos e culturais dessa coletividade.

Nesse mesmo sentido, o **bem cultural** pode ser entendido como toda manifestação cultural que traz referências históricas a determinada comunidade, que nele identifica suas raízes, sejam elas naturais, materiais ou imateriais, servindo de legado para as presentes e futuras gerações.

O **patrimônio cultural**, por sua vez, nada mais é que o todo, o conjunto no qual estão inseridos os bens culturais de uma dada coletividade, sendo que a atribuição de valor cultural a um bem depende da importância que o mesmo possui para a cultura local, regional ou nacional, na medida em que é considerado legado para as futuras gerações, dando a elas "senso de lugar e de continuidade histórica".

Haverá interesse público na conservação de bens do patrimônio histórico e artístico nacional (que também são entendidos como bens culturais) quando os mesmos tiverem vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil ou expressarem excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico, consoante regra contida no artigo 1º do Decreto nº 25, de 30 de novembro de 1937.

A **valoração cultural** de um bem deve ser identificada casuisticamente, como bem afirma Fabiana Santos Dantas:

> Considerando que os bens culturais produzidos em diversas épocas e sociedades são igualmente importantes para a identidade e para a memória coletiva, não há *a priori* uma hierarquização capaz de determinar a relevância dos bens culturais, que deve ser aferida casuisticamente, atendendo ao critério da representatividade ou ressonância social.[2]

Assim, para que seja atribuído valor cultural a um bem, seja ele de natureza material ou imaterial, o mesmo deverá preencher requisitos que demonstrem sua importância para a memória histórica, artística e cultural de uma dada coletividade, que se identifica e é identificada pelo significado que esses bens trazem consigo.

A Constituição Federal faz uma única referência a **bens de natureza imaterial**, contida no *caput* do art. 216, e em seus incisos I e II. Nestes dispositivos a **Carta Magna definiu os bens culturais de natureza imaterial como sendo as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver** que constituem o patrimônio cultural brasileiro. Para Luciano Rocha Santana e Thiago Pires Oliveira,

> A proteção constitucional dos bens imateriais evidencia a importante valoração que a sociedade tem feito acerca desse patrimônio, recentemente reconhecido como bem cultural, e a necessidade que a mesma tem de querer assegurar que seus bens culturais imateriais sejam transmitidos para as presentes e futuras gerações. [3]

2 DANTAS, Fabiana Santos. A Proteção Jurídica do Meio Ambiente Cultural, Revista Meio Ambiente, São Paulo, SP: MP Editora, 2011

3 SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. O patrimônio cultural imaterial das populações tradicionais e sua tutela pelo Direito Ambiental. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 750, 24 jul.2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7044>. Acesso em: 29 maio 2013

O Plano Nacional de Cultura, instituído pela Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010, adota a concepção de cultura de uma forma ampla e também define o bem cultural de natureza imaterial ao afirmar que compete ao Estado preservar

> as atividades, técnicas, saberes, linguagens e tradições que não encontram amparo na sociedade e no mercado, permitindo a todos o cultivo da memória comum, da história e dos testemunhos do passado.

3. A ATIVIDADE DE SERINGUEIRO

O conceito de seringueiro é complexo, pois este indivíduo é muito mais que um simples extrator de látex. Ele representa toda a importância histórica, cultural, econômica, social e ambiental de seu trabalho.

A Classificação Brasileira de Ocupações - CBO/2002, aprovada pela Portaria nº 397, de 09 de outubro de 2002, do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, reconhece a atividade de seringueiro como ocupação e descreve-a como uma atividade essencialmente extrativista.

Segundo o prisma do Direito do Trabalho, a atividade é espécie do gênero trabalho e difere da profissão e do ofício por ser um tipo de trabalho para o qual não se exige um nível de intelectualidade elevada, podendo ser facilmente exercido por qualquer pessoa, no que se enquadra o trabalho do seringueiro.

Por exercerem uma ocupação essencialmente extrativista, os seringueiros podem ser considerados como populações tradicionais na medida em que apresentam as características dessas populações, como bem leciona Antônio Carlos Diegues

apud SANTANA e OLIVEIRA:

> As populações tradicionais são aquelas comunidades que, coadunando com o conceito de cultura tradicional proposto por Antônio Carlos Diegues, possuem como principais características, de acordo com este professor da USP:
>
> a) "Importância das simbologias, mitos e rituais, associados à caça, pesca, e atividades extrativistas";
>
> b) "Auto-identificação ou identificação pelos outros de se pertencer a uma cultura distinta de outras";
>
> c) "Noção de território ou espaço onde o grupo social se reproduz econômica e socialmente";
>
> d) "Moradia e ocupação desse território por várias gerações".
>
> [...] Das comunidades acima, as que têm sofrido maiores ameaças ao seu patrimônio cultural imaterial são justamente aquelas comunidades que não são tão estimadas pelo Poder Público e Mídia como se fossem grupos populacionais tradicionais, como é o caso [...] das populações ribeirinhas e extrativistas da Amazônia [...].[4]

Dessa forma, a atividade de seringueiro é mais que um trabalho, na medida em que se integra a um modo de vida que corresponde aos "modos de criar, fazer e viver" que tiveram e continuam tendo relevância para a identidade histórica e cultural, especialmente para o povo do Estado do Acre. É mais que um trabalho quando as comunidades praticantes dessa atividade podem ser identificadas como populações tradicionais extrativistas, por possuir essa noção de território e espaço onde o grupo social se

4 SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. O patrimônio cultural imaterial das populações tradicionais e sua tutela pelo Direito Ambiental. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 750, 24 jul.2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7044>. Acesso em: 29 maio 2013

reproduz econômica e socialmente, e por ter moradia e ocupação nesse mesmo território por várias gerações.

3.1 IMPORTÂNCIA HISTÓRICA, ECONÔMICA, SOCIAL E CULTURAL DA ATIVIDADE DE SERINGUEIRO

Dada a grande utilidade da borracha produzida no Estado do Acre no século XIX, ela foi objeto de estudo por vários pesquisadores e cientistas visando o domínio de seu uso. Essa busca levou à descoberta do processo de vulcanização do látex por Charles Goodyear em 1839, o que foi um marco para o desenvolvimento da indústria de artefatos de borracha, que teve como produção inicial a fabricação de calçados e pneumáticos para bicicletas e automóveis[5].

Por ter qualidade superior a qualquer outra fonte de látex, matéria prima da borracha, a seringueira nativa e abundante na Floresta Amazônica foi o alvo da exploração dos capitalistas estrangeiros, que aproveitaram para lucrar em terras de ninguém, desabitadas e não conhecidas.

Segundo Ariadne Araújo, a exploração da borracha no território acreano também foi incentivada pelo governo brasileiro, na condição de aliado dos Estados Unidos da América na Segunda Guerra Mundial, quando em 1942

> [...] o Presidente Getúlio Vargas recrutou a tropa para uma operação de emergência que coletaria látex para os americanos. Eram 55 mil nordestinos [...] que fugiam da seca em busca de riqueza e honra naquela que ficou conhecida como a Batalha da Borracha.

5 COSTA, Francisco Pereira. Seringueiros, patrões e a justiça no Acre Federal, 1904/1918. Rio Branco: EDUFAC, 2005, p.35.

> A propaganda oficial era um chamado: a vitória dependia da reserva de látex brasileira e da força de voluntários, chamados pela imprensa e governo de soldados da borracha.[6]

Portanto, foi a atividade econômica de exploração da extração da borracha, através do trabalho dos seringueiros, que inseriu o território do Acre no cenário mundial, iniciando seu conhecimento e povoamento e, assim, fazendo surgir uma nova sociedade: a sociedade acreana. Ao tratar sobre a ocupação e povoamento do território do Acre, em sua obra "Raízes do Acre", Cleusa Maria Damo Ranzi afirma que:

> Do esforço conjunto e do trabalho pioneiro de brasileiros resultou a constituição e organização de uma sociedade singular, com características essencialmente nacionais [...]
>
> [...] O Acre, cuja participação do elemento nacional no seu processo de desbravamento e ocupação é predominante, singulariza-se por ter sido o último dos limites fixados ao País, organizar-se em função exclusiva de um produto único de exportação e sua conquista resultado da realização de brasileiros, representados basicamente pelo sertanejo nordestino.[7]

A produção da borracha acreana foi bastante significativa no cenário nacional e mundial, chegando a representar mais de 40% das exportações em 1910[8]. Este fato demonstra a importância econômica da atividade do seringueiro, que era a principal responsável por esses números.

6 ARAÚJO, Ariadne. Batalha da Borracha, ISTOÉ 1526- 13/12/98, São Paulo: Editora Abril. fl. 36-39

7 RANZI, Cleusa Maria Damo. Raízes do Acre- Rio Branco, AC: EDUFAC, 2008. 311p.il

8 COSTA, Francisco Pereira. Seringueiros, patrões e a justiça no Acre Federal, 1904/1918. Rio Branco: EDUFAC, 2005, p.38.

Não se pode negar também, além do valor histórico, econômico e social, a importância da atividade dos seringueiros para preservação ambiental na região do Estado do Acre. Todavia, essa preservação ambiental e essa conscientização dos seringueiros foi algo construído pela própria dinâmica da atividade e da exploração dos seringais em si.

Os donos dos seringais, conhecidos como seringalistas, buscavam por máxima produção, o que levou à melhoria das técnicas de extração, preservando a floresta para que ela pudesse render o máximo possível e, assim, render maiores lucros. Surgiu então a ideia preservacionista, porém, não com foco no meio ambiente propriamente dito, mas principalmente no benefício imediato e privado dos seringalistas.

O controle exercido pelos seringalistas sobre a atividade dos seringueiros, no intuito de não permitir a extração inadvertida, inadequada ou inconsequente, tinha como razão principal a preservação para a produção constante e lucrativa, evitando a morte das seringueiras, prolongando e aumentando a produtividade e o lucro.

Ademais, também não era permitido aos seringueiros o desmatamento para fins de agricultura ou criação de animais, para que eles não tivessem outra fonte de renda e assim continuassem totalmente dependentes daquela atividade e dos seringalistas. Essa vedação, compreendida isoladamente em seu aspecto ambiental, serviu para preservar a floresta.

Há registros históricos que sustentam a participação e a morte de inúmeros seringueiros na Batalha da Borracha, que foi decisiva para a conquista do território acreano e sua integração aos domínios do Brasil. Por este fato, não se pode

deixar de citar a estrela vermelha que a bandeira do Estado do Acre ostenta, simbolizando e homenageando o sangue dos heróis daquela guerra, vertido na conquista do território acreano, fato este registrado e cantado até os dias de hoje no hino estadual que assim diz: "fulge um astro na nossa bandeira, que foi tinto com sangue de heróis [...]". Assim, a importância desse povo e dessa atividade para o Estado do Acre foi tanta, que sua bandeira e hino estaduais lhes cedem estes lugares de honra.

Foram estes seringueiros que ficaram conhecidos como soldados da borracha: por terem feito parte das tropas brasileiras que lutaram na conquista do território acreano e por terem suprido a necessidade de borracha das fábricas norte-americanas naquela época de guerra, tendo exercido um papel tão importante quanto o dos que combateram o regime nazista com armas.

Corroborando esse reconhecimento de importância histórica, a Lei Federal nº 7.986, de 28 de dezembro de 1989 regulamentou a concessão de benefício relativo à atividade dos seringueiros recrutados, nos termos do Decreto-Lei nº 5.813, de 14 de setembro de 1943, que tenham trabalhado durante a Segunda Guerra Mundial nos Seringais da Região Amazônica, assegurando a eles uma pensão vitalícia de dois salários mínimos vigentes no país, benefício este transferível aos seus dependentes que comprovem estado de carência.

Percebe-se que, ao assegurar uma pensão vitalícia a essas pessoas e seus dependentes, a intenção do Estado brasileiro foi amparar e, de alguma forma, indenizar essas pessoas e famílias, tamanha a importância dos frutos da atividade por eles realizada naquele momento histórico e econômico vivenciado pelo país e pelo mundo.

Portanto, foi a atividade econômica de exploração da extração da borracha, através da atividade dos seringueiros, que inseriu o território do Acre no cenário mundial, iniciando seu conhecimento, povoamento e dando início a uma nova sociedade: a sociedade acreana.

Por todo o exposto, a atividade do seringueiro acreano pode ser considerada um bem cultural imaterial, pertencente ao patrimônio histórico cultural do Estado do Acre.

4. INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS DE PROTEÇÃO JURÍDICA AOS BENS CULTURAIS

4.1 TOMBAMENTO E REGISTRO

Em seu art. 216, § 1°, a Constituição Federal cita o registro e o tombamento como **instrumentos administrativos de proteção jurídica aos bens culturais**, juntamente com inventários, vigilância, desapropriação, e outras formas de acautelamento e preservação, criando com isso um rol *numerus apertus*.

4.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO TOMBAMENTO

A conceituação dada por Francisco Humberto Cunha e Mário Ferreira de Pragmático Telles define o tombamento como

> um instituto dos Direitos Culturais que visa reconhecer o valor cultural de um bem, a partir de critérios técnico-científicos de atribuição de valor emanados pela autoridade competente, interferindo em um ou mais elementos constitutivos do direito de propriedade.[9]

Segundo a doutrina majoritária, o tombamento tem natureza jurídica de servidão ou limitação administrativa. Isso implica dizer que o tombamento é instrumento adequado para proteção de bem cultural material, e **jamais para o bem cultural**

9 CUNHA FILHO, Francisco Humberto e TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. As Formas de Preservação do Patrimônio Cultural Brasileiro face à Constituição Federal de 1988. O público e o privado - Nº 10 - Julho/Dezembro – 2007

imaterial, pois sobre este não pode incidir instrumento de proteção que tenha natureza jurídica de servidão ou limitação administrativa uma vez que estas se aplicam apenas aos bens materiais, o que não é o caso da atividade de seringueiro.

Fabiana Santos Dantas afirma que o tombamento possui caráter "declaratório do valor e constitutivo do regime especial de proteção que impede a modificação, a mutilação e a destruição"[10].

4.3 CONCEITO DE REGISTRO

O registro, enquanto meio de acautelamento e preservação de bens imateriais aplicável à atividade de seringueiro, tem previsão constitucional no § 1º do art. 216, da CF. Segundo Francisco Humberto Cunha e Mário Ferreira de Pragmático Telles, Luciano Rocha Santa e Thiago Pires e Miranda apud Fabiana Santos Dantas, respectivamente:

> registro é uma ação do Poder Público com a finalidade de identificar, reconhecer e valorizar as manifestações culturais e os lugares onde estas se realizam, os saberes e as formas de expressões dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, levando-se em consideração o binômio mutação-continuidade histórica do patrimônio cultural imaterial.[11]
>
> O registro significa para o patrimônio cultural imaterial o que o tombamento é para o patrimônio cultural material, tanto que ambos possuem a mesma finalidade: conservação do bem, para, através dessa conservação, conseguir proteger o bem cultural em questão. [...]

10 DANTAS, Fabiana Santos. A Proteção Jurídica do Meio Ambiente Cultural, Revista Meio Ambiente, São Paulo, SP: MP Editora, 2011

11 CUNHA FILHO, Francisco Humberto e TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. As Formas de Preservação do Patrimônio Cultural Brasileiro face à Constituição Federal de 1988. O público e o privado - Nº 10 - Julho/Dezembro – 2007

> [...] Instrumento adequado à preservação dos bens imateriais, que consiste em fazer constar em livro ou outro suporte o modo específico de determinada manifestação cultural.[12]

Como se percebe, o registro é o instrumento jurídico adequado para acautelar os bens culturais de natureza imaterial, haja vista que se refere única e exclusivamente a este tipo de bem.

5. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

5.1 DECRETO - LEI Nº 25, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1937

O Decreto 25, de 1937, trata do **patrimônio histórico e artístico nacional** e, em seu art. 1º estabelece que este é constituído por bens móveis e imóveis, o que deixa claro que **se refere apenas aos bens materiais**, **definindo o que seja o bem integrante do patrimônio histórico ou artístico nacional.**

Define ainda que haverá interesse público na conservação desses **bens**, desde que tenham **vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, ou excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.**

O art. 2º equipara os monumentos naturais, os sítios e paisagens aos bens referidos no art. 1º, que se refere apenas a bens móveis e imóveis, portanto, bens materiais. Até aqui, o Decreto não faz referência aos bens culturais de natureza imaterial, apenas aos de natureza material. Por fim, **o art. 4º** trata do instituto jurídico do **tombamento**, e prevê que os **bens descritos no art. 1º serão inscritos nos livros de tombo**.

12 DANTAS, Fabiana Santos. A Proteção Jurídica do Meio Ambiente Cultural, Revista Meio Ambiente, São Paulo, SP: MP Editora, 2011

Com essas informações, chegamos a duas conclusões: primeiro que apenas os bens de natureza material serão inscritos nos livros de tombo, e segundo, que os bens de natureza imaterial não receberam tratamento pelo decreto e, portanto, ficaram sem proteção específica por instrumento jurídico adequado.

5.2 LEI ESTADUAL Nº 1.294, DE 8 DE SETEMBRO DE 1999

O art. 1º desta Lei, que Institui o Conselho e cria o Fundo de Pesquisa e Preservação do Patrimônio Histórico Cultural do Estado do Acre, faz apenas duas referências aos bens imateriais: uma no art. 1º e outra no art. 6º.

No art. 1º, inclui de forma expressa os bens culturais imateriais como parte integrante do Patrimônio Histórico e Cultural do Estado do Acre. No art.6º, inciso II, prevê a manutenção de quatro "Livros de Tombo", referindo-se aos "bens relacionados à cultura material e imaterial das comunidades de seringueiros e de outros segmentos sociais que possuam produção cultural específica", como bens imateriais que seriam inscritos no Livro de Tombo Etnográfico e das Manifestações Artísticas e Culturais Populares.

Percebe-se que em todo o texto a Lei nº 1.294, de 1999 trata apenas do tombamento, estabelecendo a forma como será efetivado, a competência de iniciativa, seus efeitos, livros, etc, estabelecendo-o como o instrumento jurídico cabível para acautelamento dos bens materiais e imateriais integrantes do Patrimônio Histórico e Cultural do Estado do Acre. Convém ressaltar, que os incisos do art. 16 se referem apenas e tão somente aos bens imóveis, enquanto os artigos seguintes apenas se referem aos bens móveis e imóveis.

Desta forma, é de se concluir que embora expressamente constantes do art. 1º, os bens culturais de natureza imaterial não receberam o devido tratamento pela Lei, que previu a inscrição desses bens no Livro de Tombo Etnográfico e das Manifestações Artísticas e Culturais Populares.

5.3 DECRETO FEDERAL Nº 3.551, DE 4 DE AGOSTO DE 2000

Este decreto federal trata especificamente da proteção jurídica dos bens culturais de natureza imaterial que constituem o patrimônio cultural brasileiro.

O art. 1º institui o REGISTRO como instrumento adequado para a proteção jurídica dessa categoria de bens, que antes não possuíam instrumento adequado para tanto, diferentemente dos bens de natureza material que poderiam ser tombados, na forma do Decreto nº 25, de 1937, como visto anteriormente.

Já os incisos do § 1º do referido artigo, denominam como "Livro de Registro" os livros nos quais tais bens serão inscritos, o que nos leva a concluir que é inadequada a inscrição de um bem imaterial no Livro de Tombo, conforme previsão do Decreto 25, de 1937, devendo assim ser inscrito no Livro de Registro, tal como previsto pelo Decreto 3.551, de 2000.

Os arts. 3º e 4º determinam que o recebimento de propostas de registro caberá ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, e a apreciação e decisão final caberão ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural. Por fim, o **art. 5º** traz uma **impropriedade técnico-jurídica** ao afirmar que em caso de decisão favorável, o bem será inscrito no livro de registro, e receberá o **título de "patrimônio** cultural do Brasil", quando o

correto seria dizer que o bem seria registrado e receberia **título de bem cultural** integrante do patrimônio cultural **brasileiro**.

Disso se infere que o registro realizado sob a égide do Decreto nº 3.551, de 2000, confere ao bem a qualidade de bem integrante do patrimônio cultural brasileiro, ou seja, de importância e âmbito nacional.

As afirmações trazidas por Daisy Rafaela da Silva são apropriadas a este estudo, convindo a transcrição de trecho de seu texto (grifos acrescidos):

> O Decreto 3.551/2000 foi, ao mesmo tempo, fruto do amadurecimento dessas experiências e resposta a uma demanda não apenas do país como do contexto internacional por uma abordagem mais ampla e inclusiva no trato do patrimônio cultural.
>
> Em carta ao Ministro da Cultura, em 1999, a Comissão do Patrimônio Imaterial Brasileiro, motiva sua opção pelo registro, **considerando a natureza dinâmica do bem imaterial** e seguindo a tendência internacional.
>
> Observando a definição de bens imateriais integrantes do patrimônio cultural brasileiro, conforme o caput do artigo 216 da Constituição Federal e suas modalidades nos incisos I a IV, Ramos Rodrigues enfatiza **a natureza eminentemente mutável e abstrata. Sendo, portanto, inadequado o tombamento como instrumento de proteção do patrimônio cultural imaterial,** por que este visa preservar um bem com o mínimo possível de alterações.[13]

Não obstante a impropriedade técnica apontada e para fins deste trabalho, após a análise do Decreto nº 3.551, de 2000

13 SILVA, Daisy Rafaela da. Patrimônio cultural imaterial: antecedentes e proteção jurídico ambiental. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 63, abr 2009.

pode-se concluir que o instrumento jurídico adequado para proteger os bens culturais de natureza imaterial é o REGISTRO, e não o tombamento, dada a natureza jurídica destes instrumentos.

Assim, a Lei Estadual nº 1.294, de 1999, anterior ao Decreto nº 3.551, de 2000, por óbvio não confere aos bens culturais de natureza imaterial o tratamento técnico-jurídico adequado, pois permite que essa espécie de bem seja tombado, tal qual os bens materiais.

Desta forma, considerando que o Decreto nº 3.551, de 2000 instituiu o registro como forma de proteção jurídica adequada aos bens imateriais, a Lei Estadual nº 1.294, de 1999 necessita ser revisitada para alteração legislativa que permita sua atualização, em conformidade com a legislação federal, prevendo o registro dos bens culturais imateriais acreanos, bem como um Livro de Registro no lugar do Livro de Tombo.

Portanto, até que sobrevenha lei estadual alterando a Lei nº 1.294, de 1999, aos bens culturais estaduais de natureza imaterial só é possível aplicar o Decreto nº 3.551, de 2000, o que levará ao registro do bem como parte integrante do patrimônio cultural brasileiro, e não estadual, ou acreano, no caso da atividade de seringueiro.

6. DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Para que se chegue ao resultado final de tombamento ou registro do bem cultural material ou imaterial, é necessário o trâmite de processos administrativos, que são regulados pelo Decreto nº 25, de 1937, pela Lei nº 1.294, de 1999, e pelo Decreto nº 3.551, de 2000.

Assim, existindo previsão legal de tombamento no âmbito federal e estadual, o bem cultural material poderá ser tombado como bem integrante do patrimônio cultural brasileiro ou acreano, conforme o caso. Mas no caso do registro, como não há lei estadual instituindo esse tipo de acautelamento de bens culturais imateriais, o bem somente poderá ser registrado como bem integrante do patrimônio cultural brasileiro, e não acreano. Para que isso ocorra, é necessário que a Lei nº 1.294, de 1999 seja alterada, para instituir o registro desses bens no âmbito estadual e o trâmite de todo o processo de registro.

CONCLUSÃO

A priori, a atividade de seringueiro não pode ser declarada como **patrimônio** cultural brasileiro, ou estadual, pelo simples fato de que bem e patrimônio não se confundem, um está contido no outro. A atividade de seringueiro pode ser reconhecida como **bem cultural** que integrará um patrimônio cultural.

Por estar inserida nos processos históricos de formação da população e afirmação da sociedade acreana, bem como para a nação brasileira perante o cenário histórico-mundial no período da Batalha da Borracha e sendo uma atividade que é realizada até os dias atuais no Estado do Acre e em outros Estados da federação, a atividade de seringueiro possui relevante valor e importância histórica, cultural, social e ambiental para a sociedade acreana, podendo assim ser considerada bem cultural imaterial.

Como bem cultural imaterial estará sujeito ao instrumento protetivo jurídico do registro, conforme previsão no Decreto nº 3.551, de 2000, que poderá ser realizado em âmbito nacional,

tornando-se parte integrante do patrimônio cultural brasileiro. Se a intenção for registrar a atividade de seringueiro como bem cultural acreano, ou seja, a nível estadual, será necessária a publicação de lei alterando a Lei nº 1.294, de 1999, para instituir o registro de bens culturais imateriais no âmbito estadual, bem como o trâmite de todo o processo de registro uma vez que inexiste legislação estadual pertinente para tanto.

Alterada a Lei nº 1.294, de 1999, a proposição de registro da atividade de seringueiro como bem cultural imaterial do patrimônio histórico do Estado do Acre terá seu trâmite administrativo, para que seja reconhecido o valor cultural desse bem, sendo registrado e, por fim, recebendo ampla proteção jurídica.

REFRÊNCIAS

ARAÚJO, Ariadne. **Batalha da Borracha**, ISTOÉ 1526-13/12/98, São Paulo: Editora Abril. fl. 36-39

COSTA, Francisco Pereira. **Seringueiros, patrões e a justiça no Acre Federal**, 1904/1918. Rio Branco: EDUFAC, 2005

CUNHA FILHO, Francisco Humberto e TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. **As Formas de Preservação do Patrimônio Cultural Brasileiro face à Constituição Federal de 1988. O público e o privado** - Nº 10 - Julho/Dezembro – 2007

DANTAS, Fabiana Santos. **A Proteção Jurídica do Meio Ambiente Cultural**, Revista Meio Ambiente, São Paulo, SP: MP Editora, 2011

DEAN, Warren. **A Luta pela Borracha no Brasil**. São Paulo: NOBEL, 1989, Disponível em:<http://felipemarinvieira.blogspot.com.br/2010/04/recentemente-em-uma-aula-ministrada.html>. Acesso em: 29 maio 2013

http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/saibaMais.jsf

http://www.restaurabr.org/siterestaurabr/CICRAD2011/M1%20Aulas/M1A1%20Aula/M1A1.pdf

LIMA, Manoel Ferreira. **O Acre II**. Rio Branco, AC: Secretaria de Educação e Cultura

MEIRELLES FILHO, João Carlos. **O Livro de Ouro da Amazônia**. Rio de Janeiro: EDIOURO, 2004

MONTYSUMA, Marcos. **História, poder e práticas sociais**/ Programa H673h de Pós- Graduação em História- nível mestrado- Marechal Cândido Rondon: Edunioeste, 2006

RANZI, Cleusa Maria Damo. **Raízes do Acre**- Rio Branco, AC: EDUFAC, 2008. 311p.il

SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. **O patrimônio cultural imaterial das populações tradicionais e sua tutela pelo Direito Ambiental**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 750, 24 jul.2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7044>. Acesso em: 29 maio 2013.

SILVA, Daisy Rafaela da. **Patrimônio cultural imaterial: antecedentes e proteção jurídico ambiental**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 63, abr 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5931>. Acesso em maio 2013

CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO COM FULCRO NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Roberto Alves Gomes[1]

RESUMO: A discricionariedade administrativa consiste em um dos mais relevantes institutos do direito público. É por meio desta liberdade conferida pelo legislador que os agentes públicos podem ditar os rumos da Administração Pública. Ocorre que o tradicional dogma da intangibilidade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, nos tempos atuais, não mais deve prevalecer. Também não mais se pode acatar a ideia de que o magistrado unicamente pode realizar um exame de legalidade acerca dos atos administrativos discricionários. Sobressai, desta feita, a necessidade de controle por parte do Judiciário da adequação dos atos administrativos para com o ordenamento jurídico como um todo, em especial para com as normas constitucionais vigentes. Neste cenário, sobreleva-se o princípio da proporcionalidade como instrumento de controle dos atos administrativos, principalmente os discricionários. Tal princípio torna-se de suma importância para que os magistrados possam expurgar todo e qualquer ato administrativo ilegítimo, seja este vinculado ou não. Ocorre que este controle não se apresenta absoluto, merecendo uma especial cautela na aplicação do princípio da proporcionalidade nesta finalidade, com fito a se evitar excessos por parte do Judiciário, que resultem em uma violação à equânime separação dos poderes.

Palavras-chave: Controle Judicial, Poder Discricionário, Mérito Administrativo, Princípio da Proporcionalidade.

1 Procurador do Estado do Acre. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós Graduado em Direito Administrativo e em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes.

1. INTRODUÇÃO

O estudo científico em tela tem por fito analisar o controle jurisdicional dos atos administrativos com fundamento no princípio da proporcionalidade.

A problemática acerca do controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário consiste em um tema que há muito tempo desperta a atenção da doutrina publicista e dos próprios Tribunais.

Inegável se apresenta a possibilidade de o controle jurisdicional recair sobre o exame de legalidade do ato administrativo. Neste ponto, não residem maiores controvérsias, posto que, em se tratando de um ato vinculado ou mesmo de um dos requisitos vinculados do ato discricionário – competência, forma e finalidade, segundo preleciona a doutrina administrativista majoritária –, a atuação do administrador deve cingir-se em averiguar a subsunção da situação à norma, não podendo afastar-se da previsão legal.

Não tão fácil e pacífico, entretanto, apresenta-se a possibilidade deste controle exercido pelo magistrado voltar-se ao mérito administrativo em si, ou seja, aos requisitos discricionários do ato administrativo, posto que intrínseco àquele está a ideia de liberdade conferida ao administrador em sua atuação.

Desta feita, sempre foi possível observar uma consonância da doutrina e da jurisprudência no sentido de que o controle jurisdicional do ato administrativo estar restrito ao exame da legalidade do ato, não podendo o magistrado substituir o administrador na valoração da conveniência e oportunidade

do ato discricionário, sob pena de malferimento ao princípio da separação dos poderes, esculpido no art. 2º da Constituição Federal[2].

Ocorre que este dogma da impossibilidade de revisão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário foi, com o tempo, sendo mitigado. O cenário jurídico em que o Judiciário permanecia inerte frente a qualquer atuação formalmente legal do administrador cedeu lugar a um controle mais rígido, pautado na proporcionalidade e na razoabilidade da conduta perfilhada pelo agente estatal.

Percebeu-se que o controle de legalidade, conquanto essencial, não era suficiente para afastar todos os vícios que poderiam recair sobre os atos administrativos, notadamente os discricionários.

Destarte, emergiu então a necessidade de se realizar um controle pautado não só na legalidade, mas na própria observância da ordem constitucional, de modo que os atos administrativos além de submetidos ao regramento legal que lhe embasa, estão também adstritos ao cumprimento dos preceitos constitucionais, sejam estes expressos ou implícitos. Neste ponto, sobreleva a importância do princípio da proporcionalidade.

Utilizando assim do aludido princípio, implícito em nossa ordem constitucional, os Tribunais vêm exercendo um controle sobre os atos administrativos discricionários. O fundamento da interferência em tela consiste justamente na inconstitucionalidade de condutas lesivas a tal princípio, o que possibilita ao magistrado intervir no exame da conveniência e da oportunidade do mérito administrativo.

2 Constituição Federal. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário

Neste ponto reside a maior polêmica atinente à matéria, posto que não se afigura legítimo albergar o entendimento de que o magistrado deve permanecer omisso quanto a atuações explicitamente desarrazoadas e ilegítimas do administrador público, todavia, notório também se apresenta que este poder de interferência conferido ao juiz pode perfeitamente atentar contra a equânime separação dos poderes.

Finalizadas estas breves digressões preliminares, insta enveredar-se na análise esmiuçada da matéria.

2. DAS NOÇÕES PRELIMINARES

2.1 DAS NOÇÕES ELEMENTARES ACERCA DO ATO ADMINISTRATIVO

Antes de se adentrar à análise do controle judicial do ato administrativo, faz-se de suma importância abordar de forma introdutória o conceito jurídico de ato administrativo, bem como os aspectos deste relevantes ao compreendimento da matéria posta em debate.

Se se busca entender o controle sobre algo, de imensa valia se faz a primordial incursão sobre o conteúdo deste algo, motivo pelo qual se reservam algumas linhas do presente trabalho à explanação acerca do ato administrativo em si.

Como todo e qualquer estudo acerca de um instituto jurídico, iniciar-se-á pelo seu conceito.

2.1.1 DO CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

Para a obtenção de um satisfatório conceito de ato administrativo, faz-se oportuno socorrer-se à doutrina clássica, de modo que, fazendo uma inter-relação entre o ato administrativo e o ato jurídico em si, feliz se apresenta o conceito proposto pelo Professor Hely Lopes Meirelles:

> Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.[3]

O conceito proposto por Hely Lopes Meirelles, consoante fácil constatação, possui uma profunda carga subjetivista, transparecendo assim que o ato administrativo nada mais seria do que um ato jurídico perfilhado pela Administração Pública.

De fato, o ato administrativo consiste em um ato jurídico praticado por algum indivíduo na qualidade de agente público – ou que detenha o exercício de função pública delegado-lhe –, não obstante, errôneo se apresenta resumir o ato administrativo a tanto.

Outros elementos se apresentam intrínsecos à caracterização do ato administrativo, motivo pelo qual se faz necessário que estejam presentes em qualquer conceito deste formulado. Trata-se da submissão ao regime jurídico público e da finalidade pública.

Desta feita, o conceito ideal de ato administrativo é aquele que condensa estes três elementos, tal como o faz José dos Santos Carvalho Filho:

3 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 37 ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p154

> [...] podemos, então, conceituar o ato administrativo como sendo a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob o regime de direto público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.[4]

Conclui-se, portanto, que o ato administrativo consiste no ato jurídico perfilhado por um agente público, ou mesmo por um particular embutido de função pública, a exemplo dos concessionários e permissionários de serviços públicos, que, regido pelo direito público, vise à consecução de um determinado interesse público.

Vale acrescentar, para que se expurgue qualquer possibilidade de cometimento de injustiça, que o próprio Hely Lopes Meirelles reconhece como essenciais à caracterização do ato administrativo os elementos acima expostos, consoante posteriormente ensina o brilhante publicista:

> Condição primeira para o surgimento do ato administrativo é que a Administração aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público, visto que algumas vezes nivela-se ao particular e o ato perde a característica administrativa, igualando-se ao ato jurídico privado; a segunda é que contenha manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos para os administrados, para a própria Administração ou para seus servidores [...]; a terceira é que provenha de agente competente, com finalidade pública e revestindo forma legal.[5]

O ato administrativo representa, portanto, a exteriorização da vontade do Poder Público. Vale, para tanto,

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23 ed. rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p109

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.* p155

lembrar que o Estado não é um ser corpóreo, tangível. É por meio de seus agentes públicos, revestidos da função administrativa, que o Estado perfilha suas condutas, na busca da realização do fim público.

Não por outro motivo encontram-se superadas as teorias que buscavam explicar a relação entre o Estado e os agentes públicos como sendo fruto de uma espécie de concessão de poderes para atuar em seu nome.

A relação entre o Estado e os agentes públicos não pode ser vista como equivalente a uma relação de representação ou a um mandato. O indivíduo que se encontra exercendo a função pública não atua em nome do Estado, ou à sua ordem. O agente atua como se fosse o próprio Poder Público. A conduta perfilhada por um servidor público não está sendo praticada por um indivíduo em nome do Estado, mas sim pelo próprio Estado. Trata-se aqui da adoção da Teoria da Imputação, também conhecida como teoria do órgão, que preleciona que a vontade do Estado se confunde com a vontade do agente.

Uma esdrúxula, todavia elucidativa, analogia feita pela doutrina consiste na relação entre a mão do indivíduo e o próprio indivíduo. Na qualidade de órgão do indivíduo, a mão não pode ser vista de forma isolada e independente, de modo que ao deferir-se um soco em outro indivíduo, quem age não é a "mão", mas o indivíduo.

Concluída a análise acerca do conceito do ato administrativo, cumpre deter certa atenção a outros pontos atinentes ao ato administrativo que possam vir a ser úteis à devida compreensão do tema do presente estudo.

2.1.2 DA CLASSIFICAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO QUANTO À LIBERDADE

Dentre as várias classificações e sistematizações realizadas no plano doutrinário acerca do ato administrativo, faz-se imprescindível deter-se à diferenciação proposta acerca da liberdade conferida ao administrador no que atine à edição do ato administrativo.

Quanto a este ponto específico, o ato administrativo pode ser qualificado como vinculado ou discricionário.

Considera-se como vinculado o ato administrativo em que a vontade do administrador é desconsiderada. O sistema normativo não confere ao agente estatal uma margem de liberdade no momento da edição do ato, de modo que há uma espécie de subsunção absoluta do ato administrativo a um substrato fático ou jurídico: verificada determinada situação de fato ou de direito, obrigatoriamente se deve exarar específico ato administrativo. Não haveria, portanto, outro caminho ao administrador que não a realização daquele ato administrativo.

Percebe-se assim que, no ato vinculado, a situação que lhe enseja está legalmente prevista de modo cogente, resultando assim que, observadas as situações previstas na lei para a realização de um ato vinculado, cabe ao administrador, quase que de forma automática e mecânica, exará-lo. Nas palavras do eminente mestre Hely Lopes Meirelles:

> Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos

> estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.[6]

Faz-se salutar perceber que, tratando-se de ato vinculado, verificadas as condições legais previstas para a sua realização, o interessado passa a gozar de um direito subjetivo ao ato, posto que não há, neste ponto, faculdade ao administrador, cuja conduta deve obrigatoriamente se voltar ao implemento da edição do ato, sob pena de, diante de resistência ou omissão, a parte interessada poder socorrer-se junto ao Judiciário.

Contrapondo-se ao ato vinculado está o ato discricionário, em que se verifica uma maior margem de liberdade na atuação do administrador. No ato discricionário, o ordenamento legal prevê uma maior gama de opções ao agente público, que pode, diante da verificação de determinada situação fática ou jurídica, realizar o ato administrativo mais adequado ao interesse público, conforme seu entendimento e, obviamente, a permissão legal para tanto.

Sobressai, no ato discricionário, a figura da conveniência e da oportunidade, requisitos aferíveis pelo administrador quando do possível implemento do ato administrativo. Compete ao agente estatal valorar a necessidade de se realizar o ato, bem como o momento e modo adequados, tendo em conta, obviamente, sempre o melhor desempenho do interesse público.

Ressalte-se ainda que o ato discricionário não se apresenta como um ato completamente à margem da vontade

6 MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.* p172

do agente estatal. Ainda que qualificado como discricionário, o ato administrativo ainda guardará elementos vinculados, cujo modo ou oportunidade de implemento estarão fora do alcance do administrador. Trata-se da competência, da finalidade e da forma do ato administrativo. Tais elementos encontrar-se-ão sempre vinculados à disposição legal.

Percebe-se assim que a discricionariedade do ato administrativo encontra-se adstrita ao objeto e ao motivo do ato, elementos que consubstanciam o mérito administrativo, que será devidamente abordado em subitem especificamente a ele destinado.

Acerca do ato administrativo discricionário, disserta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é o discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque dizer que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária a lei.[7]

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p219

Ainda no que pertine à doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, cumpre fazer menção ao entendimento da autora de que, também diante da omissão legal, verificar-se-ia a discricionariedade, mais precisamente nos casos em que não fora possível ao legislador prever situações que viessem, no futuro, a ocorrer.[8] O entendimento da autora apresenta-se razoável, na medida em que não se afigura cabível admitir uma fossilização da Administração em virtude da demora, por parte do Legislativo, da atualização das normas legais às novas situações.

Não obstante, faz-se necessário deixar claro que a discricionariedade não pode defluir da inexistência de norma legal regulando a questão, hipótese que, conquanto não seja idêntica à levantada pela autora, guarda perigosa semelhança. Nesse ponto, estamos com a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> [...] o 'poder' discricionário jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto, mas tão somente poderá irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei. Comportamento administrativo que careça de tal supedâneo (ou que contrarie a lei existente)" seria pura e simplesmente arbítrio, isto é, abuso intolerável, pois discricionariedade e arbitrariedade são noções radicalmente distintas.[9]

Percebe-se assim que a discricionariedade resultante de uma omissão legal só pode ser aceita se esta for plenamente dedutível da própria essência da norma, estando assim em plena consonância com a *mens legis*. Destaque-se, entretanto, que se trata de situação excepcional, sob pena de uma vulgarização que resultaria em uma violação frontal ao princípio da legalidade.

8 *Ibidem.* p220

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e o Controle Jurisdicional. 2 ed., 11ª tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p13

Aproveitando-se ainda da doutrina acima transcrita, cumpre aqui destacar a diferença entre a discricionariedade e a arbitrariedade. Enquanto a discricionariedade apresenta-se dentro dos parâmetros de legalidade, sendo inclusive essencial à realização da função administrativa, a arbitrariedade consiste em um vício que macula o ato administrativo.

Sempre que a conduta do administrador foge aos parâmetros legais, ultrapassando a barreira da discricionariedade para se chegar à arbitrariedade, estar-se-á diante de um ato ilegal. Ato arbitrário consiste no ato administrativo perfilhado com fulcro em interesses privativos do agente público, distanciando-se aqui da consecução do interesse público.

Sobre o tema, precisas são as lições de Hely Lopes Meirelles:

> [...] ato discricionário não se confunde com ato arbitrário. Discrição e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discrição é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido.[10]

Conquanto haja, na prática, uma linha tênue entre discricionariedade e arbitrariedade no Direito Administrativo, percebe-se que aquela é imprescindível ao exercício da função pública, enquanto que a última consubstancia uma das maiores máculas existentes no interior de um Estado Democrático de Direito, resultante de gestores corruptos que visam única e exclusivamente a utilizar-se da máquina pública para favorecimento pessoal.

10 MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob cit.* p173

Cumpre destacar que a análise da discricionariedade será ainda melhor aprofundada em tópico destinado a tanto, configurando as palavras tecidas linhas alhures como uma mera introdução ao tema.

2.1.3 DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

Concluída a abordagem preliminar acerca da classificação do ato administrativo quanto à liberdade conferida ao administrador, já se faz possível tecer uma definição acerca do que consista o mérito administrativo.

Consoante visto, mesmo no ato administrativo discricionário se faz presente elementos vinculados, de modo que a margem de liberdade do administrador repousa no motivo e no objeto do ato. Desta feita, o mérito administrativo caracteriza-se justamente na valoração feita pelo agente público destes dois elementos.

O mérito administrativo consubstancia, portanto, na valoração feita pelo administrador acerca dos elementos motivo e objeto do ato administrativo a ser exarado, tendo por foco um exame da conveniência e da oportunidade na realização do referido ato. A partir do momento em que o ordenamento legal possibilita ao agente público escolher, com vistas obviamente à satisfação do interesse público, o melhor momento e a melhor forma de se realizar determinado ato, estar-se-á diante de um ato administrativo discricionário, sendo justamente nesta escolha onde recai a existência do mérito administrativo.

Sempre precisas se apresentam as palavras de Hely Lopes Meirelles, para quem o mérito administrativo consiste na “valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas

pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”[11].

Não se faz difícil perceber que o mérito administrativo não se apresenta compatível com os atos vinculados, na medida em que estes não conferem ao administrador a possibilidade de se valorar acerca da conveniência e da oportunidade na realização do ato.

Ainda no que pertine ao mérito administrativo, cumpre destacar que o exame deste cabe exclusivamente ao administrador, não podendo o Judiciário interferir, sob pena de violação à separação dos poderes. Consoante ensinamento clássico da doutrina, ao Poder Judiciário cabe apenas rever o ato administrativo no que se refere ao exame da legalidade do ato, e nunca no exame do mérito.

Não obstante, prevalece atualmente no âmbito jurisprudencial a possibilidade de o magistrado rever atos administrativos discricionários com fulcro no princípio da proporcionalidade, o que configuraria um exame de constitucionalidade. Ocorre que esta revisão acaba por relativizar o dogma da intangibilidade judicial do mérito administrativo, consoante será abordado em momento oportuno.

2.2 Do Controle do Ato Administrativo

Quanto ao tema controle judicial do ato administrativo, a clássica lição, que não poderia deixar de ser aqui mencionada, consiste em positivar que a legalidade do ato administrativo pode sempre ser aferida pelo Judiciário.

11 *Ibidem.* p160

Desta feita, o ato administrativo vinculado pode perfeitamente ser objeto de apreciação por parte do Poder Judiciário, posto que o administrador não possui margem de liberdade em sua atuação. Já no que se refere ao ato discricionário, ao magistrado caberia unicamente realizar um exame de legalidade do ato, não podendo invadir a esfera do mérito administrativo.

As premissas acima delineadas não estão equivocadas, todavia a questão não se apresenta tão simples como se aparenta pela simples leitura destas. O mérito administrativo não pode ser entendido como um poder geral e absoluto à livre disposição do administrador, tal como um "cheque em branco" que lhe é conferido para livremente atuar em nome do Poder Público.

A impossibilidade de o Judiciário realizar um exame do mérito administrativo não implica em uma vedação da análise por parte deste Poder acerca do motivo e do objeto do ato discricionário. Longe disto, apenas não se afigura possível ao magistrado substituir-se ao administrador na valoração da conveniência e da oportunidade de um ato administrativo, o que não implica dizer que o juiz deve permanecer inerte frente a qualquer aberração perfilhada pelos agentes estatais.

Nesta linha se apresentam os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:

> O que se veda ao Judiciário é a aferição dos critérios administrativos (conveniência e oportunidade) firmados em conformidade com os parâmetros legais, e isso porque o Juiz não é o administrador, não exerce basicamente a função administrativa, mas sim a jurisdicional. Haveria, sem dúvida, invasão de funções, o que estaria vulnerando o princípio da independência dos Poderes (art. 2º da CF).[12]

12 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob. cit.* p55

Nesta linha, afigura-se inquestionável a possibilidade de se submeter ao controle do Judiciário questões discricionárias da Administração Pública, de modo que unicamente será outro o prisma de análise por parte do magistrado no que se refere ao controle dos atos não vinculados, conforme pontua a Professora Germana de Oliveira Moraes:

> As diferenças entre o controle jurisdicional da atividade administrativa vinculada e o controle jurisdicional daquela não vinculada residem nos limites e nas consequências desse controle e não na possibilidade ou impossibilidade de sindicância judicial.[13]

O compreendimento acerca do âmbito do controle judicial do ato administrativo perpassa, inicialmente, pela análise acerca dos limites do Poder Discricionário. Consoante aduzido linhas alhures, este poder-dever não se apresenta absoluto, de modo que sempre que o administrador extrapolar os limites deste, incidindo em algumas das restrições que lhe são apostas, haverá uma ilegalidade, passível assim de ser expurgada pela própria Administração, no exercício da autotutela, ou pelo Judiciário.

A primeira e basilar restrição aplicável ao exercício do Poder Discricionário consiste na observância do princípio da legalidade, alicerce de toda e qualquer manifestação por parte de indivíduo investido na qualidade de agente público.

Não decorre de mero capricho do legislador constituinte que a legalidade foi o primeiro princípio previsto em nossa Constituição, mais precisamente no *caput* de seu art. 37, como de observância obrigatória pela Administração Pública.

13 MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da administração pública. 2 ed. – São Paulo: Dialética, 2004, p159

Vale lembrar que é a lei que confere poderes e competências para que o agente estatal aja, em prol sempre do interesse público, de modo que esta mesma lei que prevê a discricionariedade na atuação do agente, também lhe condiciona, restringe-lhe. Qualquer atuação aquém ou além da previsão legal está eivada de ilegitimidade, merecendo então ser corrigida por quem de direito o possa: seja a própria Administração, seja o Judiciário, que, repita-se, conquanto não possa substituir o administrador, pode afastar as ilegalidades por este cometidas.

Neste sentido, são as palavras tecidas por Leonardo Carneiro da Cunha:

> Eis que exsurge o primeiro limite do exercício do poder discricionário: a própria lei. Ora, se a discrição outorgada à autoridade pública decorre da lei, aquela mesma discrição deve ser exercida nos precisos limites definidos no texto legal. Fora daí, a atuação administrativa será tisnada de ilegalidade.
>
> Ultrapassados os limites da discricionariedade de molde a sobrepor-se ao espaço deixado pela lei, terá a Administração invadido o campo da legalidade, atingindo os confins do arbítrio. Significa que, ao exercer o poder discricionário, não deve a autoridade pública desbordar dos traçados delimitados pela lei.[14]

Há de se destacar que a legalidade em comento consiste naquela feição substancial desta, e não em uma mera análise perfunctória e formal. Para tanto, sobreleva-se a análise do cumprimento da finalidade aposta pela norma à conduta a ser perfilhada pelo administrador.

Sempre que se verificar que o administrador não pautou sua conduta na estrita obediência a previsão legal, estar-se-á diante

14 CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 10 ed., rev. e atual. – São Paulo: Dialética, 2012. p627

de uma hipótese de desvio de poder ou abuso de poder. Vale para tanto rememorar que a liberdade conferida ao administrador na atuação discricionária consiste em uma liberdade conforme os parâmetros dispostos pela lei.

Conforme aponta a doutrina clássica, o desvio de poder configura-se de duas formas: no excesso de poder e no desvio de finalidade.

O excesso de poder se apresenta quando o agente estatal atua além da esfera permitida pela previsão normativa, extrapolando os poderes que lhe são conferidos. O ato administrativo está assim em plena discordância com a previsão legal que lhe confere valia. Neste caso, o agente estatal não apresenta a competência para exarar o ato respectivo. Para melhor entendê-lo, cumpre transcrever a doutrina de Hely Lopes Meirelles:

> [...] O excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, portanto, sua competência e, com isso, invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite. O excesso de poder pode tornar o ato arbitrário, ilícito e nulo. É uma forma de abuso de poder que retira a legitimidade da conduta do administrador público, colocando-o na ilegalidade e até mesmo no crime de abuso de autoridade quando incide nas previsões legais da Lei 4.898, de 9.12.65, que visa a melhor preservar as liberdades individuais já asseguradas na Constituição (art. 5º).[15]

Contrapondo-se ao excesso de poder, mas ainda configurando abuso de poder, há o desvio de finalidade, que consiste na realização do ato administrativo em prol de finalidade

15 MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.* p114-115

diversa daquela prevista para o ato. O interesse público, abstratamente considerado, restou verificado, bem como detinha o agente estatal competência para exarar o ato. Não obstante, houve ilegalidade na medida em que a finalidade do ato não era a que a substancia. Explica-se: cada ato administrativo guarda intrínseco a si a realização de uma determinada finalidade. Não pode o administrador, visando a adimplir com uma específica finalidade, utilizar-se de ato que não seja àquele devidamente previsto para o respectivo fim, sob pena de incorrer em desvio de finalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello analisa o instituto do desvio de poder sobre outro prisma[16]. Para o autor, o desvio de poder se verifica mediante duas vertentes: quando o agente estatal atua com fulcro em uma finalidade alheia a qualquer interesse público ou quando o agente atua pautado em uma finalidade pública diversa daquela legalmente prevista para o ato.

Percebe-se assim que este publicista analisa o desvio de finalidade em si, vício que guarda maior periculosidade à Administração Pública que o excesso de poder, posto que de maior difícil constatação: para se comprovar um desvio de finalidade faz-se necessário imiscuir-se na análise da intenção do gestor público, perfilhando acerca de sua real vontade para com a realização do ato.

No que pertine à segunda modalidade citada pelo autor, cumpre transcrever suas palavras:

> Com efeito, cada ato expressivo de uma competência traz insculpido em si um destino correspondente àquela competência. Ora, cada

16 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Judicial. *Ob. cit.* p58-61

> competência só pode ser exercida para alvejar os fins em vista dos quais foi normativamente instituída; donde, os atos consectários de uma competência não podem ser expedidos senão para atender às finalidades a ela inerentes. Daí serem viciados de desvio de poder os comportamentos administrativos que miram dado objetivo público por meio de atos cujos escopos, à luz do direito positivo, sejam os de servir outros objetivos públicos, distintos dos que foram colimados.[17]

Permanecendo ainda na doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, há de se destacar a visão do autor de que, ao contrário do posicionamento por este apontado como majoritário, o vício atinente ao desvio de poder não tem natureza subjetiva, mas sim objetiva.[18]

Aduz que a constatação do desvio de poder prescinde da análise acerca do elemento subjetivo que conduz a atuação do agente estatal, porquanto seja tal vício constatável mediante a simples má utilização do ato administrativo frente à finalidade que alberga sua realização. Independe assim do real conhecimento do administrador acerca da ilegalidade do ato que comete, posto que mesmo que este acredite que tal ato apresente-se adequado àquela finalidade, ainda sim remanesce o vício em tela configurado.

De fato, as conclusões alçadas pelo renomado administrativista não se apresentam eivadas de qualquer equivocidade, pelo contrário, são de uma lucidez memorável. Não há como defender que a inocência do servidor ao exarar um ato ilegal possa ser apta a convalidá-lo. Não importa assim qual seja o intelecto que move a atuação do administrador. Sempre que a finalidade legal aposta ao ato não restar configurada, estará este eivado de ilegalidade.

17 *Ibidem.* p65
18 *Ibidem.* p73-75

Quaisquer das situações acima delineadas invariavelmente configurarão uma hipótese de ilegalidade apta a ser expurgada pelo Judiciário. O gestor público não pode utilizar-se da máquina pública para satisfazer seus interesses privados. Não há espaço na gestão pública para finalidades que não sejam direcionadas ao atendimento do interesse público.

Desta feita, inegável se apresenta que o Poder Judiciário pode imiscuir-se na análise do motivo e do objeto do ato, bem como da finalidade intrinsecamente visada pelo administrador, para coibir abusos e expurgar qualquer tentativa de locupletamento de indivíduos com o aparelho estatal. O que se veda ao magistrado é substituir a figura do administrador na valoração do mérito administrativo.

Destarte, verificada uma situação em que não haja desvio de poder, de modo que a atuação discricionária do administrador tenha sido pautada na mais lídima obediência aos parâmetros legais previstos para tanto, não há espaço para a interferência do Judiciário.

O papel do juiz – pede-se vênia para relatar o óbvio – consiste em realizar a atividade jurisdicional, e não em substituir o exercício da função executiva sempre que, em sua visão, a conduta do administrador não seja a mais adequada para o caso concreto.

Não pairando nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade na conduta do administrador, não cabe ao magistrado revê-la, sob pena de malferimento da separação dos poderes, esculpida no art. 2º de nossa Magna Carta. A função

administrativa[19], e junto à ela a discricionariedade, restou atribuída ao respectivo agente estatal competente por aplicar a norma, de modo que a valoração necessária ao cometimento do ato encontra-se restrita ao respectivo servidor.

Por mais que o magistrado não repute que a escolha perfilhada pelo agente público fosse a mais adequada diante do caso concreto, não lhe cabe exercer tal valoração. Estando a conduta inserida dentro dos parâmetros de legalidade e constitucionalidade, resta perfeita e acabada.

Exemplificando: suponha-se uma norma legal que preveja que somente teriam preferência na fila do transplante de órgãos indivíduos idosos ou acometidos de doença grave. Regulamentando esta disposição legal, a União dispõe que se considerará idoso o sujeito com idade igual ou superior a 60 anos, bem como faça uma lista das doenças consideradas graves. Não se afiguraria lídimo que um magistrado invadisse a esfera de competência do Executivo para conceder uma antecipação de tutela no sentido de incluir na lista preferencial indivíduo com 58 anos ou portador de doença não listada. Por mais que na visão daquele juiz indivíduos com mais de 55 anos fossem idosos, ou que aquela doença fosse grave, não lhe cabe exercer este juízo de valor.

19 Lembrando que o Poder Judiciário também exercer função administrativa, de forma atípica, a exemplo do processamento dos Precatórios e da administração interna do Poder; restando nestas hipóteses o mérito administrativo conferido ao respectivo magistrado encarregado da realização do ato discricionário. Nestas situações, não pode outro magistrado, exercendo função jurisdicional, valorar o mérito administrativo de ato discricionário cuja competência resta atribuída a outro juiz. Para efeitos didáticos, preferiu-se não misturar as atividades, restando acima atribuído ao magistrado a função jurisdicional e ao agente do Executivo a administrativa.

Além do que, assim agindo, o magistrado acaba por violar não só a separação de poderes, como o próprio princípio da isonomia, posto que vários indivíduos situados em situações idênticas ou semelhantes seriam preteridos em virtude de não terem recorrido ao Judiciário. Não se está aqui se utilizando da falaciosa tese de que o Judiciário não deve assegurar direitos a indivíduos quando outros que estejam em situação equivalente não tenham litigado, sob pena de lesão à isonomia. Evidente que o magistrado não pode aguardar que todos os sujeitos afetados pela norma adentrem em juízo para que só então lhes conceda o direito que fazem jus.

Não obstante, não pode o juiz desconsiderar que em determinadas situações, antes de o Executivo exerça seu poder discricionário, há um prévio exame por parte deste de toda uma pluralidade de situações fáticas e jurídicas que merecem ou não enquadramento na hipótese normativa. Destarte, a concessão por parte do magistrado, que analisa a situação sob um prisma específico e singular, de uma antecipação de tutela nos moldes da acima deferida acaba por incorrer em uma explícita lesão ao princípio da isonomia.

Acerca do conteúdo do princípio da isonomia e da sua correta aplicação, impossível não colecionar as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, autor de obra revolucionária acerca do tema:

> Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento

> racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.
>
> Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas pela Constituição.[20]

Percebe-se assim que a aplicação do princípio da isonomia deve estar intimamente relacionada com a permissibilidade de tal conduta diante do ordenamento constitucional, sob pena de, na tentativa de se salvaguardar um direito de um, ensejar-se uma injustiça para com outros.

Vale lembrar que o direito não consiste em uma ciência exata, em que o resultado existente para uma situação sempre será aferível de modo objetivo e certo, quase que como mediante uma equação algébrica. Longe disto. Há certos casos, conforme reiteradamente abordado quando da explanação acerca do desvio de poder, que o magistrado não pode permanecer inerte frente a qualquer bizarrice perfilhada pelo administrador sob o manto da legalidade, o que, todavia, não lhe confere o papel de juízo onipotente e supremo. Para tanto basta lembrar que o magistrado não foi eleito pela população, não exerce seu cargo em razão da direta vontade popular, não lhe sendo, portanto, permitido imiscuir-se em decisões eminentemente políticas.

20 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3 ed., 21ª tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p21-22

O tema será pormenorizadamente explanado no Capítulo subsequente, posto que intimamente relacionado a esta atuação do magistrado no controle dos atos administrativos discricionários está o princípio da proporcionalidade, utilizado muitas vezes como porta de entrada à aferição do mérito administrativo pelo Judiciário.

Retornando-se aos limites do poder discricionário, a doutrina aponta ainda como limite ao poder discricionário os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Vale lembrar que a grande maioria da doutrina pátria utiliza-se destes princípios sem distingui-los, como que se sinônimos fossem. Não obstante haja renomados autores que defendam esta posição, repita-se que aqui se adota a tese de que tais princípios não se confundem, pelas razões explanadas no Capítulo I, ao qual se remete.

A utilização da proporcionalidade como fundamento de controle do ato administrativo merece uma atenção maior, posto que além de ser o foco do presente estudo, guarda maiores nuances, merecendo assim abordagem em tópico separado.

Percebe-se assim que o Judiciário possui importante papel no controle da legitimidade da atuação estatal, expurgando atos ilegítimos e imorais sempre que os verificar. Não obstante, desta importante função pode, às vezes, emergir alguns abusos, em que o Judiciário acaba por inverter a ordem e, na busca de corrigir uma ilegalidade, acaba por cometer outra. Muitos destes abusos são cometidos sob o pálio da observância da proporcionalidade, consoante restará abordado no tópico que se segue.

3. DO CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO COM FULCRO NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.1 POSSIBILIDADE DE CONTROLE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

Consoante acima explicitado, o mérito administrativo não pode ser visto como um salvo-conduto para que o administrador possa atuar como bem lhe entender. Não se trata, e repita-se aqui a exaustão, de um poder supremo e intangível.

Nesta linha, não há como acatar a simples proposição de que ao Judiciário não se apresenta legítimo interferir no mérito administrativo, sob pena de malferimento à separação dos poderes. O princípio da separação dos poderes não pode servir de fundamento para condutas deletérias perfilhadas sob a pretensa justificativa de se enquadrarem no âmbito da conveniência e da oportunidade conferida ao administrador.

Conclui-se assim que o mérito administrativo não restou conferido ao administrador para que este possa cometer qualquer teratologia às custas do poder público, sem que haja controle por parte do Judiciário. Assim se apresenta a doutrina da professora Germana de Oliveira Moraes:

> [...] A invocação mecânica e irrefletida da orientação jurisprudencial, segundo a qual descabe ao Poder Judiciário invadir o mérito – vocábulo de sentido equívoco que tem servido de "palavra mágica" para deter o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração, excluirá da apreciação judicial uma série de situações em que ele seria possível. O juiz deve procurar dissociar o mérito do ato administrativo da discricionariedade, bem como discerni-la das hipóteses da valoração dos

> conceitos indeterminados de prognose, para o fim de identificar com segurança, em cada caso, onde se inicia e onde termina a autonomia ou margem de livre decisão da Administração Pública.[21]

Nesta linha, não deve o magistrado permanecer inerte frente a qualquer conduta administrativa que seja pautada no mérito administrativo. Pelo contrário, insurge que haja sempre uma análise minuciosa acerca dos reais motivos que levaram o administrador a escolher determinada medida.

Urge atentar que o desvio de poder não se apresenta evidente. O gestor público, quando pretende utilizar indevidamente do poder que lhe é conferido pela ordem legal, o faz de forma camuflada, à surdina, tentando sempre encobrir o interesse vil que lhe move. Impossibilitar, de forma abstrata e absoluta, que o Poder Judiciário analise o mérito administrativo seria quase que legitimar a corrupção.

Não nos parece, portanto, mais coerente defender que o motivo e o objeto dos atos discricionários são absolutamente insindicáveis pelo Judiciário, que supostamente deveria ater-se ao exame único da legalidade dos elementos vinculados do ato administrativo. Ousamos, desta feita, discordar dos ensinamentos de Miguel Seabra Fagundes, para quem tais elementos eram intocáveis:

> Noutros casos, a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que se respeita ao motivo, essa discrição se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discrição está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender. Nestes

21 MORAES, Germana de Oliveira. *Ob. cit.* p162

> casos, a competência é livre ou discricionária. A Propósito de tais atos, não é possível cogitar de nulidade relacionada com o motivo, com o objeto ou com ambos, conforme a respeito de qualquer um desses requisitos, ou dos dois, possa deliberar livremente a Administração. No mais, entretanto, ou seja, quanto à manifestação da vontade (falta de competência para agir e defeito pessoal na vontade do agente), finalidade e forma, o ato discricionário incide nos mesmo casos de invalidez dos atos vinculados.[22]

Nesta ótica, não só pode como deve o magistrado analisar o motivo e o objeto dos atos discricionários. O que não se confunde com a possibilidade de o juiz substituir a figura do administrador e valorar o mérito administrativo em si.

Explica-se: o exercício do controle jurisdicional acerca do mérito administrativo restringe-se em analisar a inexistência de vícios que lhe prejudiquem a legitimidade. Tal controle não confere ao magistrado a posição de "senhor da razão". Não pode o juiz expurgar determinado ato por entender que este não se afigura o "mais conveniente", ou que o caminho escolhido pelo administrador não se apresenta como o "mais correto".

Não cabe ao Judiciário exercer a função que é conferida ao Executivo. O controle da legitimidade da discrição não significa o poder de exercê-la. Consoante é de notório conhecimento, ao administrador cabe a valoração do mérito administrativo, e não ao magistrado.

Um dos motivos que levam o legislador a positivar uma hipótese de discricionariedade consiste na possibilidade de,

22 FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. – Rio de Janeiro: Forense, 2006, p91-93

diante do caso concreto, emergirem várias medidas, impossíveis de serem previstas de forma abstrata, cabendo assim ao agente público optar por aquela que lhe melhor se apresenta idônea ao fim público. Tal valoração, repita-se, cabe ao administrador.

Diante de uma escolha plausível e legítima, não eivada dos vícios acima apontados, não cabe ao magistrado exercer qualquer interferência sobre o ato. A escolha cabe ao administrador, que efetivamente detém o conhecimento necessário para efetivar tal valoração.

Aqui reside a maior problemática do assunto em tela: muitas vezes os magistrados, na pretensa sede de se fazer justiça, utilizam-se deste poder de controle que lhes é atribuído para valorar os atos administrativos perfilhados pelo agente estatal.

Sobressai aqui, então, a análise do princípio da proporcionalidade como fundamento de controle do ato administrativo, posto que se enquadra nas duas vertentes: tanto serve para que o magistrado exerça um controle ideal da legitimidade da atuação estatal, como acaba, muitas vezes, por servir de fundamento para uma indevida interferência entre poderes.

3.2 VIOLAÇÃO À PROPORCIONALIDADE COMO VÍCIO DE LEGALIDADE OU DE CONSTITUCIONALIDADE

A primeira fonte de discussão acerca da utilização da proporcionalidade como fundamento de controle do ato administrativo consiste em enquadrar a respectiva violação como sendo um vício de legalidade ou de constitucionalidade.

A doutrina administrativista tende a enquadrar a hipótese como sendo um vício de legalidade, de modo que a conduta desproporcional ensejaria um ato ilegal, haja vista que violaria a finalidade do ato administrativo.

Não nos parece que seja esta a melhor solução. O princípio da proporcionalidade tem sede constitucional, enquadrando-se como um princípio implícito inerente ao nosso ordenamento, cujo fundamento consiste, segundo a doutrina majoritária, o devido processo legal, em sua acepção substancial.

Tendo em vista que não mais se admite ter as normas constitucionais como sendo normas impositivas de deveres a serem concretizados via regulamentação pelo legislador infraconstitucional, não há porque se esquivar de uma aplicação direta do princípio constitucional ao caso concreto. Não há razões para se utilizar de malabarismos interpretativos com fito a enquadrar possíveis lesões à Magna Carta em dispositivos infraconstitucionais para, só então, submetê-las ao controle jurisdicional.

Vale lembrar que atualmente se apresenta inegável a força normativa da Constituição, e juntamente com esta de seus princípios, de modo que uma conduta que se apresenta violadora direta de um preceito constitucional não mais imprescinde de um preceito legal para que seja combatida.

Cumpre repisar que o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos não mais se restringe a um controle de legalidade. Todo e qualquer ato, administrativo ou não, deve guardar consonância com o ordenamento jurídico como um todo, inclusive com os princípios previstos, de forma

expressa ou não, em nossa ordem constitucional. Desta feita, consoante pondera a professora Germana de Moraes, o controle de legalidade restou substituído por um controle de juridicidade, em que se observará a adequação da medida para com todo o ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional. Oportuno se faz transcrever suas palavras:

> O controle jurisdicional da Administração Pública pelo Poder Judiciário não se encontra mais espartilhado pelo critério necessário, porém insuficiente do controle de legalidade, transmudado que foi em controle de juridicidade, o qual se concretiza através da análise da compatibilidade do conteúdo dos atos administrativos com os princípios gerais do Direito, inseridos expressamente na Constituição ou dedutíveis de seu espírito.[23]

Ainda no plano doutrinário, repousa nas palavras do professor Dimas Macedo ensinamentos que merecem transcrição:

> A legalidade administrativa restrita, que serviu outrora de suporte a uma fase de maturação do Estado de Direito, é bem possível que não se preste mais a remarcar os novos sentidos da Justiça. Urge, portanto, que se possa pensar as ações e o modo de agir do poder do Estado como vinculados ao imperativo da celeridade e a princípios constitucionais que se tornaram hoje relevantes.[24]

Desta feita, tendo em vista que há uma violação direta a um princípio constitucional, não há motivos para se buscar algum fundamento legal para embasar o combate ao ato administrativo. O ato apresenta-se, portanto, inconstitucional, por violar o princípio da proporcionalidade. Não obstante, verificando-se que

23 MORAES, Germana de Oliveira. *Ob. cit.* p137

24 MACEDO, Dimas. Ensaios de Teoria do Direito. 4 ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2010, p29

o ato administrativo também enseja violações no plano legal, não há resistência em apontá-las. A inconstitucionalidade de um ato não digere a ilegalidade que também paire sobre este. O que aqui se pontua é que a lesão ao princípio da proporcionalidade enseja uma inconstitucionalidade. A existência de outros vícios, de plano infraconstitucional, não se confunde com a premissa delineada.

3.3 Da Essência do Controle com fulcro no Princípio da Proporcionalidade

Acerca da importância do princípio da proporcionalidade para nosso ordenamento constitucional, pede-se vênia para apresentar transcrição um pouco extensa, todavia imprescindível, da doutrina de Paulo Bonavides:

> O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como "norma jurídica global", flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.
>
> Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado do direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da

> liberdade dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.[25]

Ultrapassada esta abordagem inicial doutrinária acerca de sua importância, insta destacar que o princípio da proporcionalidade subdivide-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para que determinada medida seja designada proporcional deve obrigatoriamente satisfazer todos os três elementos citados: deve ser idônea a fomentar o fim almejado pela norma; deve ser a de menor gravidade possível; e, por fim, há que se ter coerência entre os prejuízos que dela advém com os benefícios que dela resultam.

Interessante explanação acerca dos três subprincípios restou perfilhada por Celso Antônio Bandeira de Mello, utilizando-se para tanto da doutrina do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho:

> [...] Costuma-se decompor o princípio da proporcionalidade em três elementos a serem observados nos casos concretos: a *adequação,* a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito.* Conforme expressões de Canotilho, a adequação "impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes"; o princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica a ideia de que "o cidadão tem direito à menor desvantagem possível" e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito é "entendido como princípio da justa medida. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não

25 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p436

> desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim".[26]

Toda e qualquer medida que assim não se apresente deve ser, de imediato, expurgada, posto que paira sobre esta um patente vício de inconstitucionalidade.

Pois bem. Fazendo uso deste importantíssimo princípio de nossa ordem constitucional, o Poder Judiciário começou – e agora é cada vez mais frequente – a exercer um controle sobre todo e qualquer ato exarado pelo Executivo, seja ele vinculado ou discricionário.

Para tanto, o magistrado exerce um juízo acerca da caracterização ou não da lesão à proporcionalidade. Ocorre que a aferição acerca da desproporcionalidade de uma medida demanda do magistrado uma inevitável carga subjetiva de valoração, que muitas vezes pode acabar por permitir que este faça as vezes de administrador.

Para que se evitem excessos, deve o magistrado seguir rigorosamente a linha traçada pela doutrina ao conceituar o princípio da proporcionalidade. Deve o juiz aferir, de forma objetiva, se a medida escolhida pelo administrador é apta a adimplir com o fim visado para tal ato, se esta é a menos onerosa possível e se suas consequências positivas superam as negativas.

O magistrado realizará, destarte, um inevitável juízo de ponderação acerca da medida perfilhada pelo administrador e suas consequências com o interesse público envolvido, analisando

26 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p114

o conteúdo propriamente dito do mérito administrativo para observar se sobre este não paira nenhum vício que o macule de ilegitimidade.

Esta aludida ponderação tem por objetivo controlar o exercício do poder discricionário, atentando se o administrador não destoou da margem de liberdade que lhe restou conferida, ultrapassando assim os limites do mérito administrativo. Verificar-se-á assim se a medida apresenta-se desproporcional, podendo inclusive ser esta assim maculada em virtude de mostrar-se excessivamente onerosa – proibição do excesso – ou mesmo inadequada, insuficiente à consecução do fim almejado – proibição de proteção insuficiente.

Conforme aduz Willis Santiago Guerra Filho, *"a importância do emprego da proporcionalidade será tanto maior, na medida da margem de discricionariedade deixada pelo legislador para a avaliação das autoridades administrativas"*[27].

Não obstante, deve sempre o magistrado ser guiado por um especial cuidado nesta análise, posto que a margem de liberdade acima delineada restou conferida ao administrador, e não a ele, de modo que qualquer medida que se mostre regularmente inserida na circunscrição do mérito administrativo estará imune à correção por parte do Judiciário.

Ressalte-se que não se está aqui a defender que o magistrado somente poderia intervir em casos de flagrante inadequação, desnecessidade ou desproporcionalidade estrita, mas sim em casos de vícios concretos e reais, aferíveis de modo objetivo e devidamente demonstrados na fundamentação da decisão.

27 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. 2 ed. – São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002, p86-87

Assim, quando um magistrado anula determinado ato administrativo por julgá-lo desproporcional, deve demonstrar de forma fundamentada onde reside o vício, e não o apontar genericamente, sob pena de unicamente importar a violação constitucional para o seio do Judiciário.

Deve, portanto, traçar uma linha argumentativa que demonstre efetivamente a existência do vício. E este vício deve ser real. Não pode o magistrado pretender afastar determinada medida por não concordar com a visão do administrador. Caso a medida não seja desproporcional, por mais que não seja aquela, na visão do magistrado, a mais "adequada" ao caso, deve ela permanecer válida e eficaz, sob pena de malferimento à separação dos poderes.

Vale lembrar que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado para combater condutas ilegítimas perfilhadas pelos administradores, e não para que sejam estes substituídos pelos magistrados.

Neste ponto, reside a essência da separação dos poderes. O Constituinte, ao traçar quais são as funções precípuas ao Executivo e ao Judiciário, obviamente não almejou alçar este último Poder a um nível de superioridade frente aquele. Estão estes em um plano de igualdade, de modo que somente pode o Judiciário interferir na atuação do Executivo quando esta se apresentar ilegal ou inconstitucional.

Uma conduta discricionária perfilhada pelo Executivo dentro da margem de liberdade que lhe é conferida não pode ser expurgada pelo Judiciário, posto que a este não cabe rever as decisões políticas exaradas pelo Executivo quando sobre estas

não pairem os vícios supracitados. Falta aqui legitimidade ao Judiciário para conduzir a atuação estatal, porquanto não sejam os membros deste Poder investidos pela escolha popular.

Permissa venia a vulgaridade da expressão, mas ao Judiciário cabe julgar.

Conforme atesta José Afonso da Silva, quanto ao Executivo, *"pode-se dizer, de um modo geral, que se trata de órgão constitucional (supremo) que tem por função a prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração"*[28]; enquanto que *"os órgão do Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isso é o que se chama de função jurisdicional ou simplesmente jurisdição(...)"*[29].

Tendo em vista que ao Judiciário cabe, em linhas gerais, solucionar conflitos e afastar ilegalidades, aplicando o direito, optou-se pela investidura de seus membros pela via meritocrática do concurso público. Já ao Executivo restou designada uma função eminentemente política. Tendo em conta esta função política, cabendo ao Chefe do Executivo dirigir a máquina administrativa, restaram seus membros investidos pela forma do sufrágio, de modo a que Chefia de um ente federado restou conferida ao indivíduo escolhido pela população deste.

Conclui-se assim que o magistrado não detém a legitimidade para valorar as decisões políticas perfilhadas pelo administrador, substituindo a vontade deste pela sua. O que não implica dizer que não possui competência para afastar todo e qualquer ato exarado por membros de qualquer dos Poderes que

28 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32 ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p542

29 *Ibidem.* p553

sejam eivados de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, posto ser esta a sua função primordial: a jurisdicional.

O que se está aqui a defender é que o princípio da proporcionalidade não pode ser utilizado como uma espécie de fundamento para a interferência do Judiciário no mérito administrativo. Trata-se de um importante instrumento de combate aos interesses vis que muitas vezes movem os administradores, não podendo ser corrompido a uma falaciosa norma que tem por objetivo legitimar a indevida interferência do Judiciário no mérito administrativo.

Outro ponto que deve pautar a análise do magistrado acerca da proporcionalidade da medida adotada pelo administrador consiste em analisar o ato impugnado sobre um cenário mais amplo do que aquele apresentado no caso concreto.

Há de se atentar que o exercício da função administrativa não se opera com o casuísmo que marca, via de regra, a atuação jurisdicional. O gestor público quando atua não pode centrar sua atenção a uma hipótese específica e concreta. Deve pautar-se sempre nas consequências genéricas que determinado ato pode ocasionar, bem como nas circunstâncias extrínsecas que o envolvem.

Não há como negar que o administrador encontra-se em uma melhor posição para julgar qual ato mostra-se mais conveniente para o interesse público, porquanto detenha, teoricamente, uma visão genérica de todo o contexto que envolve o ato, algo que fatalmente não possuirá o magistrado, posto que este não lida diariamente com o exercício da administração pública, bem como não possui todo um aparato administrativo voltado a auxiliá-lo nesta função.

Desta feita, detém o administrador o conhecimento das áreas que necessitam com mais urgência de uma atuação estatal, bem como quais são as condições orçamentárias para tanto, haja vista a escassa condição financeira de muitos dos entes federados.

A interferência do magistrado nessa área de políticas públicas, pautada muitas vezes em uma análise singular de um caso concreto, pode desorganizar todo um planejamento estatal voltado para a real situação do ente federado como um todo.

Um exemplo concreto e real consiste na construção e reforma de presídios. Quando um magistrado de determinada comarca exara uma decisão compelindo o Estado a construir ou reformar um Presídio em um determinado Município, há inegavelmente uma invasão no âmbito do mérito administrativo, posto que ao administrador cabe julgar quais as áreas que merecem uma mais rápida atuação estatal frente à patente necessidade que demonstram. Decisões como esta acabam por prejudicar o exercício da função administrativa, posto que recursos que deveriam ser dirigidos à consecução de uma determinada finalidade mais urgente deverão ser transferidos para outro, renegada inicialmente a segundo plano na visão do administrador, em virtude de uma decisão proferida por um juiz que, repita-se, não detém o conhecimento da situação genérica de todos os municípios.

Seguindo esta linha, importante julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça sistematiza este entendimento, merecendo transcrição parcial de sua ementa pela preciosidade das suas palavras:

> (...) 6. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente,

> seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infindáveis necessidades de todos os cidadãos.
>
> 7. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros. (...).[30]

Não obstante, o magistrado também não pode tornar-se escravo desta sua condição de espectador singular, sob pena de ratificar, sempre que instado a se manifestar, uma ilegítima omissão estatal. A simples afirmação da carência de recursos orçamentários, cumulada com um suposto planejamento de atuação estatal, não pode servir para que o administrador esquive-se sempre de adimplir com sua função.

De imensa valia apresenta-se aqui a análise do princípio da proporcionalidade, haja vista emergir deste a vedação à proteção insuficiente. Assim como o excesso cometido por determinado ato administrativo mostra-se inconstitucional, também o é a insuficiência da atuação estatal, quando resta o Estado compelido a agir.

Nesta linha, Gilmar Ferreira Mendes, utilizando-se da doutrina de Bernhard Schlink, aponta:

30 STJ - RMS 28962 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 03/09/2009

> [...] Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proteção do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que "a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque 'ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz', nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional, em sentido estrito (*unverhältnismässig im engeren Sinn*)".[31]

Deve, portanto, o magistrado exigir do administrador a demonstração concreta e real da existência de uma situação que, momentaneamente, impeça a Administração de atuar em um caso concreto. Não pode se contentar com simples explicações e apontamentos esparsos, pautados na reserva do possível, com fito a afastar o controle jurisdicional daquela omissão inconstitucional.

Destarte, determinada medida, ou mesmo uma omissão, pode ser julgada desproporcional, quando analisada sobre o prisma de um cenário genérico, por infringir a vedação à proteção insuficiente. Para tanto, deve o magistrado lastrear sua decisão de uma fundamentação que demonstre que efetivamente houve a omissão estatal e que o Estado não logrou êxito em afastar a ilegitimidade desta omissão. Há, portanto, de se demonstrar que efetivamente restou caracterizada a Proteção Insuficiente.

Percebe-se assim que no controle do ato administrativo, com alicerce no princípio da proporcionalidade, além da importância de se analisar a observância dos três elementos deste – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –,

31 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martirês e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.* p412

de imensurável valor é a análise da medida pelo magistrado sobre o prisma das duas vertentes do princípio da proporcionalidade: Proibição do Excesso e Proteção Insuficiente.

Concluídas estas premissas acerca da essência do princípio da proporcionalidade no controle jurisdicional do ato administrativo, até então com notável foco no ato discricionário, cabe debruçar-se na análise do controle, exercido com fundamento no princípio da proporcionalidade, do ato vinculado.

3.4 Da Importância do Controle Jurisdicional exercido com fulcro no Princípio da Proporcionalidade

Consoante já exaustivamente defendido, o mérito administrativo não pode ser elevado ao nível de um poder supremo conferido ao administrador para que possa utilizar-se da administração ao seu bel prazer. O motivo e o objeto dos atos administrativos vinculados não podem ser tidos como intangíveis pelo Judiciário, sob pena de praticamente incentivar o cometimento de ilegítimas condutas por parte dos gestores públicos.

Nesta linha, deve o magistrado estar sempre atento quanto à observância pelo Executivo dos limites de sua discricionariedade, sobressaindo aqui o princípio da proporcionalidade neste controle. O princípio da proporcionalidade serve assim para exercer um legítimo controle acerca do conteúdo do mérito administrativo, expurgando do ordenamento condutas desproporcionais e atentatórias à lídima justiça.

Não obstante, sua utilização no controle deve ser perfilhada com a cautela acima explanada, sob pena de o

magistrado importar para si o cometimento da lesão à ordem constitucional.

Nesta linha, conforme aduz a ilustre autora Germana de Moraes, sempre persistirá em desfavor do magistrado uma área do ato discricionário não passível de incursão, que consiste justamente na essência do mérito administrativo, decisão conferida com exclusividade pela nossa ordem jurídica ao juízo legítimo do administrador. Eis suas palavras:

> Todavia, essa possibilidade de incursão no âmago do ato administrativo não importa controlabilidade plena, porque restará, em cada caso, uma fronteira intransponível pelo juiz, não obstante a largueza dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.[32]

Destarte, não pode o princípio da proporcionalidade ser utilizado para que o magistrado substitua a figura do administrador, mas sim para que exerça um controle sobre as deletérias condutas deste, afastando todo e qualquer ato eivado de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, posto ser este o real papel do Judiciário no ordenamento brasileiro.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que o controle jurisdicional dos atos administrativos com fundamento no princípio da proporcionalidade consiste, atualmente, em uma ferramenta de imensurável valia conferida ao Poder Judiciário para que possa controlar a legitimidade da atuação dos administradores públicos.

No atual panorama da evolução jurisdicional, não mais se afigura cabível entender que o magistrado deve permanecer

32 MORAES, Germana de Oliveira. *Ob. cit.,* p148

inerte frente a qualquer atuação administrativa calcada na discricionariedade do gestor público.

O mérito administrativo não pode mais ser concebido como uma matéria insindicável ao Judiciário. Posicionamento neste sentido acaba por legitimar condutas deletérias, movidas por interesses vis de gestores públicos, sob o manto da discricionariedade.

O motivo e o objeto do ato discricionário, assim como os demais elementos deste, encontram-se, portanto, submetidos ao controle por parte do Poder Judiciário, todavia este controle não apresenta os mesmos limites e consequências daquele exercido sobre as matérias vinculadas.

Cabe ao Poder Judiciário exercer um controle sobre a discricionariedade, o que não se confunde com o poder de exercê-la, substituindo assim a figura do administrador. Compete, portanto, ao magistrado atentar para o cumprimento do interesse público por parte do administrador público, observando se este não destoou dos poderes que lhe restaram conferidos pelo ordenamento legal.

Para tanto, conquanto seja imprescindível o exercício por parte do Judiciário do controle de legalidade, este não se mostra suficiente para, sozinho, afastar a imensa gama de possíveis desvios que possam ser cometidos por agentes públicos mal intencionados. Sobressai então a necessidade de se realizar o que restou denominado pela doutrina pátria[33] de controle de juridicidade, analisando o ato administrativo sobre o prisma do ordenamento jurídico como um todo, o que inclui as normas constitucionais, expressas ou implícitas.

33 *Vide* MORAES, Germana de Oliveira. *Ob. cit.* p137

Neste ponto, releva-se o papel do princípio da proporcionalidade, que se tornou um importante instrumento de controle de constitucionalidade não só das leis em sentido material, como dos próprios atos administrativos, sejam eles vinculados ou não.

Por meio do princípio da proporcionalidade, o magistrado pode exercer um controle acerca da valoração feita pelo administrador da conveniência e da oportunidade do ato discricionário. Trata-se do exame de constitucionalidade do mérito administrativo.

Ao gestor público não se afigura permitido perfilhar toda e qualquer conduta, amparada no conceito do mérito administrativo e na observância dos requisitos formais para a expedição do ato, sem para tanto observar os preceitos constitucionais.

Cai por terra, portanto, o mito de que o motivo e o objeto dos atos discricionários consistem em matérias insuscetíveis de controle por parte do Judiciário, posto que de competência restrita ao Executivo.

Não só pode, como deve o magistrado exercer o controle sobre o mérito administrativo, atentando para a observância dos limites deste por parte do administrador público. Ressalte-se ainda que o Judiciário não pode ser contido neste exame. Vale lembrar que as condutas eivadas de interesses ilegítimos são, via de regra, muito bem camufladas pelos administradores corruptos, não podendo o magistrado permanecer omisso frente a qualquer atrocidade cometida sob o pálio da discricionariedade.

Não obstante, o juiz deve sempre guardar uma especial cautela na análise supra citada, posto que o exame

da proporcionalidade do ato administrativo não pode resultar na substituição da vontade do administrador pela vontade do magistrado.

Conquanto não seja livre de controle jurisdicional, o mérito administrativo permanece adstrito ao administrador, não cabendo ao magistrado invadi-lo e substituir uma legítima valoração perfilhada pelo gestor público pela sua.

Reitere-se neste ponto que a discricionariedade significa uma margem de liberdade conferida única e exclusivamente ao administrador. Ao Judiciário cabe analisar se esta margem não restou ultrapassada ou se o gestor público encontra-se movido por interesses não condizentes com o interesse público que justifica o ato. Neste ponto, sobressai a importância do princípio da proporcionalidade.

Perceba-se assim que uma conduta perfilhada pelo administrador dentro da margem de liberdade que lhe é conferida não pode ser anulada pelo magistrado, posto que a este não cabe valorar propriamente o mérito administrativo, mas sim exercer um controle sobre a valoração exercida pelo administrador, atentando para a observância por este dos limites que condicionam sua atuação, dentre os quais se destaca a observância dos preceitos constitucionais, sejam estes expressos no texto da Magna Carta, sejam implicitamente decorrentes da ordem constitucional posta.

O princípio da proporcionalidade, portanto, deve ser utilizado como um importante instrumento de controle do exercício do poder discricionário pelo administrador, e não como uma pretensa justificativa para que o Poder Judiciário invada a esfera de competência conferida exclusivamente ao Executivo

e valore o mérito administrativo, fazendo-se substituir pelo administrador. Ao magistrado não é conferida nem competência, nem legitimidade para tanto.

Neste diapasão, deve o juiz estar sempre atento aos limites do controle a ser exercido, para que não enseje nenhuma indevida interferência entre poderes, de modo que sempre que afastar determinada medida administrativa com fulcro na violação ao princípio da proporcionalidade deve o fazer de forma fundamentada, apresentando parâmetros objetivos para demonstrar que restou violada a ordem constitucional, sob pena de unicamente invocar para si o cometimento da lesão ao ordenamento jurídico.

Destarte, urge que o magistrado, ao exercer o controle sobre o prisma da proporcionalidade, faça uma reflexão sobre o contexto no qual se encontra inserido o ato invocado, de modo a que sua decisão não seja fruto de uma análise casuística e singularmente determinada. Quer-se dizer aqui que o magistrado não pode "valorar" uma decisão discricionária do administrador analisando somente a questão sob o prisma do caso singular que lhe restou apresentado, ao afastar uma conduta com fito na observância do princípio da proporcionalidade.

Vale lembrar que o administrador, via de regra, atua com vistas à generalidade, de modo que um controle jurisdicional calcado em uma análise singularmente impensada pode desnaturar todo um planejamento estatal. Nesta toada, uma decisão discricionária que analisada sobre o prisma individual de um caso concreto possa aparentar ser desproporcional, por exemplo por ensejar uma proteção insuficiente ou mesmo um suposto excesso, não assim se demonstra quando contextualizada na situação em que está inserida.

Perceba-se, portanto, que medidas administrativas que não estejam destoando da margem de liberdade conferida ao administrador, a título de discricionariedade, não podem ser afastadas pelo Judiciário, porquanto caiba ao Executivo dirigir a máquina administrativa, perfilhando as decisões políticas necessárias para tanto.

Conclui-se, assim, que o princípio da proporcionalidade consiste em um instrumento de imensurável importância para o controle jurisdicional dos atos administrativos, principalmente para os discricionários, evitando que estes se convertam em medidas de favorecimento pessoal e perseguição política pelos gestores que se encontram no poder. Com vistas ao ideal cumprimento desta função, não se pode acatar o princípio em tela seja corrompido a uma ferramenta de legitimação à invasão do Judiciário sobre competência exclusiva dos outros poderes, sob pena de não só desmoralizar a essência do postulado em tela, como de inverter toda a ordem de valores posta em nosso sistema jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** 14 ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13 ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2003

CARVALHO FILHO, José dos Santos. M**anual de Direito Administrativo.** 23 ed. rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo.** 10 ed., rev. e atual. – São Paulo: Dialética, 2012

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012

FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.** 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. – Rio de Janeiro: Forense, 2006

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição.** 2 ed. – São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002

MACEDO, Dimas. **Ensaios de Teoria do Direito.** 4 ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2010

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 37 ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013

_____. **Discricionariedade e o Controle Jurisdicional.** 2 ed., 11ª tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2012

_____. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3 ed., 21ª tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2012

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martirês e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública.** 2 ed. – São Paulo: Dialética, 2004

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32 ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009

SILVA, Virgílio Afonso da. **Diretos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia.** 2 ed. 2 tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2011

_____. **"O Proporcional e o Razoável".** Revista dos Tribunais 798/27: 23-50, São Paulo, 2002

CEJUR

Centro de Estudos Jurídicos
da Procuradoria-Geral do Estado do Acre

PGE

PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO ACRE