



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 11 – Número 39 – julho/dezembro 2012

ISSN 1676-4781

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil

Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
Roberto Monteiro Gurgel Santos

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União
Ivana Auxiliadora Mendonça Santos

Câmara Editorial do Boletim Científico

Ministério Público Federal

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (Coordenadora)
Procuradora Regional da República

Marcello Paranhos de Oliveira Miller
Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

Helder Santos Amorim
Procurador do Trabalho

José Claudio Monteiro de Brito Filho
Procurador Regional do Trabalho aposentado

Ministério Público Militar

Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Subprocurador-Geral de Justiça Militar

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub
Procuradora de Justiça



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 11 – Número 39 – julho/dezembro 2012
Brasília-DF



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2ª andar
70200-640 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185
Home page: <www.escola.mpu.mp.br>
E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>
Hot site: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br>

© *Copyright* 2012. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Atividades Acadêmicas

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Supervisão de Projetos Editoriais

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Preparação de originais e revisão de provas

Lara Litvin Villas Bôas

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato

Diagramação

Rossele Silveira Curado

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268
CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112
E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 3.500 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 11, n. 39, jul./dez.,2012
Semestral
ISSN 1676-4781
1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Editorial

Prezados(as) leitores(as),

Apresentamos o Boletim Científico da ESMPU n. 39 com trabalhos variados que abordam temas de Processo Civil, com ênfase no processo coletivo e na natureza da intervenção do Ministério Público nas ações civis de caráter singular, além de temas relacionados ao Direito do Trabalho, ao Direito Administrativo e, ainda, ao Direito Constitucional e ao Direito Tributário.

O processo coletivo e o ônus da prova são o assunto do artigo de Carlos Frederico dos Santos, que trata também de eventual necessidade de reformulação legislativa do tema.

Na sequência, Clésio Ibiapina Tapety trata da natureza jurídica da intervenção do Ministério Público em ações civis, em razão da qualidade da parte, e aborda o papel da instituição como fiscal da lei, sua atuação em defesa do direito da parte vulnerável e sua capacidade recursal.

A repercussão geral, como condição de admissibilidade do recurso extraordinário, suas semelhanças e diferenças com a antiga arguição de relevância e o trâmite no Supremo Tribunal Federal são os temas de Valdeleuse Marnie da Silva Rodrigues.

Débora Tiemi Scottini trata do atualíssimo tema relativos aos aspectos jurídicos do trabalho a distância, especialmente aqueles relacionados à área da educação, na modalidade de ensino a distância.

As organizações sociais, marco legal, forma de atuação, execução de contratos, fiscalização e controle são o objeto do artigo de Renata da Silva Rodrigues.

Nos temas dedicados ao Direito Tributário temos artigos sobre a aplicação das normas do Código de Processo Civil às execuções fiscais e sobre o tratamento da extrafiscalidade na Constituição brasileira, estudos realizados por Victor Barbosa Dutra e por Sophia Nóbrega Câmara Lima.

No âmbito do Direito Constitucional, Jaciely Favoretti aborda o conteúdo semântico do *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece a igualdade como fundamento dos direitos individuais e sociais em nosso ordenamento político-jurídico e alinha as diretrizes de concretização de tais direitos não somente no âmbito de reconhecimento, mas também no da redistribuição.

Por fim, Alaíde Sampaio Costa apresenta artigo sobre o controle de constitucionalidade dos decretos autônomos analisando a forma de interpretar do Supremo Tribunal Federal.

Boa leitura!

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN
Procuradora Regional da República
Coordenadora da Câmara Editorial do Boletim Científico

Sumário

Direito Processual Civil

O processo coletivo e o ônus da prova - Projeto de Lei n. 5.139/2009
Carlos Frederico Santos 11

A natureza jurídica da intervenção do Ministério Público no
processo civil em razão da qualidade da parte
Clésio Ibiapina Tápety 25

Repercussão geral no recurso extraordinário
Valdeleuse Marnie da Silva Rodrigues 45

Direito do Trabalho e Direito Administrativo

Aspectos trabalhistas na educação a distância
Débora Tiemi Scottini 81

O público não estatal: as organizações sociais
Renata da Silva Rodrigues 141

Direito Tributário e Direito Constitucional

A Lei n. 11.382/2006 e o efeito suspensivo dos embargos à
execução fiscal: aplicam-se ou não as novas disposições do CPC
à execução fiscal?
Victor Barbosa Dutra 179

A extrafiscalidade à luz do sistema constitucional brasileiro
Sophia Nóbrega Câmara Lima 215

O controle de constitucionalidade dos decretos autônomos
Alaíde Sampaio Costa 237

A igualdade para todos
Jaciely Favoretti 281

Direito Processual Civil

O processo coletivo e o ônus da prova

Projeto de Lei n. 5.139/2009

Carlos Frederico Santos

Procurador Regional da República

Resumo: O presente artigo descreve a necessidade da elaboração de uma nova disciplina para os processos coletivos e demonstra as expectativas e frustrações a partir da tramitação do Projeto de Lei n. 5.139/2009, abordando o significativo avanço de seu conteúdo, especialmente quanto à adoção do ônus dinâmico da prova.

Palavras-chave: Coletivos. Processo. Projeto. Lei. Ônus. Prova. Dinâmico.

Abstract: This article discusses the necessity of developing a new regulation to the collective procedures and demonstrates the expectations and frustrations from the conduct of Bill n. 5.139/2009, addressing the significant progress of its contents, especially the adoption of the dynamic burden of proof.

Keywords: Collective. Diffuse. Procedure. Bill. Burden. Proof. Dynamic. Proceeding.

Sumário: 1 Introdução. 2 A necessidade de uma nova disciplina para os processos coletivos. 3 O Projeto de Lei n. 5.139/2009, sua tramitação e rejeição. 4 O ônus da prova. 5 A dinamização do ônus da prova. 6 Conclusão.

1 Introdução

O cotidiano dos tribunais mostra as dificuldades enfrentadas pelos operadores do Direito quanto à efetiva prestação jurisdicional nos processos que têm por objeto direitos difusos e coletivos, seja no âmbito cautelar, seja no campo das decisões definitivas.

A legislação atual, e em especial a que regula a ação civil pública, demonstra-se cada vez mais incapaz de atender com normativos apropriados às perplexidades processuais decorrentes da tutela coletiva.

No Projeto de Lei n. 5.139/2009, por meio do qual se objetiva disciplinar o novo processo coletivo, reside a expectativa de atingir a efetividade da jurisdição nessa área do Direito.

Contudo, referido projeto de lei está parado há mais de um ano no Plenário da Câmara dos Deputados, aguardando providências acerca do recurso interposto da sua rejeição pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania de referida Casa legislativa.

Descreve-se, assim, para um público em geral, o percurso do projeto de lei acima mencionado, dando-se enfoque ao instituto do ônus da prova, e sua dinamização, não raras vezes incompreendida e que, com frequência, tem levado profissionais do Direito e políticos a entendê-la como nociva à segurança jurídica, especialmente pelo receio de comprometimento à imparcialidade do juiz.

2 A necessidade de uma nova disciplina para os processos coletivos

Em 1985, o legislador ordinário teve a ousadia de colocar à disposição da sociedade brasileira, ainda no período da abertura política, um verdadeiro instrumento da cidadania, a Lei n. 7.347, que disciplina, desde então, a ação civil pública.

Nos seus 25 anos de existência, provou ter sido um dos maiores avanços da legislação pátria, continuando a exercer, após diversas alterações, um papel relevante no meio jurídico, mesmo diante das ameaças e tentativas de limitação de seu uso, inclusive por medidas provisórias.

Embora não tenha se tornado completamente anacrônica, graças às duras e importantes vitórias obtidas no Judiciário, que, assim, vem permitindo a sua sobrevivência, constata-se que não mais atende às expectativas do meio jurídico e da sociedade brasileira, na defesa dos direitos transindividuais, os quais necessitam da renovação desse importante instrumento de exercício da cidadania, seja em face das contendas que se desenvolveram ao longo do novo ambiente constitucional pós 1988, seja em decorrência dos litígios resultantes do contexto social globalizado, que estão a exigir uma prestação jurisdicional mais efetiva nos processos coletivos.

O Ministério da Justiça, diante de apelos, teve a iniciativa, no ano de 2009, de nomear uma comissão, que apresentou a proposta de um projeto de lei elaborado com base no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, o qual, por sua vez, foi inspirado no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

Ao tecer comentários ao Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, paradigma do referido projeto de lei, Ada Pellegrini Grinover (2010) nos informa:

[...] a tônica do Anteprojeto foi a de manter, em sua essência, as normas da legislação em vigor, aperfeiçoando-as por intermédio de regras não só mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, adequadas às demandas coletivas. Corresponde a essa necessidade de flexibilização da técnica processual um aumento dos poderes do juiz – o que, aliás, é uma tendência até do processo civil individual brasileiro.

3 O Projeto de Lei n. 5.139/2009, sua tramitação e rejeição

O projeto de lei, elaborado pela comissão nomeada pelo Ministério da Justiça, trouxe no seu bojo inovações a permitir, de forma mais eficiente e eficaz, o exercício da defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, dissipando perplexi-

dades processuais hoje existentes e possibilitando que seja levada à sociedade uma prestação jurisdicional mais efetiva.

No entanto, antes mesmo de ser encaminhado ao Poder Legislativo, mencionado projeto de lei sofreu suas primeiras modificações na Casa Civil, onde “diversas regras foram alteradas para atender a interesses da Administração Pública” (GRINOVER, 2010). Enfim, acabou por ser numerado na Câmara dos Deputados como o Projeto de Lei n. 5.139/2009.

Embora revestido de inovações mais do que satisfatórias, criando normas peculiares e princípios próprios aos processos coletivos, estabelecendo técnicas da tutela coletiva como solução de perplexidades jurídico-processuais e possibilitando a mensuração da eficiência, eficácia e efetividade da defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, com a criação de cadastros nacionais a serem instituídos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a reação, dentro da Casa legislativa, foi inversamente proporcional aos benefícios oferecidos à sociedade, tendo sido rejeitado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

Não há dúvidas de que o Poder Legislativo seja o palco apropriado às discussões e aos aprimoramentos dos projetos que serão destinados ao povo na forma de lei, bem como que seus integrantes tenham o dever de zelar pelos interesses de seus representados, propondo emendas aditivas, modificativas ou supressivas. Igualmente, não se questiona a soberania das decisões tomadas no exercício da sua competência legislativa. No entanto, para o exercício de qualquer atividade, existe um parâmetro mínimo de razoabilidade.

Apesar de o parecer vencedor¹ ter reconhecido que o Projeto de Lei n. 5.139/2009 não padecia de nenhum vício quanto à cons-

1 Oportuno transcrever o seguinte trecho do mencionado parecer (BRASIL, 2010b):
“Compete à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, conforme determina o Regimento Interno da Casa no art. 32, inciso IV, alíneas *a* e *d*, examinar o

titucionalidade, juridicidade e regimentalidade, tampouco quanto à técnica legislativa, chegando a considerá-lo mesmo em completa sintonia com as disposições legais e regimentais que presidem a

Projeto, quanto aos aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental, de técnica legislativa e de mérito.

No tocante à constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade, não vislumbramos qualquer vício que comprometa a iniciativa, elaborada em consonância com as normas e princípios atinentes à matéria, coadunando-se com o ordenamento jurídico em vigor. Tampouco há reparos à técnica legislativa, em completa sintonia com as disposições legais e regimentais que presidem a matéria.

Quanto ao mérito, no entanto, o projeto não prospera. *A proposta cria processo em que o réu recebe tratamento desigual de um juiz que terá liberdade para tomar partido sempre e somente em favor do autor, inclusive alterando a ordem das fases processuais, e concedendo liminares (e antecipações de tutela) sem que o autor as tenha pedido e sem que tenha sido dada oportunidade de defesa ao réu.*

O autor não corre risco algum ao mover a ação: não paga custas, não paga pela prova a ser feita no curso da ação nem paga honorários, se vencido. *Mais: praticamente quaisquer duas pessoas podem ir a juízo, apresentarem-se como representantes de um grupo ou até mesmo de toda a sociedade brasileira e pedirem, por exemplo, a paralisação de uma iniciativa do poder público por ofensa ao meio ambiente.* Não há requisitos para que alguém se apresente em juízo como representante de uma classe. Basta formalizar parcamente uma associação e defender, perante um juiz parcial e complacente, que sua causa é relevante.

A ação poderá seguir seu curso mesmo que o pedido do autor e o motivo de ele ter ido a juízo não tenham sustentação técnica, jurídica ou factual: o juiz pode chamar alguém para entrar no lugar dele e procurar outro motivo e outro pedido para continuar com a demanda.

Outro ponto de preocupação: *se o réu for uma empresa e fizer acordo com o Ministério Público, poderá sofrer intervenção, ter sua direção impedida de mandar na empresa e, em seu lugar, outras pessoas passarão a decidir por ela.* O projeto não impõe qualquer limite a essa interferência. Não diz sua finalidade nem por quanto tempo pode durar.

As ações coletivas foram criadas, entre outras coisas, para diminuir o número de ações sobre a mesma matéria. Mas o projeto, tal como está, acaba por alimentar mais ações: a ação coletiva pode conviver com ações individuais, sendo, assim, apenas mais uma, em vez de ser algo que resolva o litígio por todas.

Ademais, o projeto dá excessivo poder ao Ministério Público e à Defensoria Pública, sendo crime a não apresentação de documentos eventualmente solicitados por esses órgãos.

Em suma, a proposição não resolve os problemas do modelo atual das ações civis públicas, gera insegurança jurídica em escala inimaginável, fomenta a ida irresponsável a juízo para a defesa de interesses coletivos sem qualquer garantia de que esses interesses estejam sendo bem representados, e expõe toda a economia, toda a sociedade e todos os indivíduos ao risco de se tornarem réus numa ação em que serão tratados como párias, do começo ao seu longínquo fim...”.

matéria, entendendo-o, assim, formalmente regular, aludiu, quanto ao mérito, que referido projeto violaria o princípio da igualdade das partes, facultaria a parcialidade do juiz, permitiria a propositura de demandas temerárias, facilitaria a obtenção fraudulenta de legitimação ativa, proporcionaria a multiplicação de ações, concederia excessivo poder ao Ministério Público e à Defensoria Pública e, enfim, geraria insegurança jurídica em escala inimaginável, opinando pela sua rejeição.

Oportuno destacar que o projeto de lei em comento, em razão de sua relevância, foi apreciado por uma Subcomissão Especial da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados sem que tenha indicado sua rejeição, mas simples proposições de emendas.

Evidente que não nos cabe discorrer, em respeito à soberania legislativa, sobre os fundamentos políticos usados no parecer vencedor para a rejeição do Projeto de Lei n. 5.139/2009, por mais que se apresentem juridicamente infundados.

Contudo, um grupo de deputados federais, usando da faculdade prevista no art. 58, §§ 1º e 3º c/c o art. 132, § 2º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados², ingressou com recurso para

2 “Art. 58 Encerrada a apreciação conclusiva da matéria, a proposição e respectivos pareceres serão mandados à publicação e remetidos à Mesa até a sessão subsequente, para serem anunciados na ordem do dia.

§ 1º Dentro de cinco sessões da publicação referida no *caput* poderá ser apresentado o recurso de que trata o art. 58, § 2º, I, da Constituição Federal.

§ 2º *omissis*

§ 3º O recurso, dirigido ao Presidente da Câmara e assinado por um décimo, pelo menos, dos membros da Casa, deverá indicar expressamente, dentre a matéria apreciada pelas Comissões, o que será objeto de deliberação do Plenário.

[...]

Art. 132. *Omissis*

[...]

§ 2º Não se dispensará a competência do Plenário para discutir e votar, globalmente ou em parte, projeto de lei apreciado conclusivamente pelas comissões se, no prazo de cinco sessões da publicação do respectivo anúncio no *Diário da Câmara dos Deputados* e

o Plenário da Casa, onde o Projeto de Lei n. 5.139/2009 deve ser apreciado.

Tratando-se de projeto de lei referente a normas, cuja expedição se destina à garantia do exercício da cidadania, na defesa de direito de número indeterminado de pessoas, categorias ou classes, demonstra-se como necessária e urgente a sua apreciação.

4 O ônus da prova

A dialética processual tem como base para a sua conclusão a prova, elemento essencial do processo que dará ao juiz a convicção dos fatos para que decida o litígio e entregue a tutela jurisdicional, resolvendo a controvérsia.

A busca da verdade³ apresenta-se, assim, essencial para a solução da causa e, como tal, sua apuração deve levar em consideração todos os fatos e circunstâncias vinculados ao objeto da demanda.

O Código de Processo Civil, em seu art. 333, concebeu o ônus da prova numa visão liberal⁴, atribuindo ao autor a incumbência de provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, permitindo a distribuição do ônus da prova por convenção, desde que não recaia sobre direitos indisponíveis ou torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito.

no avulso da Ordem do Dia, houver recurso nesse sentido, de um décimo dos membros da Casa, apresentado em sessão e provido por decisão de Plenário da Câmara”.

3 CPC, art. 339. Preleciona Pontes de Miranda (1979, v. 4, p. 382): “Se, como aqui temos de exigir, ficamos no campo do Direito, logo percebemos que há o dever de verdade, que supõe esteja na mente do legislador, para que a lei faça o bem social, o dever de verdade de quem interpreta as leis e o dever de verdade de quem as tem a aplicar”.

4 Diz Artur Carpes (2010, p. 68) que: “A intenção do legislador de 1973 foi primar pela segurança jurídica e pela igualdade puramente formal entre as partes, caracterizando, assim, uma visão puramente liberal do fenômeno. O caráter fechado da regra prevista no art. 333 do CPC deixa o juiz sem margem para construir outra disciplina que não aquela positivada na lei [...]”.

Estabeleceu, ademais, o livre convencimento do juiz como princípio essencial à decisão da causa⁵, impondo, contudo, que a convicção seja formada com base nos elementos constantes do conjunto probatório produzido nos autos e por meio de avaliação crítica e racional externada pela motivação, atentando, assim, embora timidamente, para a colaboração⁶ como meio de se atingir a justiça.

Dessa forma, embora o nosso Código de Processo Civil, sob influência liberal, tenha estabelecido a igualdade meramente formal entre as partes, teve inserido no seu contexto a distribuição do ônus da prova por convenção.

Por outro lado, firmando compromisso com a busca da verdade, facultou ao juiz tomar algumas medidas de ofício, tais como determinar provas necessárias à instrução do processo, ordenar a inquirição de testemunhas, fazer acareação sobre fato determinado e inspecionar pessoas ou coisas a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão do processo⁷.

Se tais medidas têm, por um lado, o compromisso de vincular a decisão à verdade, mediante iniciativas de ofício, por outro lado, embora de forma mitigada, permitem ao juiz manter o equilíbrio das partes no processo, suprimindo, mesmo que indiretamente, eventual deficiência substancial, no mínimo, quanto à falha de indicação de fonte na produção da prova.

Não há como se considerar parcial a conduta pautada nesses termos, salvo se realizada para suprir desídia da parte, uma vez que dirigida à busca da verdade e do equilíbrio, à busca da manutenção da isonomia substancial, cuja concreção vai além da concessão paritária de oportunidades.

5 CPC, arts. 131 e 436.

6 “Primeiramente, na guia pela nova leitura de colaboração entre as partes e o juiz na efetivação das provas, não importa necessariamente quem a produz, desde que propicie ao magistrado uma decisão justa” (RUTHES, 2010, p. 148).

7 CPC, arts. 130, 148 e 440.

Destarte, constata-se que, há muito, o próprio legislador pátrio busca se desvencilhar do *laissez-faire* jurídico, dinamizando a busca da verdade indispensável à decisão justa, afastando-se cada vez mais da posição de mero “mediador“, num plano reservado à isonomia formal, para assumir um papel de relevância, num processo eminentemente público.

5 A dinamização do ônus da prova

O legislador ordinário deu um passo à frente ao estabelecer no art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC) a possibilidade da inversão do ônus da prova, a qual, operando *ope legis*, impõe-se a partir do momento em que constatada a existência dos seus requisitos, isto é, a verossimilhança da alegação e a hipossuficiência do consumidor.

Acabou, assim, por moderar o instituto do ônus da prova no Direito pátrio em dada circunstância, deixando-o mais aberto, mas não tão flexível.

Nesse contexto, percebe-se que a inversão do ônus da prova prevista no CDC não pode ser confundida com o princípio da carga dinâmica da prova, isto é, com o ônus dinâmico da prova. Este tem como escopo permitir a movimentação da responsabilidade da produção da prova, entre os polos da ação, de forma fracionada ou integral, de acordo com o que melhor convier à instrução, garantindo a igualdade substancial das partes; aquela tem como alvo permitir a movimentação da responsabilidade da produção da prova, entre os polos da ação, somente na forma integral, nem sempre garantindo a igualdade substancial das partes.

Os efeitos decorrentes dessas assertivas são claros e demonstram seus respectivos alcances. A simples inversão do ônus, por vezes, retira do autor da ação a possibilidade de produzir determinada prova relativa à circunstância para a qual estaria tecnicamente mais bem habilitado. Já a distribuição da carga dinâmica da prova,

nessa ótica, não permite a ocorrência de situações semelhantes, uma vez que busca a manutenção da igualdade substancial das partes na medida em que permite o fracionamento da responsabilidade da produção da prova.

Pode-se dizer, dessa forma, que a simples movimentação da responsabilidade para a produção da prova entre os polos processuais, antes, apresenta-se como mera transferência, não conferindo por si só o caráter dinâmico ao ônus da prova, o qual exige flexibilidade na distribuição dessa responsabilidade entre os polos da demanda para se atingir uma cooperação plena na busca da verdade.

Eis a importância de dinamizar plenamente o instituto do ônus da prova, torná-lo aberto e flexível, conferindo-se poderes ao juiz para dividir a responsabilidade da produção da prova, observando a aptidão, não só econômica, mas também técnica, de cada uma das partes envolvidas na demanda, num sistema de cooperação mútuo e pleno, que envolve o próprio magistrado, tendo como ponto alvo a efetividade da jurisdição com uma decisão justa.

Atente-se que há situações nas quais nem a simples inversão do ônus da prova, nem a própria distribuição da carga probatória servem de solução para a busca da verdade e para a efetividade da prestação jurisdicional. Isso ocorre, principalmente, quando a produção da prova se apresenta como extremamente difícil para ambas as partes e foge aos parâmetros da hipossuficiência, seja econômica, seja técnica, impondo-se como fato impeditivo ao exercício da jurisdição.

Sobre essa situação, manifesta Artur Carpes (2010, p. 95) que: “[...] havendo igualdade entre as partes no que se refere aos esforços de prova, mas sendo esta de difícil produção, o caso é de redução do módulo da prova, e não da dinamização do ônus da prova”⁸.

⁸ Manifesta mencionado autor, ainda, que: “A diferença é que, para a aplicação da dinamização deverá haver desigualdade entre as partes à luz das possibilidades da produção da prova. Se o grau de dificuldade na produção é semelhante para ambas

O certo é que o mesmo princípio constitucional que permite ao magistrado a aplicação da distribuição da carga probatória permite a sua modulação, encontrando tais institutos suporte no princípio da efetividade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF).

Os tribunais⁹ pátrios já vêm aplicando, embora com reservas, a distribuição da carga probatória, fato que incentiva seja positivada a medida, como se pretende fazer por meio do Projeto de Lei n. 5.139/2009, cuja proposta prevê (BRASIL, 2010a):

Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – *omissis*

II – *omissis*

III – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

IV – distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou as informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração, podendo atribuir o ônus ou seu custeio a qualquer das partes;

V – poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;

as partes, reduz-se o módulo de prova, para permitir, por exemplo, convicção baseada em simples verossimilhança”. Cita, então, julgado do Superior Tribunal de Justiça, consistente no REsp. n. 918.257/SP, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 3.5.2007, DJ de 23 nov. 2007, p. 465 (CARPES, 2010, p. 102).

⁹ REsp n. 69.309-SC, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. em 18.6.1996. AgIn n. 706.524-RS, decisão monocrática, rel. min. Teori Albino Zavascki, publ. em 5.10.2005.

VI – poderá a todo momento rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova e das despesas com seu custeio, diante de fatos novos, observados o contraditório e a ampla defesa;

VII – esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e

VIII – poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Portanto, ao contrário do alardeado, a dinamização do ônus da prova não acaba com este instituto nos moldes previstos no Código de Processo Civil¹⁰ tampouco gera a insegurança jurídica ou faculta a parcialidade ao juiz, antes, prevê um moderno sistema de cooperação que torna mais segura a prestação jurisdicional, fundada em provas coligidas com melhor técnica e em respeito à capacidade de produção de cada parte, permitindo ao magistrado garantir a igualdade substancial dos polos processuais, o que não se confunde com imparcialidade.

6 Conclusão

Vemos, portanto, que o Projeto de Lei n. 5.139/2009 se apresenta como um grande avanço no Direito pátrio, especialmente ao se pretender positivar a distribuição da carga probatória nos processos coletivos, sendo um verdadeiro instrumento de cidadania e de efetividade da jurisdição.

Lições anteriores têm nos mostrado a importância de serem tomadas atitudes mais arrojadas, como a do legislador de 1939 e 1973, que ousou inserir no Código de Processo Civil disposições que, à época, segundo nos informa Pontes de Miranda¹¹, “[...] nem

¹⁰ CPC, art. 333.

¹¹ “Na sua abrangência sem precedentes, o Código de Processo Civil de 1973, art. 130, como o de 1939, art. 117, deixou longe a Ordenação Processual Civil austríaca, § 275. Na legislação brasileira anterior ao tempo da pluralidade do processo, que foi incidente histórico de quase meio século, o Código de Processo Civil do Distrito

os povos mais experientes, de mais alto grau de civilização, não ousaram reeditar desde séculos”, a exemplo dos atos de ofício, cuja prática foi facultada ao juiz para a busca da verdade, hoje tão comumente utilizada na rotina cotidiana do Judiciário nacional, sem que haja registro significativo de qualquer abuso, pois aguçou a visão pública do processo.

Por outro lado, ainda na abertura política, o legislador expressou grande coragem ao presentear o povo brasileiro com a Lei n. 7.347/1985, ainda que diante de restrições ao exercício da cidadania, permitindo que a consciência relativa à jurisdição coletiva e aos direitos transindividuais começasse a sua caminhada.

Hoje, não vemos razão para que o plenário da Câmara dos Deputados deixe de brindar a sociedade brasileira com a aprovação do Projeto de Lei n. 5.139/2009, essencialmente porque se apresenta como um importante instrumento de desobstrução da Justiça, garantindo a redução de demandas e oferecendo a solução para perplexidades de diversas ordens processuais, objeto de inter-

Federal, art. 238, chegara apenas a dar ao juiz a faculdade de determinar, de ofício, exames periciais, bem como a de negar a perícia, se o fato dependia do testemunho comum e não exigia o parecer de técnicos. Agora, como desde 1939, o juiz pode ordenar quaisquer diligências à instrução do processo. Quer dizer: pode provocar e movimentar todas as provas que entenda. O problema técnico, que se apresentava ao legislador, era: ou subordinar o juiz às provas dos autos, sem qualquer oportunidade de interrogação, ou de perícia, ou de inspeção ocular de documentos referidos, porém não produzidos; ou permitir, apenas, a inspeção ocular de documentos, o exame pericial tão prestante em certas emergências, a reinquirição de testemunhas, ou a inquirição daquelas que por qualquer motivo deixaram de ser inquiridas, se bem que indicadas pelas partes e a interrogação das partes; ou entregar ao juiz todo o poder inquisitório. Se a primeira pecava pela insuficiência, a última pecava pela entrega de poder que os povos mais experientes, de mais alto grau de civilização, não ousaram reeditar desde séculos. Dar ao juiz o direito de ordenar produção de testemunhas que as partes não ofereceram, ou mandar que se exibam documentos, que se acham em poder das partes, e não foram mencionados pela parte adversa, ou pela própria parte possuidora, como probatórios de algum fato do processo, ou deliberar que uma das partes preste depoimento pessoal, é quebrar toda a longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinquenta anos de civilização liberal. A Ordenação Processual Civil austríaca não foi além do poder de recusar provas oferecidas pelas partes” (MIRANDA, 1979, v. 2, p. 375).

mináveis recursos, garantindo, ademais, a igualdade substancial das partes no processo, com um papel ativo do juiz na busca de uma decisão justa e imparcial.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça. *Projeto de Lei n. 5.139, de 2009*. Complementação de voto. Brasília, 2010a.

_____. Comissão de Constituição e Justiça. *Projeto de Lei n. 5.139, de 2009*. Parecer vencedor. Brasília, 2010b.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O projeto de lei brasileira sobre processos coletivos. In: MILARÉ, Edis. *Ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. v. 2 e 4. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Curitiba: Juruá 2010.

SALLES, Carlos Alberto. Processos coletivos e prova: transformações conceituais, direito à prova e ônus da prova. In: MILARÉ, Edis. *Ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

A natureza jurídica da intervenção do Ministério Público no processo civil em razão da qualidade da parte

Clésio Ibiapina Tapety

Servidor do Ministério Público da União (MPU) lotado no Ministério Público Federal (MPF). Especialista em Direito Civil, Direito Processual Civil e Direitos Humanos. Bacharel em Direito.

Resumo: O presente trabalho relata pesquisa jurídico-teórica que buscou resposta para polêmico tema referente à intervenção do Ministério Público no processo civil em razão da qualidade da parte. A questão problematizante da pesquisa foi qual seria a natureza jurídica dessa intervenção. O objetivo foi identificar essa natureza jurídica, bem como analisar as consequências processuais que disso advêm. Por meio dos métodos dedutivo e interpretativo, bem como das técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, fez-se criteriosa análise das várias hipóteses sobre a questão, concluindo-se, por fim, que a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público no processo civil em razão da qualidade da parte é a de assistência relativa ou temperada. A importância do trabalho advém da necessidade de se pacificar a questão, da forma mais condizente com o ordenamento jurídico pátrio, especialmente porque toca em matéria processual relevante que envolve interesses de incapazes, indígenas e outras pessoas presumidamente em situações de vulnerabilidade, as quais não podem ficar à mercê da incerteza jurídica advinda dos vários e discordantes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto.

Palavras-chave: Ministério Público. Intervenção. Processo civil. Natureza jurídica.

Abstract: This paper reports legal-theoretical research that sought the answer to the controversial issue concerning the intervention of Public Prosecutor in civil suit in the reason of quality of the part. The problematizing of the research question was what would the

legal nature of this intervention. The goal was to identify this legal nature and analyze the consequences that comes. Through deductive and interpretive methods and techniques of literature and case law, made an insightful analysis of the various hypotheses about the issue, concluding ultimately that the legal nature of the intervention of the Public Prosecutor in civil suit in the reason of quality of the part is relative assistance. The importance of the work comes from the need to pacify the question, the most consistent with the legal, especially because it touches on relevant procedural, which involves the interests of the disabled, indigenous and others presumably in vulnerable situations, which can not be at the mercy of the legal uncertainty arising from different positions and doctrinal and jurisprudential disagreement on the subject.

Keywords: Public Prosecutor. Legal intervention. Civil suit. Legal nature.

Sumário: 1 Introdução. 2 Natureza jurídica de *custos legis*. 3 Natureza jurídica de assistência. 4 Natureza jurídica de assistência relativa ou temperada. 5 Conclusão.

1 Introdução

A justificativa do presente trabalho encontra-se na incerteza jurídica advinda dos vários e discordantes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre como deve o Ministério Público atuar nos feitos para os quais é chamado a intervir em razão da pessoa.

Trata-se, pois, da necessidade de solucionar questão de ordem prática que a teoria ainda não resolveu de forma pacífica, em que a incerteza gera a insegurança jurídica e, por consequência, compromete a própria Justiça.

Além disso, o esforço justifica-se em razão de que tal problemática envolve pessoas em situações de vulnerabilidade presumida, como incapazes e indígenas, tratando-se, pois, de matéria processual relevante, que deve merecer especial atenção por parte do Direito, uma vez que tais pessoas não podem ficar à mercê da incerteza jurídica sobre a matéria.

De acordo com a Constituição Federal de 1988 (art. 127):

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ao longo da história, o Ministério Público assumiu o papel de defensor da sociedade: ora luta contra o crime, como titular da ação penal pública (*dominus litis*); ora é o fiscal da legalidade (*custos legis*); ora promove os direitos sociais e individuais indisponíveis; e ora atua em inúmeras outras tarefas conferidas pela lei.

Trata-se, pois, de um órgão autônomo e independente, ao qual a lei confere diversas funções.

É, ainda, um órgão público *sui generis*, uma vez que não se vincula especificamente a nenhum dos três Poderes da República, nem se constitui expressamente em um quarto Poder, embora alguns assim o vejam.

É fato que ainda persistem algumas controvérsias com relação à natureza jurídica propriamente dita do Ministério Público e até mesmo com relação à sua vinculação ou não a algum dos três Poderes da República. Mas tais discussões não foram objeto da pesquisa ora realizada, que se ateve a questão mais específica, porém não menos importante.

O objeto do presente estudo restringiu-se, mais especificamente, ao papel desempenhado pelo Ministério Público no processo civil, quando chamado a intervir em razão da qualidade da parte.

Do ponto de vista do exercício de atividades processuais, a função que o Ministério Público desempenha é caracterizada pelo binômio: órgão agente e órgão interveniente.

Assim, no processo civil, ora o Ministério Público atua como parte (autor), ora como órgão interveniente.

Como órgão interveniente, a atuação do *Parquet* é disciplinada pelo art. 82 do Código de Processo Civil (CPC):

Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesses de incapazes;

II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Dessa forma, a intervenção do Ministério Público no processo civil se dá em razão da natureza da lide (*in ratione materiae*) ou da qualidade da parte (*in ratione personae*).

Não há dúvida ou polêmica alguma no Direito brasileiro com relação à natureza jurídica da intervenção do Ministério Público no processo civil em razão da natureza da lide. Trata-se de *custos legis* (fiscal da lei), não estando o *Parquet* vinculado aos interesses de nenhuma das partes, podendo opinar e agir de forma totalmente independente.

Entretanto, quando atua no processo civil em face de interesse público em razão da qualidade da parte, há muitas controvérsias com relação à natureza jurídica dessa intervenção.

Tratar-se-ia também de *custos legis*, podendo o Ministério Público opinar e agir de forma totalmente independente? Ou estaria ele, de alguma forma, vinculado aos interesses da parte que motivou a sua intervenção no processo, intervindo, pois, na qualidade de assistente? É possível o *Parquet* opinar contrariamente a tais

interesses? É possível também o órgão ministerial oferecer embargos, exceções ou recursos contrários a esses interesses?

Quem se dispuser a buscar respostas na jurisprudência pátria, provavelmente ficará confuso. A jurisprudência a respeito do assunto beira ao infinito das discrepâncias.

Infelizmente, a cada dia que passa, pode-se dizer com mais certeza que, no Direito brasileiro, se pode encontrar fundamento jurisprudencial para qualquer hipótese que se queira defender. É uma triste constatação, que gera um sentimento de insegurança jurídica na sociedade.

As decisões dos tribunais se referem à intervenção do Ministério Público no processo civil em razão da qualidade da parte, ora como *custos legis*, ora como assistência. Ora decidem que o *Parquet* não pode recorrer se a decisão foi benéfica à parte que atrai sua intervenção, ora decidem que tal recurso é possível, tendo em vista que o Ministério Público não se limita à defesa de uma das partes, mas sim à defesa do interesse público, na busca da verdade real.

Pode-se citar, por exemplo, decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que se refere à intervenção do Ministério Público como *custos legis*, em que este não estaria vinculado a nenhum interesse das partes, podendo mesmo recorrer contrariamente aos interesses daquele que motivou a sua intervenção:

- I. A legitimidade do Ministério Público para apelar das decisões tomadas em ação de investigação de paternidade, onde atua na qualidade de *custos legis* (CPC, art. 499, § 2º), não se limita à defesa do menor investigado, mas do interesse público, na busca da verdade real, que pode não coincidir, necessariamente, com a da parte autora.
- II. Destarte, decretada em 1º grau a revelia do investigado, mas sem que qualquer prova da paternidade ou elementos de convicção a respeito tenham sido produzidos nos autos, tem legitimidade e interesse em recorrer da sentença o Ministério Público (BRASIL, 2004, p. 279).

De forma contraditória, porém, encontra-se outra decisão do STJ no sentido de que o Ministério Público, embora atuando como *custos legis*, não pode tomar iniciativa de impulso processual (exceções, embargos ou recursos) se não demonstrado prejuízo para o incapaz:

O Ministério Público, quando atua no processo como *custos legis*, o que acontece em inventário no qual haja menor interessado, tem legitimidade para argüir a incompetência relativa do juízo. Para tanto, deve demonstrar prejuízo para o incapaz. Não demonstrado o prejuízo tal legitimidade não se manifesta (BRASIL, 2007, p. 280).

Já em outra decisão, o STJ se refere expressamente à intervenção do Ministério Público, em razão da qualidade da parte, não como *custos legis*, mas como assistência: “Se, no curso do processo e estando este em fase recursal, o menor atinge a maioria, cabe-lhe defender-se por si mesmo, dispensada a assistência ministerial” (BRASIL, 2000, p. 145).

Enfim, verifica-se que a pesquisa jurisprudencial, longe de ser parte da solução, serve apenas como constatação do problema.

E, assim, prossegue o Ministério Público sem um roteiro seguro de como intervir no processo civil em razão da qualidade da parte. Sem ter, nem ao menos, certeza sobre qual o seu papel nessa relação processual ou qual a roupagem jurídica que deve assumir.

Eis de onde surge a questão central sobre a qual a pesquisa ora realizada se debruçou: qual a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público no processo civil em razão da qualidade da parte?

Tratando-se de uma pesquisa jurídico-teórica, o estudo realizado constitui-se na orientação de uma ação teórica, porém com finalidades práticas.

Além de buscar identificar a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público, em razão da qualidade da parte, no processo civil, pretende-se analisar como essa identificação repercute nos possíveis atos processuais civis, de modo a colaborar para que os membros do *Parquet*, juízes, tribunais e técnicos do Direito possam refletir sobre a intervenção do Ministério Público no processo civil e, dessa forma, buscar soluções mais adequadas e justas para os casos práticos.

O marco teórico que direcionou a pesquisa foi o neojusnaturalismo, mais especificadamente a teoria da argumentação jurídica, tendo em Ronald Dworkin o seu maior expoente. Tal referencial teórico permite que se busquem respostas não apenas em regras, mas sobretudo em princípios (muitas vezes abstratos e não escritos), que articulam e delimitam o próprio campo do Direito, uma vez que nem sempre a lei ou a jurisprudência, aplicadas friamente, geram a certeza da justiça. E, em se tratando de casos difíceis, tal referencial teórico preconiza que estes devem ser solucionados buscando-se a resposta correta.

Assim, o trabalho desenvolveu-se mediante a análise das várias hipóteses encontradas na doutrina e na jurisprudência, na tentativa de identificar qual a mais razoável, correta e justa.

A proposta de solução para a questão partiu, pois, da análise interpretativa das várias hipóteses, em busca da resposta mais condizente com o ordenamento jurídico pátrio. No desenvolvimento do presente trabalho, serão expostas as referidas análises críticas sobre cada uma das hipóteses para, ao final, apresentar qual seria a conclusão mais adequada para a questão.

2 Natureza jurídica de *custos legis*

A primeira e mais clássica hipótese com relação à intervenção do Ministério Público no processo civil motivada pela qualidade da parte é a de *custos legis* (fiscal da lei).

De acordo com tal hipótese, o *Parquet* não está vinculado a nenhum interesse das partes, devendo limitar-se apenas à correta aplicação do Direito.

Câmara (2006, p. 223) defende essa hipótese:

Ao atuar como fiscal da lei, e como indica a própria nomenclatura tradicionalmente empregada, o Ministério Público exercerá a função de órgão responsável por velar pela justiça e legalidade da decisão judicial, fiscalizando assim a atuação da vontade da lei pelo Estado-juíz. Atua, pois, como órgão imparcial. Note-se que esta imparcialidade está presente em todas as hipóteses de intervenção, podendo o MP, por exemplo, recorrer de uma sentença injusta ou ilegal que tenha sido proferida e que se revele favorável ao incapaz. O MP não atua no processo, nesta hipótese, como assistente do incapaz, mas como fiscal da atuação da vontade do Direito.

Nery Junior e Nery (2006, p. 269-272) corroboram a mesma hipótese em várias passagens:

Intervenção. É sempre obrigatória, funcionando o MP como fiscal da lei (*custos legis*), em todos os casos do CPC 82.

[...]

Só há duas formas de o MP participar do processo civil: a) como parte (CPC, art. 81); b) como fiscal da lei interveniente (*custos legis*) (CPC, art. 82).

[...]

É sempre no interesse da correta aplicação da lei a intervenção do MP nas ações [...]. O MP não fica adstrito a quaisquer interesses em jogo, nem vinculado a qualquer uma das partes.

A primeira crítica que se pode fazer com relação a essa hipótese é a de que ela não leva em conta o caráter “camaleão” do Ministério Público.

Já foi dito que, ao longo da história, o MP assumiu o papel de defensor da sociedade, ora atuando como titular da ação penal

pública, ora como fiscal da lei, ora promovendo os direitos sociais e individuais indisponíveis, ora atuando em inúmeras outras tarefas conferidas pela lei.

É fato que o Ministério Público é uma instituição *sui generis*, extremamente flexível e aberta quando se tem em vista o rol de suas atribuições legais.

Afirmar, pois, que o *Parquet*, no processo civil, sempre atua ou como parte ou como fiscal da lei, é correr o risco de fossilizar a instituição e limitar sua atuação. Tal afirmação não se coaduna, pois, com o perfil constitucional do Ministério Público, extremamente moderno, aberto e progressista.

Ademais, para rechaçar de vez a afirmação ora criticada, basta que se faça uma análise sistemática sobre a atuação do Ministério Público no processo civil.

Assim, descobrir-se-á que a lei faz expressa referência à atuação do MP no processo civil com outra natureza que não a de parte ou de fiscal da lei.

Trata-se do art. 1.144, I, do CPC: “Incumbe ao curador: I – representar a herança em juízo ou fora dele, com assistência do órgão do Ministério Público”.

Admite-se, pois, a atuação do Ministério Público no processo civil também no papel de assistente. Outra não pode ser a conclusão.

Por fim, é relevante mencionar uma variante da hipótese que considera a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público pela qualidade da parte como sendo a de *custos legis*.

O diferencial dessa variante é que, embora considere a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público pela qualidade

da parte como sendo a de *custos legis*, entende não ser possível recurso do *Parquet* contra sentença ou decisão de mérito ilegal ou injusta, mas favorável ao destinatário individual da norma que determina a intervenção do Ministério Público.

A razão da impossibilidade do referido recurso seria a ausência de interesse recursal.

Nesse sentido, defende Carneiro (1995, p. 12-13):

Em qualquer das hipóteses enumeradas, o MP atua como *custos legis* e não pretendemos, aqui, adjetivar as hipóteses com uma atuação de fiscal imparcial, nos casos do primeiro grupo, e de fiscal assistente, no segundo, pois estaríamos cometendo o mesmo erro, que já criticamos, daqueles que pretendem adjetivar a atuação do MP como parte. O MP, em qualquer dessas hipóteses, será *custos legis* e somente isto. Entretanto, os limites de sua atuação processual, notadamente do ponto de vista do interesse recursal, estarão intimamente ligados à divisão acima proposta. No primeiro grupo, o interesse recursal do MP é mais amplo, no sentido de que a sua intervenção não se dá em função de norma com destinatário individualmente especificado, o que permite o seu recurso em face de sentença ilegal e injusta; enquanto o seu interesse recursal, no segundo grupo, se limita às hipóteses de sentença ilegal ou, quanto ao direito material, àquelas hipóteses em que o destinatário individual da norma tem a decisão de mérito contrária aos seus interesses. Não é cabível recurso do MP, pouco importando que a sentença seja injusta, no caso de decisão de mérito favorável ao destinatário individual da norma que determina a intervenção do MP.

Data venia, essa variante, a nosso ver, é contraditória e não se sustenta.

O citado autor da ideia é radicalmente contra qualquer tipo de adjectivação ou subclassificação do termo *custos legis*, mas, ao mesmo tempo, admite haver diferença de atuação em casos práticos, em razão de interesses recursais.

Pelo simples fato de admitir essa diferenciação, o purismo excessivo do termo *custos legis*, que o autor tanto defende, já se torna questionável. E, mesmo sem querer, ele abre espaço para inevitáveis subclassificações ou subadjetivações do termo.

3 Natureza jurídica de assistência

Hipótese diametralmente contrária à anterior é a que considera a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público no processo civil pela qualidade da parte como sendo a de assistência. De acordo com a ideia, o *Parquet* atuaria com finalidade puramente protetiva e assistencial, vinculando-se totalmente aos interesses da parte que motivou a sua intervenção e não podendo nem se manifestar contrário a tais interesses.

Dinamarco (2005, p. 713) defende essa hipótese:

Também por lei federal são definidas as hipóteses em que o Ministério Público terá legitimidade *para intervir* no processo civil pendente entre outros – seja *apoando uma das partes litigantes* e no interesse direto dela, seja oficiando como mero *fiscal da lei* e, portanto, desvinculado do interesse individual de qualquer desses sujeitos. No primeiro desses casos, ele é um interveniente com a configuração de *assistente* de um dos litigantes, atuando com o objetivo de ajuda (CPC, art. 50).

Essa hipótese não deixa de ter uma razão de ser, quando se faz uma interpretação histórica da instituição.

O membro do Ministério Público, no passado, era conhecido popularmente como “Pai dos Órfãos” e “Marido das Viúvas”. Naquela época, a agudeza da sabedoria popular já delimitava o campo de atuação do Ministério Público: justamente as situações de fragilidade, ausência ou inexistência do titular do direito que deve ser defendido.

De fato, o Ministério Público faz as vezes de um “herói do povo”, na luta em defesa dos fracos e oprimidos.

Entretanto, esse perfil, por vezes muito idealizado, não retira da instituição algo que lhe é essencial e constitucionalmente previsto: independência funcional.

A independência é um dos princípios institucionais do Ministério Público, especificado no § 1º do art. 127 da Constituição Federal, ao lado dos princípios da unidade e da indivisibilidade.

O princípio que ora se discute, albergado pela Constituição, é naturalmente referente a uma independência funcional, assegurada aos membros do Ministério Público.

Oliveira (2004, p. 23) ensina o seguinte sobre o assunto:

A independência funcional, assegurada aos membros do Ministério Público, significa que tais agentes ministeriais exercem suas atribuições sempre de acordo com a consciência do justo que guardam, não havendo sujeições às ordens de quem quer que seja. A manifestação processual dos membros, portanto, decorre de sua convicção, prestando conta de seus atos apenas à sua consciência e às leis.

Dessa forma, vê-se que a hipótese que considera a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público no processo civil pela qualidade da parte como sendo a de *assistência*, atuando o *Parquet* totalmente vinculado aos interesses da parte que motivou a sua intervenção, não podendo nem mesmo se manifestar contrário a tais interesses, embora seja uma hipótese que tenha uma fundamentação ou justificativa histórica, vai contra o princípio institucional da independência, constitucionalmente previsto, pois limita a liberdade de convencimento e de opinião do membro ministerial.

Não pode, pois, a hipótese ser considerada totalmente válida porque retira do *Parquet* o constitucional direito de poder mani-

festar-se livremente, sem sujeições às ordens ou interesses de quem quer que seja.

4 Natureza jurídica de assistência relativa ou temperada

Por fim, resta uma nova hipótese que vem ganhando força no Direito brasileiro. É a que considera a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público no processo civil motivada pela qualidade da parte como sendo a de assistência relativa ou temperada.

Mazzilli (1998, p. 181) defende essa hipótese:

É protetiva a atuação ministerial, quando decorra da qualidade da parte. Assim, pode o órgão do Ministério Público argüir prescrição em favor do incapaz, se este ou seu representante não o fizeram; pode contestar em seu proveito, produzir provas, embargar ou recorrer – sempre em atividade supletiva ou complementar. Não pode, porém, argüir prescrição de direitos patrimoniais em favor da parte contrária, pois estaria defendendo interesses disponíveis, de pessoa maior e capaz; se recorresse em favor da parte contrária, estaria zelando por interesses patrimoniais disponíveis que não lhe incumbe defender. Isso não impede possa *opinar livremente*, caso regularmente argüida prescrição ou interposto recurso contra os interesses do incapaz. Eventual proteção não significa auxílio para locupletamento ilícito do incapaz. O que não pode é tomar *iniciativa de impulso processual* (exceções, embargos, recursos) em favor de interesses disponíveis da parte contrária, maior e capaz. [...] A natureza jurídica da intervenção do Ministério Público em razão da qualidade da parte é a *assistência*. Por certo é uma forma peculiar de assistência, mas está claro o caráter protetivo, pois se destina a suprir eventuais deficiências na defesa da parte assistida (como o incapaz, o acidentado do trabalho, a pessoa portadora de deficiência).

Eis aí uma hipótese que não fere o princípio institucional da independência, embora considere, assim como a hipótese anterior,

que o Ministério Público atua como assistente da parte que motivou a sua intervenção.

A diferença é que essa hipótese trabalha com o fato de que a assistência ministerial é moderada ou temperada pelo princípio institucional da independência.

O membro do *Parquet* pode, assim, opinar livremente em todas as fases do processo, mesmo contra os interesses da parte assistida, pois a sua atuação protetiva não deve ser no sentido de auxílio para locupletamento ilícito do assistido, coisa totalmente contrária ao perfil da instituição.

Entretanto, ele continua sendo um assistente, pois está claro o caráter protetivo, uma vez que o Ministério Público é chamado a intervir no feito com o objetivo de suprir eventuais deficiências na defesa da parte assistida, presumidamente vulnerável. Não é outra a razão do chamamento do *Parquet* ao processo. O que, como já dito, não lhe retira, porém, a independência para opinar livremente.

O Ministério Público não seria um mero fiscal da lei no caso porque, fazendo-se uma análise teleológica, a intenção de exigir a sua intervenção no feito é suprir eventuais deficiências na defesa dos presumidamente vulneráveis. E não fiscalizar a lei por fiscalizar, ou intervir meramente por conta da importância da matéria. Sua intervenção, inegavelmente, vincula-se a uma das partes, embora não lhe seja subserviente.

Assim, é um assistente, mas nada lhe impede de opinar livremente, sendo, por isso, considerado um assistente *sui generis*.

Só não pode é tomar iniciativa de impulso processual (exceções, embargos ou recursos) em favor de interesses disponíveis da parte contrária, pessoa maior e capaz, pois essa não é uma atribuição que lhe incumbe exercitar, consoante a melhor interpretação finalística. O que não impede possa opinar livremente, caso regu-

larmente arguida prescrição ou interposto recurso contra os interesses da parte por ele assistida.

Poder-se-ia opor a esse entendimento a tradicional visão que considera a atuação do Ministério Público no processo civil como sendo apenas em duas modalidades: parte ou *custos legis*.

Entretanto, conforme já dito anteriormente, tal entendimento não tem razão de ser, quando se leva em conta a análise sistemática da atuação do Ministério Público no processo civil.

É que a atuação do *Parquet* no processo civil na qualidade de assistente já é uma realidade legal incontestável e inquestionável, em razão do que dispõe o art. 1.144, I, do CPC: “Incumbe ao curador: I – representar a herança em juízo ou fora dele, com assistência do órgão do Ministério Público”.

Dessa forma, não prospera o argumento que só leva em conta a atuação do Ministério Público como parte ou como fiscal da lei, tendo em vista que a lei já admite a atuação do *Parquet* também no papel de assistente.

Por analogia, pois, considera-se válida a hipótese que admite que a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público no processo civil pela qualidade da parte seja a de assistência, embora relativa ou temperada.

É o que defende Mazzilli (2002, p. 94-95):

A natureza jurídica da intervenção do Ministério Público em razão da qualidade da parte é a assistência. Por certo a intervenção pela qualidade da parte é uma forma peculiar de assistência, mas a lei faz expressa referência a isso em hipótese análoga, quando menciona a intervenção do Ministério Público *propter partem*, ou seja, assistindo o curador da herança jacente.

No mesmo sentido, também concluíram outros estudiosos que se dispuseram a buscar resposta para a questão, a exemplo de Tavares (2005):

Sendo assim, o entendimento, aqui, sustentado e comungado é na direção de uma ponderação entre aqueles outros posicionamentos, porquanto, o Ministério Público goza de ampla liberdade de convicção, tanto favorável, quanto desfavorável, mas, em se tratando de poder de impulso/iniciativa – como interpor recursos – só o tem quando for para tutelar e defender os interesses da parte que deu ensejo a sua atuação, não, porém, para contrariar e ir de encontro a tais interesses, cuidando para que os aludidos interesses não sejam violados ou lesados, posto que considerados fundamentais e indisponíveis pelo ordenamento jurídico. [...] Nesses casos, há limitação ao poder de iniciativa do Ministério Público, não à sua liberdade de opinião. Assim, por exemplo, caso seja regularmente argüida prescrição ou interposto recurso contra o incapaz, o órgão ministerial pode opinar livremente: não é obrigado a vir em auxílio do locuplamento (*sic*) ilícito do incapaz, nem é compelido a subcrever, endossar ou nada opor uma ilegalidade. Só não pode tomar iniciativa de impulso processual (exceções, embargos, recursos) em defesa dos interesses disponíveis da parte contrária, maior e capaz. Por derradeiro, urge acentuar, após todo o exposto, que a natureza jurídica da intervenção do órgão ministerial, pela qualidade da parte, em nosso sentir, é de assistência relativa, ou seja, temperada, compatibilizando as regras e os princípios informativos e fundamentais que inspiram a essência e o espírito do Ministério Público, na busca de um efetivo Estado Democrático de Direito.

Feitas as devidas pesquisas e análises interpretativas sobre o tema, é crível que seja possível apresentar uma solução satisfatória para a questão.

5 Conclusão

Por tudo o que foi relatado, é possível afirmar que a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público no processo civil em razão da qualidade da parte é a de assistência relativa ou temperada.

Trata-se, pois, de atuação ministerial protetiva. Pode o órgão do Ministério Público arguir prescrição em favor da parte que motivou a sua intervenção, se esta não o fez; pode contestar em seu proveito; produzir provas, embargar ou recorrer – sempre em atividade supletiva ou complementar. Não pode, porém, tomar iniciativa de impulso processual (exceções, embargos ou recursos) em favor da parte contrária, pessoa maior e capaz, cujos interesses sejam patrimoniais e disponíveis.

Tais são os caminhos que o Ministério Público pode seguir, atuando no processo como um assistente. Entretanto, esse papel de assistente não impede o *Parquet* de opinar livremente nos autos, mesmo contrário à parte que motivou sua intervenção, caso verifique não existir razão a esta. E, embora não possa tomar iniciativa de impulso processual contrária aos interesses da parte assistida, pode manifestar-se contrário a tais interesses, se assim entender, caso regularmente arguida prescrição ou interposto recurso pela outra parte. Eis porque se afirma tratar-se de assistência relativa ou temperada, pois eventual proteção não significa auxílio para locupletamento ilícito da parte assistida.

Tal é a conclusão a que se chega, como meio válido para se compatibilizar as regras e os princípios informativos e fundamentais que inspiram a essência e o espírito dessa importante instituição que é o Ministério Público.

Conforme já dito, há ainda muitas divergências – para não dizer confusão – na doutrina e na jurisprudência sobre o assunto.

Uma sugestão viável para pacificar a questão e promover maior segurança jurídica com relação à intervenção do *Parquet* no processo civil, em razão da qualidade da parte, seria promover alterações legislativas em que constasse de forma expressa a atuação do Ministério Público como assistente da parte que motiva a sua intervenção, sendo indiferente a menção à relatividade dessa assistência, em razão de que estará sempre subtendida, em face do princípio institucional da independência, constitucionalmente previsto.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decide conhecer do recurso e dar-lhe provimento. *Recurso Especial n. 172.968*. Relator: Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 29 jun. 2004. *Diário de Justiça*, Brasília, p. 279, 18 out. 2004.

_____. Decide não conhecer do recurso. *Recurso Especial n. 630.968*. Relator: Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 20 mar. 2007. *Diário de Justiça*, Brasília, p. 280, 14 mai. 2007.

_____. Decide negar provimento. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 242.209*. Relator: Nilson Naves. Brasília, DF, 21 fev. 2000. *Diário de Justiça*, Brasília, p. 145, 19 jun. 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 546 p.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural: atribuição e conflito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 266 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005. 735 p.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em júízo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 688 p.

_____. *Introdução ao Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 223 p.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1536 p.

OLIVEIRA, Bertrand Rocha de. *Legislação aplicada ao Ministério Público da União*. 3. ed. Brasília: Vestcon, 2004. 141 p.

TAVARES, Gustavo Machado. O Ministério Público e a natureza jurídica de sua intervenção no processo civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 867, 17 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7520>>.

Repercussão geral no recurso extraordinário

Valdeleuse Marnie da Silva Rodrigues

Técnica administrativa do Ministério Público da União (MPU). Pós-graduada em Processo Civil na Universidade Anhanguera e na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub).

Resumo: O presente artigo tem como objetivo principal descobrir se existe um método para a aplicação do novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, que é a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no processo. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado que exige uma nova técnica na análise do caso concreto, cujo trabalho do julgador será bem mais complexo do que o da simples subsunção, originando as seguintes questões: o que é repercussão geral; como o intérprete julgador irá aplicá-la, pois se trata de um conceito elástico, tecnicamente denominado de conceito jurídico indeterminado; e, pelo fato de tratar-se de um conceito vago, se haverá ou não discricionariedade do julgador ao aplicar a norma ao caso concreto. Objetivando enfrentar esta problematização, o trabalho será desenvolvido a partir do conceito de repercussão geral, suas diferenças com a antiga arguição de relevância, o procedimento desse instituto no Supremo Tribunal Federal e no seu sítio eletrônico. Depois, serão abordados a ausência de discricionariedade do julgador na análise do conceito jurídico indeterminado e o papel do intérprete julgador no julgamento da repercussão geral. Buscar-se-á demonstrar a importância de a repercussão geral ser instituída com a roupagem de conceito jurídico indeterminado, que, devido à sua vagueza semântica, exige uma melhor fundamentação do julgador, a fim de responder às aspirações da sociedade.

Palavras-chave: Repercussão geral. Recurso extraordinário. Supremo Tribunal Federal. Conceito jurídico indeterminado. Discricionariedade. Requisito de admissibilidade.

Abstract: This article's main objective is to find out if there is a method for applying the new requirement for admissibility of an extraordinary appeal, which is the overall impact of the issues discussed in the constitutional process. It is an undefined legal concept that requires a new technique in the analysis of the case, the judge whose job is much more complex than the simple subsumption, resulting in the following questions: what is the general repercussion; as interpreter judge will enforce it, because it is an elastic concept, technically called undefined legal concept: and, because this is a vague concept, whether or not there's discretion judge to apply a rule to this case. In order to address this problematic, the work will be developed from the concept of general repercussion, their differences with the old complaint of relevance, the procedure that the Supreme Court Institute and its website. Then it will be approached about the lack of discretion of the judge in the analysis of indeterminate legal concept and the role of the interpreter in the trial judge of general repercussion. Search will demonstrate the importance of general repercussion be instituted in the guise of vague legal concept that, due to its semantic vagueness, requires a better justification of the judge in order to meet the aspirations of society.

Keywords: General repercussion. Extraordinary resource. Supreme Court Federal. Indefinite legal concept. Discretion. Admissibility requirement.

Sumário: 1 Introdução. 2 Repercussão geral. 2.1 Arguição de relevância. 2.2 Diferenças entre a repercussão geral e a arguição de relevância. 3 Procedimento da repercussão geral. 3.1 Demonstração da repercussão geral. 3.2 A análise colegiada e o plenário virtual. 3.3 *Amicus curiae*. 3.4 Efeitos vinculantes da decisão do STF acerca da repercussão geral em sede de recurso extraordinário. 4 O papel do intérprete-julgador na análise da repercussão geral. 4.1 Repercussão geral: um conceito jurídico indeterminado. 4.2 Conceito de repercussão geral. 4.3 A discricionariedade judicial. 4.4 A fundamentação das decisões como garantia do cidadão. 4.5 O direito como integridade de Dworkin e o instituto da repercussão geral. 5 Conclusão.

1 Introdução

O Direito passa por profundas transformações com o intuito de adequar-se ao fenômeno da massificação das relações sociais e

comerciais, que teve como consequência a despersonalização das relações humanas e a desumanização nas relações entre os indivíduos e os grandes grupos empresariais e até mesmo entre os cidadãos e o Poder Público.

Neste cenário, surgem demandas, até então desconhecidas, que poderão ter impacto em grande parte da sociedade, ou até mesmo em toda a coletividade, ocasionando mudanças sociológicas e até de paradigma, para adequar-se à nova realidade.

Consequentemente, verifica-se maior intervenção do Poder Judiciário com o objetivo de pacificar as relações sociais, o que gera alta demanda de processos, muitos dos quais sobem para o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio do recurso extraordinário.

É nesse contexto que surge a norma constitucional que inseriu no ordenamento jurídico a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário, instituída pelo legislador com a roupagem de um conceito jurídico indeterminado, que exige uma nova técnica na análise do caso concreto. Entra em cena o papel do julgador e sua responsabilidade social no uso de uma técnica especial de julgar, cujo trabalho será bem mais complexo do que o da simples subsunção.

Assim sendo, o problema central gira em torno da repercussão geral no recurso extraordinário, originando algumas questões que serão objeto deste estudo. O que é repercussão geral? Existe um conceito para o instituto? Como o intérprete julgador irá aplicar a repercussão geral, levando-se em consideração que se trata de um conceito elástico, tecnicamente denominado de conceito jurídico indeterminado? Haverá discricionariedade do julgador ao aplicar a norma ao caso concreto?

Com base em tais questionamentos é possível vislumbrar duas hipóteses: a primeira parte do pressuposto de que a repercussão geral é uma norma de conceito aberto, possibilitando ao julgador

uma larga margem de discricionariedade ao aplicá-la ao caso concreto. O que se teria a discutir, contudo, é se a valoração, inerente a toda e qualquer atividade hermenêutica, implica necessariamente discricionariedade. Neste caso, ainda que balizado por certos parâmetros, ocorrerá um verdadeiro arbítrio, virando um argumento de autoridade.

A segunda hipótese é que a repercussão geral, por ser dotada de grande abertura semântica, não pretende dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade. Na verdade, trata-se de um conceito jurídico indeterminado, pois não regula de modo completo e exaustivo e atua tecnicamente como metanorma, por ter a característica do reenvio a valores extrassistemáticos e, conseqüentemente, seu conteúdo deverá ser preenchido pelo intérprete julgador de acordo com as mutações da sociedade.

Partindo-se do pressuposto de que as decisões nesta técnica legislativa deverão ter um tratamento diferenciado pelo julgador, o objetivo principal deste trabalho é descobrir se existe um método para a aplicação da repercussão geral no recurso extraordinário.

2 Repercussão geral

Tema dos mais instigantes na ciência do Direito refere-se ao papel de guardião da Constituição atribuído ao Supremo Tribunal Federal e à sobrecarga de trabalho que o tribunal vem atravessando nos últimos anos, principalmente no que concerne à sua atribuição de instância recursal extraordinária.

No âmbito da teoria geral dos recursos, estes são divididos em ordinários e extraordinários, sendo que aqueles também são chamados de recursos abertos (sem qualquer corte cognitivo) e estes de recurso de estrito direito (de fundamentação vinculada). O Supremo Tribunal Federal tem competência para recursos de fundamentação aberta, como previsto no art. 102, II, da Constituição Federal (CF), mas também tem competência para conhecer e julgar recursos

extraordinários, de cognição restrita, em que não se discute a justiça da decisão, mas o aspecto constitucional da decisão recorrida.

Nossa Carta Magna é muito prolixa, abrange inúmeras matérias e veicula dispositivos que permeiam vários ramos do Direito. O recurso extraordinário, apesar de ser bastante técnico, no que diz respeito aos seus requisitos de admissibilidade, tais como o prequestionamento da matéria constitucional, tornou-se um recurso utilizado em praticamente todas as situações, das mais corriqueiras até as mais complexas. Isso ocasionou um número extremamente elevado dessa espécie recursal no STF, comprometendo a celeridade processual, direito fundamental previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Diante do cenário da “crise do Judiciário” (ARAÚJO, 2007, p. 61), o legislador ordinário criou vários institutos com o objetivo de superá-la: a) ampliação dos poderes dos relatores (art. 557 do Código de Processo Civil – CPC); b) implantação da súmula vinculante e da súmula impeditiva de processamento de recursos; c) distribuição imediata dos processos; d) possibilidade de julgamento dos recursos especiais repetitivos por amostragem (art. 543-C do CPC); e) criação de mais um requisito de admissibilidade recursal no recurso extraordinário, a repercussão geral.

O último instituto citado – objeto de estudo no presente trabalho – funciona como um filtro restritivo de acesso ao Supremo Tribunal Federal (ARAÚJO, 2010, p. 33). A repercussão geral foi introduzida em nosso ordenamento jurídico com a Emenda Constitucional (EC) n. 45, de 2004, que acrescentou o § 3º ao art. 102 da Constituição¹. Foi regulamentada pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que introduziu os arts. 543-A e 543-B no Código de Processo Civil.

1 Art. 102, § 3º: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

A EC n. 45/2004 restringiu ainda mais o limite cognitivo do recurso extraordinário, porquanto será admitido apenas nos casos envolvendo violação constitucional com repercussão geral, sendo inadmitido nos casos de ofensas individualizadas sem o aspecto macro. Nesse sentido, o legislador procurou colocar o STF no seu lugar de guardião da Constituição e não como Tribunal de terceira ou quarta instância de julgamento.

Alvim (2005, p. 65) fez as seguintes ponderações acerca das alterações do art. 102, § 3º, da Constituição Federal:

É, como já se disse, um filtro pelo qual estão genericamente admitidos recursos extraordinários em relação aos quais sejam caracterizados por ter repercussão geral, e, nesse sentido, se está discriminando que somente a questão constitucional em relação à qual se reconheça repercussão geral é que comportará o recurso extraordinário. Todas as questões constitucionais que não sejam dotadas desse atributo, pela EC n. 45, estão excluídas da possibilidade de recurso extraordinário. Este último conjunto de questões constitucionais passou a ser objeto de “veto” constitucional, em que se estabeleceu o não-cabimento de recurso extraordinário.

Ressalta-se que essa não foi a primeira tentativa de se criar um mecanismo de filtragem das questões a serem analisadas em sede de recurso extraordinário. A tentativa anterior, no entanto, não foi bem-sucedida.

2.1 Arguição de relevância

Inspirada no *Writ of Certiorari* norte-americano², surgiu no Brasil o instituto denominado de “arguição de relevância”, conforme o art. 119, III, *a e d* c/c o § 1º da CF/1967, alterada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, c/c os arts. 325, I a XI, e 327, § 1º, do Regimento Interno do STF (RISTF), com a redação dada pela Emenda Regimental n. 2 de 1985. A arguição de relevância

2 Sobre o tema, Bruno Dantas fez um estudo detalhado em sua tese de mestrado, cujo livro consta nas referências bibliográficas.

permitiu ao Supremo Tribunal Federal conhecer apenas os recursos extraordinários que discutissem questões federais importantes.

Naquela época, à Corte cabia a função de zelar pela integridade de todo o direito positivo federal (constitucional e infraconstitucional). Sobre o tema, Dantas (2009, p. 250) aduz que:

Embora se diga, não sem boa dose de razão, que a arguição de relevância foi o antecedente histórico nacional da repercussão geral, é necessário consignar que essa semelhança se deve muito mais às linhas gerais do instituto do que a aspectos propriamente dogmáticos. É que, na realidade, sob a égide da relevância, as questões constitucionais eram necessariamente admitidas no embasamento do RE, e a restrição aplicava-se única e exclusivamente no plano do direito federal infraconstitucional.

Assim, a rigor, para que a semelhança vislumbrada ultrapassasse o plano metodológico, atingindo a barreira dogmática, a repercussão geral deveria se referir ao REsp – este sim relacionado hodiernamente à legislação federal infraconstitucional –, e não propriamente ao RE, pois no regime revogado as questões constitucionais eram presumidamente dotadas de relevância.

Cumprir registrar que, apenas em 1985, com a Emenda n. 2 do Regimento Interno do STF, a arguição de relevância adquiriu a função para a qual fora idealizada. Ao considerar essa alteração, o Regimento, em vez de enumerar as hipóteses em que o recurso extraordinário não seria cabível, passou a enumerar as situações em que ele seria admitido. Nos demais casos, seria necessário que o recorrente demonstrasse tal relevância, sob pena de não conhecimento do recurso.

O conceito de questão federal relevante, diferente do que ocorria no sistema anterior, estava previsto no próprio Regimento Interno do STF, considerando-se como aquela que “pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal da causa”. Essa definição ia além do inte-

resse público, que era apontado como o critério a ser utilizado por boa parte da doutrina anterior a essa regulamentação (BERMAN, 2009, p. 112).

Houve uma mudança no escopo da arguição de relevância das questões federais, pois, em vez de viabilizar a inclusão das espécies negativamente citadas anteriormente (no RISTF), a relevância passou a ser uma “válvula de escape”, criando uma hipótese genérica de cabimento do recurso extraordinário, ao lado das hipóteses específicas arroladas nos incisos I a X do art. 325 do Regimento Interno do STF (DANTAS, 2009, p. 255).

Sobre o tema, Alvim (2005, p. 94), ao abordar a metodologia utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para disciplinar a arguição de relevância, explica bem as técnicas empregadas:

Historicamente (no sistema da arguição de relevância), nas disciplinas iniciais, as exclusões feitas pelo Regimento Interno do STF elencavam as hipóteses objeto de descabimento, em regra, do recurso extraordinário, mas simultânea ou paralelamente, desde que houvesse o comparecimento da relevância da hipótese excluída, o recurso viria a ser objeto de julgamento; ou seja, a relevância dizia respeito e incidia no universo das hipóteses normalmente excluídas, e deixaria de o ser uma dessas hipóteses, diante da relevância do caso concreto; com a evolução e com o aumento das hipóteses excluídas – o sistema de excluir nominalmente as causas passou a ser não funcional, porque o número de exclusões foi aumentando –, a definição passou a ser positiva (Emenda do STF n. 2/1985 ao seu Regimento Interno), cabendo o recurso nos casos regimentalmente previstos, e, ainda, quando não prevista a hipótese, em relação à qual não cabia o recurso, esse passaria a caber, desde que a hipótese se apresentasse como relevante.

Nesse sentido, a relevância tinha o papel de catalisar o ponto de vista da Corte Suprema sobre a sua própria função recursal extraordinária e sobre os grandes temas que mereceriam atenção

do tribunal, em razão da contribuição que sua decisão daria para o desenvolvimento do sistema positivo e para o aperfeiçoamento das instituições (DANTAS, 2009, p. 257).

2.2 Diferenças entre a repercussão geral e a arguição de relevância

Embora tenham a mesma função de “filtragem recursal”, a arguição de relevância e a repercussão geral não se confundem. Na prática, as diferenças entre os dois institutos são grandes e vão além da nomenclatura escolhida para cada um deles. Enquanto a arguição de relevância visava possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário a princípio incabível, funcionando como um instituto com característica central inclusiva, a repercussão geral tem por escopo excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal demandas que assim não se caracterizem (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 31).

A título de compreensão da distinção entre os institutos, é necessário ter em mente que, antes da Constituição de 1988, o escopo do recurso extraordinário era bem mais abrangente, já que incluía a possibilidade de revisão das decisões que ofendessem também a legislação federal. Após a criação do Superior Tribunal de Justiça, o reexame dessas questões foi transferido para o recurso especial, ficando para o Supremo Tribunal Federal a competência para o reexame das questões constitucionais. Na arguição de relevância, a presença de matéria constitucional discutida na lide dispensava a necessidade de demonstração da relevância, ou seja, nessas situações, esta era presumida (BERMAN, 2009, p. 114).

Nesse sentido, Berman (2009, p. 114) conclui que a repercussão geral somente seria equivalente à arguição de relevância se fosse um requisito de admissibilidade dos recursos especiais, e não dos recursos extraordinários. No entanto, o legislador criou um instituto diferente, pois, se antes a simples presença da questão constitucional fazia com que a relevância fosse presumida pelo Supremo

Tribunal Federal, agora, será necessário fazer a devida distinção entre as matérias constitucionais dotadas de repercussão geral e aquelas que não o são. Somente as primeiras serão admitidas pela Corte Suprema, sendo definitivas as decisões dos tribunais *a quo* quanto às demais decisões.

Consoante Benucci (2008, p. 118), enquanto a arguição de relevância caracterizava-se como um pré-requisito de admissibilidade, por se tratar de incidente preliminar ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, no sistema atual, a presença da repercussão geral, analisada pelo próprio STF, configura-se como um verdadeiro requisito de admissibilidade.

Existe outra distinção fundamental no que concerne ao aspecto procedimental: a arguição de relevância, originária do regime ditatorial, era julgada em sessões secretas, sem a necessidade de a Corte Suprema fundamentar suas decisões; a repercussão geral, ao contrário, deve ser apreciada com ampla publicidade, garantida pelo “canal da repercussão” na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, com decisões devidamente fundamentadas, consoante prevê o art. 93, IX, da Constituição Federal (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 31).

3 Procedimento da repercussão geral

3.1 Demonstração da repercussão geral

O art. 543-A, § 2º, do CPC dispõe que: “O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral”.

No artigo em tela, verifica-se que o legislador instituiu mais um requisito especial para a admissibilidade do recurso extraordinário, consubstanciado na demonstração pelo recorrente de repercussão geral, em matéria preliminar fundamentada. Para tal desi-

derato, deverá evidenciar que a controvérsia possui relevância que transcende aos interesses dos sujeitos daquela lide.

O dispositivo comina duas obrigações: a determinação topológica da repercussão geral na peça recursal e o ônus da demonstração do instituto pelo recorrente.

3.2 A análise colegiada e o plenário virtual³

A informatização do processo judicial é uma das tendências do processo civil moderno e foi incorporada pelo Supremo Tribunal Federal como peça fundamental na verificação da repercussão geral.

A Emenda Regimental n. 21/2007 instituiu mecanismo inovador que dispensa a presença física dos ministros nas sessões de verificação da repercussão geral, contribuindo para a celeridade do processamento dos recursos extraordinários submetidos à repercussão geral. Esse mecanismo trazido pelo Regimento Interno da Corte foi denominado “plenário virtual”. Trata-se de sistema totalmente informatizado, operado pelos próprios ministros e grande facilitador da votação em plenário da repercussão geral.

Conforme o art. 323 do Regimento Interno do STF, quando não for caso de inadmissibilidade de recurso por outra razão, o relator deverá submeter, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. Recebida a manifestação do relator, os demais ministros irão lhe encaminhar, também por meio eletrônico, no prazo comum de vinte dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral.

Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral, conforme preceitua o art. 324 do Regimento Interno do STF. Essa presunção não

³ Neste tópico, o tema foi trabalhado com a análise do Regimento Interno do STF e suas alterações, mediante consultas ao *site* do STF (www.stf.jus.br), para as devidas ponderações acerca do funcionamento do Plenário Virtual.

será possível quando o relator tiver declarado que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do CPC.

Passado o prazo regimental de vinte dias, far-se-á a somatória dos votos. Se for constatada a presença de oito votos contrários à admissão do recurso, será lavrado acórdão de não conhecimento deste. Esse prazo é preclusivo. Sendo assim, encerra-se a votação independentemente da quantidade de votos obtidos. Se o relator considerar que se trata de matéria constitucional, os casos de omissões serão reputados favoráveis à admissão do recurso. Contudo, se o relator declarar a matéria como infraconstitucional, a presunção se dará contrariamente à admissão.

Como já foi apontado, no plenário virtual não há a exigência de que os ministros profiram os seus votos por escrito e de forma fundamentada, com exceção do ministro relator, que deve encaminhar sua manifestação aos demais.

Não serão submetidas ao plenário virtual as matérias com jurisprudência dominante no STF, as quais deverão ter análise de repercussão geral em decisão plenária, via questão de ordem, a ser suscitada pelo presidente nos recursos não distribuídos, ou pelos relatores nos recursos distribuídos. No julgamento da questão de ordem, além de se analisar a repercussão geral, também se poderá propor a reafirmação da jurisprudência da Corte. O relator também poderá suscitar questão de ordem para o exame da repercussão geral em plenário presencial sempre que julgar necessário.

No dia 27 de novembro de 2008, em sessão administrativa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que os julgamentos do plenário virtual serão públicos, podendo ser acompanhados em tempo real pelo Portal do STF.

O plenário virtual, disponibilizado no *site* do STF, é representado por meio de uma tabela que contém o número do recurso

extraordinário sob análise, a matéria discutida e o nome de todos os ministros. Na medida em que cada ministro vota, aparece ao lado do seu nome a expressão “há”, para os casos em que votar favoravelmente à repercussão geral, e “não há”, para os casos em que votar contrariamente à repercussão geral. Esse plenário é disponibilizado no *site* até o término da votação.

Note-se que os ministros não são obrigados a votar no plenário virtual tampouco a proferirem seus votos na forma escrita. Por essa razão, na maioria dos acórdãos proferidos após o término da votação, há apenas o voto do ministro relator, acompanhado do voto do ministro Marco Aurélio, que se pronuncia por escrito em praticamente todos os juízos de admissibilidade, o que é uma exceção se comparado aos demais ministros.

O plenário virtual foi um meio encontrado pelo Supremo Tribunal Federal a fim de agilizar o juízo de admissibilidade da repercussão geral. O uso de meios eletrônicos tem-se tornado mais comum a cada dia no Judiciário brasileiro, seguindo uma tendência geral, globalizada. No entanto, a não exigência de motivação da posição vencedora, ao possibilitar a ausência de qualquer tipo de fundamentação da decisão sobre a existência ou não de repercussão geral, violaria a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da CF/1988, pressuposto político da necessidade de controle das atividades do juiz.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal demonstrou sua preocupação em dar concretude ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais no que concerne a esse requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Em discussão ocorrida no plenário do dia 26 de março de 2009, os ministros estabeleceram nova regra para o julgamento sobre a existência de repercussão geral: o primeiro ministro que divergir do voto do relator do recurso terá de disponibilizar seus motivos no sistema eletrônico de votação disponível no portal do STF. O objetivo é permitir que a razão da divergência seja divulgada, o que é importante, especialmente quando o relator acaba vencido na votação da repercussão geral.

Nesse sentido, verifica-se que no plenário virtual devem ser observadas as garantias mínimas do processo, decorrentes do princípio do devido processo legal.

No entanto, não se descarta a possibilidade de a repercussão geral não ser discutida em plenário virtual, mas em plenário presencial, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem no AI n. 644.567/RS, rel. min. Gilmar Mendes e na Questão de Ordem no AI n. 715.423, rel. min. Ellen Gracie.

Contudo, havendo decisão do Pleno no sentido de que determinada questão não tem repercussão geral, recursos extraordinários futuros que veiculem questões jurídicas idênticas poderão ser rejeitados por uma das Turmas do STF ou até pelo próprio relator, conforme preceituam os arts. 557 e 543-A, § 5º, ambos do CPC.

3.3 *Amicus curiae*

Levando-se em consideração que o § 1º do art. 543-A preceitua que a questão deve ultrapassar os limites “subjetivos da causa”, o § 6º do mesmo artigo admite a participação do *amicus curiae* na discussão sobre a existência ou não da repercussão geral, desde que o faça por intermédio de advogado habilitado.

O Supremo Tribunal Federal, em voto proferido na ADI n. 748 AgR/RS⁴, cujo relator foi o ministro Celso de Mello, pronunciou-se no sentido de que o *amicus curiae* é um colaborador informal da Corte, não se tratando tecnicamente de forma de intervenção de terceiros.

Trata-se de pessoa ou entidade, em regra, sem relação ou interesse próprio na lide, com o papel de opinar ou prestar informações sobre a matéria controvertida, podendo o órgão julgador conferir à manifestação o valor que entender adequado no caso em análise.

4 DJ n. 30, de 12 fev. 2007. Plenário.

Sobre o instituto em análise, Medina (2009, p. 345) faz a seguinte ponderação:

Se é certo que os grupos atingidos pela decisão judicial a ser proferida não decidem com o Estado, não menos acertado é dizer que à sociedade devem ser assegurados instrumentos de participação no procedimento, a fim de que possa informar-se, analisar as opções que no processo são colocadas, indicar suas objeções a que uma ou outra solução seja escolhida, e ter suas objeções analisadas pelo Poder Judiciário.

A participação do *amicus curiae* no processo, assim, liga-se à noção de direito de participação procedimental, que é inerente à ideia de Estado Democrático de Direito. Reconhece o Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, que o *amicus curiae* “qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte”, permitindo que “se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais”⁵.

O *amicus curiae* possibilita ao recorrente que teve seu recurso sobrestado em virtude da admissão de recurso extraordinário fundamentado em idêntica controvérsia que apresente manifestações sobre o tema, demonstrando outros argumentos que justifiquem o reconhecimento da repercussão geral no caso concreto. É que, embora o tribunal *a quo* deva selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, pode ocorrer de aquele que teve seu recurso sobrestado ter outros argumentos que justifiquem o reconhecimento da relevância da questão, argumentos estes não levados em questão nos recursos representativos da controvérsia (MEDINA, 2009, p. 345; SOUZA, 2009, p. 591).

5 No trecho entre aspas, o autor transcreve parte do acórdão do STF, na ADI n. 2130 MC/SC, j. em 20.12.2000, rel. min. Celso de Mello, DJ de 2 fev. 2001, p. 145.

3.4 Efeitos vinculantes da decisão do STF acerca da repercussão geral em sede de recurso extraordinário

Quanto aos efeitos vinculantes da decisão do Supremo Tribunal Federal, vale ressaltar as reflexões de Reis (2008, p. 72):

Como a própria norma ressalva, haverá sempre a possibilidade de revisão da tese pela Corte, de modo que a “primeira” decisão sobre a ausência de repercussão geral numa certa questão servirá apenas como guia para futuras decisões em casos análogos, mas sem o condão de “engessar” o entendimento do STF. E nem seria razoável adotar-se solução diversa. Nem mesmo as decisões prolatadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade vinculam o próprio Tribunal, que poderá rever a tese, por exemplo, diante do fenômeno da mutação constitucional, isto é, a mudança da Constituição pela via simplesmente interpretativa, sem que tenha havido alguma alteração formal em seu texto.

[...]

Assim, também em tema de repercussão geral é evidente que há espaço para uma possível mudança de entendimento do STF no futuro, e questões que não foram admitidas no passado poderão vir a sê-lo, por força de transformações sociais, políticas, econômicas. Também aqui, não há que se afastar a admissibilidade de uma *interpretação evolutiva* por parte da Corte.

Nesse sentido, Marinoni e Mitidiero (2008, p. 25) reconhecem uma aproximação do novo perfil do recurso extraordinário à doutrina do *stare decisis*, típica do sistema norte-americano, em que não se admite que “um órgão judicial inferior desobedeça àquilo que a Suprema Corte já afirmou ser o direito (*the law of the land*)”. Ocorre um efeito vinculante vertical, que subordina os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública às decisões da Suprema Corte, no que concerne aos seus motivos determinantes (a *ratio decidendi*). E essa mesma vinculação vertical está presente

na sistemática adotada pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à repercussão geral em recurso extraordinário.

4 O papel do intérprete julgador na análise da repercussão geral

4.1 Repercussão geral: um conceito jurídico indeterminado

A repercussão geral no recurso extraordinário foi instituída pela Constituição Federal, em seu art. 102, § 3º, que reservou à lei a atribuição de preencher o seu conteúdo. A Lei n. 11.418, promulgada em 19 de dezembro de 2006, cumpriu esse papel, acrescentando os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil, que deram plena efetividade à norma constitucional. Em seguida, a lei foi regulamentada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007.

Ao delimitar o que devemos entender por repercussão geral, a lei utilizou um conceito jurídico indeterminado, que pouco esclareceu que tipo de matéria não pode mais ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal. O legislador trouxe uma fórmula que conjuga relevância e transcendência, dispondo que:

para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Conforme se vê, a redação do referido dispositivo deixa a definição do que se deve entender por repercussão geral dependente de critério subjetivo do órgão julgador. Como definir o que é questão relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico? Trata-se de um conceito vago, que carece de interpretação para se apurar o exato sentido desejado pelo legislador.

Wambier (2001, p. 367) esclarece que:

[...] a função do conceito vago não é outra senão a de driblar a complexidade das relações sociais do mundo contemporâneo e a de fazer com que haja certa flexibilização adaptativa na construção e aplicação da norma jurídica. Eles se constituem na resposta adequada à permanente e freqüentíssima mobilidade da realidade objetiva abrangida pela previsão normativa, permitindo uma “aplicação atualista e individualizada da norma, ajustada às peculiaridades de cada situação concreta”. Uma das mais relevantes funções do conceito vago é a de fazer com que a norma *dure* mais tempo, fixar flexivelmente os limites de abrangência da norma, fazê-la incidir em função das peculiaridades de casos específicos. [grifos do original]

Segundo Martins-Costa (2000, p. 326), no conceito jurídico indeterminado há a junção de duas importantes características: alto grau de vagueza semântica e o *reenvio a valores* ou conceitos extrassistemáticos.

Dado o grau de complexidade dos conceitos jurídicos indeterminados, torna-se imperiosa a definição de valor, para uma melhor compreensão desta espécie normativa.

Para Ferraz Junior (2001, p. 111), valores são “núcleos significativos” que “expressam uma preferibilidade abstrata e geral por certos conteúdos de expectativa, ou melhor, por certos conjuntos de conteúdos abstratamente integrados num sentido consistente”, tendo como exemplo o sentido do valor do justo, que deverá sempre prevalecer. Entende o autor que valores são “símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes ou, ainda, fórmulas integradoras e sintéticas para a representação do sentido de consenso social”. É nesse sentido que será utilizado o termo “valor”, quando nos referirmos à referida característica do reenvio a valores extrassistemáticos, comum aos conceitos jurídicos indeterminados.

De acordo com Martins-Costa (1991, p. 22), os conceitos jurídicos indeterminados podem se referir tanto a “realidades valorativas” quanto a “realidades fáticas”, sendo que muitas vezes têm mais de um

significado, permitindo uma razoável dose de liberdade por parte do intérprete da lei no momento de sua aplicação. Embora os conceitos jurídicos indeterminados, devido a sua vagueza semântica, permitam a abertura às mudanças de valorações, o fato é que, por se integrarem na descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. O aplicador da norma deverá averiguar quais são as conotações éticas efetivamente vigentes, de modo a determiná-los *in concreto*. Mas, “uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não-coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada” (MOREIRA, 1979, p. 605). Nos conceitos jurídicos indeterminados não haverá “criação do direito” por parte do juiz, mas apenas interpretação. Será o caso, pois, de subsunção (MARTINS-COSTA, 1991, p. 22).

As normas cujo grau de vagueza é mínimo, tais como os conceitos jurídicos indeterminados, permitem que ao julgador seja dado tão somente o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo, pois as consequências já estão estatuídas de modo geral e abstrato na norma, sendo que, nas cláusulas gerais, por exemplo, as consequências somente serão formadas em face do caso concreto (MARTINS-COSTA, 2000, p. 335-341).

É o que ocorre com o instituto da repercussão geral, o julgador deverá preencher o conteúdo da norma, ou seja, verificar quando a matéria constitucional discutida no recurso extraordinário tem repercussão geral. Uma vez reconhecidas a relevância e a transcendência da matéria, as consequências já estão previstas nas normas do CPC e do Regimento Interno do STF.

Engisch (1996, p. 208-209) definiu conceito indeterminado como “um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”. O filósofo alemão distinguiu que há:

[...] nos conceitos jurídicos indeterminados um *núcleo* conceitual e um *halo* conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do

núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito. [grifos no original]

Nesse sentido, Dantas (2009, p. 235) preleciona que, na repercussão geral, o *núcleo conceitual* se verifica na medida em que se tem um domínio da noção clara do conceito e de sua extensão, ou seja, na certeza de que não basta que as questões constitucionais sejam do interesse exclusivo das partes processuais. Por outro lado, o *halo conceitual* começa nas dúvidas que surgem sobre o tipo de impacto que deverá existir para a repercussão ser geral.

É importante ressaltar que a opção do legislador de utilizar um conceito jurídico indeterminado para esse requisito de admissibilidade do recurso extraordinário teve o objetivo de “manter a regra permanentemente atualizada, dispensando modificações legislativas com vistas à adequação do seu conteúdo às mudanças de ideologias e paradigmas” (DANTAS, 2009, p. 237).

Os conceitos jurídicos indeterminados possibilitam maior permeabilidade ao ordenamento jurídico, adaptando-se ao progresso da sociedade, em um mundo globalizado.

4.2 Conceito de repercussão geral

A princípio, no que se refere ao conteúdo semântico, cabem dois comentários sobre a repercussão geral. O substantivo repercussão advém do latim *repercussione*, cujo significado no Dicionário Aurélio⁶, é “ato ou efeito de repercutir”. O verbo intransitivo repercutir tem sua origem no latim *repercure* e significa “fazer sentir indiretamente a sua ação ou influência”. Nele está a parcela descritiva do conceito, em razão de ser algo de possível apreensão pelos sentidos.

Por outro lado, o adjetivo geral provém do latim *generale* e significa “comum à maior parte ou à totalidade de um grupo de pes-

⁶ *Novo dicionário Aurélio eletrônico*, versão 5.0.

soas”. No vocábulo encontra-se a parcela normativa do conceito, que depende de preenchimento valorativo, porquanto a ideia de generalidade pressupõe o conhecimento do grupo social considerado.

Nesse contexto, é importante observar a definição legal, prevista no art. 543-A, § 1º, introduzido no CPC pela Lei n. 11.418/2006, que dá uma relativa elasticidade ao conceito, pois o legislador utilizou uma fórmula que conjuga relevância (econômica, política, social ou jurídica) e transcendência, no sentido de que a repercussão vai além dos interesses meramente subjetivos das partes na causa. Dessa forma, a repercussão geral não é um tema exclusivamente técnico-processual, pois apresenta transcendentais com aspectos metajurídicos (sociais, econômicos, políticos).

No que concerne ao aspecto político, a relevância está presente quando a causa repercutir no plano das relações de poder do Estado, por exemplo, quando possa insurgir decisão capaz de influenciar em alguma diretriz governamental, nas ligações e nas associações do Estado com outros países (SOUZA, 2009, p. 587).

A relevância social da questão existirá quando esta estiver ligada à noção de interesse público *lato sensu* (SOUZA, 2009, p. 587).

Quanto à caracterização da relevância econômica, Souza (2009, p. 587) argumenta que é fundamental que o litígio abranja circunscrição ampla e geral, mas não necessariamente no âmbito nacional, regional, estadual ou municipal. Poderá surgir dentro de um pequeno espaço geográfico, mas de grande densidade populacional. Nesta situação, haverá relevância quando a decisão criar um precedente, outorgando direitos de um número considerável de pessoas.

No que diz respeito às ações coletivas, Souza (2009, p. 587) entende que a repercussão geral deve ser presumida, devido ao fato de atingirem certos grupos de indivíduos, ou seja, a coletividade. Nesse sentido, a autora utiliza como exemplo as lides em que se discutem a legitimidade ativa do Ministério Público para propositura de ações coletivas.

Ressalta-se que nossa legislação prevê que, independentemente da demonstração da relevância econômica, social, política ou jurídica para além das partes da lide, haverá repercussão geral sempre que o recurso ataca decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o art. 543-A, § 3º, do CPC.

Após os exemplos doutrinários de matérias que possuem relevância e transcendência, seguem os conceitos de repercussão geral criados pela doutrina pátria.

Gomes Júnior (2006, p. 263), utilizando o conceito de José Adriano Marrey Neto, define relevância como algo cuja influência mediata ou imediata não ocorra somente no âmbito da lide em que a questão está sendo debatida. Assim, há relevância quando “os reflexos da decisão a ser prolatada não se limitarem apenas aos litigantes, mas também à coletividade”.

Ensina Barinoni (2005, p. 722) que a repercussão geral significa o transbordamento dos limites subjetivos do caso submetido ao Supremo Tribunal Federal por força de recurso extraordinário, que encontrará eco em outros processos similares, para os quais a Corte Suprema necessita formar jurisprudência.

Consoante os ensinamentos de Marinoni e Mitidiero (2008, p. 37), a transcendência da controvérsia constitucional pode ser assinalada sob o prisma qualitativo ou quantitativo. Na primeira hipótese, sobrepuja “o importe da questão debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito”. Na segunda, o número de pessoas afetadas pela decisão e a natureza do direito tutelado – difuso ou coletivo – é o que caracteriza a transcendência.

Por fim, Dantas (2009, p. 248), em sua tese de mestrado, conceituou o pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário da seguinte forma:

[...] repercussão geral é o pressuposto especial de cabimento do recurso extraordinário, estabelecido por comando constitucional, que impõe que o juízo de admissibilidade do recurso leve em consideração o impacto direto que eventual solução das questões constitucionais em discussão terá na coletividade, de modo que se lho terá por presente apenas no caso de a decisão de mérito emergente do recurso ostentar a qualidade de fazer com que parcela representativa de um determinado grupo de pessoas experimente, indiretamente, sua influência, considerados os legítimos interesses sociais extraídos do sistema normativo e da conjuntura política, econômica e social reinante num dado momento histórico.

Portanto, observa-se que a repercussão geral é um conceito jurídico indeterminado ainda pouco explorado pela doutrina. Como a própria natureza da norma induz, é um conceito inacabado, em processo de elaboração, que será preenchido de acordo com as transformações de nossa sociedade, em virtude de sua flexibilização, que permite sua adaptação na construção e aplicação da norma jurídica.

4.3 A discricionariedade judicial

Ao exigir a repercussão geral da questão enfrentada na fundamentação do recurso extraordinário, nos termos do art. 102, § 3º, da Constituição, o legislador utilizou conceitos elásticos, que permitem ao intérprete julgador uma atividade construtiva ou concretizadora, que vai além da simples e automática subsunção do caso concreto ao preceito literal e exato da regra.

Diante da fluidez no preenchimento valorativo dos conceitos jurídicos indeterminados, resta saber se, nessa tarefa, tem o juiz poder discricionário para escolher a solução que, conforme seu entendimento particular, melhor solucione o conflito instaurado na lide.

Contudo, essa operação está bem distante de envolver um poder discricionário do julgador. Sobre o tema, Theodoro Júnior (2007, p. 10) elucida que:

Poder discricionário, em direito público, só se verifica quando o agente tem, de fato, a plena opção entre praticar ou não determinado ato ou serviço, segundo um juízo próprio de conveniência e oportunidade. É, pois, legítima a escolha entre duas condutas, segundo juízo exclusivo do próprio agente do poder, de sorte que qualquer que seja ela redundará numa deliberação válida.

Isso nunca acontece nas decisões judiciais. Mesmo que a regra legislada utilize termos vagos ou conceitos indeterminados, há parâmetros e valores que se impõem ao julgador de maneira cogente. O que se exige do aplicador é uma obra de interpretação que procure traduzir o sentido da vontade da lei diante das particularidades do caso concreto. Jamais estará ele livre para optar por uma deliberação que seja indiferente aos parâmetros e valores proclamados pela norma.

Nunca terá o poder de escolher entre duas opções igualmente válidas e legítimas. Mesmo sendo pouco precisa a regra legal, ela somente poderá ter um único sentido para a subsunção do fato discutido no processo. Cumpre ao juiz descobri-lo e proclamá-lo, dentro dos parâmetros e valores apontados pela lei.

Bedaque (2001, p. 187) tem um posicionamento assemelhado quando indagado acerca da liberdade do juiz em escolher entre duas soluções válidas:

A resposta dever ser negativa, na medida em que o Estado, através da atividade jurisdicional, tende a declarar o direito dos litigantes, concretizando-o (como disse Chiovenda, trata-se de afirmar e atuar a vontade concreta da lei), ou então tende a compor a lide (como quer Carnelutti, a atuação do Estado consistiria na justa composição da lide). Quando se quer tratar, portanto, de discricionariedade judicial, a expressão entre nós há de significar apenas a maior ou menor liberdade de o juiz adaptar (ou interpretar) as normas aos casos concretos, de tal sorte que o magistrado não tem liberdade de esco-

lher uma entre várias possibilidades de aplicar a norma: em verdade, espera-se dele que aplique a norma da única forma correta, dando ao caso concreto a solução imaginada (ou desejada) pelo legislador.

Dessa forma, é correto o posicionamento doutrinário de alguns processualistas, como Moreira (1979, p. 605), Wambier (2001) e Dantas (2009, p. 267), que defendem que, além de não existir discricionariedade judicial, deverá haver a sua total desvinculação dos conceitos jurídicos indeterminados. Isso significa que não existe discricionariedade judicial na aplicação dessas espécies normativas ao caso concreto.

Ademais, English (1996, p. 218) já fazia a distinção entre discricionariedade administrativa, que, para o filósofo, era a “possibilidade de escolher entre várias alternativas diferentes de decisão”, e a discricionariedade aplicada pelos juízes, que o autor alemão denominou de “discricionariedade vinculada”, abaixo conceituada:

Aqui podemos também lançar mão do conceito evanescente de “discricionariedade vinculada” e dizer que a discricionariedade é vinculada no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o “único ajustado”, em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as “circunstâncias do caso concreto”.

[...]

Trata-se aqui de um “espaço residual” (portanto, de um espaço livre – restringido) da “subjectividade na apreciação do justo” que persiste depois de terem sido consideradas e atendidas todas as possíveis regras e circunstâncias e que não pode ser totalmente eliminado.

[...]

Os espaços de livre apreciação distinguem-se das genuínas atribuições de poder discricionário (isto é, atribuições de poder para uma discricionariedade “livre”) pelo facto de que as últimas reconhe-

cem um “espaço ou domínio de liberdade de decisão própria” onde deve decidir-se segundo as “concepções próprias” daquele a quem a competência é atribuída. [destaques no original]

Nesse sentido, se existe discricionariedade judicial, somente poderá ser a “discricionariedade vinculada” conceituada por Engisch no século passado.

Portanto, à luz das considerações acima, conclui-se que, para cada caso examinado pelo Supremo Tribunal Federal na análise da existência ou não de repercussão geral, apenas uma solução pode ser tida como a solução correta. Uma vez assinalada a relevância e a transcendência da controvérsia, faz-se presente o binômio caracterizador da repercussão geral, estando o Supremo Tribunal Federal compelido a admitir o recurso extraordinário e apreciar-lhe o mérito.

4.4 A fundamentação das decisões como garantia do cidadão

O legislador constituinte, ao prever que as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, impôs ao órgão jurisdicional uma determinação de apresentar a motivação do julgamento, implicando obrigatoriedade de se dar uma explicação às partes que postularam a pretensão de um direito, acerca do conteúdo do julgamento. Se o Estado tem o monopólio da Justiça, deverá justificar sua atuação perante aos que dela se valem, demonstrando que a solução encontrada é, pelo menos, plausível.

E para que tal exigência não seja arbitrária, mas que se mantenha nos limites da legalidade e em conformidade com os princípios existentes no ordenamento jurídico, é imperativo que a atividade jurisdicional seja límpida e racional, não apenas para as partes, mas para toda a comunidade. Por isso, os julgamentos deverão ser explicitados claramente e bem fundamentados, para que a sociedade aceite e legitime a autoridade do Poder Judiciário, que tem o dever de julgar com total transparência (ALMEIDA, 1992, p. 200).

A fundamentação das decisões judiciais, se é um dever para o Estado, é um direito do cidadão. Como o julgamento proferido é dirigido às pessoas, estas é que devem ficar convencidas de que a decisão é pelo menos plausível. E somente com uma boa fundamentação é que o julgador poderá demonstrar a retidão em seu julgamento (ALMEIDA, 1992, p. 194). O juiz, ao entregar a tutela jurisdicional, não deverá apenas dizer se houve ou não repercussão geral, mas deverá explicar as razões, o porquê da existência ou não de repercussão geral. Deverá explicar as razões de tal decisão neste ou em outro sentido, para que não somente as partes, mas toda a sociedade, mesmo não concordando, sinta-se convencida das razões de decidir do julgador.

4.5 O direito como integridade de Dworkin e o instituto da repercussão geral

Como é claramente perceptível, não é fácil a tarefa do julgador. Suas decisões são públicas, sendo alvo de críticas de toda a sociedade, aumentando a responsabilidade do magistrado.

No que concerne ao novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, há uma tarefa difícil para o intérprete julgador: como definir se a matéria constitucional questionada tem ou não repercussão geral, levando-se em consideração que não há discricionariedade judicial na aplicação do instituto?

Dworkin (2002, p. 429) em sua obra “Levando os direitos a sério” cria a figura do juiz Hércules, de capacidade e paciência sobre-humanas, que demonstra um esforço “hercúleo” em busca da resposta certa para os casos difíceis. Surge então a seguinte questão: existe apenas uma resposta certa ou várias respostas certas para os casos a serem decididos? É uma questão de difícil solução. Para o autor, o juiz Hércules poderá encontrar uma única resposta certa para o caso difícil, mas o mais importante é que o julgador decida

com a sua melhor capacidade de julgar e que convença todos que sua decisão é a mais acertada (2002, p. 432).

Em outra obra, Dworkin (2007, p. 271-331) sugere uma nova concepção do Direito. O Direito como integridade é a teoria em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas, cuja combinação de elementos se voltam tanto para o passado quanto para o futuro, interpretando a prática jurídica atual no contexto de um processo de desenvolvimento. A argumentação de Dworkin (2007, p. 272) é no sentido de que:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

Os juízes, ao identificarem os direitos e deveres legais, partem do pressuposto de que estes foram criados por um único autor – a comunidade personificada. Decidir, por exemplo, se um determinado indivíduo tem ou não direito a uma indenização significa “decidir se vemos a prática jurídica sob sua melhor luz a partir do momento em que supomos que a comunidade aceitou o princípio de que as pessoas na situação dela têm direito a ser indenizadas” (DWORKIN, 2007, p. 272).

Ainda acerca de sua teoria – o Direito como integridade – Dworkin faz uma comparação do direito jurisprudencial com a literatura, denominado pelo autor de “romance em cadeia”, em que um grupo de romancistas escreve um mesmo romance em série, no qual cada um dos escritores interpreta os capítulos anteriores que recebeu, para escrever um capítulo seguinte, e assim sucessivamente. Segundo Dworkin (2007, p. 276):

Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.

É importante que os romancistas levem a sério suas responsabilidades de continuidade, criando em conjunto, na medida do possível, um romance unificado que seja da melhor qualidade (DWORKIN, 2007, p. 276):

Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve.

O autor do romance assume dupla função: a de crítico e literário. Para escrever o seu capítulo ele terá que criticar os capítulos anteriores, para um melhor posicionamento no contexto atual. Além do mais, sua crítica se estenderá também aos capítulos que escrever, pois ele deverá ter uma visão global do romance, que deverá ser uno, íntegro (DWORKIN, 2007, p. 277).

Esta comparação que Dworkin fez do “romance em cadeia” com o direito jurisprudencial facilita uma melhor compreensão da interpretação do Direito, principalmente nesta visão teórica – o Direito como integridade – em que as decisões judiciais devem pelo menos aproximar-se de uma interpretação plena de todo o Direito que rege uma determinada comunidade.

O juiz Hércules contempla um ideal difícil de ser alcançado, mas a teoria do Direito como integridade de Dworkin, em que ele faz uma analogia do “romance em cadeia” com a aplicação do direito jurisprudencial, pode ser aplicada à atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento da existência ou não da repercussão geral da questão constitucional discutida no processo em análise.

Há apenas uma resposta correta no que concerne à decisão do intérprete julgador, referente ao preenchimento do requisito de admissibilidade especial do recurso extraordinário, sobre a existência ou não de repercussão geral da matéria constitucional questionada na lide.

Existe outro aspecto que também merece ser avaliado. A repercussão geral é um conceito jurídico indeterminado, que carece de valoração objetiva no seu preenchimento, não implicando poder discricionário para o intérprete julgador que aplicará a norma. Nesse sentido, poderá permitir um controle social, pelas partes e de toda a sociedade, da atividade do Supremo Tribunal Federal, mediante um cotejo de casos já decididos pela própria Corte.

E o STF tem demonstrado que é receptivo a esse controle social de seus atos judiciais por meio da transparência das decisões acerca da repercussão geral em seu sítio eletrônico, pois possibilitou o acesso de todos aos votos dos ministros no plenário virtual, criou o Canal da Repercussão, que é um espaço reservado, em seu portal, para o intercâmbio periódico de informações entre o STF e os outros tribunais, quanto aos procedimentos relacionados à repercussão geral, disponibilizou em seu sítio eletrônico um catálogo de decisões em recursos extraordinários sobre repercussão geral e também um fórum para a interação entre a Corte Suprema e os tribunais de origem, a fim de que haja a troca de informações sobre o volume e o teor dos processos sobrestados.

Com efeito, a partir de uma gradativa e natural formação de catálogo de casos de repercussão geral julgados pelo Supremo Tribunal Federal, permite-se o controle em face da própria atividade jurisdicional da Corte, objetivando-se cada vez mais o preenchimento dos conceitos de relevância e transcendência, ínsitos à ideia de repercussão geral, possibilitando-se assim o preenchimento da valoração existente nesse conceito jurídico indeterminado.

5 Conclusão

Conclui-se que há apenas uma resposta correta no que concerne à decisão do intérprete julgador, referente ao preenchimento do requisito de admissibilidade especial do recurso extraordinário, sobre a existência ou não de repercussão geral da matéria constitucional questionada na lide.

Portanto, à luz das considerações anteriores, para cada caso examinado pelo Supremo Tribunal Federal na análise da existência ou não de repercussão geral, apenas uma solução pode ser tida como a solução correta. Uma vez assinaladas a relevância e a transcendência da controvérsia, faz-se presente o binômio caracterizador da repercussão geral, estando o Supremo Tribunal Federal compelido a admitir o recurso extraordinário e apreciar-lhe o mérito.

Enfim, a repercussão geral, com a sua roupagem de conceito jurídico indeterminado, serve como uma “janela” que vivificará o sistema, o qual será sempre renovado por novos valores existentes na sociedade.

Referências

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Da fundamentação das decisões judiciais. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 67, p. 194-213, 1992.

ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A repercussão geral e o novo papel do STF. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 50, p. 60-66, 2007.

———. A repercussão geral e a competência recursal: riscos a serem ponderados. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 92, p. 33-39, 2010.

BARINONI, Rodrigo. O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões*

sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Discricionariedade judicial. *Revista Forense*, n. 354, p. 185-201, 2001.

BENUCCI, Renato Luís. A repercussão geral no recurso extraordinário como instrumento de gestão judiciária. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 63, p. 116-125, 2008.

BERMAN, José Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário: origens e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2009.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas históricas, dogmática e de direito comparado – questões processuais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

———. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário – EC n. 45. In: NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

———. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 28, v. 112, p. 22-23, 1991.

MEDINA, José Miguel Garcia. Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. In: NERY JÚNIOR, Nelson et al. (Coord.). 5. ed. rev. e atual. *Prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: NOGUEIRA, Adalicio et al. *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 605-622.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Apontamentos sobre o novo perfil do recurso extraordinário. *Revista de Processo*, n. 164, p. 57-83, 2008.

SOUZA, Camila Mutran de. A repercussão geral no recurso extraordinário – investigação dos aspectos processuais civis decorridos do advento da Lei n. 11.418/2006. *LTR Legislação do Trabalho*, v. 73-75, p. 583-597, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei n. 11.418) e súmula vinculante do Supremo

Tribunal Federal (Lei n. 11.417). *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 18, p. 5-32, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

**Direito do Trabalho e
Direito Administrativo**

Aspectos trabalhistas na educação a distância

Débora Tiemi Scottini

Servidora do Ministério Público da União (MPU), lotada no Ministério Público Federal (MPF). Mestranda em Tecnologia pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal do Tocantins (UFT) (2012). Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2010). Graduada em Administração pela Universidade Federal do Paraná (2010). Graduada em Turismo – ênfase em Planejamento em Áreas Naturais pela Universidade Federal do Paraná (2005).

Resumo: O presente trabalho objetiva apresentar de que forma se dá o funcionamento dos cursos de educação a distância no país, bem como as questões jurídicas decorrentes das relações de trabalho que se evidenciam a partir do implemento desta modalidade de ensino.

Palavras-chave: Educação a distância. Teletrabalho. Tutoria.

Abstract: This paper aims to present how the operation takes courses in distance education in the country as well as the legal issues arising from working relationships that are evident from the implement of this type of education.

Keywords: Distance education. Teleworking.

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito de educação a distância. 3 Histórico da educação a distância no mundo e no Brasil. 4 O professor na educação a distância. 5 Análise jurídica da relação de trabalho do docente virtual. 5.1 Caracterização do vínculo de emprego em geral. 5.2 Vicissitudes do trabalho na educação a distância. 5.3 Vínculo de emprego do professor. 5.4 Especificidades do professor a distância. 6 Figura do tutor na educação a distância. 7 Enquadramento dos

tutores como teletrabalhadores. 8 Formas de remuneração dos tutores e professores. 9 Direitos autorais. 10 Sugestões jurídicas e pedagógicas para mitigar a natureza exploratória da relação de trabalho dos profissionais envolvidos no ensino a distância. 11 Conclusão.

1 Introdução

O presente trabalho objetiva apresentar o funcionamento dos cursos de educação a distância no país e as consequências jurídicas decorrentes das relações de trabalho, buscando o debate quanto aos aspectos jurídicos, a fim de nortear os atores sociais na elaboração das normas específicas para o trabalho docente virtual.

O tema tem pertinência visto que, apesar de longa data no cenário internacional, a educação a distância se desenvolveu no Brasil somente nas últimas duas décadas, principalmente no ensino superior e nas pós-graduações da iniciativa privada. Além disso, como consequência do crescimento da educação a distância e da falta de regulamentação para o trabalho docente virtual, observa-se uma precarização das condições de trabalho.

A educação a distância pressupõe uma série de atividades anteriores até que o curso seja disponibilizado aos alunos, tais como a elaboração de materiais, execução e acompanhamento do curso, ocasionando repercussões no trabalho docente e o surgimento de uma nova figura na relação professor e aluno, o chamado tutor. Tal figura exterioriza especificidades decorrentes tais como: duração dos contratos (por prazo determinado ou indeterminado ou por autoria); o número de alunos por docente; o horário de trabalho (por ser, em regra, não presencial não conta com controle físico, embora abundem recursos tecnológicos para viabilizar tal controle); as despesas com os equipamentos; os direitos autorais e de imagem (até que ponto o empregador pode utilizar os materiais ou reproduzir aulas).

O objetivo deste trabalho é explicar as especificidades desta modalidade de ensino que têm crescido no Brasil e salientar que a falta de legislação trabalhista específica para a educação a distância colabora para a precarização das condições de trabalho do docente que trabalha nesta modalidade de educação. Tem igualmente como objetivo apontar os problemas trabalhistas pertinentes aos trabalhadores que desempenham funções nos cursos de educação a distância em todo o país.

Registra-se a existência de três espécies de educação, no que se refere ao contato físico existente, ou não, entre professor e aluno: presencial, semipresencial e educação a distância. A presencial corresponde aos cursos regulares em que professores e alunos se encontram sempre numa instituição de ensino; a semipresencial acontece em parte na sala de aula e outra parte a distância, utilizando tecnologia da informação.

A educação a distância difere da educação tradicional, pois o aprendizado não se dá em uma sala de aula convencional, com o professor ministrando aulas. Esta modalidade de ensino, em sua grande maioria, possui algumas aulas presenciais, nas quais o aluno assiste às aulas ministradas pelos professores das disciplinas. Estas aulas presenciais, no geral, equivalem a cerca de 20% da carga horária total do curso.

Os outros 80% de carga horária do curso, geralmente, referem-se a atividades individuais e em grupo, realizadas pelo aluno em sua própria residência ou trabalho e pelas leituras obrigatórias dos materiais didáticos disponibilizados pelo professor.

Como se percebe, nesta modalidade de ensino, o aluno não pode ser apenas um ouvinte passivo. Pelo contrário, ele é que terá de se organizar no tempo para realizar a leitura do material didático disponibilizado pelos professores, bem como realizar as atividades exigidas pelo curso.

Geralmente essas atividades exigidas pelo curso têm como objetivo, além de avaliar o aluno, forçá-lo a estudar a matéria de forma periódica, a fim de que não estude apenas para a avaliação presencial que será realizada ao final de cada disciplina ou módulo.

Sintetizando, nos cursos a distância, quando há professores, estes não exercem a função de docentes convencionais, dado que necessário se faz motivar os alunos como se fossem palestrantes. A questão da avaliação das atividades e do acompanhamento e auxílio dos alunos cabe a uma nova figura inserida no contexto do ensino a distância: o tutor.

Há cursos em que o professor é quem elabora a avaliação e transmite o gabarito para o tutor, mas quem realiza efetivamente a avaliação do aluno acaba sendo o tutor.

Há situações em que o curso é feito totalmente a distância. Em alguns casos, o material é apenas por escrito, não havendo videoaulas. Assim, as dúvidas dos alunos são encaminhadas por *e-mail* ou pelo programa (*software*) de educação a distância diretamente ao professor ou, quando há, para o tutor do curso.

Existem, ainda, outros cursos que são ministrados por meio de videoaulas. Em muitos desses casos, existe apenas a figura do professor que ministra as aulas, tais como as aulas de cursos para concursos a distância. Neste caso, não existe a figura do tutor, somente a do professor-palestrante, já que não serão realizadas atividades ou leituras de materiais obrigatórios, muito menos avaliações por parte dos cursos. Tal modalidade de educação a distância é a que mais se parece com a modalidade presencial tradicional de ensino.

Como se observa, existem diversas modalidades de ensino a distância, cada uma com sua peculiaridade. Destarte, com o objetivo de buscar entender melhor todo este contexto e suas particularidades no direito trabalhista, realizou-se este trabalho.

2 Conceito de educação a distância

Educação a distância é a modalidade de ensino que permite que o aprendiz não esteja fisicamente presente em um ambiente formal de ensino-aprendizagem, permitindo igualmente que este faça seu autoestudo em tempo distinto. Diz respeito também à separação temporal ou espacial entre o professor e o aprendiz.

Nessa situação é que surgem as figuras do tutor e do professor. Diferentemente da educação presencial tradicional, o professor tem o papel de apresentação do tema, atuando como uma espécie de palestrante. Já o tutor atua, em um segundo momento, na cobrança e correção das atividades exigidas no decorrer do curso e das avaliações, tornando-se um elo entre a instituição de ensino e o aluno. No exercício desta condição, soluciona tanto questões administrativas como educacionais, encaminhando problemas que não consiga resolver para a secretaria, coordenação ou para os professores do curso. A figura do tutor, como se observa, não existe na educação presencial tradicional.

A interligação entre professor, tutor e aluno se dá por meio de tecnologias, principalmente da internet.

Assim, a educação, em tese, deveria deixar de ser concebida como mera transferência de informações e ser norteadada pela contextualização de conhecimentos úteis ao aluno. Para aqueles que defendem esta sistemática educacional, por meio dela deveria o aluno ser desafiado a pesquisar e entender o conteúdo, de forma a participar da disciplina. Injunções de ordem prática e cultural, entretanto, muitas vezes, impedem que se atinja tal objetivo.

Nesta modalidade de ensino, estudantes e professores não necessitam estar presentes num local específico durante o período de formação. Em princípio, não deve haver diferença entre a metodologia utilizada no ensino presencial e aquela disponível no ensino a distância. As metodologias mais eficientes no ensino pre-

sencial são também as mais adequadas ao ensino a distância. O que muda, basicamente, não é a metodologia de ensino, mas a forma de comunicação, em que pese a limitação indiscutível decorrente da não proximidade física entre o professor e o aluno.

No processo de aprendizagem, assim como no ensino regular, o orientador ou o tutor da aprendizagem deve atuar como “mediador”, isto é, aquele que estabelece uma rede de comunicação e aprendizagem multidirecional, por meio de diferentes meios e recursos da tecnologia da comunicação. Não pode, portanto, desvincular-se, como curialmente ocorre, do sistema educacional e deixar de cumprir funções pedagógicas no que se refere à construção da ambiência de aprendizagem.

Esta mediação tem, por conseguinte, a tarefa de vencer a distância física entre educador e o educando, ou seja, o tutor é o elo entre o ensino transmitido pelos materiais didáticos e o aluno. Este ensino deve ser autodisciplinado e automotivado, para que possa superar os desafios e as dificuldades que surgem durante o processo de ensino-aprendizagem, o que nem sempre acontece não só em face da distância propriamente dita, mas principalmente em face até mesmo de preconceitos culturais contra esta espécie de educação.

Os que defendem esta sistemática sustentam que a educação a distância possibilita a inserção do aluno como sujeito de seu processo de aprendizagem, com a vantagem de que ele também descobre formas de tornar-se sujeito ativo da pesquisa e da partilha de conteúdos. Na verdade, tais objetivos não são excludentes da sistemática presencial, podendo na prática serem obtidos com maior facilidade nesta última.

O desenvolvimento e a importância que a educação a distância tem assumido na modernidade resultam da necessidade cada vez maior de acesso da população à formação educacional e à qualificação para o trabalho, bem como das deficiências do sistema educacional presencial tradicional.

3 Histórico da educação a distância no mundo e no Brasil

Segundo Vivian Selma Schultz Vilela (2006, p. 5), o registro mais antigo da aplicação de uma metodologia de educação a distância foi no início da difusão do cristianismo. O apóstolo Paulo enviava cartas para as igrejas com a finalidade de ensiná-las sobre o cristianismo. Essa modalidade de educação voltou a ocorrer no século XIX, com o advento das estradas de ferro nos Estados Unidos, que facilitavam o transporte dos materiais pedagógicos pelos comboios.

Sherron e Boettcher (1997, apud CAMPOS FILHO, 2004, p. 13) identificaram quatro gerações distintas do ensino a distância. A primeira geração da educação a distância teve seu começo em 1850 e durou até 1960. Nessa geração, os estudos eram realizados por meio de materiais impressos enviados por correspondências, sendo que, posteriormente, surgiram o rádio e a televisão.

A segunda geração iniciou em 1960 e durou até o ano de 1985. Nesse período, além de materiais impressos, eram utilizadas transmissões por televisão aberta, rádio e fitas de áudio e vídeo, com interação por telefone, fax, satélite e TV a cabo. A terceira geração durou de 1985 até 1995. Nesta década, a geração teve sua base em redes de computadores, videoconferências, estações de trabalho de multimídia e o uso da internet. Por fim, a quarta geração de educação a distância teve seu princípio em 1995 e dura até os dias atuais. Esta geração utiliza como meio de comunicação o correio eletrônico, *chat*, computadores, internet em banda larga, interação por vídeo e ao vivo, videoconferência, fax e ainda o papel impresso.

A literatura, por sua vez, já apresenta uma quinta geração, a qual se caracteriza pela junção da quarta geração com a comunicação por computadores e sistemas de respostas automatizadas por aprendizagem flexível inteligente.

Pode-se verificar e demonstrar a abrangência da educação a distância em relação às variações de contexto e às demandas educacionais, podendo ser observado que a educação a distância surgiu em decorrência de dificuldades geográficas, demandas de formação profissional, ampliação do atendimento de escolarização e qualificação profissional.

A despeito de sua longa existência, especialmente no cenário internacional, a educação a distância se disseminou no Brasil somente nas últimas duas décadas. Talvez, por esse crescimento ainda ser recente, os programas em educação a distância têm suscitado diversas controvérsias e temores entre aqueles sujeitos que se dedicam ao trabalho e reflexão sobre o campo educacional.

A experiência brasileira com educação a distância até o advento das telecomunicações e da informática enfatizou os cursos por correspondência, utilizados na educação não formal e no atendimento das necessidades de informação e atualização.

Do ponto de vista da legislação, a Lei n. 9.394/1996 institucionalizou a educação a distância. Os decretos e a portaria publicados ainda em 1998 marcaram o início da regulamentação da educação a distância e tiveram alguns aspectos importantes: o primeiro, a definição de educação a distância, ou seja, todos os cursos que não fossem integralmente presenciais; o segundo, o processo de credenciamento de instituições de ensino superior para a oferta de cursos a distância, notadamente na formação de professores.

O foco da expansão da educação a distância foi a educação superior e, em especial, para a formação de professores para a educação básica. Concomitantemente à perspectiva de democratização do acesso, com ações direcionadas à expansão da educação a distância na esfera pública, o que se revelou foi a forte expansão desta nas instituições de ensino superior privadas.

Para Daniela Motta de Oliveira (2008, p. 156):

nessa direção, a educação a distância, considerada um “recurso moderno”, na prática não moderniza a educação. Ao contrário, reforça a conservação das relações capitalistas. E, não obstante o discurso governamental se dirigir para a democratização do ensino superior, o fato é que dados disponíveis no INEP/SINAES não apenas nos indicam a consolidação da Educação a distância enquanto estratégia de ampliação do ensino superior, e enquanto estratégia de formação de professores, quanto demonstram que a democratização do acesso tem se dado no âmbito das IES privadas. Dito de outro modo, em trabalho recente, Barreto analisa que no atual momento, “justamente quando da implantação de um sistema nacional de formação de professores a distância, o substantivo (estratégia) e o adjetivo (estratégico) parecem ter caído em desuso, tendendo a Educação a distância a ser discutida nos limites da condição de modalidade de ensino, o que equivale a reduzir as questões envolvidas à sua dimensão técnica.

4 O professor na educação a distância

Há uma grande problemática na educação a distância em definir quem é o professor e quais são as funções deste profissional nesta modalidade de ensino.

Observa-se que, diferentemente do ensino presencial tradicional, o professor não possui contato direto com os alunos, atua, de certa forma, de maneira similar aos palestrantes de cursos, já que o contato com os discentes se dá, na maioria dos casos, em dois ou três encontros, no máximo, ou sequer ocorre, como nos cursos realizados por meio de videoaulas.

O professor passa a assumir uma nova postura frente às disposições do espaço, do tempo e dos recursos tecnológicos exigidos pelos estudos a distância. Não está mais constantemente presente, face a face com seus estudantes, mas essa relação se constrói por meio da mediação estabelecida pelos recursos didáticos e pedagógicos específicos.

Diante da perspectiva apontada, podem-se fazer as seguintes considerações: as tecnologias impõem profundas alterações no processo de trabalho, nesse sentido, faz-se necessário considerar que a mediação tecnológica no fazer docente tem ocorrido numa realidade em que inexistem ordenamentos jurídicos específicos que garantam a legitimidade de profissionalização do docente virtual. Nesse quadro há ainda o debate sobre o que é ser professor e ser tutor na educação a distância.

5 Análise jurídica da relação de trabalho do docente virtual

A falta de normas trabalhistas específicas para regulamentar os diversos aspectos do ensino a distância traz grandes dificuldades para o estudioso do Direito do Trabalho. As normas tradicionais que foram concebidas para regulamentar as peculiaridades do trabalho educacional tiveram em mente o ensino presencial, sendo algumas de difícil adaptação nesta modalidade relativamente recente de atividade empresarial.

Apesar dessa realidade, enquanto a legislação não se aperfeiçoa no tocante à matéria, são perfeitamente aplicáveis as regras gerais atinentes à caracterização da relação de emprego em geral e do trabalho a domicílio em particular.

Peculiaridade digna de nota diz respeito a certas situações em que o professor pode acumular atividades atinentes a outras funções, tais como as de radialista, atraindo, nestas circunstâncias, a possibilidade de se sustentar a aplicação da Lei n. 6.615/1978, regulamentada pelo Decreto n. 84.134/1979, que estabelece, por exemplo, o direito de gratificação pela acumulação de funções. O fato de este tipo de trabalhador realizar trabalho que desde há muito tem características similares ao labor docente a distância em muito auxilia a insuficiência de regras específicas que tratem sobre a matéria.

Enfatize-se que a insuficiência de regras jurídicas pode e deve ser suprida pela observância dos princípios cardiais do direito do trabalho, bem como dos princípios gerais do Direito compatíveis com estes.

5.1 Caracterização do vínculo de emprego em geral

Para o sistema jurídico brasileiro, a relação de emprego é uma espécie do gênero relação de trabalho, que necessariamente exige a existência de figuras específicas, como o exemplo da subordinação.

De acordo com José Affonso Dallegrave Neto (1998, p. 61), não se deve confundir relação de emprego com relação de trabalho, pois, para ele, a relação de trabalho corresponde:

[...] a qualquer liame jurídico que tenha por objeto a prestação de serviço de um determinado sujeito, pessoa física ou jurídica, a um determinado destinatário. A categoria é ampla e abrange inúmeras espécies, tais como a empreitada, o locador de serviço, o artífice, o trabalho prestado por profissional liberal, o trabalho avulso, o serviço eventual e autônomo, o temporário, o representante comercial, o funcionário público e, também, o trabalho do empregado subordinado, dentre outros.

Portanto, a relação de trabalho é o gênero que abrange a relação de emprego. Mas também não é apenas essa espécie. Na relação de trabalho, também se compreendem as seguintes relações: contrato de empreitada, contrato de mandato, contrato de representação comercial, contrato de agenciamento, contrato de corretagem, contrato de prestação de serviços, entre outras. Todavia, neste estudo, compete apenas um maior aprofundamento na compreensão da relação de emprego.

Dessa maneira, outra questão importante a ser comentada diz respeito ao conteúdo do contrato de trabalho. Este não pode ser atri-

buído a qualquer relação de trabalho, já que a própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) traz sua correspondência com a relação de emprego no art. 442: “Contrato individual de trabalho é o acordo, tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Assim, a relação de emprego é uma forma de relação de trabalho que se origina mediante um contrato de trabalho e que deve ser dotada de características específicas como personalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade.

Quando se considera a característica da personalidade em uma relação de emprego, tem-se uma limitação da figura do empregado à pessoa física. Com propriedade, José Affonso Dallegrave Neto (1998, p. 61) afirma que não se admite que o prestador do serviço constitua uma pessoa jurídica ou entidade coletiva. O empregado há de ser sempre uma pessoa física. E mais que isto: deve adimplir sua obrigação de forma pessoal. Este caráter *intuitu personae* é essencial não só em face da fidúcia que norteia o liame empregatício, mas, sobretudo, porque o empregador, quando celebra o contrato de trabalho, objetiva a prestação de serviço daquele determinado empregado. Logo, o obreiro contratado é insubstituível na relação jurídica de emprego.

Com esse mesmo entendimento, Manoel Olea Alonso (1969, p. 161) coloca que:

A prestação do trabalho é estritamente personalíssima e o é em duplo sentido. Primeiramente porque pelo seu trabalho compromete o trabalhador sua própria pessoa, enquanto destina parte das energias físicas e mentais que dele emanam e que são constitutivas de sua personalidade à execução do contrato. Em segundo lugar, sendo cada pessoa um indivíduo distinto dos demais, cada trabalhador difere de outro qualquer, diferindo também as prestações de cada um deles enquanto expressão de cada personalidade em singular. Em vista disso, o contrato de trabalho não conserva sua identidade se ocorrer qualquer alteração na pessoa do trabalhador. A substituição deste implica um novo e diferente contrato com o substituto.

Destarte, a característica da pessoalidade nada mais é do que a necessidade de que o exercício do labor seja realizado pela pessoa física que celebrou o contrato com o empregador, sendo assim, uma característica indissociável de uma relação de emprego.

A não eventualidade exige, em princípio, que a prestação de serviço seja essencial à atividade do seu beneficiário, sendo critério secundário para sua caracterização a continuidade nesta prestação, a qual pode estar presente igualmente na prestação de serviços não essenciais.

Nesse diapasão, Alexandre Ramos (1999, p. 73) procura justificar a essencialidade como característica da não eventualidade com as seguintes palavras:

um dos elementos configuradores do contrato individual de trabalho é a não eventualidade do serviço, ou seja, que o serviço prestado pelo empregado seja contínuo, caracterizando-se uma necessidade permanente da empresa.

Independentemente do suporte teórico que justifique a necessidade da presença do caráter da não eventualidade em uma relação de emprego, a verdade é que tanto a lei como a doutrina confirmam que a não eventualidade é requisito para que a relação de trabalho seja considerada uma relação de emprego.

A não eventualidade não significa necessariamente habitualidade, embora muitas vezes se confundam estas duas figuras. Há diversas teorias que qualificam a não eventualidade, sendo que no Brasil predomina na doutrina e na jurisprudência a teoria dos fins do empreendimento, a qual assevera que pode haver casos em que, mesmo não existindo a habitualidade sob o critério temporal, pode ser configurada a relação de emprego e, portanto, a existência do contrato de trabalho. Basta que exista a necessidade permanente do empregador de uma atividade descontínua. Por outro lado, será considerado trabalho eventual aquele em que o trabalhador é cha-

mado a realizar tarefas ou que tenha atribuições não inseridas nos fins normais da empresa.

A outra característica da relação de emprego prevista no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho é a onerosidade.

Há autores que, de forma, talvez, displicente, colocam que a onerosidade diz respeito à paga do salário. Nas palavras de defesa do seu entendimento, Amauri Mascaro Nascimento (1999, p. 157) afirma que:

alguns autores dão uma dimensão maior a este requisito do salário, preferindo dizer que só haverá relação de emprego se o contrato for oneroso. Querem dizer com onerosidade a reciprocidade de deveres das partes. O dever do empregado é prestar os serviços.

Para Maurício Godinho Delgado (1999, p. 22), a relação de emprego prevista na Consolidação das Leis do Trabalho tem essência econômica. Nessa linha, a prestação de serviço por empregador, a qual certamente é dotada de valor econômico e social, deve ter uma contrapartida também econômica em benefício do trabalhador, sendo, portanto, a relação de emprego uma relação de onerosidade devido à reciprocidade de valoração econômica.

Por fim, o último requisito legal para a configuração de uma relação de emprego é a figura da subordinação.

Este elemento possui importância suprema na configuração da relação de emprego. Há autores que pensam ser este o único requisito verdadeiramente diferenciador de uma relação qualquer de trabalho para uma relação de emprego.

A subordinação, por ser um elemento realmente diferenciador e indispensável em uma relação de emprego, foi, e ainda é, objeto de estudo aprofundado pela doutrina, e algumas teorias foram criadas e adotadas ao longo do tempo para se explicar tal figura.

As teorias que se destacaram ao longo dos anos possuem justificativas diferentes quanto à natureza da subordinação. Essas teorias são três: a primeira considerava a subordinação como uma dependência técnica; a segunda tinha a subordinação como dependência econômica; e, por fim, a teoria que prevalece atualmente é a chamada subordinação jurídica.

A primeira teoria citada não tem mais condições de ser admitida atualmente, visto que é perfeitamente factível que o empregado tenha um conhecimento técnico superior ao seu empregador, o que não deve ser considerado no que se refere à identificação ou não da subordinação jurídica.

A teoria que procura caracterizar a subordinação mediante a dependência econômica limita-se a defender que o empregado está diretamente vinculado ao seu empregador a partir do momento em que este possui situação econômica mais favorável que aquele.

Não é preciso muito esforço reflexivo para refutar essa teoria. Basta considerar que nem sempre o empregado possui uma situação econômica inferior à do seu empregador. Um exemplo claro se observa nas faculdades de Direito, em que muitos professores são advogados bem-sucedidos em suas carreiras e são empregados do proprietário da faculdade, que nem sempre possui rendimentos tão fartos quanto esses professores. Portanto, pensar que a dependência econômica do empregado se confunde com a subordinação é um erro, pois, mesmo o empregado sendo mais abastado do que o empregador, pode-se configurar uma relação de emprego.

Após o descarte das duas teorias anteriores, cabe agora uma análise da teoria que permanece vigente nas interpretações doutrinárias e jurisprudências no que diz respeito à subordinação como elemento nato de uma relação de emprego.

Esta teoria, denominada subordinação jurídica, adota a relação de dependência hierárquica entre empregado e empregador

como característica da subordinação. José Affonso Dallegrave Neto (1998, p. 60) explica que os adeptos desta teoria entendem que o empregado “está vinculado às ordens do empregador, através do poder de comando criado por lei”.

Nesse sentido, entende-se que tal teoria compreende a subordinação como a dependência que tem o empregado do empregador em razão dos poderes conferidos a este pela lei, sendo que esta condição de hierarquia limita-se ao contrato de trabalho, não podendo exceder os limites da relação de emprego.

Desta feita, a pessoalidade, a onerosidade, a não eventualidade e a subordinação são os elementos determinantes na distinção entre qualquer outra forma de relação de trabalho e a relação de emprego.

5.2 Vicissitudes do trabalho na educação a distância

Daniela Motta Oliveira (2008, p. 1.839) considera o Direito como um instrumento para pacificar os litígios sociais. Ocorre que várias são as relações jurídicas nascidas das relações humanas que têm como suporte a tecnologia e a internet.

A falta de regras específicas no ordenamento jurídico para este trabalhador é identificada inicialmente como um dos fatores que contribuem para o fortalecimento da precarização do trabalho nestas circunstâncias.

De acordo com Inajara Neves (2009, p. 4), as novas tecnologias têm sido utilizadas pelas instituições de ensino privadas como forma de dispersar mão de obra e aumentar o trabalho daqueles que permanecem empregados.

Na educação a distância, isso é notório. Professores com mil, dois mil alunos, sendo que presencialmente lecionariam para, no máximo, duas ou três turmas de 50 a 60 alunos, o que bem eviden-

cia a existência do componente econômico como estimulante do estabelecimento desta espécie de processo educacional.

Em decorrência da falta de regulamentação, diversas instituições de ensino insistem em não reconhecer o vínculo de emprego dos trabalhadores a distância, precarizando em muito a condição profissional de professores, tutores e demais protagonistas desta cena.

Segundo Neves (2009, p. 4), o trabalho docente na educação a distância, que tem suas atividades mediadas pelas tecnologias digitais, tem sido tomado num contexto de exploração da mais-valia pelo capital no âmbito educacional. Conforme Karl Marx afirma, as formas de exploração da força de trabalho passam pelo domínio dos meios de produção; ou seja, a detenção e manipulação das tecnologias pelas quais o trabalhador realiza seu trabalho constituem uma importante estratégia de exploração capitalista da mais-valia.

Essa realidade reafirma-se diante do cenário encontrado pelo trabalho docente na educação a distância, realidade que não ocorre somente nas instituições privadas de ensino, pois é possível aludir que existe também precarização do trabalho docente em muitas das universidades públicas brasileiras que estão estruturando seus cursos de educação a distância e estabelecendo estratégias empregatícias que não fogem muito das utilizadas pelas instituições privadas.

Convém esclarecer que, a partir da literatura consultada, praticamente não existe uma discussão precisa sobre as condições de trabalho na docência na educação a distância no ensino superior privado. Há predominância no debate sobre os paradigmas econômicos que influenciam a organização do trabalho docente, os aspectos relacionados ao ensino aprendizagem nessa modalidade educativa, as implicações tecnológicas como facilitadoras do controle do tempo de trabalho e da sua flexibilização.

As especificidades da organização do trabalho docente na educação a distância no ensino superior traduzem-se na maioria

das vezes na proletarianização das condições de trabalho desse profissional, fato que, em momento algum, pode ser olvidado no curso da presente explanação.

Segundo Aerton de Paula Silva (2007), razões de natureza predominantemente econômica justificam este estado de coisas:

de olho nessa considerável fatia do mercado, grandes grupos investem pesado na educação privada. Segundo dados do jornal *Valor Econômico*, dez instituições privadas de ensino superior encontravam-se, em 2005, entre as mil maiores empresas do Brasil. Segundo artigo da diretora da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino (CONTEE), Clotilde Lemos, publicado na edição n. 56 da revista *Debate Sindical*, até o Banco Mundial (BIRD) investiu numa universidade privada brasileira. O Grupo Anhanguera Educacional (Valinhos-SP) recebeu 12 milhões de dólares da Internacional Finance Corporation (braço financeiro do Bird) e, em março deste ano, lançou suas ações na Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA). Ainda de acordo com o artigo, a Laureate Educacion Inc. (segundo maior grupo educacional dos EUA) negocia a compra de mais cinco instituições no Brasil; o Whitney Internacional University System (Dallas-EUA) investiu 23 milhões na compra das Faculdades Jorge Amado, de Salvador; o Apollo Group, que atua com educação a distância na University of Phoenix, sonda o mercado brasileiro e estaria em negociação com a Estácio de Sá; tudo isso além de outras instituições que se enveredam por esse caminho da internacionalização e que as negociações ainda não foram divulgadas.

Aerton de Paula Silva (2007) considera que toda essa mercantilização, internacionalização, globalização e precarização das condições de trabalho docente na educação superior e principalmente na educação a distância é preocupante. Para Daniel Mill (2006, p. 4), considerando o forte caráter de flexibilidade espaço-temporal das atividades pedagógicas da educação a distância, parece crucial que este seja o centro da análise. Os espaços e

tempos de trabalho da educação (presencial) passam por um completo redimensionamento com o advento do trabalho docente na educação a distância.

As tecnologias de informação e comunicação – típicas do nosso tempo e mais presentes no processo de trabalho docente a distância do que na educação presencial – interferem na experiência com o espaço-tempo de determinado grupo social e passam a condicionar o sentido do tempo e espaço.

Para Mill (2006, p. 22), as formas de medição tornam-se meios de exploração do trabalho. Isso quer dizer que o trabalhador docente a distância, tendo suas atividades intensamente mediadas por tecnologias digitais, poderá estabelecer relações diferenciadas com o tempo e com o espaço em relação ao trabalhador docente presencial, implicando necessariamente outro patamar de exploração da mais-valia pelo capital no âmbito educacional.

O citado autor considera que a maioria dos aspectos desagradáveis do trabalho na educação a distância concentra-se na sobrecarga de trabalho, seja na perspectiva de excesso de atividades, quantidade de tempo pago para realizar tais atividades, elevado número de alunos ou tamanho das turmas, baixo valor hora-aula ou outros desdobramentos da sobrecarga de trabalho. Em termos de competência, identificou-se uma grande lista de tecnologias que o educador da educação a distância deve dominar. Grosso modo, o trabalho a distância explicita problemas de organização do trabalho: novos sistemas de remuneração, novos sistemas de controle do trabalho, novas doenças ou males do trabalho, responsabilização unilateral dos assalariados e mesmo supressão de postos assalariados em favor de trabalhadores independentes.

Além disso, há algumas doenças recorrentes entre os teletrabalhadores da educação a distância (por exemplo, aquelas relacionados a visão, postura física, lesões musculares ou nervosas etc.). Isto posto, observa-se que:

a flexibilidade do espaço e do tempo de trabalho seduz muito por suas promessas (nem sempre verdadeiras) de liberdade, autonomia, maior qualidade de vida etc. Há que se tomar o cuidado com esse aspecto, pois, como veremos adiante, trata-se de um paradoxo: a flexibilidade espaço-temporal foi o aspecto mais mencionado como ponto positivo do trabalho na educação a distância, mas é, também, o aspecto que mais estimula a precarização do trabalho ou, ao menos, está na base dos processos de precarização do teletrabalho (MILL, 2006, p. 70).

Verônica Altef Barros (2007, p. 3.272) também cita várias dessas questões: carga horária alta e com dupla jornada de trabalho (no caso de mulheres, trata-se de uma terceira jornada de trabalho, pois os afazeres domésticos já ocupam o lugar de segunda jornada); elevado número de alunos por docente, variando de 15 a 200 alunos para uma carga horária média de 10 a 20 horas de trabalho semanal.

Ademais, de acordo com Barros (2007, p. 3.272), o teletrabalho tende a ser realizado à noite ou em horários de tempo livre para o descanso, pois é visto como “bico” ou fonte complementar da renda do grupo familiar. Os contratos de trabalho na educação a distância, quando existem, são vagos, temporários, de tempo parcial e, às vezes, pagos na forma de bolsas de trabalho (o que evita a criação de vínculo empregatício e dispensa a obrigatoriedade de benefícios como 13º salário).

Ainda, os ganhos salariais são, em média, baixos para configurar a principal fonte de renda do grupo familiar, além dos problemas inerentes ao recebimento do salário em forma de bolsas de estudos ou bolsas de trabalho.

Soma-se a isto a despreocupação com as despesas do trabalhador com equipamentos e serviços (energia elétrica, conexão à internet, entre outras), o que gera condições de trabalho inadequadas (exemplo: mobiliário e espaços inadequados).

No mais, os espaços e os tempos dedicados ao trabalho são flexibilizados em função da responsabilidade, autonomia e necessidades diversas: trabalho de tempo parcial, no espaço familiar, de descanso, com recebimento por uma carga horária inferior àquela negociada em contrato.

Há dificuldades até mesmo do tutor em gerir seu próprio tempo e espaço de trabalho no contexto familiar e de vida privada, o que torna tempo e espaço de descanso e lazer em horário e local de trabalho. Ignoram-se os perigos à saúde pessoal e familiar daí decorrentes. Essas podem ser consideradas questões simples, mas com repercussões inevitáveis às condições adequadas de trabalho.

5.3 Vínculo de emprego do professor

A regulamentação do trabalho subordinado do professor está prevista nos arts. 317 a 324 da CLT, como também emerge de normas coletivas e das normas gerais e complementares da CLT, desde que compatíveis com os preceitos especiais disciplinadores da matéria. Essas regras só se aplicam aos professores que são empregados.

De acordo com Verônica Altes Barros (2007, p. 3.274), tal regulamentação visa a combater ao desgaste físico e mental dos professores. Com base no art. 318 da CLT, ao professor é vedado ministrar, por dia, mais de quatro aulas consecutivas ou seis intercaladas em um mesmo estabelecimento de ensino, devendo ser pagas como extras as aulas que excederem esse limite.

Segundo o art. 320, *caput* e § 1º, da CLT, a remuneração do professor será fixada pelo número de aulas semanais, na conformidade dos horários, e seu pagamento far-se-á mensalmente, considerando-se para este efeito cada mês constituído de quatro semanas e meia.

Observa-se que, pela forma de remuneração (fixada por número de aulas), o repouso semanal remunerado não foi abran-

gido, e, como se trata de direito fundamental, a regra aplicável ao professor será aquela contida no § 2º do art. 7º da Lei n. 605/1949, ou seja, 1/6 do valor hora-aula semanal.

Quanto às férias individuais do professor, estas não se confundem com as férias escolares ou recesso escolar (que existem em dois períodos: em julho e de dezembro a janeiro de cada ano). Durante estas últimas, entende-se que há disponibilidade remunerada do professor, embora este em princípio não deva prestar serviços (exceto o trabalho em exames, conforme preceitua o § 2º do art. 322 da CLT). Já no período de férias individuais trabalhistas do professor, o qual, em regra, coincide com o período das férias escolares, não se poderá exigir atividade alguma deste, nem mesmo aquela atinente à realização de exames, uma vez que se trata do seu período de descanso, constitucionalmente garantido.

5.4 Especificidades do professor a distância

Verônica Altef Barros (2007, p. 3.275) constatou que não há dispositivo algum quanto ao trabalho docente, mas há documento da Secretaria de Educação a Distância do Ministério da Educação¹, denominado de Referenciais de Qualidade para Cursos a Distância, no qual são apresentadas diretrizes às instituições, entre elas, algumas concernentes às condições de trabalho, a saber:

- considerar, na carga horária de trabalho dos professores, o tempo necessário para atividades de planejamento e acompanhamento das atividades específicas de um programa de educação a distância;
- estabelecer uma proporção professor-aluno que garanta boas possibilidades de comunicação e acompanhamento;
- quantificar o número de professores/hora disponíveis para os atendimentos requeridos pelos alunos.

¹ Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/referenciais.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

Verônica Altes Barros (2007, p. 3.276) aponta, ainda, algumas diretrizes:

- a elaboração de material deverá ser remunerada como hora-atividade já estabelecida na carga horária semanal do professor ou poderá se constituir em tarefa específica que deve ser previamente negociada com a instituição. Neste caso, pode-se trabalhar como parâmetro o estabelecido no direito autoral;
- para o acompanhamento dos alunos tanto na solução das dúvidas/explicações complementares quanto nos momentos de avaliação, é necessário que este tempo seja estabelecido e remunerado pelo número de horas-aulas necessárias. Essa carga horária deve estar integrada à carga horária semanal do professor ou a hora-aula deverá ter valores diferenciados, considerando-se o curso de curta duração;
- gravação de vídeos: a remuneração poderá ser por hora-atividade ou por tarefa específica. Deve-se levar em conta, neste caso, o direito de imagem.

A autora também apresenta algumas questões que devem ser discutidas e abordadas nos instrumentos de negociação coletiva:

- jornada de trabalho: jornada nuclear, previamente definida por contrato – contrato por uma carga horária semanal, nos mesmos moldes e parâmetros;
- horário de trabalho: flexível, agenda de trabalho previamente definida com a instituição de ensino onde constariam datas/horários de presença do professor na instituição;
- hora-atividade: em percentual sobre a carga horária contratual, podendo ser a forma de contemplar a disponibilidade do professor. Quanto mais próxima da realidade for a norma fixada, menor a possibilidade de vulnerabilidade contratual.

Somente reconhecendo esta diversidade é possível garantir a proteção dos professores;

- direitos autorais: devem ser previamente estabelecidos pelas partes, no que diz respeito à utilização dos materiais elaborados e da imagem do professor; no silêncio, presume-se que não podem ser reutilizados pela instituição sem prévia autorização do professor.

Além disso, já existem julgados reconhecendo o vínculo entre universidade e professor de cursos a distância:

Vínculo de Emprego – Professor – Cursos a Distância. Como bem destaca a r. sentença recorrida, o reclamante foi contratado *intuitu personae* para trabalhar no assessoramento dos cursos a distância. A intermitência invocada pela reclamada não descaracteriza o vínculo jurídico de emprego entre o professor e a instituição de ensino, por não ser imprescindível que o empregado compareça ao estabelecimento de ensino todos os dias, especialmente no presente caso concreto, por ter sido contratado o reclamante para trabalhar na execução do Projeto Pedagógico dos Cursos a Distância instituídos pela Universidade reclamada, portanto só comparecendo às atividades presenciais com a frequência que lhe for determinada pelo empregador, o que não descaracteriza a “não-eventualidade” do vínculo jurídico contratual que preside o relacionamento jurídico entre as partes. Em se tratando de ensino a distância não é imprescindível a presença física do empregado no estabelecimento de ensino diariamente para que haja a configuração da relação de emprego, como ocorre com o trabalho externo e com o teletrabalho. Quem se insere num Projeto Pedagógico de Cursos a Distância trabalha para o empregador em casa, participa de uma equipe de teletrabalho ou que seja contratado para trabalhar *on line* sozinho em casa tem plenamente preenchido o requisito da não eventualidade necessária para a proclamação judicial da existência do vínculo jurídico de emprego. Os cursos a distância até podem ter curta duração, ser seqüenciados ou ser descontinuados, o que depende exclusivamente do poder de comando empresarial e não da vontade

individual dos professores contratados. A atividade empresarial de educação superior adotada pela reclamada é permanente, como instituição de ensino superior privada – uma Universidade particular –, cuja característica de permanência fundamenta o princípio jurídico da continuidade da relação de emprego, de molde a afastar a suposta eventualidade por ela invocada (RO n. 00423-2009-042-03-00-1).

6 Figura do tutor na educação a distância

O tutor é o profissional que irá acompanhar o aluno no decorrer do curso. É ele quem tira as dúvidas dos discentes, corrige os exercícios e as avaliações, inclusive aquelas presenciais. Enfim, ele é o elo entre os alunos e a instituição de ensino.

Há várias discussões para saber se a tutoria, como atividade profissional, seria uma atividade docente ou uma atividade meramente administrativa.

Observa-se que haverá grande diferença para questões trabalhistas caso o tutor seja definido como espécie de professor ou como empregado administrativo da instituição de ensino, já que o professor tem carga horária de trabalho, licenças por gala ou luto, período de férias e vários outros aspectos diferenciados.

Algumas instituições de ensino pretendem conceituar o tutor como um empregado administrativo sujeito a oito horas de trabalho diárias. Isso não seria permitido se o tutor fosse considerado uma espécie de professor.

Na prática, percebe-se que o tutor, apesar de não ministrar aulas, tem como atividade básica as mesmas atividades de um professor comum: corrige provas e exercícios, esclarece dúvidas de alunos e os orienta. Além dessas atividades, inerentes às de um professor, possui o ônus de esclarecer aos alunos questões administrativas, ou seja, como os alunos não vão presencialmente todos os dias à instituição de ensino, a solução de pendências financeiras

e administrativas compete ao tutor. Este terá o ônus de repassá-las à secretaria. Assim, além das atividades docentes, também possui atividades administrativas, o que não tem o condão de ofuscar suas atividades preponderantes de professor.

De acordo com Iranita Sá (1998, p. 6), a tutoria como método nasceu no século XV no ambiente universitário. Era usada como orientação de caráter religioso aos estudantes, com o objetivo de infundir a fé e a conduta moral. Posteriormente, no século XX, o tutor assumiu o papel de orientador e acompanhante dos trabalhos acadêmicos. É com este mesmo sentido que esta figura incorporou-se aos atuais programas de educação a distância.

Para Edith Litwin (2001, p. 94), na perspectiva tradicional da educação a distância, era comum sustentar a ideia de que o tutor dirigia, orientava, apoiava a aprendizagem dos alunos, mas não ensinava. Assumiu-se a noção de que eram os materiais que ensinavam e o lugar do tutor passou a ser o de um “acompanhante” funcional para o sistema. O lugar do ensino assim definido ficava a cargo dos materiais, “pacotes” autossuficientes sequenciados e pautados, que finalizavam com uma avaliação semelhante em sua concepção de ensino.

De maneira geral, os conhecimentos necessários ao tutor não são diferentes dos que precisa ter um bom docente. Este necessita entender a estrutura do assunto que ensina, os princípios da sua organização conceitual e os princípios das novas ideias produtoras de conhecimento na área. Sua formação teórica sobre o âmbito pedagógico-didático deverá ser atualizada com a formação na prática dos espaços tutoriais. Shulman (1995, apud LITWIN, 2001, p. 103) sustenta que o saber básico de um tutor inclui pelo menos:

- conhecimento do conteúdo;
- conhecimento pedagógico de tipo real, especialmente no que diz respeito às estratégias e à organização da classe;

- conhecimento curricular;
- conhecimento pedagógico acerca do conteúdo;
- conhecimento sobre os contextos educacionais; e
- conhecimento das finalidades, dos propósitos e dos valores educativos e de suas raízes históricas e filosóficas.

Para Márcio Silveira Lemgruber (2008, p. 73), a legislação é clara no sentido de que tutor é professor. Sua mediação é uma função docente, tanto na tutoria específica de uma disciplina quanto na tutoria, em geral presencial, como um orientador de estudo. O autor é um dos que criticam a utilização do termo tutor em vez de professor. Em seu artigo “Criar e professorar um curso *online*: relato de experiência”, escreve que preferiu recorrer ao verbo professorar no título de seu trabalho, visando a “garantir o papel do professor no ambiente *online*, reagindo assim à equivocada supressão do seu lugar em nome do ‘tutor’ ou da ‘tutoria’”.

Segundo Liliana Dias Machado (2004, p. 1), o ensino a distância difere completamente, em sua organização e desenvolvimento, do mesmo tipo de curso oferecido de forma presencial. No ensino a distância, a tecnologia está sempre presente e exigindo uma nova postura de professores e alunos.

Para o exercício competente dessas funções, mister se faz formação especializada. Hoje, a ideia da formação permanente vigora para todas as profissões, mas especialmente para os profissionais da educação. Para Edith Litwin (2001, p. 103): “O tutor se encontra diante de uma tarefa desafiadora e complexa, o bom desempenho desses profissionais repousa sobre a crença de que ‘só ensina quem aprende’, o alicerce do construtivismo pedagógico”.

Iranita Sá (1998, p. 46) afirma que: “exige-se mais do tutor de que de cem professores convencionais”, pois este necessita ter uma excelente formação acadêmica e pessoal. Na formação acadê-

mica, pressupõem-se capacidade intelectual e domínio da matéria, destacando-se as técnicas metodológicas e didáticas. Além disso, deve conhecer com profundidade os assuntos relacionados com a matéria e a área profissional em foco. A habilidade para planejar, acompanhar e avaliar atividades, bem como motivar o aluno para o estudo, também são relevantes. Na formação pessoal, deve ser capaz de lidar com o heterogêneo quadro de alunos e ser possuidor de atributos psicológicos e éticos: maturidade emocional, empatia com os alunos, habilidade de mediar questões, liderança, cordialidade e, especialmente, a capacidade de ouvir.

O tutor em educação a distância exerce duas funções importantes – a informativa, provocada pelo esclarecimento das dúvidas levantadas pelos alunos, e a orientadora, que se expressa ao ajudar nas dificuldades e na promoção do estudo e da aprendizagem autônoma.

Para Iranita Sá (1998, p. 45): “no ensino a distância o trabalho do tutor fica de certo modo diminuído considerando-se o clima de aprendizagem autônoma pelos alunos”, pois muito da orientação necessária já se encontra no próprio material didático, sob a forma de questionário, recomendação de atividades ou de leituras complementares.

Constata-se que a função do tutor deve ir além da orientação. O tutor esclarece dúvidas de seus alunos, acompanha-lhes a aprendizagem, corrige trabalhos e disponibiliza as informações necessárias, terminando por avaliar-lhes o desempenho.

Liliana Dias Machado (2004, p. 10) considera que:

A tutoria é o método mais utilizado para efetivar a interação pedagógica, e é de grande importância na avaliação do sistema de ensino a distância. Os tutores comunicam-se com seus alunos por meio de encontros programados durante o planejamento do curso. O contato com o aluno começa pelo conhecimento da estrutura do curso,

e é preciso que seja realizado com frequência, de forma rápida e eficaz. A eficiência de suas orientações pode resolver o problema de evasão no decorrer do processo. Existem significativas diferenças entre o professor-autor e o professor-tutor, embora ambos sejam profissionais virtuais. O professor-autor desenvolve o teor do curso, escreve e produz o conteúdo e atua na organização dos textos e na estruturação do material. É preciso que ele conheça as possibilidades e ferramentas do ambiente, pois deverá interagir com a equipe de desenvolvimento para entender a potencialidade dos recursos a serem utilizados e elaborar o desenho de texto e do conteúdo do curso, de forma a contemplar todas essas potencialidades (MAIA, 2002). Após a conclusão do conteúdo pelo professor-autor, entra em ação o professor-tutor cujo papel é o de promover a interação e o relacionamento dos participantes. A tutoria é necessária para orientar, dirigir e supervisionar o ensino-aprendizagem. Ao estabelecer o contato com o aluno, o tutor complementa sua tarefa docente transmitida através do material didático, dos grupos de discussão, listas, correio-eletrônico, *chats* e de outros mecanismos de comunicação. Assim, torna-se possível traçar um perfil completo do aluno: por via do trabalho que ele desenvolve, do seu interesse pelo curso e da aplicação do conhecimento pós-curso. O apoio tutorial realiza, portanto, a intercomunicação dos elementos (professor-tutor-aluno) que intervêm no sistema e os reúne em uma função tríplice: orientação, docência e avaliação.

O trabalho docente, neste contexto de educação a distância, caracteriza-se pela parceria que vai desenvolver com o estudante, com o tutor tornando-se parte de uma equipe de aprendizes, com novos desafios, cujos novos limites e responsabilidades se constroem coletivamente.

Na realidade, nem a legislação, nem a doutrina brasileira definiram ou conceituaram esses vocábulos, e não delimitaram com rigor suas abrangências. Dado o caráter relativamente recente de ampliação do ensino a distância tampouco a jurisprudência chegou a apreciar as questões polêmicas pertinentes.

Falta regulamentar os horários e as cargas horárias de trabalho, entre outros aspectos, pois são preocupantes no trabalho de docência questões como: condições de trabalho, remuneração, quantidade de alunos por docente, falta de proteção trabalhista e atenção pedagógica.

Daniel Mill (2008, p. 63 e 65) destaca tais problemas trabalhistas a seguir explicitados:

Exemplo desse quadro encontra-se no relato de uma professora da área da saúde que afirmou ter assumido três turmas (60 alunos por turma) de forma induzida, sendo remunerada no valor equivalente a uma hora/aula semanal para cada 60 alunos. A participante comentou que isso era insuficiente para atender a todas as demandas dos alunos e também que não encontra possibilidades de não aceitar esta tarefa. Uma professora universitária diz que, na instituição em que trabalha, os professores, tutores ou plantonistas são jogados nas disciplinas com muitos alunos. Argumenta que isso ocorre porque a preocupação pedagógica com a formação é mínima. Um coordenador de uma faculdade privada afirmou em seu relato que a maioria dos “pressupostos” de educação a distância insistem em transferir o modelo presencial para educação a distância. Segundo ele, isso parece um pecado do ponto de vista trabalhista.

Muitos desses profissionais, segundo Daniel Mill (2008, p. 65), são obrigados a ministrar alguma disciplina na modalidade de educação a distância sem nenhum preparo ou qualificação específica e, ainda, com um número elevado de alunos. Trata-se de uma realidade vivenciada por muitos docentes do ensino superior, já que tanto os professores como os tutores ou os plantonistas são lançados nas disciplinas com muitos alunos.

O aspecto mais enfatizado é a flexibilização do trabalho, que remete a outras questões relativas ao tempo e espaço de trabalho, que nem sempre significa conquista, mas na maioria das vezes precarização ainda maior da atividade, uma vez que o sujeito deixa

de ter um espaço definido de trabalho, realizando as atividades no espaço doméstico.

Inajara Viana de Salles Neves (2009, p. 8) enfatiza as condições de trabalho na educação a distância dizendo que:

o professor na atividade pedagógica virtual significa muitas vezes preparar o material didático para que o tutor execute as aulas. A idéia inicial parece indicar que ser tutor é menor que ser professor, entretanto, é importante salientar que tanto o tutor como o professor exercem atividades docentes. Dito de outra forma, a tutoria parece ser uma função menos séria e importante em relação ao trabalho do professor, pois ela “não toma muito tempo”, é pior remunerada e ainda há menor cobrança por não exigir a presença do aluno. Entretanto, o discurso da flexibilidade, da autonomia e do trabalho fácil é, muitas vezes, enganoso e evidencia-se como sobrecarga de trabalho, com número elevado de alunos e demandas por conhecimentos/competências que ele ainda não domina. Há ainda a questão (da possibilidade) de controle excessivo do processo de produção e execução do trabalho. Tal realidade aponta a necessidade de reflexão sobre as condições de trabalho desses profissionais docentes na sociedade contemporânea. Nos últimos anos, o emprego das novas tecnologias e de novas formas organizacionais promove mudanças nas condições de trabalho com implicações para o ritmo, a responsabilidade, a quantidade de tarefas, a reorganização dos tempos, a exigência de maior atenção às operações mentais e físicas, o esforço físico, a segurança, a limpeza, o barulho e o relacionamento interpessoal. As condições sociais de trabalho referem-se aos direitos e deveres expressos na legislação trabalhista que vêm passando por diversas modificações nos últimos anos em função do aumento da precarização das condições de trabalho, com a ampliação do trabalho assalariado sem carteira assinada e do trabalho independente.

Dessa forma, a inexistência de ordenamentos jurídicos claros que regulem a atividade do docente virtual remete a se pensar em

que medida as questões relativas aos direitos e deveres desse profissional podem se consolidar, pois, na legislação, não há alusão sobre a regulamentação da profissão tutor. Portanto, não há garantias no que se refere ao processo de profissionalização dessa espécie *sui generis* de docente.

Muitas das vezes há um consenso geral de que o trabalho do docente virtual é uma atividade fácil de ser desenvolvida, uma vez que pode ser realizada em qualquer espaço. Sabe-se que tal premissa não é verdadeira, pois nem sempre são oferecidas ao trabalhador as ferramentas tecnológicas para desenvolvimento do trabalho. Portanto, frequentemente esse sujeito realiza o trabalho em casa, utilizando o computador e a Internet próprios, pois a instituição empregadora não oferece tais recursos adequadamente. E, quando oferece, muitas das vezes os recursos não estão disponíveis ou em boas condições de uso.

Segundo Mill (2008, p. 67), dito de outra forma, a tutoria parece ser uma função menos séria e importante em relação ao trabalho do professor, pois ela “não toma muito tempo”, é mal remunerada e ainda há menor cobrança por não exigir a presença do aluno.

Entretanto, o discurso da flexibilidade, da autonomia e do trabalho fácil é, por certo, enganoso e se evidencia como sobrecarga de trabalho, com número elevado de alunos e demandas por conhecimentos/competências que ele ainda não domina.

Para Rodriguez (1994, apud MILL, 2008, p. 68), há ainda a questão de controle excessivo do processo de produção e execução do trabalho. No conjunto dessas questões, pergunta-se como fica a formação desses profissionais. No âmbito da educação a distância, é necessário que as instituições formadoras ofereçam equipes interdisciplinares e multidisciplinares e seja possível que os profissionais trabalhem de forma coletiva, com possibilidades de diferentes linguagens e mídias.

7 Enquadramento dos tutores como teletrabalhadores

No Brasil, não existe legislação específica que abranja todas as particularidades do teletrabalho. Assim sendo, os doutrinadores têm aplicado as normas relativas ao trabalho em domicílio à modalidade do teletrabalho em domicílio, apesar de existirem outras modalidades de teletrabalho que merecem atenção especial da justiça trabalhista.

O contrato individual de trabalho é conceituado no art. 442 da CLT como o acordo tácito ou expresso correspondente à relação de emprego. Assim, a relação jurídica criada pela relação de emprego cria um vínculo que impõe a subordinação jurídica do prestador de serviços ao empregador, detentor do poder diretivo.

Para Verônica Altes Barros (2007, p. 3.272), no trabalho a distância, do qual o teletrabalho é modalidade, o controle alusivo ao poder de direção poderá se apresentar com maior ou menor intensidade, ensejando que a subordinação jurídica seja denominada de telessubordinação.

Outrossim, são apontados, pela doutrina, indicadores valiosos de subordinação jurídica do teletrabalhador: submissão a um programa de informática confeccionado pela empresa, que lhe permite dirigir e controlar a atividade do empregado; disponibilidade de tempo em favor do empregador, com a obrigação de assistir reuniões ou cursos de treinamento, sob pena de sanção disciplinar; o fato de a empresa ser proprietária dos equipamentos de produção; recebimento de importância fixa pelos serviços prestados; assunção de gastos com água, luz, aluguel, estacionamento, manutenção de equipamentos e outros.

Esclarece o art. 2º da CLT que se considera empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos de atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de ser-

viço. Por outro lado, se o teletrabalhador é pessoa física, trabalha com habitualidade, com subordinação jurídica, pessoalmente e recebe salário, é empregado. Portanto, está sujeito às normas trabalhistas.

8 Formas de remuneração dos tutores e professores

Um dos problemas enfrentados com relação à educação a distância diz respeito à forma de remuneração tanto dos tutores quanto dos professores.

Como remunerar um professor ou tutor em cursos a distância? Essa é uma das principais dúvidas dos gestores de instituições de ensino, quando começam a trabalhar com iniciativas voltadas à educação pela Internet. O assunto é recente e o que se percebe é que cada instituição adota um modelo diferente de remuneração. A matéria é polêmica e já suscita complicações trabalhistas, com professores acionando instituições na justiça por trabalhar em horários e circunstâncias pouco convencionais.

Como o assunto é relativamente novo, não existe doutrina teórica a respeito das formas de remuneração dos tutores. Segundo o *site* Colaborativo², existem vários tipos de remuneração para professores e tutores:

- Por aluno: é o tipo de remuneração mais comum, em que o professor tutor recebe um percentual sobre cada um dos alunos participantes do seu curso. Quanto mais alunos um curso tem, maior será a remuneração do tutor. Segundo a maioria das instituições de ensino, o tipo de remuneração por aluno é uma forma de estimular o tutor a motivar os alunos a permanecer no curso.
- Por horas trabalhadas: os chamados tutores fixos recebem dessa maneira, funcionando de maneira semelhante a um

² Disponível em: <<http://www.colaborativo.org/blog/2008/11/24/modelos-de-remuneracao-para-professores-e-tutores-de-cursos-a-distancia/>>. Acesso em: 14 mar. 2010.

professor com carga horária fixa. Nesse caso, os tutores são mais generalistas e podem atuar em várias disciplinas ou cursos. Quando um tutor com conhecimentos mais especializados é necessário, este é contratado pelo regime de alunos.

- Por quantidade de material: modelo para produção de material que leva em consideração a quantidade de tópicos ou texto, que o chamado tutor de conteúdo vai produzir. Entre todos os modelos de remuneração, esse é o que apresenta maior número de variações: pode ser por páginas, horas de produção, direito de imagem em vídeo e muitos outros. Trata-se da forma contemporânea de se delinear a vetusta forma de remuneração por tarefa.

9 Direitos autorais

No ensino a distância, há cursos ministrados com metodologia de aulas semipresenciais, em que o trabalho é realizado por meio de videoaulas. Os programas referidos são comercializados e veiculados por meio audiovisual, transmitidos por radiodifusão.

Na grande maioria dos casos, o autor apenas auferirá remuneração para a confecção dos referidos materiais. Tais valores remuneram apenas o trabalho realizado, e não os direitos autorais.

Além da proteção legislativa em relação aos direitos patrimoniais do uso da obra audiovisual intelectual, há, ainda, a mesma proteção em relação ao uso da imagem propriamente dita.

Por isso, a licença do uso da imagem, ainda que agregada a um contrato de trabalho, há de ser firmada com previsão da respectiva remuneração, sob pena de locupletamento ilícito do empregador.

Para Carlos Alberto Bittar (2000, p. 42), os objetos do direito autoral são:

As obras intelectuais estéticas, ou seja, criações do espírito exteriorizadas por formas encartáveis nos domínios citados. São escritos, poemas, pinturas, esculturas, gravuras, músicas, desenhos e outras criações que, exemplificativamente se encontram relacionadas nas convenções e em leis internas. Isso significa que, mesmo à ausência de previsão, desde que, pela natureza, seja a obra dotada de esteticidade, assegurada fica a sua compreensão no contexto do direito do autor, como pacificamente se entende. Não importam, para a proteção, a origem, o destino e o uso efetivo da obra, que se qualifica, pois, por sua condição intrínseca.

Portanto, o objeto do direito autoral são as obras intelectuais dotadas de caráter próprio e de autenticidade.

Embora haja esforços de alguns autores em afirmar que o direito autoral não pode ser considerado propriedade, alegando que este direito possui um modo de aquisição diferente da propriedade em si, ou pronunciando que a proteção da propriedade e do direito autoral não tem nenhuma identidade, o entendimento que parece mais correto é no sentido de considerar o direito autoral, também, como uma propriedade.

Bittar (2000, p. 47) define os direitos patrimoniais do autor como aqueles referentes à utilização econômica da obra, por todos os processos técnicos possíveis. Consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se, em concreto, com a sua comunicação ao público.

A própria Lei n. 9.610/1998, bem como igualmente discorria a já revogada Lei n. 5.988/1973, prescreve no art. 28 que “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”.

Relacionando essa previsão legal, Carlos Mathias Souza (1998, p. 47) afirma que: “Não é difícil identificar-se tal disposição com

o sentido positivo que os romanos emprestaram à propriedade expressa pelo clássico *jus utendi, fruendi et abutendi*, isto é, o direito de usar, fruir e dispor”.

Portanto, ao menos para o sistema legal brasileiro, o direito autoral possui caráter significativamente patrimonial.

Verificada a definição de autor, da obra intelectual, de direito autoral, da relação de emprego, com seus elementos constitutivos, e, ainda, do contrato de trabalho com suas características, cabe neste momento a análise cerne deste estudo: as implicações dos direitos autorais em uma relação de emprego, especialmente um vínculo laboral a distância.

A razão desta abordagem está na dúvida que surge quanto ao caráter expropriatório ou não dos direitos autorais do empregado-
-autor pelo salário pago pelo empregador.

Como já visto, o contrato de trabalho que origina uma relação de emprego possui um caráter comutativo. De um lado está o empregado obrigado a exercer labor mediante comando do empregador, e, de outro, está este obrigado à paga do salário.

Por outro lado, está o empregado obrigado a prestar serviços dirigidos pelo empregador, sendo esta uma obrigação:

positiva, de fazer, porque consiste na execução de serviços, com o acentuado dinamismo próprio ao ato de trabalhar, bastante para que o empregado dela se desincumba. Portanto, também é do tipo de meio (em contraposição às obrigações de resultado). [...] No contrato de trabalho, o objeto buscado pelo empregador não é o resultado mediado (lucro, conquista de mercado etc.), projetado para adiante, quando se verificar o desempenho do empreendimento econômico, fruto da soma de diversos fatores, entre os quais a força de trabalho. É a atividade, o ato de trabalhar do empregado. O empregado diligente, aplicado em se desincumbir da melhor

forma de suas obrigações, não será responsabilizado pela falência da empresa ou pelo insucesso de determinado projeto técnico, pela rarefação do mercado, pela perda do produto na concorrência [...] tais tropeços inserem-se no risco do negócio, suportado, unicamente, pelo empregador (DELGADO, 1999, p. 5).

Assim, os efeitos próprios dos contratos de trabalho são as obrigações recíprocas entre empregado e empregador.

Ocorre que, paralelamente a estes efeitos típicos do contrato de trabalho, não se pode negar que há efeitos:

[...] resultantes do contrato empregatício que não decorrem de sua natureza, de seu objeto e do conjunto natural e recorrente das cláusulas contratuais trabalhistas, mas que, por razões de acessoriedade ou conexão, acoplam-se ao contrato de trabalho. Trata-se, pois, de efeitos que não têm natureza trabalhista, mas que se submetem à estrutura e dinâmica do contrato de trabalho, por terem surgido em função ou em vinculação a ele. São exemplos significativos desses efeitos conexos os direitos intelectuais devidos ao empregado que produza invenção ou outra obra intelectual no curso do contrato e não prevista no objeto contratual. Também ilustra tais efeitos conexos a indenização por dano moral (DELGADO, 2009, p. 230-231).

Não resta dúvida, pois, que o contrato de trabalho que tem por objeto a criação intelectual por parte do empregado gera os efeitos próprios deste tipo de contrato, e, ainda, efeitos conexos.

Eis o posicionamento jurisprudencial acerca do tema, conforme ementas a seguir transcritas:

Direitos da Autora – Os direitos do autor consistem em um tipo específico de direitos intelectuais, os quais são referidos pelo art. 5º, XXVII e XXVIII da carta constitucional de 1988, regendo-se também pela antiga Lei n. 5.988/1973 e, hoje, pela nova lei de direi-

tos autorais (Lei n. 9.610/1998). Relacionam-se à autoria ou utilização de obra decorrente da produção mental da pessoa. Restando comprovado nos autos que a empregadora utilizava-se de apostila elaborada pelo empregado, sem que lhe fosse repassada qualquer vantagem a título de retribuição pelo trabalho intelectual desenvolvido, o deferimento de indenização por direitos autorais é medida imperativa (TRT 3ª R. – RO n. 7667/2003, Primeira Turma, rel. juiz Maurício José Godinho Delgado – *DJMG* de 11 jul. 2003, p. 07).

E ainda:

Direitos Personalíssimos. Art. 5º, inc. XXVII, da CF e art. 11 do Novo CCB. A elaboração de apostilas por parte do professor, mesmo que atividade decorrente do contrato de trabalho, inclui-se dentre os direitos personalíssimos, que estão previstos no art. 5º, inc. XXVII, da Constituição Federal, bem como no art. 11 do Novo Código Civil Brasileiro, o que implica na irrenunciabilidade dos direitos morais sobre a obra intelectual criada pelo autor, bem como na inalienabilidade do direito de reivindicar sua paternidade, nos termos da Lei n. 5.988/1973 (Lei Nova n. 9610/1998), havendo que ser considerada inválida qualquer cláusula contratual que estabeleça em sentido contrário” (TRT-PR-23263-2001-011-09-00-0-ACO-27552-2004-publ-03-12-2004, rel. juíza Ana Carolina Zaina).

Além disso, o art. 22 da Lei n. 9.610/1998, que alterou, atualizou e consolidou a legislação sobre direitos autorais, estabelece que “pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”.

Como se vê, o direito autoral envolve duas dimensões distintas: a primeira, a pessoal, corresponde ao aspecto intelectual e espiritual, formando o direito moral do autor; a segunda, a material, vem a ser a utilização econômica da obra, o direito patrimonial.

Exatamente neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça assim já se pronunciou:

O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. O direito à imagem constitui um direito de personalidade, extrapatrimonial e de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. Na vertente patrimonial o direito à imagem protege o interesse material na exploração econômica, regendo-se pelos princípios aplicáveis aos demais direitos patrimoniais (STJ, Quarta Turma, REsp n. 74.473, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 25.2.1999, DJ de 21 jun. 1999).

A jurisprudência majoritária adota o posicionamento de que a indenização do uso da imagem e voz prescinde “de ofensa à reputação ou à constatação de prejuízo ao empregado”.

Até mesmo a Justiça do Trabalho já vem reconhecendo o direito do autor à indenização pelo simples uso de sua imagem e voz, fundamentando o posicionamento na inadmissibilidade da concordância tácita da exploração da imagem do trabalhador e em razão do enriquecimento ilícito do empregador, nos seguintes termos:

Considerando a especial relação de subordinação que imanta ao contrato de trabalho, plausível admitir a sujeição do empregado às ordens do empregador, ante o temor de sofrer represália ou risco de perder o emprego, circunstâncias que poderiam comprometer a subsistência própria e da família. A ausência de recusa expressa do empregado à determinação da ré para fotografias promocionais, na ambiência da relação empregatícia, não pode ser interpretada como concordância tácita e sequer tem o condão de afastar o ônus do empregador de indenizar, porque a empregadora visa obter vantagens mediante o uso da imagem de seus empregados (não se pode desconsiderar que o trabalho de propaganda é distinto da atividade fim da empresa e que o contrato de emprego não inclui o uso de imagem do trabalhador). O dever de indenizar decorre da indevida utilização de um direito personalíssimo, o da imagem.

E o dano moral prescinde de ofensa à reputação ou à constatação de prejuízo ao empregado, porque vincula-se a um sentimento do homem, sendo a imagem um dos direitos de personalidade (CF, art. 5º, X) (TRT-PR-RO n. 777/2002, Acórdão n. 24323-2002, rel. juiz Arion Mazurkevic, *DJ* de 8 nov. 2002, p. 394).

Nesse sentido, os direitos patrimoniais do autor são aqueles referentes à utilização econômica da obra, por todos os processos técnicos possíveis. Consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, se manifestam, em concreto, com a sua comunicação ao público.

Quando se pretende fazer uma análise desses direitos nos entrelaces de uma relação de emprego, de acordo com o sistema legal vigente no país, é indispensável o conhecimento dos arts. 36, 37 e 38 do Projeto de Lei n. 5.430/1990, que deu origem à atual Lei dos Direitos Autorais:

Art. 36. Na obra intelectual produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho, ou de prestação de serviços, os direitos patrimoniais de autor, salvo convenção em contrário, pertencerão ao comitente para as finalidades estipuladas no contrato de encomenda, ou inexistentes estas, para as finalidades que constituam o objeto principal das suas atividades.

§ 1º Conservará o comissário seus direitos patrimoniais às demais formas de utilização da obra, desde que não acarretem prejuízo para o comitente na exploração da obra encomendada;

§ 2º O comissário recobrará a totalidade dos seus direitos patrimoniais, não sendo obrigado a restituir as quantias recebidas, sempre que sua retribuição foi condicionada ao êxito da exploração econômica da obra, e esta não se iniciar dentro do prazo de um ano da sua entrega;

§ 3º O autor terá direito de reunir em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano da entrega da encomenda.

Art. 37. Salvo convenção em contrário, no contrato de produção, os direitos patrimoniais sobre a obra audiovisual pertencem ao seu produtor.

Art. 38. A aquisição do original de uma obra, ou de exemplar de seu instrumento ou veículo material de utilização, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor.

A interpretação desses artigos ensejaria conclusão no sentido de que os direitos patrimoniais do autor em uma relação de trabalho teriam cessão automática ao empregador. Ocorre que tais preceitos legais não foram aprovados pelo Poder Legislativo devido à forte mobilização dos criadores da obra intelectual à época, que viam por meio deles maior sucumbência dos seus direitos perante a figura do empregador.

Assim, o sistema legal brasileiro tornou-se omissivo neste particular, dando margens a construções teóricas a respeito do tema, sendo preciso cuidado nas interpretações que contornam a figura da relação do empregado-autor com o empregador. Diante da lacuna legislativa, duas interpretações são possíveis neste caso. A primeira é no sentido de que, quando se está analisando a questão dos direitos autorais em uma relação de emprego, deve-se compreender que:

O contrato de trabalho por si é uma forma de cessão dos direitos autorais do empregado para o empregador, quando é esse o objeto do contrato. A criação intelectual é uma forma de atividade que gera um bem característico por ser criação de quem o produz e é incomparável com outros tipos de produção econômica, com as quais não se confunde, de modo que a obra intelectual, em princípios, não poderia mesmo ser equiparável às demais, comuns na generalidade das relações de emprego, industrial, comercial ou de serviços. [...] O salário pelo trabalho remunera a atividade do empregado, independentemente do seu resultado, pois não fosse assim o empregador estaria pagando duas vezes, pelo trabalho e pelo resultado do trabalho. Portanto, segundo esta interpretação, independentemente da

existência de previsão legal, há a cessão direta dos direitos patrimoniais do autor-empregado ao empregador, pois, para os defensores desse pensamento, o próprio contrato de trabalho gera este efeito de transmissão dos direitos patrimoniais do autor para o empregador, quando o objeto do contrato for a prestação de serviços para o fim de criação de obras intelectuais (BITTAR, 2000, p. 42).

Não obstante Bittar (2000, p. 42), um dos maiores estudiosos do Direito Autoral, convergir para esta linha de inteligência, é refutável e contraditório seu entendimento. De fato, “a obra intelectual não poderia mesmo ser comparada às demais”. E esta razão é suficiente para que não se trate a obra intelectual como se fosse uma produção de parafusos ou uma cultura de batatas. Por suposto que a obra intelectual suscita um tratamento significativamente diferenciado.

A prevalecer o posicionamento transcrito, as razões do legislador em omitir esses três artigos do texto legal teria sido simplesmente evitar que se repetisse o óbvio, ou seja, o legislador não aprovou tais dispositivos porque seriam redundantes, já que sua previsão estaria nitidamente albergada em qualquer contrato de trabalho!

É mais provável que, por dois motivos, esta resposta se direcione para a negação. O primeiro é o de que o simples fato de este tema ser objeto de discussão já permite concluir que não deve o legislador ter imaginado que o contrato de trabalho, já em suas características, proporcionaria a cessão automática dos direitos patrimoniais do empregado-autor ao empregador. O segundo diz respeito à pressão realizada pelos artistas para a supressão dos referidos artigos. Se, com ou sem a presença desses artigos na Lei dos Direitos Autorais a situação dos empregados/autores seria a mesma, por suposto que não faria sentido a pressão exercida para que os arts. 36, 37 e 38 do Projeto de Lei n. 5.430/1090 fossem descartados.

Ademais, ao ajustar a remuneração pelo trabalho prestado, as partes têm em mente estabelecer contraprestação pelo tempo despendido pelo empregado em favor da atividade patronal, na forma

estabelecida pelo art. 4º da CLT, não fazendo sentido que se interprete o ajuste remuneratório da forma ampla como preconiza o doutrinador. Tal interpretação, ademais, tem o condão de afrontar diversos princípios do próprio Direito do Trabalho.

Outra interpretação possível nas tratativas deste assunto se alinha com este pensamento:

Assim, mesmo que a obra tenha sido fruto de acerto contratual entre empregado e empregador, a autoria da mesma pertencerá ao empregado, pois é fruto de sua ação intelectual. Isso não quer dizer que ao autor caiba explorar economicamente a obra, não. Nada impede das partes, através de acerto contratual, dispor que a obra criada pelo trabalhador, em decorrência das atividades para as quais foi contratado como empregado, seja explorada economicamente pelo empregador. Em outras palavras, haveria uma transmissão dos direitos do autor-empregado para o empregador. Essa transferência, porém, há de ser, necessariamente, estabelecida por escrito (art. 49, inciso II, da Lei n. 9.610/1998), presumindo-se onerosa (art. 50 da Lei n. 9.610/1998) (MEIRELES, 1998, p. 609).

Para compreender essa afirmação, é preciso conhecer os arts. 49 e 50 da Lei dos Direitos Autorais, *in verbis*:

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

I – a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;

II – somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;

III – na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos;

IV – a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;

V – a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;

VI – não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.

§ 1º Poderá a cessão ser averbada à margem do registro a que se refere o art. 19 desta Lei, ou, não estando a obra registrada, poderá o instrumento ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos.

§ 2º Constarão do instrumento de cessão como elementos essenciais seu objeto e as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e preço.

Destarte, essa segunda corrente procura alinhar o raciocínio com a ideia de que, para que ocorra a cessão dos direitos patrimoniais do empregado-autor para o empregador, deve haver prévia previsão escrita em contrato.

Sem dúvida que os argumentos desta corrente são convincentes, uma vez que não fogem de um raciocínio lógico. Para Rafael Palumbo (2005, p. 68), percebe-se tal coerência: se, por um lado, o contrato de trabalho é consensual e prescinde de forma própria, a lei é específica ao lançar que a cessão de direitos autorais deve ser feita por escrito, impondo, assim, requisito de validade do próprio ato, sendo a solenidade inafastável.

Afinal, a supressão dos arts. 36, 37 e 38, anteriormente transcritos, veio a oferecer maiores garantias aos criadores de obras intelectuais.

Havendo a necessidade de pactuação escrita para a cessão destes direitos, há, conjuntamente, uma potencialização do objeto do contrato de trabalho e, por conseguinte, uma possibilidade de negociação mais favorável ao empregado-autor do que a simples cessão automática dos seus direitos. Segundo Rafael Palumbo (2005, p. 70):

outra questão relevante, acerca da cessão dos direitos de autor do fotógrafo empregado ao seu empregador, diz respeito à modalidade de utilização da fotografia. Na ausência de pactuação escrita, tem incidência a regra do art. 49, VI, da Lei n. 9.610/1998, a qual delimita: “VI – não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato”.

Como explica o autor, há obras que podem vir a originar direitos em tipos diversos de utilização, como uma fotografia pode criar direitos quanto à sua reprodução ou quanto à sua utilização em um jornal. Assim:

[...] inexistindo qualquer estipulação acerca da modalidade de execução do contrato, esta é restrita apenas àquela indispensável ao cumprimento do pacto. Afigurada a hipótese do fotógrafo ser contratado para produzir fotografias que serão veiculadas no jornal “que o emprega”, e tais fotografias virem a ser comercializadas pelo seu empregador com outras agências de notícias, revistas, campanhas publicitárias etc., resta clarividente que esteja havendo um extrapolamento da finalidade do contrato. Assim sendo, não se podem compreender como quitados os direitos patrimoniais do empregado sobre a obra fotográfica. Relativamente a tais fotografias, deve o empregador pagar ao autor-empregado um *plus* (PALUMBO, 2005, p. 71).

Portanto, caso uma instituição de ensino contrate um professor para que este elabore o material de didático do curso, além de minis-

trar aulas, e no contrato de trabalho não haja nenhuma previsão que permita a utilização dos textos deste professor para outros fins, caso esse texto seja utilizado não pelos alunos do curso e sem que o professor receba especificamente para isto, os direitos patrimoniais do professor-autor estarão sendo expropriados indevidamente.

Ressalta-se a jurisprudência a propósito do tema:

Direito Civil – Direito Autoral – Fotografia – Publicação sem autorização – Impossibilidade – Obra criada na constância do contrato de trabalho – Direito de cessão exclusivo do autor – Inteligência dos arts. 30, da Lei n. 5.988/1973, e 28, da Lei n. 9.610/1998 – Dano moral – Violação do Direito – Parcela devida – Direitos autorais – Indenização – I. A fotografia, na qual presente técnica e inspiração, e por vezes oportunidade, tem natureza jurídica de obra intelectual, por demandar atividade típica de criação, uma vez que ao autor cumpre escolher o ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem etc. II. A propriedade exclusiva da obra artística a que se refere o art. 30 da Lei n. 5.988/1973, com a redação dada ao art. 28 da Lei n. 9.610/1998, impede a cessão não-expressa dos direitos do autor advinda pela simples existência do contrato de trabalho, havendo necessidade, assim, de autorização explícita por parte do criador da obra. III. O dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo – o seu interior. Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano. IV. Evidenciada a violação aos direitos autorais, devida é a indenização, que, no caso, é majorada. V. Recurso Especial conhecido e parcialmente provido (STJ, REsp n. 617.130/DF, Terceira Turma, rel. min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJU* de 2 maio 2005, p. 344).

Sabendo-se que a própria Lei dos Direitos Autorais impõe que “somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos

mediante estipulação contratual escrita” e não especifica qual é a forma possível de cessão dos direitos autorais patrimoniais quando objetos de uma relação de emprego, o entendimento aceitável é de que, se não houver previsão contratual escrita, não há a cessão dos direitos patrimoniais do autor.

Além disso, quando da admissão de professores, há por vezes a assinatura de uma série de documentos, incluindo-se em certos casos autorização genérica subscrita pelo professor para utilização do seu nome e da sua imagem.

Outrossim, a existência de autorização genérica para utilização do nome, da imagem e das obras intelectuais criadas na constância do vínculo de emprego, como aprouver à instituição de ensino sem qualquer contraprestação, consiste em cláusula contratual lesiva.

A propósito da lesão subjetiva, eis o que estabelece o atual Código Civil:

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

A imposição da cessão gratuita dos direitos autorais patrimoniais do criador configura o chamado dolo de aproveitamento, visto que, em face de tal “autorização”, a instituição de ensino aproveita-se da condição hipossuficiente do professor para impor-lhe condição contratual leonina, consistente em verdadeiro cheque em branco passível de ser preenchido no tempo e nas circunstâncias que bem desejasse.

A instabilidade contratual decorrente da hipotética delegação genérica para a instituição de ensino aproveitar-se comercialmente do nome, da imagem, da boa fama profissional do professor e de suas obras intelectuais deve ser considerada inválida, já que a gratuidade imposta constitui lesão subjetiva que atenta contra a natureza sinalagmática do contrato de trabalho. Por suposto que, isento de pressão, o docente não cederia gratuitamente os direitos em comento.

10 Sugestões jurídicas e pedagógicas para mitigar a natureza exploratória da relação de trabalho dos profissionais envolvidos no ensino a distância

Diante de todas as reflexões até aqui expendidas, mister se faz meditar em que medida é interessante ao capital manter essa forma de organização, ou seja, quais as estratégias de exploração que estão se configurando nesse tipo de atividade profissional.

Nesse quadro, faz-se necessário um reporte aos aspectos legais, principalmente à Lei n. 9.394/1996, que orienta a valorização dos profissionais da educação no seu art. 67 e que nem sempre é reconhecida pelas instituições privadas de ensino, que legitimam apenas os aspectos pontuais do art. 13.

Para Inajara Neves (2009, p. 7), no conjunto dessa realidade, entende-se que o assunto aqui proposto apresenta-se como um campo ainda pouco explorado, principalmente em se tratando da modalidade de educação a distância.

Outrossim, Lemgruber (2008, p. 73) aponta que a luta por uma educação a distância de qualidade deve contemplar, além da qualificação docente dos tutores e dos professores, suas condições de trabalho. É fundamental que se avance no estabelecimento de parâmetros quanto ao número de alunos atendidos.

O Decreto n. 5.622/2005 aborda diversos aspectos que os projetos pedagógicos para os cursos e programas devem contemplar, mas não menciona a relação tutoria e número de alunos. Muitas instituições abusam dessa relação expondo seus profissionais à situação de significativa exploração.

Lemgruber (2008, p. 73) indica alguns pontos, entre outros, que uma instituição de ensino deve atender:

- estabelecer uma proporção professor/alunos que garanta boas possibilidades de comunicação e acompanhamento;
- quantificar o número de professores/hora disponíveis para os atendimentos requeridos pelos alunos;
- garantir que os estudantes tenham sua evolução e dificuldades regularmente monitoradas e que recebam respostas rápidas a suas perguntas bem como incentivos e orientação quanto ao progresso nos estudos.

O autor salienta que:

também aqui percebemos que se evita a definição de um número que traduza tal garantia de “boas possibilidades de comunicação e acompanhamento”. Qual seria ele? Podemos tomar alguns exemplos como base. No projeto Veredas, formação a distância em nível superior de professores das redes públicas de Minas Gerais, a Universidade Federal de Juiz de Fora, como uma das agências formadoras, tinha uma relação de um tutor para cerca de 30 cursistas. Na Universidade Aberta do Brasil, o MEC indica um tutor presencial para 25 alunos. Julgo que tais proporções atendem aos requisitos de qualidade propostos (LEMGRUBER, 2008, p. 73).

E ainda:

estão longe de expressarem a média existente no Brasil. Em 2006, em pesquisa feita para a ABRAED (2007), abrangendo 125 instituições, foi constatada a média de um profissional docente para 51

alunos. Diga-se que representou uma melhora em comparação com 2005, quando foi de um para 73 alunos. Vale mencionar que boa parte dos que ganham com o “inchamento” do número de alunos, perdem por terem uma evasão muito alta. “Enquanto as instituições com baixa evasão têm uma média de 32,7 alunos por profissional, nas escolas com mais de 30% de evasão essa média triplica, indo a 92,8 alunos por profissional” (ABRAEducação a distância, 2007, p. 96). Afinal, basta um clique de *mouse* para o aluno evadir (LEMGRUBER, 2008, p. 73).

Nesse sentido, a função de tutoria ainda não recebeu o pleno reconhecimento como lugar essencial de mediação pedagógica nos cursos não presenciais, infelizmente, também pelo próprio Ministério da Educação, por meio da Universidade Aberta do Brasil (UAB), que remunera esta função como bolsa de pouco mais que um salário-mínimo, sem direitos trabalhistas ou previdenciários.

É de se frisar que, apesar da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996), que permitiu significativos avanços no conceito de educação a distância em todos os níveis, do Decreto n. 5.622, de 19 de dezembro de 2005, regulamentador da educação a distância no Brasil, e do Decreto n. 5.000, de 8 de junho de 2006, que instituiu o Sistema Universidade Aberta do Brasil, a legislação trabalhista ainda deixa muito a desejar no que tange aos direitos dos docentes.

Nenhum dos diplomas legais ateu-se à essência de uma educação de qualidade, que diz respeito a conferir condições de trabalhos condignas aos profissionais imersos no processo.

Nessas circunstâncias, ao intérprete do Direito resta enfrentar a infinidade de problemas jurídicos decorrentes deste vácuo legislativo com a adoção das regras celetistas que salvaguardam os direitos dos professores em geral e a aplicação analógica de regras legais aplicáveis a outros trabalhadores a distância. Também a utilização dos princípios gerais do Direito em geral e do Direito do Trabalho em particular auxiliam em muito o operador do Direito.

Espera-se ainda que as entidades sindicais patronais e de empregados envolvidos no processo da educação a distância cheguem ao consenso em relação às condições básicas de trabalho dos profissionais representados, inserindo cláusulas nos instrumentos normativos que supram a lacuna legislativa existente.

Iniciativa pioneira neste sentido tiveram o Sindicato dos Professores do Ensino Superior de Curitiba e da Região Metropolitana (SINPES) e o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Estado do Paraná (SINEPE), ao patrocinarem simpósio no ano de 2009 voltado a discutir temas trabalhistas relacionados com este assunto. Até agora, entretanto, a aproximação não rendeu frutos concretos, não constando das convenções coletivas posteriormente pactuadas nenhuma cláusula a respeito do tema.

11 Conclusão

Observa-se que a educação a distância tem promovido uma crescente precarização no trabalho docente, tendo em vista a sobrecarga de atividades que ela traz ao professor, associada à falta de regulamentação das relações trabalhistas em ambientes virtuais.

O objetivo deste trabalho foi problematizar a situação da educação a distância no Brasil, o papel dos professores e tutores que atuam nesta modalidade de ensino, bem como abordar os aspectos trabalhistas relacionados à figura do tutor e do professor.

Como já demonstrado, não há legislação trabalhista específica que proteja a figura do tutor, gerando como consequência desta deficiência legislativa inúmeros debates acerca de sua classificação como de efetivo professor ou como mero empregado administrativo.

Algumas instituições de ensino claramente defendem a ideia de que o tutor é um empregado administrativo e que, como qual-

quer outro empregado, deve trabalhar oito horas diárias, enquadrando-se na regra geral da jornada de trabalho, e não na norma especial destinada aos professores.

Por sua vez, os sindicatos dos professores têm atuado na defesa de que o tutor é uma espécie de docente, visto que, além de ministrar aulas, realiza todas as outras atividades inerentes à docência, as quais possuem especificidades típicas desta profissão, tais como a correção de exercícios e de provas, o esclarecimento de dúvidas dos alunos, a motivação destes ao estudo, papéis inerentes ao aprendizado regular. Nesse sentido, devem ser aplicadas ao tutor as leis protetivas dos professores.

No caso da educação a distância, a figura do tutor, apesar de ser o elo entre a instituição de ensino e os alunos, como se percebe, é pouco valorizada, devido ao desconhecimento de sua importância no processo do aprendizado.

O tutor, na grande maioria dos cursos, é o único contato humano pessoal com o aluno durante o ensino. Ele é o profissional que o incentiva e orienta no aprendizado e a continuar no curso.

Em muitos casos, é por causa do tutor que o aluno se motiva a continuar os estudos, pois, como antes descrito, é necessário ter muito mais responsabilidade, organização, força de vontade e determinação por parte do aluno de ensino a distância em relação ao aluno de um curso presencial tradicional.

Por certo, uma das razões da evasão de alunos nos cursos de educação a distância diz respeito à problemática da tutoria: os tutores, ao serem pouco valorizados e mal-remunerados, não exercem com desempenho as atividades exigidas por este profissional. Acrescenta-se a isto a rotatividade dos tutores em razão das más condições de trabalho e da ausência de legislação protetiva trabalhista para estes profissionais.

São preocupantes no trabalho docente na educação a distância questões como: condições de trabalho, remuneração, quantidade de alunos por docente, falta de proteção trabalhista e atenção pedagógica.

No que concerne ao aspecto regulamentar, observa-se que não há precarização apenas na área trabalhista, mas também em aspectos pedagógicos, pois muitos tutores trabalham em outras atividades e utilizam o horário de trabalho para acompanhar os seus alunos da educação a distância, consequência também da ausência de uma efetiva regulamentação no que concerne aos horários e às cargas horárias de trabalho, entre outros aspectos.

Além disso, na área pedagógica, observa-se a falta de liberdade do tutor na questão da correção das avaliações e dos exercícios, os quais, em muitos cursos, devem estar adstritos ao que o professor impôs. Observa-se que o tutor, além de ser mal-remunerado e pouco valorizado devido ao desconhecimento geral de seu papel no ensino a distância, também possui restrições ao exercício de suas funções, não possuindo a liberdade de atuação necessária, já que, por exemplo, nas correções das avaliações, está adstrito a um gabarito imposto pelo professor da disciplina.

Com relação aos professores, apesar de serem mais valorizados, ainda surgem outras questões, principalmente no que se refere aos direitos autorais. O professor, em muitos casos, é quem elabora o material didático do curso, não recebendo nenhum valor remuneratório por isso. Além disso, há certas instituições que exigem inclusive que o professor disponibilize os materiais didáticos para a instituição de ensino, a qual permanece utilizando-os mesmo depois de rompido o contrato de trabalho. Tal conduta representa verdadeira expropriação por parte das instituições de ensino, conforme já demonstrado anteriormente.

Ainda relativamente às condições colocadas às equipes e aos docentes vinculados a programas de educação a distância, impõe-se a necessidade de produção de recursos e materiais didáticos.

Em outras palavras, a produção de materiais didáticos para cursos e programas em educação a distância não pode ocorrer de forma improvisada e aligeirada, sob pena de comprometer a qualidade do ensino. Imperioso que as instituições e equipes que implementam programas e cursos em educação a distância façam a previsão e o planejamento desta etapa de trabalho, o que implica a mobilização de tempo, espaços e recursos (materiais e financeiros) adequados ao bom desenvolvimento dessa atividade.

Nesse sentido é que a educação a distância exige a previsão de novos tempos, espaços e recursos para o desempenho do trabalho docente, os quais não podem depender exclusivamente dos seus esforços individuais.

Além desses aspectos, há também questões relacionadas ao oferecimento cotidiano do curso. Aliás, é no trabalho de acompanhamento dos estudantes pela internet que mais se evidenciam implicações ao trabalhador docente.

Embora a educação a distância esteja regulamentada num plano mais geral, ela carece de regulamentação em termos trabalhistas. Os sindicatos ainda se posicionam de forma vacilante no que tange à defesa dos direitos trabalhistas dos profissionais envolvidos neste processo.

É necessária a difusão dos problemas trabalhistas que os profissionais que atuam na educação a distância têm sofrido para conhecimento de toda a sociedade. É necessária também a regulamentação dessa nova modalidade de trabalho, de forma que não cause malefícios para os envolvidos na educação a distância, assegurando condições mínimas de trabalho que levem em conta um dos princípios fundamentais da Constituição Federal do Brasil, qual seja, o que preceitua o prestígio à dignidade da pessoa humana.

Buscou-se com este trabalho salientar também que a melhoria nas condições de trabalho dos profissionais de educação a distância

repercute indiretamente na qualidade de ensino dos cursos que proliferam Brasil afora.

O objetivo deste estudo não foi apenas abordar aspectos críticos suscitados pela análise mais profunda deste sistema educacional. Pretendeu-se, outrossim, salientar que melhoras na condições de trabalho dos profissionais envolvidos com esta empreitada certamente refletirão numa melhor qualidade no ensino praticado.

E esta melhora, por certo, repercutirá em benefícios inclusive para o empregador, já que, com melhor qualidade de ensino, há mais possibilidade de procura por parte dos alunos dos cursos a distância, bem como menor evasão daqueles já matriculados.

Referências

ALONSO OLEA, Manoel. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo: Sulina, 1969.

ARAÚJO, José Paulo. *O que os aprendizes esperam dos professores na educação a distância on-line?* 2001. Disponível em: <www.comunicar.pro.br/artigos/expect.htm>. Acesso em: 20 mar. 2010.

BARROS, Verônica Altf. *O trabalho do docente virtual: análise jurídica das condições de trabalho decorrentes do sistema de educação a distância*. Manaus: Anais do Conpedi, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BRASIL. Ministério da Educação/ Secretaria de Educação a distância. *Referenciais de qualidade para cursos a distância*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/referenciais.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

CAMPOS FILHO, Amadeu Sá. *Treinamento a distância para mão-de-obra na construção civil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.

COLABORATIVO. *Modelos de remuneração para professores e tutores de cursos a distância*. Disponível em: <<http://www.colaborativo.org/blog/2008/11/24/modelos-de-remuneracao-para-professores-e-tutores-de-cursos-a-distancia/>>. Acesso em: 14 mar. 2010.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural*. São Paulo: LTr, 1998.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *Contrato de trabalho: caracterização, distinções, efeitos*. São Paulo: LTr, 1999.

LEMGRUBER, Márcio Silveira. Educação a distância: para além dos caixas eletrônicos. In: SIMPÓSIO HIPERTEXTO E TECNOLOGIAS NA EDUCAÇÃO, 2. 2008. *Anais...* Pernambuco, 2008.

LITWIN, Edith. *Das tradições à virtualidade: educação a distância – temas para o debate de uma nova agenda educativa*. Porto Alegre: Artmed, 2001.

MACHADO, Liliana Dias. *O papel da tutoria em ambientes de educação a distância*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2004.

MEIRELES, Edilton. Direitos autorais e de patente na relação de emprego. *LTr Suplemento Trabalhista*, v. 34, n. 134, p. 608-613, 1998.

MILL, Daniel Ribeiro. *Educação a distância e trabalho docente virtual: sobre tecnologia. Espaços, tempos, coletividade e relações sociais de sexo na Idade Mídia*. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade

de Educação, Universidade Federal de Minas Gerais (FAE/UFMG), Belo Horizonte, 2006.

MILL, Daniel Ribeiro. Trabalho docente na educação a distância: condições de trabalho e implicações trabalhistas. *Revista extra-classe*, n. 1, v. 1, fev. 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Ltr, 1999.

NEVES, Inajara Viana de Salles. *Condições de trabalho do docente na rede privada na educação a distância em nível superior*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2009.

OLIVEIRA, Daniela Motta. *A formação de professores a distância para a nova sociabilidade: análise do “Projetos Veredas” de Minas Gerais*. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2008.

PALUMBO, Rafael; HASSON, Roland. *O contrato de trabalho e os direitos de autor do fotógrafo empregado*. 2005. 154 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005.

RAMOS, Alexandre. *Contrato temporário de trabalho*. São Paulo: LTr., 1999.

SÁ, Iranita. *Educação a distância: processo contínuo de inclusão social*. Fortaleza: C.E.C., 1998.

SILVA, Aerton de Paula. *O panorama da EAD atual, a legislação brasileira vigente e a globalização*. 2007. Disponível em: <<http://www.sinprominas.org.br/conteudos/detalhes.aspx?IdCanal=119&IdMateria=70>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

SOUZA, Carlos Mathias. *Direito autoral*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

VILELA, Vivian Selma Schulz. *Indicadores de qualidade para avaliação de instituições de ensino superior a distância: sobre ótica do usuário*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

O público não estatal: as organizações sociais

Renata da Silva Rodrigues

Técnica administrativa do Ministério Público da União (MPU), lotada na Procuradoria da República no Rio Grande do Sul. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo a análise do modelo institucional federal das organizações sociais, instituído e disciplinado pela Lei federal n. 9.637/1998. O exame desse modelo revela que alguns de seus elementos constitutivos dão margem a controvérsia e que a viabilidade jurídica e administrativa das organizações sociais no âmbito da Administração Pública federal ainda pende de consolidação.

Palavras-chave: Contrato de gestão. Organizações sociais. Publicização. Reforma do aparelho do Estado. Setor público não estatal. Terceiro setor.

Abstract: The objective of the present study is to analyze the federal institutional model of the social organizations, instituted and disciplined by the federal Act n. 9.637/1998. The analysis of the federal institutional model reveals that its constitutive elements are still subject to controversy and that the legal and administrative viability of such organizations on the federal level of Public Administration is still unsettled.

Keywords: Social organizations. Publicization. Third sector.

Sumário: 1 Introdução. 2 As organizações sociais. 2.1 O marco legal. 2.2 Conceito. 2.3 Natureza jurídica do ato de qualificação. 2.4 Requisitos para a qualificação. 2.5 O contrato de gestão. 2.5.1 Conteúdo. 2.5.2 A questão da dispensa de licitação. 2.5.3 Execução e fiscalização. 2.6 Perda da qualificação. 3 Conclusões.

1 Introdução

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, redigido pelo Poder Executivo federal em 1995, previu, entre os seus projetos básicos, a criação de uma nova figura no ordenamento jurídico pátrio, no âmbito da Administração Pública federal: o título de *organização social*, que qualifica pessoas jurídicas de direito privado a se tornarem aptas a estabelecerem um vínculo de parceria com o Estado. Ainda de acordo com o texto do Plano Diretor, a parceria concretizar-se-ia por meio de outra nova figura jurídica – o contrato de gestão – e envolveria a transferência do encargo de prestação de atividades não exclusivas do Estado para as entidades qualificadas como organizações sociais.

O projeto das organizações sociais, introduzido por ocasião da reforma do aparelho do Estado brasileiro, corporificou-se cinco anos depois, por meio da edição da Lei federal n. 9.637/1998, diploma legal que se encarregou de traçar o modelo institucional das organizações sociais na esfera da Administração Pública federal. Atualmente em vigor, a Lei n. 9.637/1998 institui e disciplina a qualificação de entidades sem fins lucrativos, com atuação em áreas de interesse público, como organizações sociais.

Embora o plano de transferência integral de serviços não exclusivos para entidades criadas e desenvolvidas fora do aparelho estatal – processo tecnicamente denominado “publicização” – pareça ter sido, por ora, abandonado pelo administrador federal, fato é que o modelo das organizações sociais foi acolhido em outras esferas que não a federal. Em diversos estados e municípios brasileiros, o título jurídico de organização social, frequentemente aprimorado com relação ao modelo federal, consiste em meio prestigiado e consolidado para o estabelecimento de parceria com a sociedade civil e para a consecução de uma eficiente e satisfatória prestação de serviços sociais ao cidadão.

A propagada presença das organizações sociais na federação brasileira e a importância adquirida junto ao Poder Público justi-

ficam, por certo, um exame doutrinário mais apurado no que diz respeito ao fenômeno de sua criação, às suas características gerais e às vantagens e desvantagens associadas ao modelo.

2 As organizações sociais

2.1 O marco legal

Gina Copola (2006, p. 2) atenta que o termo “organizações sociais”, com acepção supostamente próxima a dos dias atuais, figurou na legislação brasileira antes mesmo da existência de diploma legal que o definisse. O já revogado Decreto federal n. 2.172/1997, que aprovou o antigo Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, dispunha, em seu art. 206, acerca da possibilidade de o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) firmar contratos ou acordos com organizações sociais, com a finalidade de assegurar a realização de programas sociais e a prestação de assistência jurídica ao beneficiário.

Muito provavelmente após se dar conta da impropriedade em que consiste a referência a um instituto ainda não previsto no ordenamento jurídico pátrio, o legislador optou por retirar a previsão atinente às organizações sociais do atual Regulamento da Previdência Social (Decreto federal n. 3.048/1999).

Meses após a edição do Decreto federal n. 2.172/1997, a Presidência da República editou a Medida Provisória n. 1.591/1997, que instituiu a qualificação de entidades como organizações sociais. A referida Medida Provisória foi reeditada mais cinco vezes, sendo então substituída pela Medida Provisória n. 1.648-6/1998.

A Medida Provisória n. 1.648-6/1998 é reiterada e posteriormente convertida na Lei federal n. 9.637/1998, a que se pode atribuir a condição de marco legal das organizações sociais. Ela institui e disciplina as organizações sociais, estabelecendo requisitos, procedimentos e formas de fiscalização, bem como institui o contrato

de gestão, instrumento hábil a regular a parceria entre o Poder Público e as organizações sociais.

Para Ivan Barbosa Rigolin (1999, p. 60), a Lei n. 9.637/1998 trata-se de diploma legal federal-nacional, o que tornaria a qualificação como organização social um ato que independe de edição de lei local que o institua. *A contrario sensu*, Maria Coeli Simões Pires (1999, p. 248) considera a Lei n. 9.637/1998 aplicável tão somente na esfera da Administração Pública federal, apontando-a como referência importante para os demais entes federativos, que poderão legislar sobre a temática no que lhe couber, instituindo as organizações sociais nos âmbitos estadual e municipal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Augusto Delgado e Luís Roberto Barroso (2000) também compartilham da opinião de que a Lei n. 9.637/1998 não se trata de lei federal-nacional, cabendo aos estados e aos municípios aprovar suas próprias leis acerca do tema.

2.2 Conceito

O dito marco legal atual das organizações sociais¹, a Lei federal n. 9.637/1998, assim as definiu, em seu art. 1º:

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

Da leitura da definição dada pelo legislador, extraem-se essencialmente os requisitos gerais a serem cumpridos pela entidade que deseja a qualificação jurídica como organização social, consistindo em formulação um tanto quanto perfunctória. Finda por pecar pela

1 “A denominação organização social é um enunciado elíptico. Denominam-se sinteticamente organizações sociais as entidades privadas, fundações ou associações sem fins lucrativos, que usufruem do título de organização social” (MODESTO, 1997, p. 199).

redundância, uma vez que reprisa as características de qualquer entidade do terceiro setor – *pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos* –, apenas ocupando-se em limitar os campos de atividade (de *interesse público*) da organização.

Esquece-se o legislador de inserir em sua conceituação dois pontos fundamentais para a compreensão do instituto jurídico sob análise: a noção de que uma entidade é denominada organização social em virtude de um título jurídico a ela outorgado e que a outorga do título jurídico dá-se para a realização de uma finalidade.

A noção da organização social como título é contemplada pelos atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles (2007), que também consignam a finalidade última do instituto em questão:

A organização social [...] é uma qualificação, um título, que a Administração outorga a uma entidade privada, sem fins lucrativos, para que ela possa receber determinados benefícios do Poder Público (dotações orçamentárias, isenções fiscais etc.) para a realização de atividades necessariamente de interesse coletivo (MEIRELLES, 2007, p. 383, grifo nosso).

A denominação “organização social” designa, obrigatoriamente, aquelas entidades que receberam do Poder Público o título jurídico de organização social. Nas palavras de Sérgio de Andréa Ferreira (1999, p. 33),

o *status* de organização social é produto de uma qualificação jurídica, atribuída a pessoa jurídica de direito privado, pelo Poder Executivo, uma vez atendidos, por aquela, determinados requisitos e pressupostos.

Assim, imprecisa qualquer definição que se furte de mencionar a qualificação jurídica que precede a existência das entidades denominadas organizações sociais.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 462) que a entidade outorgada com tal título é constituída como uma pessoa

jurídica de direito privado ordinária, diferenciando-se das demais por ter optado por habilitar-se, perante o Poder Público, para o recebimento da qualificação de organização social. A lição é reiterada por Paulo Modesto (1998, p. 80), quando o mestre assevera que “ser organização social não se pode traduzir em uma qualidade inata, mas em uma qualidade adquirida, resultado de um ato formal de reconhecimento do Poder Público”.

Outrossim, tem-se que uma definição completa acerca da organização social deve envolver a menção à sua finalidade. Consoante o art. 5º da Lei n. 9.637/1998², as entidades qualificadas como organizações sociais estão habilitadas a celebrar um contrato de gestão com o Poder Público, instrumento jurídico básico da nova parceria que se estabelece entre o setor público e o privado (AZEVEDO, 1999, p. 139). Este finda por ser o principal diferencial da organização social, não extensível às demais pessoas jurídicas privadas³.

Nesse sentido, há mister de colacionar as conceituações oferecidas por Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Maria Coeli Simões Pires e Élide Graziane Pinto, que referem em suas definições a parceria estabelecida por meio do contrato de gestão:

Organização social é a qualificação jurídica dada à pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, *mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social* (PIETRO, 2007, p. 461-462, grifo nosso).

[...] organização social é a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, constituída como fundação ou associação civil, e quali-

2 “Art. 5º Para os efeitos desta lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º”.

3 Há que se mencionar, também, o *efeito imediato* à qualificação de tais entidades, previsto no art. 11 da Lei n. 9.637/1998: a atribuição à pessoa jurídica do título de utilidade pública, que coexistirá com o título de organização social.

ficada, na forma da lei, pelo Poder Público, para serviços públicos não-exclusivos ou de caráter competitivo nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, *em sistema de parceria nos termos de contrato de gestão, de natureza administrativa* (PIRES, 1999, p. 248, grifo nosso).

[...] a concepção de organizações sociais, em sentido abrangente, encampa todas as pessoas jurídicas de direito privado, constituídas sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos, que sejam habilitadas a receber tal qualificação, dados os requisitos específicos previstos na lei supracitada (art. 2º), *habilitação esta que implica, sob a égide de um contrato de gestão, a administração de recursos humanos, instalações e equipamentos (se necessário for) pertencentes ao Poder Público e o recebimento de recursos orçamentários para seu funcionamento*, bem como maiores vínculos de controle e responsabilização perante o Estado e a sociedade, apesar da maior autonomia administrativa (PINTO, 2001, p. 61).

2.3 Natureza jurídica do ato de qualificação

Ao dispor sobre o ato de qualificação de entidades como organizações sociais, o art. 1º da Lei n. 9.637/1998 reza que *poderá* o Poder Público assim qualificá-lo – ser pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. Para Juarez Freitas (1999, p. 186), a redação do art. 1º, por si só, oportuniza que o ato de qualificação dependa de um juízo favorável quanto à sua conveniência.

Prossegue o legislador para estabelecer, no art. 2º da Lei n. 9.637/1998, os requisitos a serem cumpridos pela entidade postulante da qualificação, que consistem no *registro de seu ato constitutivo*, com uma série de elementos obrigatórios ali constantes, e na *obtenção da aprovação*, quanto à conveniência e oportunidade de sua qua-

lificação como organização social, do ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado. Ao mencionar o juízo de conveniência e oportunidade, a redação do artigo deixa transparecer, sem dúvida, a discricionariedade conferida ao Poder Executivo para a aprovação, ou não, da entidade postulante do título.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 192) atribui ao ato de qualificação como organização social uma natureza jurídica de *ato condição*, definindo-o como

o que tem por objeto a expressão de uma manifestação de vontade satisfativa de um condicionante jurídico, procedimentalmente necessário para a prática de um ato subsequente, geralmente removendo um obstáculo ou criando uma relação preparatória para a edição do ato principal (MOREIRA NETO, 2006, p. 152).

Tem-se, portanto, que o ato de qualificação demanda o preenchimento de requisitos específicos, sendo que a aprovação por dois órgãos federais – requisito disposto no art. 2º, II, da Lei n. 9.637/1998 – consiste em ato discricionário, nos termos da lei, uma vez que atrelado à aprovação do Poder Público, ato que necessariamente envolve um juízo de conveniência e oportunidade quanto à admissão da entidade como organização social.

É justamente a discricionariedade conferida pela lei ao administrador que finda por subordinar a outorga do título jurídico de organização social à conveniência e à oportunidade da Administração, mesmo que preenchidos os requisitos constantes do inciso II do art. 2º da Lei n. 9.637/1998, o que alimenta as manifestações doutrinárias mais contundentes acerca da natureza jurídica do ato de qualificação das organizações sociais.

Segundo Juarez Freitas (1999, p. 186), a excessiva discricionariedade prevista em lei deriva do fato de que o governo temia uma

explosão – inócua – de pedidos de qualificação, tendo aberto tal margem de discricionariedade com o intuito de selecionar quais entidades, dentro de um universo de candidatas, deveriam, de fato, receber a qualificação como organização social.

Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Augusto Delgado e Luís Roberto Barroso (2000), a discricionariedade remonta ao momento em que as intenções de publicização foram explicitadas pelo legislador, consistindo a exigência de aprovação por parte do Poder Executivo em meio hábil para a escolha das entidades que se desejava ter como partícipes do processo de publicização. Na opinião da autora, desejava o legislador que os próprios servidores do órgão estatal extinto, organizados sob uma nova associação ou fundação, viessem a se qualificar como organização social para que pudessem assumir as atividades publicizadas.

A preocupação com relação à margem de discricionariedade aberta pelo legislador no processo de qualificação das organizações sociais parece, de fato, procedente, em razão das inúmeras vantagens que decorrem de tal qualificação. Tão só a celebração de contrato de gestão – ato aparentemente mediato à qualificação, como se verá adiante –, já é capaz de garantir à organização social o repasse de recursos públicos, bem como a cessão de servidores e a permissão de uso de bens igualmente públicos. São cobiçados benefícios que, a nosso ver, justificariam a transformação do ato de qualificação em um ato vinculado a requisitos objetivos, visando a afastar qualquer submissão a parâmetro político na escolha da entidade a ser qualificada.

Nada há de insólito no cenário descrito por Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2006, p. 135), em que o agente público, por desvio de poder, nega a qualidade de organização social a uma pessoa jurídica que preenche os demais requisitos, guiando-se por uma finalidade estranha ao interesse público, como a de favorecer outrem ou prejudicar a entidade postulante, ou com a intenção de perseguir interesse estranho à norma. O autor vislumbra a dificuldade de con-

trole do ato administrativo discricionário que denega a qualidade de organização social e acaba por constatar a inconstitucionalidade do inciso II do art. 2º da Lei n. 9.637/1998, já que

não há razão lógica que justifique a decisão administrativa de dentre as pessoas jurídicas que preenchem os requisitos exigidos pelo art. 2º, inciso II, da Lei n. 9.637/1998, conceder a uma e negar à outra o título de Organização Social. A escolha afronta manifestamente o princípio da isonomia. *Se há igualdade entre as pessoas jurídicas que pretendam receber o título de Organização Social, a solução, de lege ferenda, seria a atribuição desta qualidade a todas – e não apenas a algumas – que preenchem os requisitos, transformando o exercício da competência do agente, no que diz respeito ao conteúdo do ato, de discricionária para vinculada* (ROCHA, 2006, p. 136-137, grifo nosso)⁴.

Como alternativa ao atual processo de qualificação, Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2006, p. 137) sugere a sujeição a procedimento licitatório que, utilizando-se de critérios objetivos e imparciais, selecionasse entre as entidades candidatas a que se mostrasse mais capacitada a receber a qualificação como organização social e, por conseguinte, a estabelecer vínculo de colaboração com o Estado.

2.4 Requisitos para a qualificação

Conforme já introduzido no tópico supra, é possível extrair da Lei n. 9.637/1998 dois requisitos específicos para que uma entidade possa habilitar-se à qualificação como organização social: o registro de seu ato constitutivo, que deve observar uma série de elementos constantes do art. 2º, inciso I, e sua aprovação por dois órgãos federais, nos termos do inciso II do mesmo artigo.

Do rol de requisitos estabelecidos pela Lei n. 9.637/1998, relativos ao ato de constituição da entidade, demanda comentários o *Conselho de Administração*, previsão inovadora que estabelece o principal canal de ingerência do Poder Público na organização social.

⁴ Também pela inconstitucionalidade: MELLO, 2007, p. 231-233.

O art. 3º da Lei n. 9.637/1998 dispõe regras para a composição do Conselho de Administração, enquanto o art. 4º encarrega-se de fixar suas competências privativas. No que tange à sua composição, vislumbra-se o esforço do legislador em submeter a organização social ao controle próximo do Poder Público e da comunidade. Membros natos representantes do Poder Público, bem como membros natos representantes de entidades da sociedade civil, a serem definidos no estatuto, deverão representar mais de 50% da composição do conselho, sendo o restante das vagas preenchidas por membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, entre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral, e por membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto. Tratando-se de associação civil, a Lei n. 9.637/1998 prevê, ainda, vagas para membros eleitos dentre os membros ou os associados.

Destarte, tem-se que a composição do Conselho de Administração, legalmente prevista, implica um alto grau de ingerência externa sobre a entidade. Afinal, submete-se, por força de lei, uma pessoa jurídica de direito privado a decisões proferidas por um conselho constituído, em sua maioria, por membros estranhos à entidade. Sobre a temática, conclui Luis Eduardo Regules Patrone (2006, p. 99):

A ingerência do Poder Público nas Organizações Sociais alcança um nível jamais visto no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente se considerada a natureza jurídica das pessoas jurídicas assim qualificadas, dotadas de autonomia própria das organizações privadas, assim como instituídas e geridas sob o influxo do direito constitucional à liberdade de associação.

De outro lado, observa-se que a previsão de participação de representantes da sociedade civil no Conselho de Administração harmoniza-se com os objetivos do modelo de administração gerencial implementado pela reforma do aparelho do Estado, porquanto prestigia o controle por parte dos usuários dos serviços prestados

pela organização social. Se tais membros do conselho consistirem, de fato, em representantes de usuários, e não de interesses específicos, ter-se-á um instrumento valioso para a implementação de uma administração com o foco no cidadão-cliente e para a solução de problemas entre políticos (delegatários) e burocratas (delegados) (NASSUNO, 1997, p. 29-31).

A composição do Conselho de Administração, tal qual prevista no art. 3º da Lei n. 9.637/1998, é alvo de críticas por parte da doutrina em razão de sua difícil operacionalização e de sua questionável eficácia. Paulo Modesto (1998) identifica na exigência de obrigatória previsão estatutária da participação de representantes do Poder Público no Conselho de Administração, em um percentual que pode variar entre 20% a 40%, uma onerosidade injustificada para a Administração, que se obriga a ceder pessoal qualificado para compor o Conselho de todas as organizações sociais qualificadas pelo Poder Executivo federal. Na opinião do autor, a referida exigência poderia ser aplicável apenas a entidades de grandes dimensões, o que garantiria um acompanhamento efetivo de organizações sociais que movimentam recursos expressivos (MODESTO, 1998, p. 82).

Luis Eduardo Patrone Regules (2006, p. 100), por sua vez, detecta na estrutura do Conselho de Administração um enfraquecimento do exercício à liberdade de associação, preceito constitucional que assegura a não interferência estatal no funcionamento das associações civis. Segundo o autor, é no mínimo curioso imaginar os particulares, após empreenderem seus esforços para a formação e consolidação da entidade, praticamente realizarem a “entrega” da direção da criatura por eles gerada ao Poder Público.

Para Juarez Freitas (1999, p. 187), a exigência em comento merece reparo em razão da generalidade excessiva da norma, que pode inviabilizar operacionalmente a qualificação de uma entidade, e da incredibilidade de um Conselho de Administração que, composto por representantes do Poder Público, tem por atribuição a aprovação da proposta do contrato de gestão da entidade, a ser

submetida pelo contratante – o mesmo Poder Público. Acrescenta também que não há necessidade de que se submeta a organização social a um controle dessa espécie, cabendo a utilização dos outros mecanismos de controle já previstos às entidades do terceiro setor.

Tecidas as considerações pertinentes à exigência de previsão de um Conselho de Administração no ato constitutivo da entidade candidata à qualificação como organização social, passa-se ao exame do requisito constante do inciso II do art. 2º da Lei n. 9.637/1998: aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

A aprovação a ser conquistada pela entidade postulante do título jurídico de organização social é, sabidamente, um exercício do juízo de conveniência e oportunidade, o que confere ao ato de qualificação um caráter discricionário.

Consideradas, novamente, as inúmeras vantagens que decorrem da qualificação como organização social, em especial a possibilidade de celebrar contrato de gestão com o Poder Público e, assim, receber bens, recursos e servidores públicos, a doutrina tem ofertado sugestões de aprimoramento do modelo federal de organização social que consistem na inclusão de novos requisitos a serem cumpridos pela entidade candidata à qualificação.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 230-231) atenta para a necessidade de que a entidade demonstre habilitação técnica ou econômico-financeira, capaz de comprovar sua aptidão para estabelecer um vínculo de parceria com o Estado. No mesmo sentido, Paulo Modesto sugere a inclusão da exigência de comprovação de tempo mínimo de atuação na área de atividade, bem como a comprovação da existência de patrimônio ou qualificação técnica especial. Para Modesto (1998, p. 82), tais requisitos evitariam o sur-

gimento de entidades *ad hoc* como beneficiárias do título de organização social e a consequente perda de credibilidade do instituto.

2.5 O contrato de gestão

A Lei n. 9.637/1998, além de instituir e disciplinar o título jurídico de organização social, conceitua, mesmo que de forma superficial, uma nova espécie de contrato a ser celebrado entre o Estado – por via de sua Administração Pública direta – e uma entidade qualificada como organização social: o contrato de gestão.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

Tal qual dispõe o artigo supracitado, o contrato de gestão é o instrumento que estabelece o vínculo jurídico de parceria entre as partes signatárias, ajustando as condições em que se dará o fomento estatal às atividades de interesse público desempenhadas pela organização social; ou, no caso de publicização de serviço público, o ajuste das condições em que se dará a transferência da execução de um determinado serviço público, antes prestado por entidade ou órgão estatal, a uma organização social⁵.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 217), o contrato de gestão consiste em meio de buscar o cumprimento de certas metas administrativas de desempenho nele prefixadas, cuja execução deverá ser periodicamente avaliada pelo contratante

5 Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 64-68), o financiamento das atividades de uma organização social que absorveu atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União não pode ser caracterizado como fomento, uma vez que não se trata de mero incentivo a atividades de interesse público desempenhadas pela iniciativa privada. Tratar-se-ia, na opinião da autora, de caso de descentralização por colaboração, em que o Estado transfere a gestão de um serviço público (serviços de saúde, educação...) para outrem, mantendo a sua titularidade.

(Estado). No mesmo sentido opinam os atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles (2007, p. 267), ao compreenderem como finalidade básica do contrato de gestão a fixação de metas e prazos de execução a serem cumpridos pela entidade privada, com o fito de permitir um melhor controle de resultados.

O conteúdo do contrato de gestão resume-se, portanto, à discriminação de obrigações, atribuições e responsabilidades dos contratantes, com a fixação de metas a serem cumpridas pela organização social, bem como à forma em que se dará o fomento estatal e o controle de resultados a ser adotado. Observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 268) que o conteúdo de um contrato de gestão é pesadamente restritivo à autonomia de uma entidade qualificada como organização social, porquanto deverão estas se submeter a inúmeras exigências a bem de se manterem como organizações sociais.

Quanto ao momento da celebração do contrato de gestão com a organização social, embora a Lei n. 9.637/1998 silencie acerca do tema, é possível supor que se trate de momento contemporâneo ou posterior à qualificação da entidade, mas nunca anterior. Nos termos do que já exposto acima, não parece o contrato de gestão tratar-se de requisito para a qualificação como organização social, mas sim de um *efeito mediato* da concessão do título jurídico (ROCHA, 2006, p. 139-140).

Em não consistindo a celebração do contrato de gestão em requisito essencial da qualificação, resta a pergunta, ainda não enfrentada pela doutrina: é possível o Poder Público não proceder à contratação da entidade qualificada como organização social?

Embora uma leitura atenta da Lei n. 9.637/1998 sugira a vinculação entre o momento da qualificação e a celebração de contrato de gestão, fato é que não há nenhum dispositivo legal explícito acerca do tema. Considerando-se a finalidade de tal instrumento – a formalização do vínculo de parceria, estabelecendo as condições

em que se dará o repasse de recursos às contratadas –, o contrato de gestão seria imprescindível, sob pena de tornar inócua a qualificação da entidade como organização social. Não havendo a produção do efeito mediato da qualificação, o instituto esvazia-se, uma vez que o efeito imediato não justificaria a sua criação.

2.5.1 Conteúdo

Embora já tenhamos definido preliminarmente o conteúdo do contrato de gestão – aquele atinente às atribuições, responsabilidades e obrigações recíprocas das partes signatárias –, impende examinar seus elementos obrigatórios, tal qual disposto no art. 7º da Lei n. 9.637/1998:

Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

I – especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II – a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Parágrafo único. Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.

Do referido dispositivo legal, Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2006, p. 143-145) extrai o conteúdo mínimo do contrato de gestão celebrado com organizações sociais: a) a especificação do programa de trabalho proposto pela organização social e a estipulação de

metas a atingir e os respectivos prazos de execução; b) a metodologia de avaliação e desempenho; c) os recursos orçamentários, os bens públicos que serão destinados, bem como os servidores que serão cedidos para o cumprimento do programa de trabalho proposto; d) a estipulação de limites para despesas com remuneração e vantagens e o estabelecimento de critérios para concedê-las aos dirigentes e empregados das organizações sociais e e) o estabelecimento de mecanismos de controle e fiscalização.

Quanto ao programa de trabalho a ser apresentado pela organização social signatária, que deve envolver a descrição das atividades a serem desenvolvidas e as metas a serem perseguidas, de modo a viabilizar um controle dos resultados alcançados, silencia a lei quanto à necessidade de que os serviços prestados pela entidade sejam gratuitos. Paulo Modesto (1998, p. 82) sugere que seja exigido pelo menos um certo percentual de serviços gratuitos diretamente prestados ao cidadão, a ser calculado, por exemplo, sobre o valor das subvenções concedidas ou sobre o valor do apoio não financeiro alcançado pelo Estado.

O segundo elemento obrigatório – a metodologia de avaliação e desempenho – consiste na forma em que o Poder Público verificará o cumprimento das metas ajustadas e a adequabilidade dos serviços prestados pela organização social.

O terceiro elemento a constar do contrato de gestão são os termos em que se dará a atividade de fomento estatal à organização social, com a previsão minuciosa dos meios a serem utilizados. Com fulcro nos arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 9.637/1998, poderá o Estado não só destinar recursos orçamentários às organizações sociais (forma clássica de fomento), mas também destinar bens públicos, mediante permissão de uso, e ceder servidores públicos, com ônus para a origem. A atipicidade dos meios de fomento eleitos pelo legislador leva Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Augusto Delgado e Luís Roberto Barroso (2000) a asseverarem que se está diante da “maior ajuda que já se concebeu dar para uma entidade

no Direito brasileiro”. Salienta-se que os bens públicos cedidos por meio de permissão de uso estão dispensados de licitação pública e poderão abarcar até mesmo a totalidade do patrimônio imóvel de uma entidade estatal extinta, que passarão a ser geridos pela organização social em regime de permissão de uso.

No que tange à possibilidade de cessão de servidores públicos, com ônus para o Poder Público, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 233) repreende a iniciativa do legislador federal, apontando os pontos críticos de tal forma de fomento estatal:

Acresce que a possibilidade aberta pela lei de que servidores públicos sejam, como é claro a todas as luzes, cedidos a organizações sociais a expensas do Poder Público aberram dos mais mezinhos princípios de Direito. Tais servidores jamais poderiam ser obrigados a trabalhar em organizações particulares. Os concursos que prestaram foram para entidades estatais, e não entidades particulares. Destarte, pretende impor-lhes que prestem seus serviços a outrem violaria flagrantemente seus direitos aos vínculos de trabalho que entretêm. Mesmo descartada tal compulsoriedade, também não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares.

Já a obrigatoriedade de estipulação de limites para despesa com remuneração e vantagens e o estabelecimento de mecanismos de controle e fiscalização consistem em meios encontrados pelo legislador para racionalizar o funcionamento da organização social, em uma tentativa de mantê-la sob atenta vigilância no que toca aos seus gastos e à destinação que é dada aos recursos que recebe do Poder Público. Cumpre sublinhar que as conclusões obtidas por meio dos mecanismos de controle e de fiscalização poderão embasar uma posterior desqualificação da entidade.

A presença de outras cláusulas no contrato de gestão, a serem definidas pelo Poder Público, é admitida pelo parágrafo único do art. 7º. Tratando-se de um contrato submetido a regime jurídico *sui generis* e que necessariamente deve observar princípios juspu-

blicistas, Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2006, p. 145-146) admite a incidência das denominadas “cláusulas exorbitantes”, bem como da necessidade implícita de se buscar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

2.5.2 A questão da dispensa de licitação

A Lei n. 9.637/1998 atribuiu aos contratos de gestão um invólucro de contrato administrativo, submetendo-o a princípios juspublicistas e prevendo um rígido controle de sua execução. Contudo, sabe-se que, por força do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, todo contrato administrativo deve ser precedido de processo licitatório, ressalvados os casos especificados na legislação.

Disposto a conceder às organizações sociais a prerrogativa de celebrarem contratos de gestão sem a necessidade de observar procedimento licitatório prévio, o legislador acrescentou ao art. 24 da Lei n. 8.666/1993 o inciso XXIV, que dispensa de licitação os contratos de gestão a serem celebrados com organizações sociais e que tenham por objeto a prestação de serviços.

Adotando uma concepção legalista, Gina Copola (2004, p. 575) e Ivan Barbosa Rigolin (1998, p. 32-33) admitem a dispensa de licitação para os contratos de gestão celebrados com organizações sociais, porque a lei assim expressamente dispôs.

No entanto, examinando-se os limites à discricionariedade do legislador ao prever um caso de dispensa de licitação pública, surgem dúvidas acerca da constitucionalidade do art. 24, inciso XXIV, da Lei n. 8.666/1993.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 270), a possibilidade de absorção das atribuições de uma entidade estatal extinta e o recebimento de recursos orçamentários e bens públicos justificariam a exigência de licitação pública para a escolha das entidades que serão qualificadas como organizações sociais. Para a autora, a

exigência de licitação deveria preceder a celebração do contrato de gestão e estar conectada à outorga do título jurídico.

Marçal Justen Filho (2005, p. 27) considera imprescindível que, entre as entidades qualificadas como organização social, seja adotado um processo objetivo de seleção para a celebração de contrato de gestão. Exemplifica o caso em que a Administração intencione outorgar aos particulares a gestão de um educandário, e conclui que é necessário que seja facultada a disputa pelo contrato de gestão, selecionando-se a melhor proposta segundo critérios objetivos preestabelecidos, em observância ao princípio da isonomia e da indisponibilidade do interesse público. E prossegue:

Ressalte-se que incidem, no caso, os dois princípios fundamentais da licitação. Em primeiro lugar, há o postulado *de indisponibilidade dos interesses sob tutela estatal*. Como decorrência, a Administração não pode ceder bens, pessoal e recursos a terceiros por mera liberalidade. [...] Quando o Estado escolhe uma certa organização social e com ela firma determinado contrato de gestão, está atuando no molde a promover o bem comum. Esse é o único fundamento que autoriza ceder bens, pessoal e recursos para particulares. Seria um contra-senso afirmar, simultaneamente, que o Estado não necessitaria optar pela melhor escolha possível. [...] a atuação do Estado tem de ser norteadada pelo ideal de selecionar a melhor alternativa possível. [...] Em segundo lugar, há o *princípio da isonomia*. Todas as organizações sociais têm o direito de ser tratadas igualmente. Não se admitem distinções fundadas em escolhas meramente subjetivas. [...] Seria incompatível com o princípio da isonomia escolher determinada organização social e excluir outra(s) para realizar contrato de gestão com objeto específico. *Se houver pluralidade de sujeitos em situação de competição pela realização do contrato de gestão, o princípio da isonomia exige a observância de um procedimento seletivo, em que o julgamento deverá fazer-se segundo os princípios constitucionais da objetividade, moralidade e economicidade* (JUSTEN FILHO, 2005, p. 267, grifo nosso).

Acerbas críticas à dispensa de licitação para os contratos de gestão também são proferidas por Celso Antônio Bandeira de

Mello, que assevera que a ausência de licitação só se justifica quando há conclusivas razões para tal, o que não seria o caso da hipótese de dispensa em comento. Bandeira de Mello (2007, p. 232-233) destaca dois aspectos que estariam envoltos em inconstitucionalidade: o recebimento de vantagens econômicas sem um processo regular em que se assegure igualdade a quaisquer interessados e a absorção de serviços públicos por organizações sociais.

Quanto ao recebimento de benesses variadas – bens públicos, dotações orçamentárias e cessão de servidores públicos –, Celso Antônio Bandeira de Mello demonstra preocupação com a outorga do título jurídico em si, ato que considera desprovido de qualquer exigência de comprovação de habilitação patrimonial, financeira e técnica das candidatas, atributos que poderiam ser facilmente aferidos por meio de um processo licitatório. Dessa forma, concentra suas críticas no momento anterior da celebração do contrato de gestão – a qualificação –, ato que, em seu estado atual, define como “uma outorga imperial resultante tão-só do soberano desejo dos outorgantes” (MELLO, 2007, p. 233).

Em meio à discussão doutrinária acerca da constitucionalidade da dispensa de licitação pública para a contratação de organizações sociais, há o acórdão prolatado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923-5. Do referido acórdão, é possível extrair valiosos posicionamentos acerca da constitucionalidade da dispensa de licitação em comento.

O relator originário do acórdão, ministro Ilmar Galvão, assim opinou:

Quanto à pretendida licitação para fim de cessão de uso dos bens públicos pelas organizações sociais, é de ter-se por descabida a exigência, na medida em que se considera que *se trata de entidades criadas pelo Poder Público justamente para absorção de atividade de órgão público, não havendo qualquer justificativa para que, nessas condições, se instaure concurso entre elas e entidades outras, não qualificadas para o mister.*

Ademais, a Constituição, no art. 37, XXI, reserva ao legislador ordinária a especificação de hipóteses de dispensa de licitação na aquisição e alienação de bens e serviços pela administração, circunstância que autoriza a ilação de que se está diante de casos da espécie⁶ [grifo nosso].

Retomando o entendimento de que há limites à discricionariedade do legislador ao excepcionar a dispensa de licitação, o ministro Eros Grau vota pela inconstitucionalidade do inciso XXIV do art. 24 da Lei n. 8.666/1993, citando Robert Alexy:

Dir-se-á, pois, que uma discriminação será arbitrária quando “não seja possível encontrar, para a diferenciação legal, alguma razão adequada que surja da natureza das coisas ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível”.

Pois exatamente isso se dá na hipótese da Lei n. 9.637/1998: não há razão nenhuma a justificar a celebração de contrato de gestão com as organizações sociais, bem assim a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos móveis e imóveis a elas, tudo com dispensa de licitação. Mais grave ainda a afrontosa agressão ao princípio da licitação quando se considere que é facultada ao Poder Executivo a “cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem”. Inconstitucionalidade chapada, como diria o ministro Pertence, inconstitucionalidade que se

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923-5*. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Qualificação de entidades como organizações sociais. Inciso XXIV do art. 24 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação conferida pela Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998. Dispensa de licitação. Alegação de afronta ao disposto nos arts. 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, §§ 1º e 2º; 129; 169, § 1º; 175, *caput*; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, §§ 1º e 2º; 211, § 1º; 213; 215, *caput*; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º e 5º; 225, § 1º, e 209. Indeferimento da medida cautelar em razão de descaracterização do *periculum in mora*. Requerentes: Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: ministro Eros Grau. Brasília, 1º ago. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2010.

manifesta também no preceito veiculado pelo inciso XXIV do art. 24 da Lei n. 8.666/1993 com a redação que lhe foi conferida pelo art. 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998⁷ [grifo nosso].

A referida medida cautelar em ação de declaração de inconstitucionalidade foi indeferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em 1º de agosto de 2007, inclusive no tocante à dispensa de licitação para celebração de contratos de gestão com organizações sociais.

2.5.3 Execução e fiscalização

A execução do contrato de gestão dá-se com o desenvolvimento das atividades de interesse público por parte da organização social, nos termos previstos no programa de trabalho elaborado, com o fim último de cumprir as metas propostas dentro do prazo de execução fixado. Por parte do Poder Público contratante, caberá o repasse dos créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras em favor da organização social, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

Iniciada a execução do contrato de gestão, a Lei n. 9.637/1998 prevê mecanismos de fiscalização e controle com o intuito de assegurar o correto cumprimento do contrato, mecanismos estes que são complementados por outros constitucionalmente previstos.

Embora seja visível a necessidade de que se exerça controle sobre as atividades desenvolvidas pelas organizações sociais, parece necessário reiterar que tais entidades são potencialmente destinatárias de recursos, bens e servidores públicos e, portanto, incumbidas de gerir *res publica*. Conforme observa Andrea Nunes (2006, p. 57), o controle sobre tais entidades, seja sobre os critérios no repasse das verbas e respectiva prestação de contas, seja sobre a qualidade dos serviços prestados, é modo hábil a assegurar que as organizações do

⁷ Ver nota 6.

terceiro setor em geral revertam o que lhe é repassado em benefícios para a população por elas atendida.

Para fins didáticos, dividir-se-ão tais mecanismos de controle e fiscalização da execução dos contratos de gestão em três espécies: internos, externos e o social.

Por *controle interno*, compreendemos os “mecanismos de controle que podem ser desenvolvidos dentro da própria entidade a fim de que esta venha a desenvolver uma estrutura compatível com as suas novas e importantes atribuições na Sociedade” (NUNES, 2006, p. 61). É, pois, um controle exercido pela Administração Pública, a partir de mecanismos a serem implementados dentro da própria organização social.

O art. 8º da Lei n. 9.637/1998 prevê uma primeira forma de controle interno que consiste na fiscalização da execução do contrato por órgão ou entidade supervisora da área de atuação da organização social. Assim, deverá a entidade qualificada como organização social apresentar relatório pormenorizado acerca da forma em que se está se dando a execução do contrato de gestão, atualizando o Poder Público no que toca às metas propostas e aos resultados efetivamente alcançados, realizando a devida prestação de contas daquele exercício financeiro. A apresentação do relatório de atividades da organização social dar-se-á ao término de cada exercício, ordinariamente, ou a qualquer momento, extraordinariamente (ROCHA, 2006, p. 148-149).

Uma vez apresentado o relatório, este será repassado à avaliação de uma comissão, a ser composta por especialistas da área de atuação da organização social. A comissão de avaliação proverá um relatório conclusivo acerca dos resultados alcançados pela entidade fomentada, a fim de atestar a adequabilidade dos dados enviados e o andamento da execução do contrato de gestão.

Ainda sobre mecanismos de controle interno, mister falar no art. 17 da Lei n. 9.637/1998, que implementa a obrigatoriedade da observância, por parte das organizações sociais, de uma regulamen-

tação para a contratação de obras e serviços, bem como para aquisições com o emprego de recursos públicos. A referida regulamentação deverá ser publicada no prazo máximo de noventa dias, contado da assinatura do contrato de gestão. Para Leon Frejda Szklarowsky (1999, p. 154), o regulamento contendo os procedimentos para as contratações a serem realizadas pela organização social deverá substanciar os princípios gerais do processo licitatório, na esteira do que já decidiu o Tribunal de Contas da União com relação aos Serviços Sociais Autônomos (Decisão Plenária n. 907/1997).

No que toca ao controle externo – aquele exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio técnico-administrativo do Tribunal de Contas –, deve-se cotejar o art. 9º da Lei n. 9.637/1998 com o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal. Enquanto o primeiro prevê a atuação do Tribunal de Contas da União (tratando-se de organizações sociais no âmbito federal) quando provocado pelos órgãos responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, a previsão constitucional determina a prestação de contas ao Tribunal de Contas por qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda. É possível concluir, portanto, que a atuação do Tribunal de Contas não se dará tão só quanto provocado, mas sim de forma periódica, por meio do exame da prestação de contas que deverá ser apresentada pela organização social⁸.

Destarte, além do controle previsto no art. 9º da Lei n. 9.637/1998, há o dever constitucional da organização social de prestar contas ao Tribunal de Contas, haja vista que tais entidades utilizam-se de bens, servidores e até mesmo de recursos orçamentários para que possam cumprir o contrato de gestão celebrado (COPOLA, 2004, p. 574). Outrossim, há a previsão constitucional de que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União” (CF, art. 74, § 2º).

8 Nesse sentido: FREITAS, 1999, p. 184; PIRES, 1999, p. 252; SZKLAROWSKY, 1999, p. 155.

A terceira espécie de controle – o *controle social* – é nota distintiva nas organizações sociais, estando inserida no ideal de efetiva participação da sociedade civil na administração do que é considerado de interesse público. Élide Graziane Pinto (2001) aponta duas formas institucionalizadas pela Lei n. 9.637/1998 de exercício do controle social: a quota de membros do Conselho de Administração destinada aos representantes da sociedade civil (art. 3º, I, *b*) e aquela prevista no art. 20, inciso III, onde se lê que deve ser observado, na implantação do Programa Nacional de Publicização, o controle social das ações de forma transparente. Finda a autora por concluir que, enquanto a primeira forma de controle é plenamente operável, a segunda ainda se encontra em um plano programático, ainda não procedimentalizada (PINTO, 2001, p. 70).

Quanto ao controle social exercido pelos membros do Conselho de Administração, Marianne Nassuno vislumbra sua ineficácia em razão das dificuldades da organização dos usuários e os custos de participação envolvidos. Explica a autora que o grupo de usuários atendidos pelas organizações sociais, levando-se em conta as variadas áreas de atuação destas, costumam ser numerosos e dispersos, faltando-lhes mobilização para se fazerem devidamente representados no Conselho. Como solução, sugere a implantação de um mecanismo que prescindia da organização da ação coletiva dos usuários, citando o exemplo do *ombudsman* (NASSUNO, 1997, p. 32-38).

Paralelamente, o art. 10 da Lei n. 9.637/1998 trata da competência do Ministério Público, da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria da entidade para, quando provocados pelo órgão fiscalizador, requererem ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da organização social e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. No entender de Andrea Nunes (2006, p. 138), o dispositivo legal não afasta o poder fiscalizatório constitucionalmente atribuído ao Ministério Público no que toca ao patrimônio público e social e que prescinde de representação por parte de qualquer órgão.

2.6 Perda da qualificação

Em seu art. 16, a Lei n. 9.637/1998 prevê a desqualificação da entidade quando constatado o descumprimento das disposições previamente acordadas no contrato de gestão firmado. Por meio da referida previsão legal, verifica-se, mais uma vez, o papel essencial do contrato de gestão para a concretização da parceria entre organização social e Poder Público, constituindo-se o seu pleno cumprimento em condição *sine qua non* para a manutenção do título jurídico.

Conforme destaca Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2006, p. 170), o não cumprimento das cláusulas do contrato de gestão de que trata o legislador deve refletir, tão somente, a resolução do contrato de gestão por culpa ou dolo da organização social, e não qualquer espécie de extinção do contrato de gestão.

Moreira Neto (2006, p. 553) acrescenta como causa de desqualificação a invalidade ou a perda das condições essenciais à qualificação obtida. Se há requisitos rígidos a serem cumpridos para a obtenção da qualificação, parece lógico que o não cumprimento superveniente destes mesmos requisitos acarrete a perda da qualificação, uma vez que a entidade não mais ostenta as características que lhe são legalmente exigidas – finalidade não lucrativa, atuação em área social, possuir órgãos de deliberação nos moldes previstos em lei etc.

Segundo Juarez Freitas, a redação do art. 16 equivocadamente dá azo à interpretação de que o ato de desqualificação não é vinculado à constatação do descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, quando dispõe que “o Poder Executivo *poderá* proceder à desqualificação da entidade como organização social”. Para o autor, a desqualificação é cogente, não podendo admitir-se qualquer juízo subalterno ou condescência impertinente quando a desqualificação é, em verdade, inarredável (FREITAS, 1999, p. 186).

Sílvio Luís Ferreira da Rocha oferece solução diferenciada para a interpretação do art. 16, afirmando que há, sim, margem de liberdade para a apreciação subjetiva do administrador na aplicação da sanção, devendo ser escolhida a alternativa que melhor atenda ao interesse público. Para o autor, o critério “interesse público” bastaria para que situações envolvendo, *verbi gratia*, desvio de recursos, desencadeassem, necessariamente, um processo de desqualificação (ROCHA, 2006, p. 171).

Como consequência da desqualificação, a Lei n. 9.637/1998 impôs a reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social. Para Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2006, p. 17), “reversão” não consiste em um termo tecnicamente correto, uma vez que os bens sempre pertenceram ao Poder Público; logo, tratar-se-ia de simples resolução da permissão de uso.

A entrega dos bens e dos valores aparentemente deverá se ajustar à previsão do art. 2º, inciso I, alínea *i*, que fala na incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, *ao patrimônio de outra organização social* qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados. Viabiliza-se, assim, a continuidade da atividade de fomento às entidades que se dedicam à prestação de serviços de relevância social, no caso em que uma delas reste desqualificada pelo Poder Público.

3 Conclusões

As organizações sociais, escopo específico do presente trabalho, representam a primeira iniciativa do legislador brasileiro no sentido de efetivamente delimitar a área de atuação estatal. Em seu diploma legal paradigmático, a Lei federal n. 9.637/1998, resta assinalada não só a sua atuação como típica entidade pertencente ao terceiro setor, atuando paralelamente ao Estado, tendo suas ati-

vidades de interesse público fomentadas pelo Poder Executivo, mas também a sua atuação como verdadeira sucessora de entidades e órgãos públicos extintos, absorvendo as atividades sociais a que estas se dedicavam.

Examinar as características atribuídas pelo legislador às entidades qualificadas como organizações sociais parece envolver, necessariamente, uma reflexão acerca das potenciais falhas contidas no modelo federal e da possibilidade de aprimoramento deste. Inicialmente, há a questão do ato de qualificação das entidades candidatas, envolto por requisitos que não parecem garantir um efetivo controle interno das atividades desenvolvidas pela organização social. Tem-se, a título exemplificativo, o requisito da previsão de criação de um Conselho de Administração com massiva participação de representantes do Poder Público, cuja eficácia e utilidade são discutíveis, ao mesmo tempo em que se opta por dispensar a entidade candidata da necessidade de demonstração de qualquer habilitação técnica e econômico-financeira mais minuciosa.

Consideradas as relevantes benesses aproveitáveis às entidades qualificadas como organizações sociais, que incluem a possibilidade de destinação de recursos orçamentários, bens e servidores públicos, sob qual fundamento poderia o legislador deixar de exigir a comprovação, por parte da entidade candidata ao título jurídico, de tempo mínimo de atuação na área da atividade a ser fomentada, ou da existência de patrimônio condizente com as metas que se propõe a perseguir? Trata-se, aqui, de requisitos de complexidade mínima, que auxiliariam no fortalecimento da credibilidade de tais instituições e minimizariam os riscos de descumprimento do contrato de gestão.

Ainda sobre o ato de qualificação, afigura-se questionável a escolha do legislador federal de revesti-lo em discricionariedade. Afinal, em um extenso universo de entidades de direito privado, candidatas à qualificação como organização social, atraídas pela possibilidade de estabelecerem um vínculo de parceria com o

Poder Público e, dessa forma, terem suas atividades fomentadas por este, não parece apropriado incumbir dois órgãos federais da tarefa de examinar a conveniência e oportunidade da qualificação intentada. Bastaria que se fixassem requisitos objetivos para a outorga do título jurídico, que poderiam até mesmo culminar na submissão das entidades candidatas à qualificação a um procedimento licitatório.

Não se pode olvidar, também, a lacuna da Lei n. 9.637/1998 no que diz respeito ao tempo da celebração do contrato de gestão. Toda entidade qualificada como organização social possui o direito subjetivo à celebração imediata de um contrato de gestão? Ao que parece, a qualificação como organização social afigura-se vazia sem o ajustamento da parceria via contrato de gestão, pois é ele o instrumento hábil a estabelecer as condições em que se dará o fomento estatal. Tal constatação reforça a necessidade de que o ato de qualificação consista, por si só, em eficaz meio de controle da atuação tais entes.

Quanto à dispensa de licitação pública para a celebração do indigitado contrato, consagrada no art. 24, inciso XXIV, da Lei n. 8.666/1993, cuja controvérsia resta, inclusive, exposta nos autos da Ação de Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923-5, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, é provável que a celeuma acerca do tema fosse abrandada com a simples instituição de um processo objetivo de seleção que remonte ao momento da outorga do título jurídico. Destarte, a celebração do contrato de gestão e o consequente repasse de recursos públicos seriam obrigatoriamente precedidos por um processo administrativo que garantisse igualdade a todos os interessados e a observância aos princípios constitucionais da função administrativa do Estado.

Por fim, igualmente controvertida mostra-se a possibilidade de que organizações sociais absorvam atividades de entidades e órgãos públicos extintos, transferência de serviços não exclusivos denominada “publicização”, embora a prática em comento seja

escassa no âmbito da Administração Pública federal. Pode o Estado transferir ao setor público não estatal o encargo de prestação de todos os serviços sociais, ditos não exclusivos?

A Constituição Federal estabelece, por certo, o dever do Estado de prestar a todo cidadão brasileiro certos serviços sociais, inclusive em regime de gratuidade; e alguns destes serviços poderão ser objeto de publicização, de acordo com a Lei n. 9.637/1998. Os argumentos favoráveis e contrários ao processo de publicização por organizações sociais encarregam-se, em sua maioria, de manipular livremente o conceito de “prestação”; os primeiros sustentam que a prestação de serviços não exclusivos por organizações sociais coaduna-se com o texto constitucional, porquanto o Estado mantém a posição de financiador das atividades destas entidades, ao passo que os segundos centram-se na necessidade de que o Estado preste, diretamente, os serviços sociais que lhe são constitucionalmente atribuídos.

Diante da manifesta inaptidão da Administração Pública brasileira em cumprir com os inúmeros deveres que lhe são constitucionalmente impostos, engessada em uma estrutura ainda burocrática e ineficiente, e da notória insatisfação dos administrados com os serviços públicos que lhe são ofertados, as concepções pessoais acerca do que devam ser, de fato, atribuições do Estado, são postas à prova. E então o ideal do Estado subsidiário, antes utópico, parece menos intangível, e mais desejável.

Certo é que, antes de proceder-se à análise da viabilidade jurídica do processo de publicização, deve-se assegurar o aprimoramento do modelo federal das organizações sociais. Tal qual delineado no âmbito da Administração Pública federal, o modelo apresenta graves impropriedades, que comprometem demasiadamente a sua aplicação extensiva. Não se trata, aqui, de desconstituir uma figura jurídica de inestimável valor para a redução do aparelho do Estado brasileiro, mas sim de provê-la com atributos capazes de garantir a boa gestão da *res publica*.

O comprometimento e a aptidão do setor público não estatal para o desempenho de atividades de interesse coletivo, atuando paralelamente ao Estado, são demonstrados por meio de inúmeras iniciativas atualmente executadas no Brasil. E ainda que máculas no modelo sejam esporadicamente reveladas, observa-se o crescente esforço no sentido de ampliar as formas de controle e fiscalização da atuação de tais organizações da sociedade civil, estreitando possíveis margens para atos ímprobos e atentatórios à moralidade administrativa.

No entanto, assumir integralmente atividades que sempre foram atribuídas ao Estado e que dizem respeito ao atendimento de direitos fundamentais do cidadão consiste em zona de atuação ainda pouco explorada pelas organizações públicas não estatais. Superadas as controvérsias iniciais e valendo-se de um vínculo de parceria administrativa e juridicamente viável, resta saber se a sociedade civil organizada demonstrará o seu comprometimento e aptidão característicos também na tarefa de substituir o Poder Público na prestação de serviços sociais.

Referências

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Organizações sociais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 51/52, p. 135-142, jan./dez. 1999.

BRASIL. Câmara de Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: 1995.

_____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Organizações sociais*. 5. ed. Brasília: 1997.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. *Do parecer no tocante à terceirização e às parcerias na saúde pública*. Brasília, 1998. Relator: Wagner Gonçalves.

COPOLA, Gina. As organizações sociais e os contratos de gestão. *BLC: Boletim de Licitações e Contratos*, v. 17, n. 8, p. 573-575, ago. 2004.

———. *Desestatização e terceirização*. São Paulo: NDJ, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; DELGADO, José Augusto; BARROSO, Luís Roberto. Agências executivas, agências reguladoras e organizações sociais; natureza jurídica, características, distinções e atribuições destes novos entes; contratos de gestão conferindo maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 16, n. 11, p. 801-822, nov. 2000.

———. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Uma visão crítica das organizações sociais. *Revista trimestral de Direito Público*, Rio de Janeiro, n. 25, p. 33-42, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 210, p. 195-212, out./dez. 1997.

_____. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, p. 75-86, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 214, p. 35-53, out./dez. 1998.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NASSUNO, Marianne. Organização dos usuários, participação na gestão e controle das organizações sociais. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 48, n. 1, p. 27-42, jan./abr. 1997.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

NUNES, Andrea. *Terceiro setor: controle e fiscalização*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

PINTO, Élide Graziane. Organizações sociais e reforma do Estado no Brasil: riscos e desafios nesta forma de institucionalizar a parceria Estado-sociedade organizada. In: CONCURSO DE ENSAYOS Y MONOGRAFÍAS SOBRE REFORMA DEL ESTADO Y MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 14. Documentos Debate: Estado, Administración Pública y Sociedad: *Ensayos Ganadores 2000*. Caracas: CLAD, n. 6, p. 47-82, abr. 2001.

PIRES, Maria Coeli Simões. Terceiro setor e as organizações sociais. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 245-255, abr. 1999.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro setor: regime jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Alguns casos polêmicos de licitação dispensável e inexigível: o contrato de gestão. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 29, n. 78, p. 32-33, out./dez. 1998.

———. O contrato de gestão e seus mistérios. *Revista Consulex*, Brasília, n. 27, p. 60, mar. 1999.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Organizações sociais. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 154-155, mar. 1999.

**Direito Tributário e
Direito Constitucional**

A Lei n. 11.382/2006 e o efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal: aplicam-se ou não – e, caso positivo, em que medida – as novas disposições do CPC à execução fiscal?

Victor Barbosa Dutra

Servidor do Ministério Público da União (MPU), lotado no Ministério Público Federal (MPF). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Resumo: Objetivou-se, com o presente trabalho, examinar a viabilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei de Execuções Fiscais, especificamente no que toca à questão do efeito com o qual devem ser recebidos os embargos à execução (se suspensivos ou não). Tal reflexão mostrou-se necessária porque se percebeu que a Fazenda tem defendido e a jurisprudência tem caminhado no sentido de aplicar irrestritamente as normas gerais ao subsistema especializado da execução fiscal, sem levar em consideração as peculiaridades deste, o que pode conduzir a resultados incompatíveis com a nova ordem constitucional.

Palavras-Chave: Lei n. 11.382/2006. Reformas processuais. Celeridade. Efetividade. Garantias. Execução fiscal. Embargos à execução. Efeito suspensivo.

Abstract: The aim of the present work is to examine the viability of subsidiary application of the Civil Procedure Code to the Tax Enforcement Law, specifically regarding the effect which must be granted to the “stays of execution” (whether suspensory or not). This reflection seems to be necessary because it was perceived that the Treasury has argued, and the judges are moving toward the

unrestricted application of general rules to specialized subsystem of Tax Enforcement, without considering its peculiarities, which can lead to incompatible results with the new constitutional order.

Keywords: Law n. 11.382/2006. Procedural reforms. Quickly. Effectiveness. Warranties. Tax enforcement. Stays of execution. Suspensive effect.

Sumário: 1 Introdução. 2 Das reformas no Direito Processual Civil. 2.1 Celeridade e efetividade: um olhar crítico. 2.2 As reformas processuais e a execução fiscal: qual a profundidade dessa relação? 2.3 Dos embargos à execução. 3 Os diferentes pontos de tensão. 3.1 A interação entre norma geral e especial: a necessidade de interpretação sistemática. 3.2 A posição da Fazenda. 3.3 Peculiaridades a serem levadas em conta na mitigação do critério da finalidade. 3.3.1 A posição da LEF no ordenamento jurídico. 3.3.2 A ausência do devedor na formação do título executivo. 3.3.3 A diferença do papel dos embargos com efeito suspensivo nas execuções comum e fiscal. 3.3.4 A manutenção da exigência de garantia do juízo e o perigo de ressurreição da cláusula *solve et repete*. 3.3.5 O resgate da *mens legis* de 1980 ante o ordenamento pós-1988 e os objetivos da reforma processual. 4 Conclusão.

1 Introdução

Não é novidade que o Direito Processual Civil tem passado por profundas reformas ao longo das últimas duas décadas, as quais têm sido implantadas de maneira gradual, pontual – contudo, profunda –, e sempre orientadas pelos princípios da celeridade e da efetividade.

Visam a promover, indubitavelmente, a razoável duração do processo, concretizando, assim, “a mais clássica das fórmulas tradicionais do conceito de Justiça, qual seja, a do *suum cuique* ou *a cada um o que é seu*” (FURLAN, 2008, p. 21).

Muito embora tenham recaído sobre questões e institutos específicos do Direito Processual Civil, tais reformas espalharam-se para outros sub-ramos, como o Processo do Trabalho e o Processo

Tributário, provocando significativas alterações nas relações jurídicas por eles regidas.

No presente estudo, limitaremos-nos a analisar o impacto da reforma implantada pela Lei n. 11.382/2006 – que modificou a execução de títulos executivos extrajudiciais – sobre a execução fiscal, mais especificamente no que tange à aplicação da nova regra do efeito suspensivo nos embargos de devedor.

De um lado, tem sido defendida a aplicação subsidiária irrestrita do Código de Processo Civil (CPC) ao procedimento regido pela Lei de Execução Fiscal (LEF). De outro, no que toca à específica questão do efeito suspensivo dos embargos, tem sido combatida a referida subsidiariedade.

A doutrina tem-se dividido e a jurisprudência, em grande parte, vem-se convencendo com a fundamentação exposta pela Fazenda – sobretudo pela Fazenda Nacional, veiculada por meio de parecer oficial (Parecer PGNF/CRJ n. 1.732/2007). Em razão disso, a necessidade de aprofundamento dessas discussões se revela premente.

2 Das reformas no Direito Processual Civil

2.1 Celeridade e efetividade: um olhar crítico

Nos anos de 2005 e 2006, algo considerado previsível e inevitável para a maioria dos estudiosos do Direito Processual Civil ocorreu: as ondas reformistas que inundaram o processo ao longo das últimas décadas chegaram à execução.

Previsível por, ao menos, duas razões: inicialmente, porque “o mote” da celeridade, da efetividade e da instrumentalidade já tinha avançado sobre o processo de conhecimento, alterando-o significativamente, e, de outro lado, porque esse anseio por mudanças não era um fenômeno isolado, cuja existência estava circunscrita

ao Direito pátrio. Pelo contrário, vinha sendo observado “em boa parte dos Estados tidos como Democráticos de Direito, em que a sociedade, cada vez mais complexa e plural, clama por maior rapidez e efetividade na prestação jurisdicional” (AZEVEDO; MITRE, 2009, p. 35).

Inevitável porque, para muitos, o processo de execução sempre se revelou “lento, com altos custos e ineficaz” (MOLLICA, 2008, p. 70); o capítulo “mais anacrônico de todo o sistema” (MENDES apud THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 87), “o calcanhar de Aquiles do nosso ordenamento, pois não se mostrava apto a satisfazer o crédito do credor de forma célere e efetiva” (MOLLICA, 2008, p. 69).

Não é por outro motivo que as reformas se concentraram no processo de execução, conforme leciona Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 79):

Como a efetividade dos direitos subjetivos quase sempre depende mais de medidas práticas ou concretas do que de meras declarações ou definições, as reformas legislativas concentraram-se, com predominância, no processo de execução e nas vias de acesso aos atos executivos [...]. É nessa ordem de idéias que o direito processual somente se moderniza, de fato, quando aprimora o acesso às vias executivas.

Ocorre que tais reformas se deram de maneira *pontual ou setorial* e nem sempre conseguiram resolver eficazmente o problema que se propuseram a enfrentar. Além disso, não restou evidente uma preocupação dos reformadores no sentido de traçar uma *completa linha de trabalho* ou uma *diretriz* que orientasse as – pulverizadas – reformas.

Por essa razão, tais alterações têm promovido, ainda que involuntariamente, uma descaracterização do Código de Processo Civil, dificultando a sua interpretação sistemática, o que levou a doutrina a tecer críticas contundentes sobre o fenômeno¹.

1 Confira, a esse respeito, a opinião de Diogo Ciufo Carneiro (2008, p. 62-63).

De fato, a mais evidente – e talvez única – *linha de trabalho* que se pode identificar no movimento reformista é o anseio por celeridade e efetividade.

Não se ignora, *ressalta-se*, que tais bandeiras podem e devem ser perseguidas. Contudo, não deveriam, em nossa perspectiva, ser tidas como os únicos *fundamentos* a legitimar a atuação do Direito Processual, haja vista que o processo que se pretende *justo* permite um convívio salutar entre os princípios e as garantias constitucionais referentes ao *acesso à justiça* e à *efetiva prestação* desta.

No mesmo sentido parece estar o magistério de Rosemiro Pereira Leal (apud AZEVEDO; MITRE, 2009, p. 42) quando afirma que:

A pretexto da celeridade processual ou efetividade do processo, não se pode, de modo obcecado, suprimindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o tempo da ampla defesa que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova [...] A ampla defesa, em qualquer sistema jurídico do moderno Estado Democrático de Direito, envolve a cláusula do devido processo legal em sentido substancial (*substantive due process*), equivalente ao direito material de garantias fundamentais do cidadão, como a do devido processo em sentido processual (*procedural due process*), traduzindo a garantia da plenitude da defesa e tempo e modo suficiente para sustentá-la.

Assim, cabe alertar que nem sempre que um novo procedimento propuser a tornar a marcha processual mais célere ou efetiva, estará – *por essa única razão* – apto a ser adotado indiscriminadamente. De fato, se fosse assim, o Direito Processual sequer seria necessário, uma vez que o *processo*, ontologicamente considerado, pressupõe *tempo*.

Não se ignora, contudo, o fato de que referido tempo *pode* e *deve* ser reduzido ao máximo possível, desde que respeitados os demais valores incorporados pelo Direito. Certamente, “duração

razoável do processo não quer dizer celeridade a todo custo, mas, como chamado no Direito espanhol, *derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*” (CARNEIRO, 2008, p. 44).

Um olhar mais crítico, por outro lado, não se confunde, em nosso sentir, com preconceitos, haja vista que

se o contraditório é uma garantia inafastável do processo judicial democrático – e isto ninguém contesta –, nem por isto se há de anatematizar todo e qualquer esforço para reduzir a injusta demora na duração do processo (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 79).

2.2 As reformas processuais e a execução fiscal: qual a profundidade dessa relação?

À luz dessas considerações, convém destacar que, para alguns, “o efeito suspensivo tem sido apontado como um dos maiores responsáveis pela não-efetividade do processo civil, seja no campo recursal ou na execução” (MOLLICA, 2008, p. 71).

Nas palavras de Yarshell (2001, p. 383-384), por exemplo:

[...] O que impede a maior rapidez no andamento dos processos e na execução dos provimentos que a reclamam – entre outros fatores – é a circunstância de que tais “recursos” acabam suspendendo a eficácia das decisões recorridas e, portanto, retardando a satisfação do direito já reconhecido. Vale dizer: o problema não está na quantidade dos meios de impugnação colocados pela lei à disposição das partes (o que, como dito, pode até ser encarado de forma salutar), mas a questão reside verdadeiramente na aptidão que esses remédios tenham de sustar a eficácia do comando judicial e, dessa forma, impedir a atuação do direito reconhecido na sentença ou em decisão interlocutória.

Tal perspectiva parece ter sido compartilhada pelos idealizadores da Lei n. 11.382/2006, que, ao modificar a redação do

art. 736 e introduzir o art. 739-A no Código de Processo Civil, mantiveram a possibilidade praticamente irrestrita de oposição de embargos à execução sem, contudo, facultar-lhes o efeito suspensivo automático (*ex lege*).

Percebe-se, desse modo, que a garantia do juízo (por penhora, depósito ou caução), *na execução civil*, não é mais um requisito para a *oposição* dos embargos, mas tão somente para a *atribuição de efeito suspensivo*.

Entretanto, não é mais ela – a garantia do juízo – o único requisito.

A nova redação do § 1º do art. 736 exige o preenchimento simultâneo das seguintes condições: a) requerimento do embargante, b) relevância do fundamento invocado, c) manifesta possibilidade de grave dano de difícil ou incerta reparação e c) garantia do juízo².

Em outras palavras, pode-se afirmar que,

de acordo com a atual disciplina do diploma processual, fica o efeito suspensivo condicionado à demonstração dos requisitos genéricos das tutelas de urgência – o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* – e à garantia do juízo (PARREIRA; MELO; AMARAL, 2007, p. 9).

Conclui-se, pois, que, na execução *civil*, passamos de um sistema que conferia eficácia suspensiva *ope legis* aos embargos para um sistema cuja atribuição se dá *ope judicis*.

2 “Embora a concessão do efeito suspensivo possa ocorrer já no ato do recebimento da impugnação, é rigorosamente fora de dúvida que pode também ser requerido e deferido em momento posterior, diante da superveniente configuração dos requisitos legais. Sendo assim, embora seja dado ao executado recorrer contra o ato de indeferimento do efeito suspensivo, não se pode falar mais em preclusão. É que o requerimento feito em momento posterior encontrará uma nova situação (novos elementos) e, portanto, a decisão anteriormente proferida só subsiste para o momento em que foi editada. A marcha do processo por si só, já configura situação nova a ensejar a renovação do pedido, sem que com isso, entenda-se estar o executado a formular um mero pedido de reconsideração” (YARSHEL; BONÍCIO, 2006, p. 56-57, apud MOLLICA, 2008, p. 74).

Embora muito bem recebida no Direito Processual Civil, a aplicação desta nova regra à execução fiscal tem sido bastante discutida, por revelar-se mais delicada, conforme veremos adiante.

Delimitado está, portanto, o problema central deste trabalho: aplicam-se ou não as referidas disposições do CPC à execução fiscal, no que tange ao novo regime do efeito suspensivo dos embargos?

A resposta para essa difícil pergunta transita por várias outras questões. É preciso refletir, por exemplo, sobre o que é necessário à aplicação subsidiária do CPC à LEF. Basta haver uma lacuna na lei especial ou também é necessária compatibilidade entre ela e a lei geral? A LEF é lacunosa acerca do tema do efeito que deve ser atribuído aos embargos do executado? Os pressupostos (fáticos e jurídicos) que levaram à construção da referida norma de Direito Processual comum podem ser aplicados ao subsistema da execução fiscal, sem prejuízos maiores aos direitos e às garantias previstos na Constituição e à própria coerência do ordenamento jurídico?

Antes de adentrarmos, contudo, nos pontos de divergência, analisemos as características e a importância dos embargos à execução, bem como suas distinções na execução comum e fiscal.

2.3 Dos embargos à execução

Para compreendermos melhor o *eventual* impacto das novas regras processuais sobre a execução fiscal, faremos uma breve incursão nas características do instrumento de defesa conferido ao devedor-executado.

Como sabido, o processo de execução tem por objetivo satisfazer um direito previamente delimitado e consubstanciado em título executivo (judicial ou extrajudicial). Desse modo, nele, não há espaço para discussões profundas a respeito da relação jurídica invocada. A oposição dos embargos representa, desse modo, uma exceção à regra.

Com efeito, levando-se em conta que o título executivo e o próprio processo não são imunes a vícios, o ordenamento jurídico conferiu ao executado um mecanismo por meio do qual poderia alegar *toda a matéria* útil à sua defesa.

O destaque para a expressão *toda a matéria* não é aleatório: denota, isso sim, o caráter nitidamente cognitivo dos embargos, conforme leciona Alberto Xavier (2005, p. 279–280) e praticamente toda a doutrina processualista e tributarista:

[...] os embargos do devedor revestem a natureza de um processo de conhecimento, de índole constitutiva, que tem por objeto a destruição do título executivo, de modo a privá-lo da sua eficácia, seja por razões de forma ou de mérito [...] e representam “uma ação de conhecimento estruturalmente autônoma, embora funcionalmente subordinada ao processo executivo”.

Ademais, interessa destacar que os embargos não são meros mecanismos de *defesa*, mas também de *ataque*, como lembra Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 14):

Os embargos, tal como indica o léxico, são obstáculos ou impedimentos que o devedor procura antepor à execução proposta pelo credor [...] Sua natureza jurídica é a de uma *ação de cognição* incidental de *caráter constitutivo*, conexas à execução por estabelecer, como ensina Chiovenda, uma “relação de causalidade entre a solução do incidente e o êxito na execução” [...] Não são os embargos uma simples resistência passiva como é a contestação no processo de conhecimento. Só aparentemente podem ser tidos como resposta do devedor ao pedido do credor. Na verdade, o *embargante toma uma posição ativa ou de ataque*, exercitando contra o credor o *direito de ação* à procura de uma sentença que possa extinguir o processo ou desconstituir a eficácia do título. [g.n.]

Desse modo, percebe-se nitidamente que os embargos concretizam, na execução, a *garantia constitucional do contraditório*, o

qual, até então, não se verificara (no caso específico de um título executivo *extrajudicial*, frise-se). Confira, a esse respeito, a lição de Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 8):

Não é a execução um processo dialético. Sua índole não se mostra voltada para o contraditório. Quando se cumpre o mandado executivo, a citação do devedor é para pagar a dívida representada pelo título do credor, e não para se defender. [...] Esse caráter específico do processo executivo, todavia, não impede que interesses do devedor ou de terceiro sejam prejudicados ou lesados pela execução. Daí a existência de remédios especiais para defesa de tais interesses; e, através dos quais, pode-se atacar o processo de execução em razão de nulidades ou de direitos materiais oponíveis ao do credor. [g.n.]

Prossegue o mesmo autor afirmando que:

[...] Por visar à desconstituição da relação jurídica líquida e certa retratada no título é que se diz que os embargos são uma *ação constitutiva*, uma nova relação processual, em que o devedor é o autor e o credor é o réu [...] A previsão desses embargos é que permite a alguns doutores a *classificação do processo executivo como “processo contraditório eventual”*, porque podem, ou não, esses incidentes ocorrer no curso da execução forçada, que, na sua falta, chegará a termo sem qualquer julgamento ou provimento de mérito (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 14, grifo nosso).

Pois bem, considerando que os embargos são, possivelmente, a primeira e principal oportunidade de realização do contraditório no processo de execução, e levando-se em conta que o Poder Judiciário fundamentaria seus atos expropriatórios subsequentes num título que ainda não passara pelo seu crivo, o Direito tradicionalmente conferia a esses embargos (caso fosse garantido o juízo) a suspensão da execução.

Com a reforma empreendida pela Lei n. 11.382/2006, contudo, o que antes era regra e tradição tornou-se algo excepcional. Com efeito, a regra agora passou a dispor em sentido diametralmente oposto, senão vejamos:

Art. 736. O executado, *independentemente* de penhora, depósito ou caução, *poderá opor-se à execução por meio de embargos*. [g.n.]

Art. 739-A. Os embargos do executado *não terão efeito suspensivo*. [g.n.]

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

A novidade foi recebida como salutar no âmbito do processo civil comum; tida, por exemplo, como mecanismo de satisfação do crédito exequendo que não anula o direito de defesa do executado. No seio do Direito Processual Tributário, contudo, veio a *agravar* uma verdadeira cisma.

A questão, conforme se demonstrará, é de difícil deslinde e, em nosso ver, só será definitivamente sanada quando do advento da nova lei de execuções fiscais, cujo projeto está em discussão. Tentaremos, ao menos, confrontar os diversos argumentos para que, no período de espera, não seja o ordenamento jurídico prejudicado nem pela morosidade, nem pelo atropelamento de garantias constitucionais.

3 Os diferentes pontos de tensão

3.1 A interação entre norma geral e especial: a necessidade de interpretação sistemática

Considerando que a Lei de Execuções Fiscais é um conjunto normativo sucinto, inevitável concluir que se deve relacionar com as normas gerais de Direito Processual.

Com efeito, não há como leis concisas (como a LEF, a Lei da Ação Civil Pública, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei da Ação Popular etc.) regularem detalhadamente as regras aplicáveis às complexas relações jurídicas sobre as quais pretendem incidir.

Desse modo, o próprio conceito de *lei especial* traz consigo a necessidade de aplicação subsidiária da norma geral da qual foi destacada. A norma contida no art. 1º da LEF, que determina a aplicação subsidiária do CPC, desse modo – além de se mostrar redundante –, deve servir apenas de *ponto de partida* para uma interpretação mais profunda e completa.

Nessa perspectiva, a aplicação subsidiária das normas gerais às especiais não se pode dar mecânica e automaticamente, como defendem alguns, mas, ao contrário, necessita ser arejada por critérios claros, conforme será demonstrado. Interessante a esse respeito é a posição de Azevedo e Mitre (2009, p. 37), quando afirmam que:

[...] sob uma ótica simplista, o intérprete poderia ser induzido a tomar como premissa inarredável que, na ausência de disciplina expressa sobre determinada questão na lei específica, sempre deverá vasculhar a lei geral até encontrar um dispositivo (isolado que seja) capaz de lhe permitir a esperada “aplicação subsidiária”, solução imediata para todas as possíveis lacunas. [...] Entretanto, verifica-se que o ordenamento jurídico não permite esse empirismo e não confere ao intérprete tamanho poder, nem mesmo as leis gerais podem ser consideradas como estoques de dispositivos esparsos, utilizados pelo operador para alcançar a conotação da lei especial que lhe for mais aprazível. [...] A verdade é que a chamada aplicação subsidiária não pode alterar a essência da lei especial ao bel prazer do intérprete.

Por envolver diversos interesses na aplicação *desta* ou *daquela* norma, e levar a conclusões substancialmente distintas, a tarefa de delimitação da subsidiariedade revela-se importantíssima e complexa. É preciso investigar, por exemplo, se há, de fato, uma lacuna

na lei especial e, em outros casos, se há várias normas – geralmente antagônicas entre si – aplicáveis à questão.

Parcela da doutrina, bem como a Fazenda Nacional, tem defendido que a Lei de Execuções Fiscais seria lacunosa acerca do efeito suspensivo a ser dado aos embargos à execução. A esse respeito, confira, por exemplo, a posição de Leonardo José Carneiro da Cunha (2007, apud MONNERAT, VERISSIMO, 2009, p. 280):

A Lei n. 6.830/1980 não trata dos efeitos decorrentes da propositura dos embargos do executado. Incidem, diante disso, as novas regras contidas no Código de Processo Civil. Significa, então, que, ajuizados os embargos à execução fiscal não estará, automaticamente, suspensa. Os embargos não suspendem mais a execução fiscal, cabendo ao juiz, diante do requerimento do executado e convencendo-se da relevância do argumento e do risco do dano, atribuir aos embargos efeito suspensivo³.

Ocorre, contudo, que outros doutrinadores⁴ têm chamado a atenção para o fato de que a LEF não teria se omitido a respeito do tema – bastando que seja feita uma leitura mais atenta.

Invocam, a esse respeito, os arts. 18, 19, 24 e 32 da Lei n. 6.830/1980, os quais transcrevemos a seguir:

Art. 18. *Caso não sejam oferecidos os embargos*, a Fazenda Pública manifestar-se-á sobre a garantia da execução. [g.n.]

Art. 19. *Não sendo embargada a execução ou sendo rejeitados os embargos*, no caso de garantia prestada por terceiro, será este intimado, sob pena de contra ele prosseguir a execução nos próprios autos, para, no prazo de 15 (quinze) dias: [g.n.]

3 A mesma visão é compartilhada por Martins (2008, p. 316).

4 Demonstram a tendência de preservar a execução fiscal com seus efeitos tradicionais: Carneiro (2009); Azevedo e Mitre (2009); Parreira, Melo e Amaral (2007); Segundo e Machado (2008); Machado (2008); Santiago e Breyner (2007); Folloni (2010), entre outros.

I – remir o bem, se a garantia for real; ou

II – pagar o valor da dívida, juros e multa de mora e demais encargos, indicados na Certidão de Dívida Ativa pelos quais se obrigou se a garantia for fidejussória.

Art. 24. A Fazenda Pública poderá adjudicar os bens penhorados:

I – antes do leilão, pelo preço da avaliação, *se a execução não for embargada ou se rejeitados os embargos*; [g.n.]

Art. 32, § 2º – Após o *trânsito em julgado da decisão*, o depósito, monetariamente atualizado, *será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública*, mediante ordem do Juízo competente. [g.n.]

Argumentam tais expoentes que, em vista desses artigos, a LEF dispôs, não apenas implícita, mas explicitamente acerca do efeito suspensivo dos embargos. De fato, se o legislador conferiu determinado resultado à *não oposição de embargos ou à rejeição destes* e sorte diversa à *oposição dos embargos ou ao acolhimento destes*, há algum resultado prático e eficaz nessa diferenciação (*verba cum effectu sunt accipienda*, ou seja, não se presumem, na lei, palavras inúteis).

Indagam Segundo e Machado (2008, p. 63) a respeito do art. 19 da LEF:

Por que esperar pela sua não-interposição (com o transcurso *in albis* do prazo correspondente), ou pela rejeição, para que só então se possa intimar o terceiro responsável por garantia real para remir o bem, ou o fiador, para que pague a dívida por ele afiançada, sob pena de contra ele prosseguir a execução? Se é necessário que os embargos não sejam opostos, ou que, caso o sejam, venham a ser rejeitados, para que só então a execução siga o seu curso, é claro que os embargos, regularmente opostos e ainda não julgados, suspendem a execução.

Acerca do art. 24, inciso I, da Lei n. 6.830/80 questionam os autores:

Diante do texto legal transcrito, é o caso de se indagar: por que é necessário que a execução não tenha sido embargada, ou que os embargos tenham sido rejeitados, para que possa a Fazenda adjudicar os bens penhorados? Será por que os embargos suspendem a execução, impedindo-a de adjudicar antes que sejam julgados? Não parece possível outra resposta que não a positiva: sim, os embargos suspendem a execução, nos termos da Lei de Execuções Fiscais (SEGUNDO; MACHADO, 2008, p. 64).

E reconhecem:

é verdade que não está escrito, textualmente, na Lei de Execuções, algo como o que constava do art. 739 do CPC. Mas o que consta dos arts. 18, 19, 24 e 32 é um texto que, embora formado por expressões diferentes, *têm o mesmo sentido* (SEGUNDO; MACHADO, 2008, p. 64).

Em posição intermediária – entre a concessão de efeito suspensivo automático pela *mera oposição* dos embargos e a supressão por completo desse efeito na execução fiscal – parece estar a posição externada por Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira (2009, p. 748-749):

Significa que, na execução fiscal, os embargos, em princípio, não têm efeito suspensivo, a não ser que o juiz conceda à vista do preenchimento dos requisitos previstos no § 1º do art. 739-A do CPC. Há, contudo, uma hipótese em que o efeito suspensivo será automático: quando se chega à fase satisfativa da execução. Nesse momento, os embargos à execução fiscal têm efeito suspensivo automático, pois a adjudicação depende do trânsito em julgado da sentença dos embargos. De igual modo, o levantamento da quantia depositada em dinheiro depende do trânsito em julgado da sentença dos embargos. [...]

Na verdade, há uma peculiaridade na relação entre o particular e a Fazenda Pública que impõe tal regime: convertido em renda para a Fazenda Pública, o particular somente poderia reavê-lo por

demanda própria, submetida à sistemática do precatório. Tal situação revela-se bastante prejudicial ao particular. Então, até para protegê-lo, instituiu-se esse regime de a conversão em renda somente ser feita após o trânsito em julgado. [...]

Em suma, os embargos à execução fiscal não têm efeito suspensivo, mas não pode haver adjudicação, nem levantamento do depósito (ou conversão em renda) pela Fazenda Pública, diante das peculiaridades de regras contidas na Lei n. 6.830/1980, que decorrem de uma sistemática particular: a eventual reversão em favor do contribuinte é bastante custosa, mercê da sistemática do precatório e das garantias do Poder Público.

A despeito desta discussão, entendemos que, ainda que houvesse lacuna na LEF, a aplicação subsidiária da norma geral ao subsistema da norma especial deveria obrigatoriamente considerar as peculiaridades deste, sob pena de produzir um resultado que subverta o ordenamento jurídico, aplicando uma regra travestida de subsidiariedade que, na verdade, contrarie a essência do subsistema especializado. Com efeito, “só se cogita de aplicação subsidiária como forma de complementar eventuais omissões da lei a ser ‘subsidiada’, e não de sorte a contrariar o que nela se acha disposto” (SEGUNDO; MACHADO, 2008, p. 65).

Convém ressaltar que o Direito tem como objetivo, entre outros, conferir segurança às relações sociais que regula, e, para que isso se concretize, as regras vigentes devem ser modificadas pelos meios que o próprio ordenamento confere e não pelo mero *fetich*e de modificar.

Não é por outro motivo que a Ciência do Direito, ao longo do tempo, desenvolveu os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade para orientar a solução de problemas como esses. Também não é por acaso que há no ordenamento uma lei que se encarregue de promover tais critérios, como a, equivocadamente denominada, Lei de Introdução ao Código Civil.

Os critérios supramencionados quase sempre conseguem resolver o problema das antinomias. Vez por outra, contudo, surgem as chamadas antinomias de antinomias (ou antinomias de segundo grau), isto é, conflitos entre os próprios critérios.

É o que se verifica, por exemplo, no caso em comento: a LEF é lei especial, porém, anterior; a Lei n. 11.382/2006 contém normas gerais, contudo, é mais recente. Nesse caso, qual critério deve prevalecer, o da especialidade ou o cronológico?⁵

A esse respeito alertam Silva, Bego e Oliveira (2008, p. 163):

Nesses casos de antinomia entre o critério da especialidade e o cronológico, proliferam tanto as divergências acerca de qual o critério deve se sobrepor a ponto de se afirmar comumente que, em tal hipótese, não deve haver regra definida, pois, conforme o caso, haverá supremacia ora do critério cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) – norma posterior revoga anterior), ora do critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali* – norma especial revoga a geral).

Eis, portanto, mais um ingrediente para tumultuar as conclusões e exigir cautela.

Nesse contexto, entendemos pertinente a lição de Norberto Bobbio (apud FOLLONI, 2010, p. 16-17) acerca da matéria:

A lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species do genus*)

5 Para Ives Gandra Martins (2008, p. 36, apud MONNERAT; VERISSIMO, 2009, p. 278), por exemplo, “Lei especial não pode ser revogada por lei geral, a menos que esta expressamente o determine. A Lei n. 11.382/2006, que é lei geral, nada mencionou acerca da execução da dívida ativa das pessoas políticas, de forma que não tem o condão de alterar a Lei especial n. 6.830/1980. Desta forma, os embargos à execução continuam a manter o efeito suspensivo que lhe outorgava a Lei n. 6.830/1980”.

corresponde a uma *exigência fundamental de justiça*, compreendida pelo tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um *processo natural de diferenciação das categorias*, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. *Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência da regra geral importaria tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça*. Nesse processo de gradual especialização, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu). Entende-se, portanto, por que a lei especial deve prevalecer sobre a lei geral: ela representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento. Bloquear a lei especial frente à geral significaria paralisar esse desenvolvimento. [g.n.]

3.2 A posição da Fazenda

No caso em apreço, verifica-se que a LEF representa (ou ao menos representou em um dado instante histórico) um desses momentos de *ineliminável desenvolvimento de um ordenamento*. Hodiernamente, contudo, ante a nova execução civil, parece estar ultrapassada.

Diante dessa situação, a Fazenda defende que, se a Lei de Execuções Fiscais foi criada com a finalidade de dar agilidade à cobrança do crédito público, em razão da supremacia do interesse público, as normas gerais de Direito Processual comum que tornarem o procedimento geral mais célere e eficaz do que o procedimento específico devem ser aplicadas, resgatando-se assim a finalidade visada pelo legislador de 1980. Pedimos licença para transcrever os principais argumentos:

Constitui idéia assente na comunidade jurídica nacional que as leis devem ser sempre *interpretadas em consonância com a finalidade a que se propuseram*. Assim, se uma norma é criada com o objetivo de conferir tratamento mais benéfico aos consumidores, idosos, alimentandos etc., o trabalho do exegeta deve ser desenvolvido a pro-

porcionar a eficácia prática de tais escopos, sob pena da legislação ficar distanciada daquilo a que se propôs. [...] Desta forma, *existindo uma legislação especial que foi editada com a finalidade maior de conferir um tratamento mais benéfico para certas categorias, não é razoável que uma alteração na lei geral, aplicável a todas as demais pessoas, que venha a conferir um tratamento ainda mais benéfico do que aquele previsto na lei especial, não derogue os ditames dessa*⁶. [g.n.]

[...] Com que objetivo o legislador criou uma lei especial para regulamentar a execução do crédito da Fazenda Pública? [...] Essa resposta pode ser facilmente encontrada na exposição de motivos da LEF. Nos itens 2 e 4, verificamos que o objetivo de se especializar a legislação ocorreu para conferir celeridade à cobrança do crédito fazendário, diante do interesse público que tal satisfação visa proteger. Mais adiante, podemos perceber no item 24, a seguinte exposição de motivo para a LEF: “As inovações propostas como normas peculiares a cobrança da Dívida Pública, tem por objetivo os privilégios inerentes ao crédito fiscal e a preferência por normas processuais preexistentes, ajustadas ao escopo de abreviar a satisfação do direito da Fazenda Pública. [...] Pensamos que a melhor interpretação a ser feita do ordenamento é a sistemático-teleológica, no intuito de transportar as idéias perfilhadas na “Teoria do Diálogo das Fontes” para a execução fiscal, possibilitando que as normas previstas no CPC, que confirmam maior celeridade e efetividade à execução em relação à LEF, mesmo que contrária aos ditames desta, há de ser aplicada no executivo fiscal^{7 8}.”

Não se ignora que toda lei deve ser interpretada de acordo com a finalidade para a qual foi criada. Reconhece-se que, com o passar do tempo, a LEF, “*embora tenha sido de início mais favorável aos interesses fazendários, com as referidas inovações do Estatuto*

6 Itens 92 e 94 do Parecer PGNF n. 1.732/2007.

7 Itens 98, 99 e 101 do Parecer PGNF n. 1.732/2007.

8 O STJ, por seu turno, parece trilhar o mesmo rumo cf. REsp n. 1.024.128/PR, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 13.5.2008, *DJe* de 19 dez. 2008, referenciado no Ag.n. 1.276.326, rel. min. Hamilton Carvalhido, publ. em 5 abr. 2010.

Processual, terminou por se tornar mais protetora dos direitos dos cidadãos” (MACHADO, 2008, p. 50).

O critério da finalidade, todavia, não deve ser tido como absoluto: pode e deve ser temperado com argumentos que se mostram de igual ou superior importância.

Nesse sentido, parcela da doutrina tem destacado que a interpretação teleológica deve ser empreendida de maneira mais completa, considerando-se, por exemplo, a posição da LEF entre os diversos ramos do Direito; a ausência de participação do devedor na formação do título executivo; os novos valores albergados pela Constituição de 1988; e os objetivos e características das reformas processuais.

3.3 Peculiaridades a serem levadas em conta na mitigação do critério da finalidade

3.3.1 A posição da LEF no ordenamento jurídico

É cediço em Direito Processual que o processo e o procedimento devem se adequar – ou servir – à relação jurídica material que pretendem regular, mormente quando se partilha do entendimento de que o processo não é um fim em si mesmo.

Nessa perspectiva, revela-se evidente que a Lei de Execuções Fiscais não se encontra apenas no terreno do Direito Processual, mas sim na zona de interseção entre ele e o Direito Tributário.

O Direito Tributário, por seu turno, desde o seu surgimento e ao longo da sua sistematização, sempre foi concebido como um conjunto de normas protetoras do cidadão-contribuinte contra a força do Estado-arrecadador, senão vejamos:

[O Direito Tributário] consiste em uma regulamentação rigorosa e detalhada das possibilidades e dos limites da participação estatal nas atividades e nos ganhos econômicos privados, tendo como diretriz

subjacente a proteção do cidadão contra os excessos estatais e como pano de fundo político a proteção à liberdade de iniciativa privada e à propriedade privada dos bens econômicos. [...] Não houvesse necessidade de limites destinados à proteção do cidadão em face do estado, desnecessário seria o Direito Tributário na forma como é posto: bastaria que o Estado exercesse o seu poder político, mediante o uso da força material que lhe é concedida em caráter de exclusividade. Mas o Estado não pode exercer poder e força senão dentro dos limites estabelecidos pelo Direito Tributário, que é, assim, um direito de proteção do cidadão, a parte fraca e vulnerável na relação tributária (FOLLONI, 2010, p. 23)⁹.

É em função disso que se costuma dizer que a relação tributária (se *verdadeiramente* regida pelo Direito Tributário) é uma relação *jurídica* e não uma relação de *poder*. Desse modo, a aplicação subsidiária do Direito Processual comum à relação jurídico-tributária regida pela Lei de Execução Fiscal, longe de ser feita indiscriminadamente, deve levar em conta as peculiaridades desta.

Em outras palavras, uma novidade criada *para* o Direito Processual comum, pode, certamente, vir a ser usada no Direito Processual Tributário, desde que respeite as particularidades de cada subsistema jurídico e amolde-se a ele, obtendo, dessa maneira, o imprescindível respaldo do ordenamento.

3.3.2 A ausência do devedor na formação do título executivo

Uma das mais relevantes peculiaridades a ser levada em conta na aplicação do Direito Processual comum ao Direito Processual

9 Na visão deste autor, por exemplo: “Uma das premissas falsas de que parte o parecer, lamentavelmente aceita também pela jurisprudência, é a de que a legislação especial em matéria tributária tem como função privilegiar e proteger o Estado [...] O Direito Tributário, que sempre foi e continua sendo um Direito de proteção do cidadão contra a volúpia estatal, contra a expressão da ‘vontade de poder’ do Estado, vontade essa diante da qual o cidadão é absolutamente impotente – é ‘vulnerável’, diria James Marins –, de repente torna-se um Direito que visa à tutela do próprio Estado! Um Direito ditado pelo Estado com vistas à proteção de si próprio” (FOLLONI, 2010, p. 27).

Tributário é o procedimento de formação do título executivo de que dispõe a Fazenda.

Com efeito, a Administração detém a prerrogativa de *unilateralmente apurar* o seu crédito, *delimitá-lo* e *constituí-lo* em um título executivo: a Certidão de Dívida Ativa, a qual, segundo o magistério de Alberto Xavier (2005, p. 261), “representa um *controle suplementar da legalidade* do lançamento, efetuado pela própria Administração, que pode ter por efeito impedir a instauração de processos de execução infundados”.

Situação diversa, porém, ocorre na formação dos títulos executivos não tributários. A esse respeito, valiosa é a lição de Santiago e Breyner (2007, p. 58):

Havendo prévio consenso entre as partes quanto ao conteúdo do dever e às conseqüências de sua inobservância, não é difícil compreender ou aceitar a disposição do art. 739-A do CPC. Se o devedor constituiu livremente a dívida (em ato unilateral ou bilateral de que participe junto com o credor) e aceitou submeter-se sem mais à coerção estatal em caso de inadimplemento, deve haver relevante fundamento a opor-se aos plenos e imediatos efeitos do ato de execução. Donde a razoabilidade da regra que suprime o efeito suspensivo dos embargos à execução fundada em título extrajudicial, eficácia que fica a depender do reconhecimento de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* e que só pode ser deferido após total garantia do débito (CPC, art. 739-A, parágrafo 1º). Porém, o título extrajudicial da dívida tributária (CDA) não conta com o consentimento do devedor, sendo constituído de forma unilateral pelo credor, razão pela qual não pode sujeitar-se à inovação legislativa.

No mesmo sentido é o magistério de Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Machado (2008, p. 64-65):

[...] A execução de uma sentença envolve a satisfação de um direito reconhecido por uma decisão judicial. Vale dizer, trata-se da delibe-

ração de um terceiro, em tese imparcial, em relação à qual as partes implicadas puderam interferir, produzir provas, argumentar, recorrer etc. Em suma: uma decisão que se legitima pelo procedimento que a antecede, o qual é construído de forma a reduzir, na máxima medida possível, a possibilidade de erros ou excessos. As coisas não acontecem do mesmo modo na formação dos títulos executivos extrajudiciais, razão pela qual a execução destes últimos deve considerar de forma mais intensa a possibilidade de ser indevido o valor cuja satisfação se requer. Não é por outra razão, aliás, que são muito mais amplas, nesses casos, as possibilidades de oposição por parte daquele apontado como devedor. A propósito, quando se analisam os títulos executivos extrajudiciais, verifica-se que, em regra, são eles formados pela vontade do devedor. Afinal é dele a assinatura no cheque, na nota promissória ou no contrato. Foi sua manifestação de vontade que fez nascer a relação jurídica obrigacional, e o título no qual está representada com força executiva. No caso da execução fiscal, não. O título é originado no âmbito da chamada *autotutela vinculada* de que a Administração Pública é dotada¹⁰.

Exatamente por ser constituído por vontade unilateral do credor, costuma-se dizer que a abstração daquilo que se encontra constituído no título (i.e. verdade formal) deve ceder lugar à verdade material da relação subjacente a ele. É nesse sentido a lição de Alberto Xavier (2005, p. 281):

Entre nós, tornou-se necessário atenuar a eficácia abstrata do título executivo, em ordem a uma mais perfeita defesa da propriedade individual. Com efeito, a força executória do título cede o passo

¹⁰ Poder-se-ia alegar, todavia, que o contribuinte detém a possibilidade de discutir administrativamente o crédito tributário. A esse respeito, destaca-se que: “A existência da possibilidade de prévia discussão administrativa do crédito tributário, apesar de ser fundamental ferramenta para o controle da legalidade dos atos da Administração Tributária, não tem o condão de se equiparar à manifestação da vontade ocorrida no caso da formação de um título executivo extrajudicial relativo ao crédito de matéria exclusivamente privada [...] Ademais, é uníssono na jurisprudência administrativa o entendimento de que as discussões envolvendo a inconstitucionalidade de leis não podem ser analisadas nessa esfera, o que, na prática, restringe as questões alegáveis na defesa realizada pelo contribuinte” (AZEVEDO; MITRE, 2009, p. 40).

à necessária prevalência da relação subjacente sobre a abstração, da verdade material sobre a verdade formal constante do título; e por isso nele se reconhece a *relação de prejudicialidade* da cognição sobre a execução, mas somente desde que o executado *garanta a execução* por meio de depósito, fiança bancária ou nomeação de bens à penhora (art. 9º da Lei n. 6.830).

3.3.3 A diferença do papel dos embargos com efeito suspensivo nas execuções comum e fiscal

Seguindo esse raciocínio, importa destacar que o mecanismo que o ordenamento disponibiliza ao devedor para se opor à execução é, exatamente, os embargos de devedor, que, conforme já vimos, representam uma ação de conhecimento dentro do processo de execução, prestigiando-se assim a garantia constitucional do contraditório.

Nesse sentido, lecionam Parreira, Melo e Amaral (2007, p. 8) que,

sendo a execução embasada em um título executivo extrajudicial (Certidão da Dívida Ativa), os embargos serão sempre de cognição plena, porquanto ausente o exercício do contraditório em juízo antes da formação do título objeto da execução fiscal.

Importa destacar que, em virtude da reforma implementada pela Lei n. 11.382/2006, os embargos, *na execução civil*, a despeito de continuarem oponíveis, serão, por via de regra, destituídos de efeito suspensivo, salvo se preencherem os critérios estabelecidos pelo § 1º do art. 739-A do CPC.

No âmbito do Direito comum, essa nova regra parece encontrar o necessário respaldo, conforme já destacado por Santiago e Breyner (2007) em posição retromencionada. Já no processo tributário verifica-se que há significativa e incontornável necessidade de diferenciação.

De fato, o efeito suspensivo dos embargos não possui a mesma importância no processo comum e no processo tributário. Enquanto naquele pode-se tê-lo como mero ato procrastinatório, ou mero capricho do devedor, na execução fiscal é a principal (e, talvez, única) forma de se defender de uma eventual ingerência indevida em seu patrimônio.

Nesse sentido, argumenta Alberto Xavier (2005, p. 265):

A relevância conferida pelo Direito Tributário à verdade material levou a que o legislador tivesse modelado o processo de execução – que atinge direta e imediatamente a propriedade dos cidadãos – em termos de evitar, na máxima extensão possível, uma execução coercitiva injusta, ou seja, não correspondente à relação jurídica material subjacente. *E fê-lo essencialmente por duas formas: pela via de embargos à execução e pelo regime de suspensão dessa mesma execução.* [g.n.]

Soma-se a isso o fato – não menos importante – de que, não restando suspensa a execução, caso os atos expropriatórios venham a ser consumados, o devedor executado por equívoco (ou executado a maior) só poderá reaver o valor indevidamente arrancado do seu patrimônio se se submeter à *via crucis* do regime de precatórios. Tal situação, por si só, já demonstraria, mais uma vez, a abissal diferença experimentada por um executado comum e por um executado fiscal.

Desse modo, a fragilidade do contribuinte devedor na execução fiscal está evidenciada, conforme lecionam Parreira, Melo e Amaral (2007, p. 11):

[...] as “vantagens” conferidas à Fazenda Pública não podem ser ignoradas. Conforme visto, a legislação processual civil confere à Fazenda Pública algumas prerrogativas que são justificadas através do art. 5º da Constituição. Essas prerrogativas concedidas ao credor não aparecem em nenhuma outra execução, na medida em que somente à Fazenda Pública é garantido tratamento diverso do executado que se submete às regras gerais do CPC, sob pena de grande

desequilíbrio da relação processual. *Cabe também destacar que na execução por título extrajudicial do CPC há certa “igualdade” entre as partes, no sentido de que, se ao final o embargante se sair vencedor, poderá recuperar o valor executado. Já no caso das execuções fiscais esta possibilidade é algo menos do que mera teoria. A execução contra a Fazenda Pública é regida pelo art. 730 do CPC e raros são os casos em que, ao final, o precatório é pago.* [g.n.]

Assim, importa ressaltar que “na execução fiscal, o intuito do efeito suspensivo dos embargos é equilibrar a relação entre o devedor e a Fazenda, a qual dispõe de inúmeras vantagens que lhe garantem tratamento diverso” (PARREIRA; MELO; AMARAL, 2007, p. 12).

Ademais, conforme já demonstrado alhures, não pode ser ignorado o fato de que os pressupostos fáticos que dão sustentação à norma de processo comum são diversos daqueles verificados na relação jurídico-tributária submetida a uma execução fiscal. Em razão disso, a finalidade de agilizar a cobrança do crédito tributário, por não ser um valor absoluto, deve ceder espaço às peculiaridades da relação tributária.

3.3.4 A manutenção da exigência de garantia do juízo e o perigo de ressurreição da cláusula *solve et repete*

Não bastasse a peculiar situação do executado fiscal, conforme já exposto, a Fazenda Nacional defende, ainda, a manutenção – ao lado da aplicação da nova regra que suprime o efeito suspensivo – a obrigatoriedade de exigir-se a garantia de uma execução que sequer será suspensa, *in verbis*:

Apesar de possuir tratamento específico sobre a necessidade de penhora para a apresentação dos embargos à execução, [a LEF] nada disciplina a respeito do efeito suspensivo de tais embargos [...] Diante de tal cenário normativo, podemos concluir que, em face da disciplina expressa da LEF, ainda *persiste na execução fiscal a necessidade de garantia do juízo para apresentação dos embargos à execução, contudo, uma*

vez ajuizados, não possuem o condão de suspender os atos executivos imediatamente, dependendo para tal de decisão expressa do juiz a respeito, nos termos do CPC. [...] A conseqüência imediata dessa interpretação é a exigência de constrição patrimonial para que o devedor possa se defender através dos embargos, ao passo em que os atos de expropriação serão efetivados independentemente do respectivo julgamento de tal “defesa”, salvo se atribuído efeito suspensivo pelo magistrado, nos termos do art. 739-A, § 1º, do CPC. Aqui se afigura um dos mais importantes escopos do legislador: uma execução de resultados^{11 12}. [g.n.]

Contra isso, reagiram alguns autores, a exemplo de Folloni (2010, p. 24 e 26):

Depositando e discutindo, o cidadão contribuinte está regular sob o ponto de vista tributário. Não comete nenhuma ilicitude: está absolutamente regular a sua conduta. Não pode, evidentemente, ser privado nem de sua liberdade nem de sua propriedade nessa situação. Não pode ser sancionado como se fosse, em definitivo, devedor inadimplente.

[...]

É inadmissível que, diante da penhora, cogite-se levar adiante a expropriação de bens daquele que está juridicamente regular! Quem o impõe é o regime jurídico tributário brasileiro, não uma pretensa “teoria geral das execuções” e muito menos uma também não exposta, comprovada ou testada “teoria do diálogo das fontes”.

Também opinaram Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira (2009, p. 748-749):

A exigência de prévia garantia do juízo para oposição dos embargos à execução – feita no § 1º do art. 16 da Lei n. 6.830/1980 – não decorre, contudo, de detalhes, vicissitudes ou particularida-

11 Itens 14, 15 e 16 do Parecer PGNF n. 1.732/2007.

12 No mesmo sentido é a opinião de Furlan (2008, p. 32-33).

des na relação entre o contribuinte e a Fazenda Pública. Quando da edição da Lei n. 6.830/1980, essa era uma regra *geral*, aplicável a qualquer execução. Em qualquer execução – ressalvada, obviamente, a execução contra a Fazenda Pública, em que não há penhora, nem expropriação de bens –, a apresentação de embargos dependia, *sempre*, da prévia garantia do juízo. A Lei n. 6.830/1980 cuidou, nesse ponto, de copiar, reproduzir, seguir a regra geral; a segurança prévia do juízo como exigência para o ajuizamento dos embargos era uma regra geral, e não uma regra que decorresse da peculiar relação havida entre o particular e a Fazenda Pública. [...] *Atualmente, revogada essa exigência geral, não há mais garantia do juízo para a oposição dos embargos, devendo deixar de ser feita tal existência [sic: exigência] também na execução fiscal.* Aqui, não se trata de norma geral atingindo norma especial, mas de norma geral atingindo norma geral. A norma não é geral por estar inserida num diploma legislativo extravagante ou específico, mas por retratar uma situação peculiar ou por estar inserida num regime jurídico próprio. [g.n.]

Desse modo, há quem veja nessa possibilidade de convivência das regras mais convenientes para a Administração uma possível ressurreição da cláusula *solve et repete*^{13 14}.

13 AZEVEDO; MITRE, 2009, p. 41. No mesmo sentido é a posição de SEGUNDO; MACHADO, 2008, p. 61.

14 Ensina Cleide Previtalli Cais (2007, p. 444) que, “Em épocas pretéritas, por força da regra *solve et repete*, o contribuinte somente podia contestar a legitimidade de um tributo após efetuar seu pagamento. Em 1961, a regra *solve et repete* foi tida por inconstitucional pela Corte Constitucional italiana, ao entendimento de que introduzia forte desigualdade de fato entre os contribuintes, além de constituir um particular privilégio substancial da Administração, que limitava o direito de defesa garantido pela Constituição italiana. Presentemente, essa cláusula vem merecendo o repúdio dos estudiosos, por violentar o princípio constitucional da igualdade, que deve ser aplicado nas discussões entre a Administração e o contribuinte. Ambas as partes da ação tributária devem estar em posição paritária, não sendo de admitir-se a prevalência da Administração em relação ao contribuinte, como ocorria quando aplicável a regra *solve et repete*. Não fosse esse aspecto, a aplicação da cláusula acarretaria o cerceamento ao livre acesso ao Poder Judiciário, porque muito diferente seria a situação do contribuinte que dispõe e do que não dispõe de meios para pagar o tributo que pretende discutir, sendo fácil concluir que somente o mais aquinhado economicamente poderia buscar o Poder Judiciário”.

Diante disso, revela-se oportuno invocar o ensino de Xavier (2005, p. 178):

O sistema adotado pelo Direito brasileiro situa-se, assim, no pólo oposto aos que consagram a regra, prevalecente no “*ancien regime*”, do *solve et repete*, consistente em condicionar a impugnação administrativa ou jurisdicional de um determinado ato ao pagamento prévio da quantia por ele exigida (ou garantia de instância), regra essa reputada inconstitucional pela generalidade dos sistemas jurídicos modernos, por o cerceamento do direito de defesa que inegavelmente comporta ser incompatível com o direito de “*ampla defesa*” previsto na Constituição, e que é da essência do Estado de Direito.

Há quem defenda, inclusive, que a suspensão da execução fiscal decorra de princípios implícitos no ordenamento constitucional, senão vejamos:

Ainda que o regramento da questão pela lei de execuções fiscais permitisse o avanço da Fazenda exeqüente no patrimônio do executado, para que esta obtivesse a satisfação da quantia por ela própria apurada e tida como devida, isso não poderia ocorrer, sob pena de violação ao *substantive due process of law* (CF/1988, art. 5º, LIV), e aos princípios da ampla defesa e do amplo acesso ao Judiciário (CF/1988, art. 5º, XXXV e LV). De fato, permitir-se-ia, com tal sistemática, que um credor obtivesse a quantia considerada devida, diretamente de quem apontasse como seu devedor, sem qualquer possibilidade de um controle jurisdicional prévio, o que implicaria o retorno, na prática, da odiosa regra do *solve et repete* (SEGUNDO; MACHADO, 2008, p. 63-64).

No mesmo sentido é a opinião de Santiago e Breyner (2007, p. 56), para quem

o nosso ordenamento jurídico alberga princípios constitucionais que imporiam a eficácia suspensiva dos embargos à execução fiscal

mesmo em face de lei específica em sentido contrário, cuja invalidade seria necessário declarar.

Na perspectiva de Hugo de Brito Machado (2008, p. 55), outrossim,

negar o efeito suspensivo na execução fiscal é negar o direito à jurisdição efetiva, expressamente assegurada pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV, ao estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

3.3.5 O resgate da *mens legis* de 1980 ante o ordenamento pós-1988 e os objetivos da reforma processual

Outro ponto que não pode ser relegado a segundo plano quando se procede a uma interpretação teleológica (tentando-se compatibilizar o entendimento do legislador¹⁵ de 1980 com o legislador reformista da presente década) é que as reformas têm sido verificadas em questões pontuais ou setoriais e têm causado conflito de interpretação dentro do próprio Código de Processo Civil.

Desse modo, revelando-se difícil proceder a uma interpretação sistemático-teleológica com as normas insertas no próprio CPC, imagine pretender transpor tais normas para os subsistemas que com ele se relacionam. Pode não ser tarefa impossível, claro, mas que se revela muito mais árdua não há dúvida. Desse modo, afirmamos com convicção que meras aplicações automáticas não encontrarão a verdadeira vontade da lei.

Nesse sentido, defendem Parreira, Amaral e Melo (2007, p. 12) que, “à falta de uma modificação geral, torna-se descabido, na medida em que não explicitado, permitir que alterações pontuais sejam estendidas a outras áreas do Direito que requerem tratamento especial”.

15 Não se ignora, ressalta-se, a substancial diferença entre *mens legis* e *mens legislatoris*.

Não é por outro motivo que o próprio movimento reformista – ciente da árdua tarefa que terá de enfrentar – destacou na Exposição de Motivos da Lei n. 11.382/2006:

13. Este segundo projeto, que buscou inspiração em críticas construtivas formuladas em sede doutrinária e também nas experiências reveladas em sede jurisprudencial, parte das seguintes posições fundamentais: [...] m) quanto à execução contra a Fazenda Pública, as propostas serão objeto, posteriormente, de outro projeto de lei, e assim também *será objeto de projeto em separado a execução fiscal, que igualmente merece atualização*¹⁶. [g.n.]

Essa posição também encontra respaldo no magistério de Athos Gusmão Carneiro (2007, p. 82), para quem “as novas regras do processo de execução não se aplicam, em princípio, à execução fiscal. Está em discussão projeto para uma nova lei sobre a matéria”.

Noutro giro, não se pode ignorar o fato de que a Lei n. 6.830/1980, cuja gestação e nascimento se deram no período do regime militar, elevou sobremaneira o interesse público sobre o privado, transplantando para a execução fiscal as vantagens e os privilégios do Estado sobre o indivíduo.

A Constituição Republicana de 1988, por seu turno, preocupou-se sobremaneira com a conflituosidade inerente às relações tributárias (MACHADO, 2008, p. 49), dedicando, em razão disso, no capítulo do Sistema Tributário Nacional uma seção especificamente denominada *Das Limitações do Poder de Tributar*.

Em razão disso, entendemos que se revela perigoso pretender resgatar uma suposta¹⁷ vontade legislativa – anterior à Constituição

16 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/120.htm>. Acesso em: 23 set. 2010.

17 Diz-se suposta porque não se pode afirmar, com absoluta convicção, que a vontade que o intérprete dê atualmente ao conjunto normativo é exatamente aquela que seria manifestada pelo legislador, dada a alteração nas circunstâncias fáticas, políticas e jurídicas.

vigente – sem ao menos não se atentar para os detalhes inerentes a cada subsistema e aos novos valores constitucionais (dos quais, resalte-se, a razoável duração do processo é apenas *um* e não o *único*).

Ademais, também se revela temerário, em nossa perspectiva, facultar ao juiz-intérprete a atividade de *legislador positivo* (pinçando as normas mais convenientes de um e de outro conjunto de normas de sorte a prestigiar, com isso, um suposto interesse público¹⁸), mormente, quando o próprio legislador reformista fez questão de deixar para instante oportuno a reforma da execução fiscal.

Trilhar esse caminho, para nós, é fragilizar os postulados da segurança jurídica e da própria justiça, bem como a coerência do ordenamento jurídico.

É em razão disso que defendemos a necessidade de proceder a uma interpretação teleológica arejada por outros critérios caros ao ordenamento, possibilitando-se, assim, de maneira mais legítima, encontrar uma solução que sirva de “ponto de equilíbrio na ‘tensão dialética’ entre o privilégio da executividade, como garantia do interesse público e a figura da suspensão, como garantia dos interesses particulares” (ARIAS VELASCO, 1994, p. 30, apud XAVIER, 2005, p. 178).

4 Conclusão

Conforme demonstrado, partilhamos do entendimento de que a execução fiscal precisa urgentemente de reformas, mormente quando se estão em jogo os créditos com os quais o Estado realiza as finalidades públicas legitimadoras de sua existência.

A complexidade dessa reforma, contudo, não pode ser ignorada. Não é por acaso que o atual movimento reformista, conforme revelado na Exposição de Motivos da Lei n. 11.382/2006,

¹⁸ Como se não houvesse nenhum interesse público na segurança jurídica e na manutenção da coerência do ordenamento.

reservou para um momento específico e oportuno a mudança nas regras da execução fiscal.

Não se pode negar, por outro lado, o caráter dinâmico e dialético da construção do Direito, no qual o intérprete e o juiz têm papel de grande destaque. Ressaltamos, todavia, que aqueles que pretendem se aventurar na aplicação subsidiária das novas regras processuais ao subsistema da execução fiscal não podem fazê-lo mecânica e automaticamente, sob pena de gerarem regras casuístas, violadoras de direitos e garantias constitucionais dos contribuintes, e fragilizadoras da segurança jurídica.

Não ignoramos, igualmente, que os lemas da celeridade, efetividade e da duração razoável do processo são de grande importância para o Direito contemporâneo, inserido inevitavelmente em uma sociedade de massas e que ainda está aprendendo a lidar com os problemas decorrentes dessa condição. Nesse caminho de amadurecimento e de tensão entre os diversos valores jurídicos, todavia, não deve o intérprete, no afã de prestar a rápida jurisdição demandada pela sociedade de massas, se esquecer dos direitos e das garantias conquistados ao longo da História.

Referências

AZEVEDO, Henrique Machado Rodrigues de; MITRE, Felipe Lobato de Carvalho. A impossibilidade da chamada aplicação subsidiária do art. 739-A do Código de Processo Civil às Execuções Fiscais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 160, jan. 2009.

CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. As novas leis de reforma da execução: algumas questões polêmicas. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 48, jul. 2007.

CARNEIRO, Diogo Ciuffo. A constitucionalização do processo e as recentes alterações no processo de execução. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 159, maio 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Execução*. v. 5. Salvador: Juspodium, 2009.

FOLLONI, André. Embargos à execução, necessidade de penhora e efeitos do recebimento: relações entre a Lei n. 11.382 e a Lei 6.830. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 173, fev. 2010.

FURLAN, Anderson. A nova execução fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 152, maio 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Embargos à execução fiscal: prazo para interposição e efeito suspensivo. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 151, abr. 2008.

MARTINS, Sandro Gilbert. Alguns aspectos dos embargos à execução depois da Lei 11.383/2006. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 158, abr. 2008.

MOLLIKA, Rogério. O efeito suspensivo e os embargos à execução na Lei n. 11.382/2006. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 54, 2008.

MONNERAT, Carlos Fonseca; VERISSIMO, Marcos Neves. Da aplicabilidade das inovações trazidas pela Lei 11.382/2006 ao feito executivo fiscal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 173, jul. 2009.

PARREIRA, Alberto; MELO, Daniela; AMARAL, Gustavo. As alterações da Lei 11.382 e sua repercussão sobre a Lei de Execuções Fiscais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 143, ago. 2007.

SANTIAGO, Igor Mauler; BREYNER, Frederico Menezes. Eficácia suspensiva dos embargos à execução fiscal em face do art. 739-A do Código de Processo Civil. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 145, out. 2007.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. A reforma do CPC e a suspensão da execução fiscal pela oposição dos embargos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 151, abr. 2008.

SILVA, Márcio Henrique Mendes da; BEGO, Thiago Pucci; OLIVEIRA, Danilo Mendes Silva de. Considerações acerca das principais alterações no processo de execução de título extrajudicial trazidas pela Lei 11.382/2006 e seus reflexos perante a Lei de Execuções Fiscais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 156, fev. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O devedor perante a execução de título extrajudicial renovada pela Lei 11.382/2006. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 52, mar. 2008.

———. Os embargos do devedor após as reformas do CPC efetuadas pelas Leis nºs 11.232 e 11.382. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 46, 2007.

XAVIER, Alberto. *Princípios do processo administrativo e judicial tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo. *Processo de execução e assuntos afins*. v. 2. São Paulo: RT, 2001.

A extrafiscalidade à luz do sistema constitucional brasileiro

Sophia Nóbrega Câmara Lima

Juíza Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Resumo: A extrafiscalidade se traduz como a prerrogativa do Estado de se valer de normas tributárias com o intuito de estimular ou desestimular comportamentos. O presente estudo tem por escopo a análise de tal instituto, especialmente à luz do papel do Estado hodierno e do sistema constitucional brasileiro. Objetiva-se, outrossim, tecer elucubrações acerca das normas tributárias indutoras e seu mecanismo de atuação na Ordem Econômica. No desenvolvimento do artigo, são expostas as premissas relativas à extrafiscalidade, notoriamente em relação à principiologia da Constituição Econômica, destacando-se a relevância das normas tributárias indutoras na implementação de cada um dos seus princípios. Neste mister, o trabalho utiliza doutrina e jurisprudência atuais concernentes ao assunto. Conclui-se que as normas indutoras são ferramentas úteis para a implementação dos objetivos da República Federativa do Brasil e dos princípios resguardados pela Ordem Econômica.

Palavras-chave: Extrafiscalidade. Estado hodierno. Normas tributárias indutoras. Princípios. Ordem Econômica.

Abstract: The Extrafiscality is an instrument that can be used by the State through the use of tax norms to achieve the stimulation or inhibition of the human behavior. This project aims to analyze this institute, especially according to the paper of the Current State and the Brazilian Constitutional System. This scientific work approaches a study about inducing tax norms and its mechanism of performance in the Economic Order. During this article, the premises related to the extrafiscality are displayed, especially according to the principles of the Economic Constitution, highlighting the relevance of the inducing tax norms in the implementation of its principles.

For this purpose, it's used the current doctrine and jurisprudence concerning to this subject. After the proper considerations, it's concluded that the inducing tax norms are useful instruments in order to implement the objectives of the Federative Republic of Brazil and also to protect the principles of Economic Order.

Keywords: Extrafiscality. Current State. Inducing tax norms. Principles. Economic Order.

Sumário: 1 Introito. 2 Valores finalísticos da lei tributária: fiscalidade e extrafiscalidade. 3 O papel do Estado hodierno. 4 A tributação e o fator político. 5 A extrafiscalidade e as normas tributárias indutoras. 6 A extrafiscalidade e o sistema constitucional brasileiro. 6.1 Soberania nacional. 6.2 Propriedade privada e função social da propriedade. 6.3 Livre-concorrência. 6.4 Defesa do consumidor. 6.5 Defesa do meio ambiente. 6.6 Redução das desigualdades regionais e sociais. 6.7 Busca do pleno emprego. 6.8 Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. 7 Considerações finais.

1 Introito

A extrafiscalidade se traduz como a prerrogativa do Estado de se valer de normas tributárias com o fito de estimular ou desestimular comportamentos, mediante o fenômeno conhecido como indução. Casalta Nabais (1998, p. 629) entende a extrafiscalidade como normas tributárias que têm o “intuito de actuar directamente sobre os comportamentos económicos e sociais de seus destinatários”.

Desta feita, o presente trabalho objetiva elucidar o tema em vergaste, esclarecendo em que consiste a extrafiscalidade, notoriamente à luz da análise do papel do Estado hodierno, ponderando o que se espera do Poder Público brasileiro quando se fala em neoliberalismo e Estado Mínimo, ao mesmo tempo em que a Carta Magna prevê entre os objetivos da República Federativa do Brasil a garantia da justiça social e a formação de uma sociedade livre, justa e solidária, onde sejam erradicadas a pobreza e a marginalização e reduzidas as desigualdades sociais e regionais.

O presente estudo não pretende exaurir a temática alusiva à “extrafiscalidade”, restringindo-se à análise de alguns pontos primordiais da temática, notoriamente a compreensão das normas tributárias indutoras e seu mecanismo de indução do comportamento dos indivíduos e o modo como exercem a intervenção sobre o domínio econômico.

Intenta-se ainda, por meio deste trabalho, expor o campo constitucional que dominará a hermenêutica das normas tributárias extrafiscais. Com efeito, almeja-se perfilar a extrafiscalidade à luz do sistema constitucional brasileiro. Importa frisar, todavia, a clara opção pela predominância da Constituição Econômica na principiologia orientadora dessa espécie normativa, uma vez que a extrafiscalidade é um modo de intervenção por indução no domínio econômico.

Nesse contexto, tecer-se-ão esclarecimentos acerca dos princípios constantes do Título VII da Constituição Federal que orientam a criação e compatibilidade constitucional das normas tributárias indutoras.

2 Valores finalísticos da lei tributária: fiscalidade e extrafiscalidade

O tributo pode ser utilizado para diversas finalidades, a depender do escopo do legislador ao instituí-lo. De fato, impõe ao legislador delinear os valores finalísticos ao imprimir a lei tributária de forma a manipular as categorias jurídicas postas à sua disposição. A forma como utilizado o tributo é que define qual, entre as funções, é a predominante no instrumento jurídico-tributário utilizado. Isso porque, de acordo com o propósito para o qual for instituído o tributo, pode ele apresentar gravame predominantemente fiscal ou extrafiscal.

A fiscalidade traduz o escopo do tributo de abastecimento dos cofres públicos, sem que os outros fatores econômicos, políticos e

sociais atuem de modo preponderante. Paulo de Barros Carvalho (2005, p. 234) esclarece o que seja a fiscalidade, *in fine*:

Fala-se, assim, em *fiscalidade* sempre que a organização jurídica do tributo denuncie que os objetivos que presidiram sua instituição, ou que governam certos aspectos da sua estrutura, estejam voltados ao fim exclusivo de abastecer os cofres públicos, sem que outros interesses sociais, políticos ou econômicos interfiram no direcionamento da atividade impositiva.

A realidade jurídica mostra, todavia, que a instituição dos tributos diversas vezes atua como modo de conformação do comportamento dos indivíduos, visando a provocar mudanças de ordem política, social e econômica. Dessa forma, há extrafiscalidade quando o tributo é utilizado para fins díspares que a mera arrecadação, mas guiados por fatores preponderantes de ordem social, econômica e política. Nesse sentido o magistério de Geraldo Ataliba (1990, p. 233), que ensina:

Consiste a extrafiscalidade no uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados.

Impende ressaltar que, na realidade, não se pode falar em tributo com função exclusivamente fiscal ou extrafiscal. Em verdade, o que se observa é que há uma concorrência entre ambas as funções, que sempre atuam de forma conjunta. Entretanto, em certos tributos, predomina uma dessas funções, o que ressalta sua finalidade.

3 O papel do Estado hodierno

Para entendermos a definição do papel do Estado na atualidade, faz-se mister uma análise do modelo liberal, bem como do sistema intervencionista, para conhecer seus males e os propósitos do Estado hodierno.

O período do liberalismo é aquele no qual a atividade econômica se desenvolve autonomamente, sem interferência dos poderes públicos. Nesse momento, almeja-se, por meio da tributação, primordialmente, arrecadar recursos para o custeio da estrutura básica estatal necessária à manutenção da ordem pública e das liberdades individuais. Como a missão do Estado é mais simples e menos dispendiosa, não se faz necessária grande arrecadação de tributos. Estes, por sua vez, quando são exigidos, não o são funcionalmente; vale dizer, não se almeja qualquer propósito que não o fiscal, pois que não se pretende qualquer alteração do *status* (nem econômico, nem social) vigente. Nesse sentido, anota Antônio José da Costa (1985, p. 172):

Não obstante essa afirmativa, outrora o comportamento ideal preconizado para o Estado era a ingerência mínima, limitando a arrecadar os recursos necessários ao Tesouro, sem intervenção na estrutura econômica. Neste caso, a moeda deveria ser neutra, o orçamento público equilibrado e às finanças era reservada a função meramente arrecadatória dos meios financeiros. É o que consta dos tratados do século XIX e meados do XX. Era a consagração das finanças públicas neutras, minimizadoras da influência da ação estatal na economia.

Com efeito, o Estado Liberal não intervém na vida econômica, utilizando os tributos com a função apenas de conservar a máquina estatal com o intuito de manter a ordem pública e as liberdades individuais. Assim, a extrafiscalidade somente se converteu num fator de maior relevância no Estado Intervencionista, no qual o tributo passou a ter outras finalidades que não de meramente suprir as necessidades financeiras do Poder Público. A falta de uma atuação mais profunda por parte do Estado deu origem a inúmeros problemas sociais, gerando ainda grande desigualdade econômica, surgindo, desse modo, o Estado Intervencionista para findar com os males causados à sociedade pela política liberal não intervencionista.

Comprometido com a justiça social, o Estado Intervencionista tem sua atuação bastante alargada, interferindo em todos os campos

sociais. Nesse modelo de estado, a tributação, além de se fazer mais excessiva, apresentando a finalidade fiscal, arrecadatária de recursos para a cobertura dos gastos públicos cada vez mais crescentes, também obtém contornos extrafiscais, consistentes no direcionamento da atividade econômica da iniciativa privada. As finanças estatais, então, deixam de ser finanças neutras, desprovidas de finalidades extrafiscais, para se tornar finanças funcionais, isto é, relacionadas à atuação político-econômica e social do tributo.

Impende ressaltar, no entanto, que o Estado Intervencionista, por ter atuação mais abrangente, é mais oneroso, o que facilita a corrupção e lhe retira a eficiência imprescindível para o cumprimento do seu papel. Nesse contexto, observa-se que o Estado Intervencionista não se mostra consentâneo com a atualidade, buscando-se, conforme assevera Cláudia de Rezende Machado de Araújo (1996, p. 330), “um terceiro modelo de Estado mais eficiente que os outros dois já conhecidos”. Consoante leciona a mencionada autora, este novo Estado não poderia perder seu compromisso com a justiça social, mas ao mesmo tempo deveria ser menos oneroso e mais eficiente, garantindo as liberdades individuais.

Fala-se na existência de um Estado Mínimo, o qual transfere parte de suas competências à iniciativa privada, minorando seu papel, apesar de ao mesmo tempo dever garantir a justiça social e as liberdades individuais.

Nesse diapasão, a extrafiscalidade ganha contornos nunca imagináveis. Percebe-se que o Estado não pode intervir de forma profunda na economia, porém, de outro lado, deve ele garantir a justiça social e as liberdades individuais. Nesse contexto, com uma atuação diminuta, o Estado necessita de menor receita, mas com os recursos adquiridos deve promover o ideal de justiça social. Assim, a extrafiscalidade se traduz no mundo moderno em um importante mecanismo para a atuação do Estado na luta contra a desigualdade social.

No caso brasileiro, o que se observa é que os meios de prestação direta dos direitos sociais pelo Estado devem ser complementados por outros modos de intervenção estatal indireta na garantia de direitos sociais. Entre essas maneiras de atuação indireta está a tributação. No Brasil, diante da análise de nossa Carta Magna, percebe-se que entre os fundamentos da República Federativa do Brasil estão os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Ademais, constitui objetivo fundamental construir uma “sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Nesse novo modelo de Estado, este deve continuar muito influente na sociedade e no mercado, porém, de modo mais indireto do que direto, de forma mais supervisora e normativa do que provedora e interventiva. Aí que está a primordial importância da extrafiscalidade no Estado hodierno, a concepção de um Estado participativo permitindo a utilização da tributação para uma finalidade que foi pouco utilizada na história: a efetivação de direitos fundamentais, por meio da indução dos agentes privados.

Nesta senda, o Estado brasileiro tem forte atuação extrafiscal, de modo que passa a induzir comportamentos, sinalizando contrariamente ao ato socialmente indesejado, mediante a tributação proibitiva, e positivamente ao ato socialmente desejável, pela tributação promocional. Este é o entendimento consagrado por Lise Vieira da Costa Tupiassu (2006, p. 122), que asseve:

a extrafiscalidade é uma forma de tributação que permite a valorização da liberdade do contribuinte, que deve optar por um agravamento da carga tributária, ou alteração da conduta socialmente indesejada.

4 A tributação e o fator político

A tributação é exercida tendo em mira o fator político. Nesse sentido são os ensinamentos de Aliomar Balleiro (1973, p. 189): “Por outro lado, o exercício do poder de tributar é fenômeno de cará-

ter iniludivelmente político, como todos que se acham vinculados à natureza e às atribuições do Estado”.

Os constitucionalistas norte-americanos, seguindo o entendimento sedimentado jurisprudencialmente pelos seus tribunais, estabeleceram uma distinção entre os tributos cobrados com fundamento no “poder de tributar” e os exigidos sob o amparo do “poder de polícia”, ambos inerentes e inseparáveis do Estado. Esta diferença diz respeito ao aspecto fiscal e extrafiscal dos tributos, respectivamente.

Isso porque a tributação embasada no “poder de polícia” teria a finalidade de impedir e até punir determinados comportamentos. Não se está diante do tributo estatuído com função meramente arrecadatória, fiscal, decorrente do “poder de tributar”, mas tão somente com a função extrafiscal.

Assim, tem-se que a política fiscal é uma opção meramente política do Estado, mediante a qual determinados comportamentos são incentivados pela concessão de isenções, pela previsão constitucional de imunidades, enquanto outros são coibidos por uma alta carga tributária.

5 A extrafiscalidade e as normas tributárias indutoras

A função extrafiscal, consoante exposto ao longo deste estudo, coexiste com a função fiscal da norma tributária, prevalecendo uma ou outra função de acordo com a opção política adotada por aquele que detém o poder soberano. Sendo assim, as finanças deixam de ser puramente neutras, ou seja, pontificadas pela omissão, passando a ser funcionais, na qual a política fiscal é orientada de modo a influir na esfera econômica.

Hodiernamente, existem inúmeras condutas que atentam contra existência do bem comum ou causam perturbações de ordem

econômica e social. Para coibir tais práticas, o Estado pode preferir não estabelecer de pronto uma regra jurídica que taxe tal comportamento como ilícito, mas, ao contrário, instituir um tributo com funções extrafiscais, o que se transforma em um ótimo instrumento para a consecução desses objetivos. Com efeito, para impedir ou desestimular comportamentos, o Estado tem dois caminhos a escolher, que, de acordo com Alfredo Augusto Becker (1998, p. 592), seriam: por meio de uma norma jurídica que declare o fato social como ilícito ou mediante um tributo extrafiscal “proibitivo”. É nessa última situação que entra a noção de norma tributária indutora.

As normas tributárias indutoras são normas indutoras de comportamentos e que pretendem exercer intervenção sobre o domínio econômico, as quais se alocam exatamente na indutividade de comportamentos, ou seja, é o modo de o Estado intervir sobre o domínio econômico por indução. Luís Eduardo Schoueri (2005, p. 40) tece considerações acerca desta espécie normativa aduzindo que se caracteriza como um aspecto das normas tributárias identificado a partir de uma de suas funções, qual seja, a indutora. Ressalta ainda o mencionado autor que tal espécie normativa, conquanto seja instrumento a serviço do Estado na intervenção por indução, não perdeu a característica de ser, ao mesmo tempo, relativa a tributos, e, portanto, sujeita a princípios e regras próprios do campo tributário (SCHOUERI, 2005, p. 34).

Oportuno mencionar que a intervenção do Estado sobre o domínio econômico pode-se dar de duas formas: por indução ou por direção. A intervenção sobre o domínio econômico por direção é realizada por normas imperativas, cogentes. Assim, o agente deve a ela obedecer sob pena de sofrer as sanções previstas na legislação. A intervenção por meio da indução, por seu turno, ocorre com a utilização de normas dispositivas, ou seja, que admitem a possibilidade de escolha por parte do agente. Elas atuam mediante estímulos e desestímulos à prática de determinadas condutas. Observa-se, desse modo, que as normas indutoras e diretoras distinguem-se pela intensidade de afetação da liberdade dos agentes econômicos.

A intervenção por indução é justamente aquela na qual se observa a extrafiscalidade. Este instituto jurídico constitui-se na utilização do tributo como meio de atuação do Estado na economia, incentivando ou desestimulando determinada atividade econômica ou determinada conduta.

Os incentivos podem ser realizados por meio da diminuição ou supressão da carga tributária. Os desestímulos, por sua vez, se dão mediante um tributo extrafiscal proibitivo, quando o Poder Público utiliza uma regra jurídica para impedir ou desestimular indiretamente um ato ou fato que é permitido pela ordem jurídica.

A norma tributária indutora atua justamente como instrumento de intervenção por indução, haja vista a impossibilidade da atribuição do caráter diretivo às normas tributárias. Desta feita, depreende-se que a espécie tributária indutora pode atuar por meio de agravamento ou por beneficiamento. O agravamento ocorre quando a norma torna mais gravosa a conduta indesejada, implicando, assim, aumento da carga tributária. O beneficiamento, por sua vez, ocorre quando a norma tributária incentiva os contribuintes a adotar determinado comportamento desejado pelo legislador. Nesse contexto, a isenção tributária é um modo de beneficiamento, que se dá com a dispensa de pagamento do tributo ou de incidência negativa, premiando o contribuinte que tem sua conduta conforme os intentos do legislador.

Diante do exposto, percebe-se a importância das normas tributárias indutoras como instrumentos de conformação da atuação dos indivíduos e o modo de sua atuação, notoriamente mediante beneficiamentos e agravamentos.

6 A extrafiscalidade e o sistema constitucional brasileiro

No sistema constitucional brasileiro, implementado pelos princípios fundantes da Constituição de 1988, as opções do legislador são claras, bem como o são os princípios embaixadores de

tal ordem. Já no art. 3º, I e III, o constituinte insere os objetivos da República Federativa do Brasil, anteriormente mencionados. No art. 170, ao tratar da Ordem Econômica, o legislador também expõe o seu objetivo de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” e mediante a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa.

Ora, é justamente dentro do desígnio de construir uma sociedade na qual seja valorizada a pessoa humana, num ambiente de justiça social, onde lhe seja resguardada sua dignidade enquanto ser humano, que se encontra inserida a extrafiscalidade. Isso porque a tributação realizada pelas normas tributárias com fins extrafiscais ou simplesmente normas tributárias indutoras traduz-se em importante instrumento na efetivação de tais objetivos e princípios consagrados na Constituição Federal.

Não há uma liberdade plena para a criação de funcionalidades que não estejam previstas na Constituição. A compreensão de que a função extrafiscal está delineada desde logo no texto constitucional é fundamental para afastar eventuais abusos, em que o Executivo, imaginando-se imune a quaisquer controles, estabelecesse tributos extrafiscais sob pretextos vários, mas que, em verdade, sejam de índole marcadamente arrecadatória, em evidente fraude à funcionalidade constitucionalmente prevista.

Importa, pois, demarcarmos o campo constitucional que dominará a hermenêutica dessas normas tributárias extrafiscais. De plano, resta clara a opção pela predominância da Constituição Econômica na principiologia orientadora de tal normatividade, haja vista que a extrafiscalidade é um modo de intervenção por indução no domínio econômico. Nesse diapasão, são os princípios constantes do Título VII da Constituição Federal que orientam a criação e compatibilidade constitucional das normas tributárias indutoras.

Salutar ressaltar, entretanto, que as normas extrafiscais situam-se também no campo da Constituição Tributária, no Título VI da Lei Maior, “Da Tributação e do Orçamento”. Destarte, ambos

os pressupostos devem conjugar-se na compreensão dos tributos extrafiscais, pois na atuação extrafiscal deve-se obedecer aos princípios encampados na Ordem Econômica, assim como aqueles previstos na Constituição Tributária, caso contrário, revelar-se-á a inconstitucionalidade dessas normas tributárias.

Dessa forma, quando de sua elaboração e aplicação, as normas tributárias indutoras devem atentar para não ultrapassarem os limites impostos pelos princípios da propriedade privada, da proibição ao confisco, da livre-concorrência, da legalidade tributária, da capacidade contributiva, entre inúmeros outros.

Nesse contexto, impõe-se um estudo sobre os principais princípios, que ora impulsionam, ora restringem a atuação das normas tributárias indutoras, notoriamente daqueles que compõem o Título VII da Lei Maior, haja vista a relação mais intrínseca destas normas com a Ordem Econômica, não obstante a existência de princípios albergados em outros títulos da Constituição e até mesmo implícitos a reger a disciplina desta temática.

6.1 Soberania nacional

O princípio da soberania nacional encontra-se previsto no inciso I do art. 170 da Constituição Federal, o que demonstra sua posição de destaque na Ordem Econômica.

A soberania pode ser encarada sob uma visão interna ou externa. Do ponto de vista interno, esta se destina a resguardar a paz e segurança dos cidadãos, resolvendo os conflitos que insurgem na vida mediante uma decisão estatal interna. Nessa visão interna, percebe-se que a extrafiscalidade atua de modo a conformar o comportamento dos cidadãos, reduzindo as desigualdades econômicas e sociais, o que finda por reduzir os litígios entre eles.

Sob a ótica externa, a soberania econômica visa à afirmação do Estado diante dos demais países, revelando seu poder soberano.

Atuando como modo de reduzir a dependência econômica do nosso Estado, a extrafiscalidade age com vistas a propiciar o crescimento econômico e minimizar as dependências de nosso país. É de acordo com tal premissa que se concebe a existência de estímulos fiscais às empresas que investem em pesquisa e tecnologia em nosso país, como é o caso da Lei n. 8.661/1993, a qual concede benefícios fiscais à capacitação tecnológica para a indústria e a agropecuária.

Outrossim, os impostos de importação (II) e exportação (IE), o imposto sobre produtos industrializados (IPI), o imposto sobre operações financeiras (IOF) e o imposto extraordinário de guerra são impostos com alta carga de extrafiscalidade, prestando-se como mecanismo de regulação política, econômica e, sobretudo, proteção do território nacional e soberania pátria, visando a resguardar os interesses nacionais.

6.2 Propriedade privada e função social da propriedade

O direito de propriedade é consagrado no art. 5º da Lei Maior, revelando-se como direito fundamental a ser garantido pelo ordenamento jurídico pátrio.

Há de se observar que entre os limites ao poder de tributar encontra-se o princípio da proibição do confisco, o qual impede que o Estado se apodere da propriedade privada ao realizar a tributação. A esse respeito, cumpre ressaltar que já se vem admitindo o confisco em ocasiões em que a propriedade não cumpre sua função social, incidindo a função extrafiscal dos tributos como forma de intervir no domínio econômico coibindo comportamentos abusivos ao direito de propriedade.

É especialmente no que concerne à função social da propriedade que a extrafiscalidade atua de modo mais enfático. Isso porque, por meio das normas indutoras, há um estímulo à adequada utilização da propriedade privada. Inúmeros são exemplos da atuação extrafiscal nesta seara, podendo-se citar o art. 153, § 4º,

da Lei Maior, que, ao instituir o imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR), alude que este terá suas alíquotas majoradas em relação às propriedades improdutivas. O inciso II do mencionado § 4º estatui ainda que o imposto não terá incidência sobre as pequenas glebas rurais exploradas pelo proprietário e sua família, desde que não tenham outro imóvel. No perímetro urbano, a previsão encontra-se no art. 182, § 4º, II, da Constituição, a qual faculta ao Poder Público municipal a aplicação progressiva do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana dos proprietários de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado.

6.3 Livre-concorrência

A livre-concorrência, de acordo com os escólios de Eros Roberto Grau (2004, p.192), pode ser entendida como a liberdade de concorrência ou a garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, isto é, uma forma de desconcentração do poder.

A atuação extrafiscal do Estado, no que tange à livre-concorrência, se pauta na atuação positiva deste, quando deve agir para prevenir ou restaurar a igualdade de condições na concorrência, quando esta se encontrar ameaçada pela atuação de particulares ou por outros fatores. Justamente sob tais premissas é que foi estabelecido, mediante a Emenda Constitucional n. 42, o art. 146-A, que asseve que

Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

Assim, apesar da expressão livre-concorrência, *prima facie*, parecer pressupor uma neutralidade tributária do Estado, que deveria abster-se de atuar sobre o mercado, não é o que se observa. Exemplo dessa atuação ocorre quando há a instituição de uma contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), tal como prevista no art. 149 da Constituição Federal, com vistas a promover

a concorrência em determinadas áreas nas quais se tenha observado o desequilíbrio econômico.

O próprio Estado, quando atua como agente econômico, atuando em concorrência com o setor privado, não estará imune ao pagamento de tributos, sob pena de provocar um desequilíbrio na livre-concorrência.

Outrossim, é a inteligência do art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal, ao conferir cabimento à lei complementar para “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”. Assim, o constituinte de 1988 vedou qualquer espécie de isenção ou outra forma de incentivos relacionados ao ICMS, a não ser que estes sejam resultado de ratificação de convênios celebrados pelos entes da federação. Tal dispositivo demonstra o desígnio do constituinte em coibir a guerra fiscal, a qual gera a institucionalização da concorrência desleal entre empresas sediadas em estados diferentes.

Destarte, percebe-se a importância da extrafiscalidade no que tange ao princípio da livre-concorrência, dando lastro a uma atuação positiva do Poder Público em relação à utilização de técnicas de tributação que tendam a restaurar a livre-concorrência abalada por um desequilíbrio econômico.

6.4 Defesa do consumidor

O Texto Fundamental aponta a defesa do consumidor como direito fundamental no seu art. 5º, XXXII, ao mesmo tempo em que o consagra como princípio geral da atividade econômica no art. 170, V.

Percebe-se que a Ordem Econômica encontra-se informada não só pela preocupação concernente à livre-concorrência, ou seja, ao relacionamento entre os agentes econômicos, mas também pela

defesa do consumidor. Tal fato é trazido à baila por Lafayette Josué Petter (2005, p. 230), que aduz: “constitui tarefa importante do Direito propiciar o justo equilíbrio entre as empresas que atuam no mercado e entre estas e os consumidores”.

Para atingir tal finalidade, a tributação extrafiscal é um importante recurso, utilizando-se de técnicas de progressividade e de regressividade, da seletividade de alíquotas, da concessão de isenção e de outros incentivos fiscais. Em sendo assim, o Estado, mediante o emprego da extrafiscalidade, estimula ou inibe condutas para alcançar desígnios amparados constitucionalmente, conformando o comportamento dos consumidores e imprimindo-lhes novos hábitos.

6.5 Defesa do meio ambiente

José Afonso da Silva (2002, p. 20) define o meio ambiente como abrangente de toda a natureza, o artificial e original, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arquitetônico.

A defesa do meio ambiente é princípio que permeia toda a Lei Fundamental, estando presente em seus arts. 225; 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 129, III; 174, § 3º; 177, § 4º, *b*; 200, VIII; e 216, V, sendo erigida à condição de direito fundamental no art. 5º, LXXIII. Desta feita, incumbe ao Poder Público promover a defesa do meio ambiente, atuando de modo a resguardar a preservação deste diante do desenvolvimento econômico ora observado, com vistas a promover um desenvolvimento sustentável.

Nesse contexto, a extrafiscalidade se converte em um excelente instrumento para o cumprimento do papel constitucional estabelecido ao Poder Público, como forma de estimular as pessoas físicas e jurídicas a agirem de modo ecologicamente correto e reprimir comportamentos atentatórios à manutenção do equilíbrio ambiental.

Consideradas em sua maioria, as ações estatais em torno da proteção ao meio ambiente consistem na regulação sancionatória, com a previsão no âmbito tributário da aplicação de maiores alíquotas aos comportamentos transgressores do meio ambiente. Como exemplo de tributos utilizados de forma a promover a defesa ambiental, podemos citar o IPTU progressivo. Outrossim, mediante a aplicação de alíquotas diferenciadas, conforme a seletividade e essencialidade dos produtos e atividades que contribuam com a preservação ambiental, pode-se induzir um número cada vez maior de indivíduos e empresas a utilizarem tais produtos e serviços, tendo um tratamento privilegiado em detrimento dos demais que possam agredir o meio ambiente.

Outra forma de proteção ao meio ambiente é pelo uso do ICMS com fins extrafiscais, promovendo a intervenção nas atividades privadas e orientando o comportamento que deve ser utilizado pelos meios de produção com o intuito de coibir práticas abusivas ao meio ambiente.

6.6 Redução das desigualdades regionais e sociais

A redução das desigualdades regionais e sociais é consagrada como princípio da Ordem Econômica e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, prevista nos arts. 3º e 171 da Lei Maior.

Insta mencionar que o art. 151, I, da *Lex Legum* leciona ser vedado à União “instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro”. Não obstante a mencionada previsão, o mesmo dispositivo proclama, alfim, a possibilidade de “concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País”. Infere-se, assim, que a parte final do artigo revela-se como exceção ao princípio da uniformidade da tributação. Isto porque o aludido

princípio não é absoluto, devendo ceder em face de outras exigências constitucionais, entre as quais a redução das desigualdades regionais, tida, inclusive, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, como dantes exposto.

Nesse contexto, o Direito Tributário pode ser utilizado como meio de fomento desse processo de equalização regional e social, por meio do uso de normas tributárias indutoras visando a incentivar um desenvolvimento econômico atrelado à redução das desigualdades regionais e sociais. Frise-se, todavia, que a utilização das normas tributárias indutoras deve obedecer à repartição das competências em matéria de tributo, não podendo um ente federativo, com o fito de reduzir as desigualdades de dada região, utilizar-se indiscriminadamente desta espécie normativa. Afasta-se, sob essa perspectiva, a chamada “guerra fiscal”.

Como exemplo de utilização de normas tributárias indutoras aliadas ao princípio *sub examine*, pode-se mencionar a instituição da Zona Franca de Manaus, que, reformulada pelo Decreto-Lei n. 288/1967, estabeleceu uma série de incentivos fiscais, visando à integração da Amazônia ao restante do país. Outro exemplo que merece ser ressaltado é o de incentivos fiscais relacionados à produção de biocombustíveis. Cite-se ainda a Lei Federal n. 11.196, de 2005, que, tratando dos benefícios fiscais para as microrregiões brasileiras, consideradas as áreas abrangidas pelas ADENE e ADA, admite expressamente incentivos de tributos federais para localidades específicas.

6.7 Busca do pleno emprego

A Constituição de 1988 menciona em seu art. 170, entre outros, o princípio da busca do pleno emprego. Não obstante, deve-se entender por pleno emprego a necessidade de a economia ofertar meios para o desenvolvimento de atividades geradoras de empregos, e não daquelas meramente especulativas.

Nessa seara, faz-se mister lembrar que o Estado deve direcionar a atividade produtiva rumo à busca do pleno emprego mediante a

utilização de diversos institutos jurídicos, entre os quais, as normas tributárias indutoras com o fito de alargar o número de empregos disponíveis. Nesse desiderato, o legislador poderá instituir, reduzir ou revogar isenções fiscais, assim como limitar ou revogar incentivos, para resguardar os princípios constitucionais programáticos da oferta de emprego e da busca do pleno emprego.

Como exemplo de atuação nesse âmbito, podemos citar a previsão do § 9º do art. 195 da Carta Magna, o qual faculta que as contribuições sociais previstas no inciso I do *caput* do mesmo artigo possuam alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica e da utilização intensiva de mão de obra, privilegiando, desse modo, as empresas geradoras de trabalho em detrimento daquelas meramente especulativas.

6.8 Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte

O tratamento favorecido às empresas de pequeno porte é princípio que rege a Ordem Econômica, previsto no art. 171, IX, da Constituição Federal. Ao mesmo tempo, esse princípio busca conferir condições para tal espécie de empresas permanecer atuando no mercado em condições de igualdade com as de grande porte, possuindo íntima relação, desse modo, com o princípio da livre-concorrência.

Exige-se uma atuação do Estado no sentido de implementar políticas públicas que reduzam os entraves burocráticos, bem como que implementem medidas tributárias e previdenciárias benéficas para essas empresas. Nesse tocante, primordial mencionar que o próprio texto constitucional, no art. 179, prevê a atuação extra-fiscal da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, estatuinto que estes

dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incen-

tivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

O art. 146, III, *d*, da Lei Maior também prevê um tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, “inclusive regimes especiais ou simplificados”. Como normas tributárias a incentivar a atuação dessas empresas, podemos citar a Lei Federal n. 9.841/1999, a qual institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal, com inúmeras disposições tributárias. Podemos, ainda, citar a Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, que possibilita o pagamento conjunto de impostos e contribuições, mediante documento específico, bem como a redução de controles burocráticos com a economia dos respectivos custos para as empresas beneficiárias e a redução ou a exoneração de tributos.

Por derradeiro, cumpre destacar que o Sistema simplificado de arrecadação de tributos federais (SIMPLES), teve sua dimensão extrafiscal reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.643-1, em que se discutia a constitucionalidade do art. 9º da Lei n. 9.317/96 (ADI n. 1.643/União Federal; ministro Maurício Corrêa; Tribunal Pleno; *DJ* de 14 mar. 2003).

7 Considerações finais

A intervenção estatal mediante a tributação com objetivos regulatórios se traduz em uma atuação de solar importância, uma vez que entre as atribuições do Estado está a de estimular atividades e comportamentos por parte dos indivíduos com o desiderato de implantar a ordem consagrada na Constituição da República.

Nesse diapasão, as normas tributárias indutoras, para o fim de regular a Ordem Econômica a partir do modelo proposto na *Lex*

Legum, podem instituir benefícios e/ou agravamentos, visando à realização de comportamentos desejáveis pelos agentes econômicos. Assim, essa espécie normativa se destaca como ferramenta útil para a implementação dos objetivos da República Federativa do Brasil e dos princípios resguardados pela Ordem Econômica.

A extrafiscalidade atende ainda as exigências que se faz ao Estado hodierno, o qual não pode perder seu compromisso com a justiça social, mas ao mesmo tempo deve ser menos oneroso e mais eficiente, garantindo as liberdades individuais. Traduz-se a extrafiscalidade em importante instrumento na efetivação dos objetivos e princípios consagrados na Constituição Federal. De fato, restou consagrada a íntima relação da extrafiscalidade com a principiologia norteadora da Constituição Federal, notoriamente dos princípios estampados na Constituição Econômica.

Referências

ARAÚJO, Cláudia de Rezende Machado de. Extrafiscalidade. *Revista de Informação Legislativa*, n. 132, p. 329-334, out./dez. 1996.

ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. *Revista de Direito Público*, v. 23, n. 93, p. 233-238, jan./mar. 1990.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. (n. 152 a 159)

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Antônio José da. A extrafiscalidade dos tributos à luz da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 5, p. 172, jul./dez. 1985.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHOUERI, Luis Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais a implementação do direito ao meio ambiente saudável*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

O controle de constitucionalidade dos decretos autônomos

Alaíde Sampaio Costa

Analista processual do Ministério Público da União (MPU), lotada no Ministério Público Federal (MPF). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2009). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – UNIDERP (2010). Mestranda no Programa de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão.

Resumo: Objetiva-se com o presente trabalho fomentar a discussão sobre a invasão de reserva de lei pelos chamados decretos autônomos. A referida discussão aborda a possibilidade de tais decretos serem objeto de controle de constitucionalidade, como exceção à regra de controle de legalidade dos decretos, em prol da supremacia da Constituição e da separação dos poderes.

Palavras-chave: Reserva de lei. Decreto Autônomo. Controle de Constitucionalidade.

Abstract: The aim of this paper is to stimulate discussion about the invasion of reserve law by decrees called autonomous. This discussion addresses the possibility of such decrees are subject to constitutional control, as an exception to the rule control of legality of the decrees in favor of the supremacy of the Constitution and the separation of powers.

Keywords: Reservation of law. Autonomous Decree. Judicial Review.

Sumário: 1 Introdução. 2 Aspectos gerais do controle de constitucionalidade à luz da Constituição Federal de 1988. 2.1 Considerações iniciais. 2.2 Espécies de controle. 2.2.1 Notas iniciais.

2.2.2 Quanto à natureza do órgão controlador. 2.2.3 Quanto ao momento do controle. 2.3 Controle principal e incidental. 2.3.1 Controle principal. 2.3.2 Controle incidental. 2.4 Espécies sujeitas a controle. 3 Os decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro. 3.1 Tipos de decretos. 3.1.1 Apontamentos iniciais. 3.1.2 Decreto regulamentar. 3.1.3 Decreto autônomo. 3.2 Os decretos na Constituição Federal. 3.3 Decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro – posicionamentos doutrinários. 3.3.1 Considerações iniciais. 3.3.2 Posicionamentos contrários à possibilidade de edição de decretos autônomos no Brasil. 3.3.3 Posicionamentos favoráveis à possibilidade de edição de decretos autônomos no Brasil. 4 Controle de constitucionalidade dos decretos autônomos. 4.1 Controle de legalidade dos decretos regulamentares. 4.2 Controle de constitucionalidade dos decretos autônomos – considerações doutrinárias. 4.3 Controle de constitucionalidade dos decretos autônomos – considerações jurisprudenciais. 5 Conclusão.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 prevê o controle de constitucionalidade no Brasil, tema que envolve a supremacia da constituição, a separação de poderes e os aspectos relativos ao sistema, aos órgãos e às formas de controle.

Levando-se em conta a hierarquia das normas, de modo geral, o controle de constitucionalidade refere-se às normas primárias, ao passo que, quanto às normas secundárias, tem-se o controle de legalidade.

Tal discussão toma contornos interessantes quando são analisados os decretos. Estes podem ser do tipo individual ou podem ter caráter normativo e geral. Nesse último caso, são tidos como normas secundárias de competência do chefe do Poder Executivo.

A Constituição Federal prevê expressamente os decretos do chefe do Executivo no art. 84, VI, *a* e *b*. Quanto à primeira alínea, a doutrina demonstra-se pacífica ao afirmar tratar-se de decretos regulamentares (ou de mera execução). Porém, quanto à segunda

alínea, existe questionamento sobre tratar-se de possível permissão de edição dos chamados decretos autônomos.

Independentemente dos posicionamentos contrários ou favoráveis à possibilidade de edição de decretos autônomos em conformidade com o ordenamento constitucional brasileiro, a doutrina e a jurisprudência tecem considerações relevantes sobre o controle de tais normas quanto ao modo de análise, se de legalidade ou de constitucionalidade.

Este trabalho tem por objeto analisar o controle dos decretos quando apresentam impropriedades em relação à Constituição Federal de 1988. Este estudo, buscando melhor desenvolver o tema, divide-se em três etapas.

A primeira faz considerações gerais quanto ao controle de constitucionalidade à luz da Constituição Federal de 1988. Nela, são abordadas questões iniciais sobre o assunto, sem a pretensão de esgotá-lo.

A segunda cuida dos decretos no ordenamento jurídico brasileiro, momento em que são analisadas as funções dos decretos segundo a Constituição Federal, os tipos de decretos, segundo classificação doutrinária dominante, e posicionamentos favoráveis e contrários à possibilidade de edição de decretos autônomos no Direito pátrio.

Por fim, a terceira etapa enfoca a questão do controle de constitucionalidade dos decretos autônomos. Como consideração inicial, trata do controle de legalidade dos decretos regulamentares, para contrapor, em seguida, as considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a questão.

Para melhor compreensão do tema, é feita uma abordagem dos principais doutrinadores que tratam sobre o assunto e das análises feitas pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao final, são apresentadas as conclusões resultantes desta pesquisa.

2 Aspectos gerais do controle de constitucionalidade à luz da Constituição Federal de 1988

2.1 Considerações iniciais

As normas jurídicas têm como uma de suas características a imperatividade. A Constituição Federal, como norma jurídica, também possui esse atributo, porém, com uma feição peculiar, pois tem posição de proeminência sobre as demais.

Essa posição de destaque, de superioridade, sobre as outras normas corresponde à chamada supremacia constitucional. O controle de constitucionalidade afigura-se uma importante garantia dessa supremacia, pois, por meio dele, é possível afastar antinomias que venham a agredir os preceitos da Constituição.

No dizer de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 262-263),

o controle de constitucionalidade, enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados.

Desse ensinamento, além de se extrair um conceito, é possível observar que o controle pode-se dar por mais de uma maneira, o que será analisado no tópico seguinte.

Vale pontuar o reconhecimento à relevância dos aspectos históricos e do direito comparado no estudo do controle de constitucionalidade. Entretanto, neste trabalho, não há como esgotar

o assunto, motivo pelo qual serão abordados os pontos mais diretamente relacionados à temática proposta.

2.2 Espécies de controle

2.2.1 Notas iniciais

Como já mencionado, o controle de constitucionalidade pode ser realizado de várias maneiras. Para sistematizar o estudo sobre o assunto, a doutrina classifica as espécies de controle.

Entre as várias possibilidades de classificação, destacam-se aquelas quanto à natureza do órgão controlador, quanto ao momento do controle e quanto ao modo de exercício.

2.2.2 Quanto à natureza do órgão controlador

Diz-se, quanto à natureza do órgão, que o controle pode ser classificado em político (ou não judicial), judicial (ou jurisdicional, ou judiciário, ou jurídico), ou misto (ou eclético, ou híbrido).

Na primeira espécie, a verificação da constitucionalidade cabe a um órgão com natureza eminentemente política, não integrante do Poder Judiciário. Já na segunda, o órgão competente para exercer o controle faz parte do Poder Judiciário ou, mesmo sem integrá-lo, tem atuação de natureza jurisdicional. Finalmente, a terceira ocorre quando a Constituição submete certas normas ao controle político e outras ao judicial (BULOS, 2009, p. 111-112).

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, Alexandre de Moraes (2003, p. 581) assim ensina:

[...] tradicionalmente e em regra, no Direito Constitucional pátrio, o Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato norma-

tivo contrários à Constituição. Por sua vez, os Poderes Executivo e Legislativo realizam o chamado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico.

Em razão de conjugar os controles político e jurídico, a doutrina entende ser o controle misto a espécie adotada pelo Brasil.

2.2.3 Quanto ao momento do controle

Quanto ao momento em que é realizado, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo ou repressivo. Diz-se preventivo (ou *a priori*) quando antes do ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico, e repressivo (ou *a posteriori*) quando posterior, depois de perfeito o ato, de promulgada a lei (FERREIRA FILHO, 2008, p. 36). Este tem por objetivo expurgar a norma contrária à Constituição e aquele, por sua vez, busca evitar o ingresso da norma desconforme no ordenamento jurídico.

O sistema nacional permite que ambas as espécies, controle preventivo e repressivo, sejam realizadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O controle preventivo realizado pelo Legislativo tem fundamento no próprio processo legislativo estabelecido pela Constituição Federal, uma vez que os projetos de lei devem ser analisados por ambas as casas do Congresso Nacional, o que oportuniza aos parlamentares verificar a constitucionalidade dos dispositivos constantes na norma e, caso em desconformidade com a Carta Maior, rejeitá-los ou emendá-los, de forma a compatibilizá-los aos direitos e deveres constitucionalmente previstos.

Quanto ao preventivo realizado pelo Executivo, seu fundamento está na Norma Fundamental, no art. 66, § 1º, segundo o qual “se o Presidente da República considerar o projeto, no todo

ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis [...]”. É o chamado veto jurídico.

Aqui cabe mencionar o dizer de Pedro Lenza (2008, p. 135) acerca do tema:

Caso o Chefe do Executivo entenda ser o projeto de lei inconstitucional poderá vetá-lo, exercendo, desta feita, o controle de constitucionalidade prévio ou preventivo, antes de o projeto de lei se transformar em lei.

Em relação ao controle prévio realizado pelo Judiciário, a jurisprudência se firmou no sentido de que ele objetiva garantir ao parlamentar o direito de participar de um processo legislativo constitucional. O controle ocorre pela via de exceção, com o intuito de defender o direito do parlamentar.

Quanto ao controle de constitucionalidade repressivo, este também pode ser realizado pelo Legislativo, pelo Executivo e, principalmente, pelo Judiciário. O realizado pelos dois primeiros representa exceção à regra geral do sistema de controle jurisdicional misto adotado no Brasil.

Sua previsão é feita na própria Constituição Federal de 1988. Os arts. 49, V, e 62 preveem o controle repressivo realizado pelo Legislativo. O primeiro trata da competência do Congresso Nacional para sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; ao passo que o segundo possibilita ao Congresso Nacional analisar as medidas provisórias editadas pelo presidente da República.

Em relação ao controle repressivo realizado pelo Executivo, este se relaciona aos chamados “efeitos irradiantes” produzidos pelo princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual os poderes devem cumprir as leis compatíveis com a Constituição.

Finalmente, o controle realizado pelo Judiciário é a regra e pode ser o objeto principal da demanda ou uma preliminar que surge de forma incidental. É o que se analisa a seguir.

2.3 Controle principal e incidental

2.3.1 Controle principal

O controle principal de constitucionalidade se realiza por meio de uma “*ação direta*, cujo pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 327).

Em outras palavras, a ação não tem outro objetivo senão questionar a constitucionalidade da norma para, ao final, declará-la constitucional ou inconstitucional.

O controle principal tem origem no sistema austríaco, que possui como características o questionamento da norma de forma abstrata, independente de um caso concreto, e fiscalização por um órgão de cúpula do Poder Judiciário.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 conferiu essa competência ao Supremo Tribunal Federal, em seu art. 102, I, *a*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

No âmbito infraconstitucional, o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória

de constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal são regulamentados pela Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

De acordo com a mencionada lei, depois de proposta a ação direta, não se admitirá desistência. Isso se explica pela própria natureza abstrata da ação, não há uma discussão de fundo com partes defendendo interesses pessoais, o objetivo é declarar a (in) constitucionalidade da lei ou ato normativo, protegendo, assim, a supremacia constitucional. De tal proteção, o legitimado que iniciou a ação não pode desistir.

Por ser abstrato, em tese, sem partes, o controle principal possui também como uma de suas características ter, em regra, efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, ou seja, contra todos e desde o início. Diz-se em regra em razão da chamada modulação de efeitos que pode ser realizada pelo órgão de controle.

A modulação de efeitos é técnica prevista da Lei n. 9.868/1999. O art. 27 da mencionada norma estabelece que:

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

Como a regra é o efeito *ex tunc*, em razão do dominante princípio da nulidade da lei inconstitucional, a modulação de efeitos deve ser expressa e por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, sendo que, caso não seja feita a ressalva, deve-se entender que os efeitos serão retroativos. Considerando isso, a Corte Suprema entende, até mesmo, ser cabível opor embargos de declaração quando a decisão não menciona os efeitos temporais do julgado.

Além disso, por se pautar em razões de segurança nacional ou de excepcional interesse social, a modulação de efeitos pode ser aplicada pela Corte independentemente de pedido do requerente ou do requerido.

Nesse sentido é o julgado a seguir:

Embargos de declaração. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Distrital n. 3.642/2005, que “dispõe sobre a comissão permanente de disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal”. Ausência de pedido anterior. Necessidade de modulação dos efeitos. 1. O art. 27 da Lei n. 9.868/1999 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei n. 9.868/1999. 2. Continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo. Entretanto, podem as partes trazer o tema em sede de embargos de declaração. 3. Necessidade de preservação dos atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional. 4. Aplicabilidade, ao caso, da excepcional restrição dos efeitos prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/1999. Presentes não só razões de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança pública), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional. 5. Embargos declaratórios conhecidos e providos para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei Distrital n. 3.642/2005 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado¹.

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3601-DF*. Embargante: Governador do Distrito Federal. Relator: Dias Toffoli. Brasília-

Assim, é possível dizer que o controle principal analisa a norma de forma abstrata, sem um caso concreto, e no Brasil isso compete ao Supremo Tribunal Federal, sendo que, após proposta a ação, não será admitida a desistência e a decisão pode ter seus efeitos modulados.

2.3.2 Controle incidental

Diversamente do que ocorre no controle principal, no controle incidental há um caso concreto, cuja solução depende da análise sobre a aplicação ou não de determinada lei, o que leva a verificação de sua constitucionalidade.

Assim, a análise referente à inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma aparece como questão prejudicial, a ser realizada antes de ser analisado o mérito da causa. Dito de outro modo, o julgador deve decidir sobre a conformidade da norma com a Constituição e, em seguida, sobre a sua aplicação ao caso concreto.

No Brasil, esse controle pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, ressaltando-se, neste último caso, a previsão do art. 97 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “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”.

Trata-se da chamada cláusula de reserva de plenário, a respeito da qual o Supremo editou a Súmula Vinculante n. 10, com o seguinte texto:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 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.

-DF, 9 set. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

O sentido da súmula é esclarecer que a decisão que afasta a incidência de lei ou ato normativo está realizando o controle de constitucionalidade incidental, ainda que não diga expressamente tratar-se de controle, fato que atrai a aplicação do art. 97 da Constituição da República.

Os efeitos da decisão são, em regra, *ex tunc* e restringem-se às partes, sendo que, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Sem aprofundar no assunto, mas apenas a título de registro, há interessante discussão jurídica sobre essa suspensão dos efeitos da lei inconstitucional a cargo do Senado Federal. Por um lado, há o entendimento de ser discricionária a suspensão e, por outro, há entendimento minoritário no sentido de ter havido mutação constitucional, de modo que a decisão definitiva da Corte não necessitaria do ato do Senado Federal para suspender os efeitos da lei declarada inconstitucional por meio do controle difuso.

2.4 Espécies sujeitas a controle

O ato público (ou mesmo privado) pode apresentar desconformidade ante a Constituição Federal de várias maneiras, entretanto, é possível que não haja previsão para o questionamento direto da constitucionalidade desse ato.

Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 109) pontua que: “Certamente, uma coisa é *reconhecer* a inconstitucionalidade que afeta o ato público ou privado; outra é controlá-la”.

A Carta de 1988, no supracitado art. 102, prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Assim, o controle de constitucionalidade relaciona-se, em sede de ADI e ADC, a lei e ato normativo. No dizer de Alexandre de Moraes (2003, p. 608),

O objeto das ações diretas de inconstitucionalidade genérica, além das espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo. Assim, quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários, deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo.

No mesmo sentido, Fredier Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 416) pontuam que a ADIN “não cuida do julgamento de um caso concreto, mas, sim, da constitucionalidade da lei em tese, uma ação de validade entre normas”.

Dessa feita, deve ser observado o preenchimento dos requisitos do ato, ele deve ter conteúdo normativo, prescrição geral e abstrata, e ter relação direta com a Constituição Federal.

O questionamento deve dirigir-se a comando constitucional e não a um comando infraconstitucional, como o que se poderia vislumbrar no caso de desconformidade do ato com uma lei, ou de uma lei ordinária em face de uma lei complementar.

Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (2001, p. 142) fazem interessante consideração sobre o assunto, esclarecendo que “a doutrina brasileira enfatiza que qualquer regulamento que deixe de observar os limites estabelecidos em lei é inconstitucional”.

Essa observação dos doutrinadores diz respeito aos comandos estabelecidos em norma infralegal sem devida observação dos limi-

tes da lei que pretende regulamentar, pois, uma vez ultrapassados esses limites, ela produz inovação que pode ser confrontada diretamente em face da Constituição.

Assim, é possível visualizar o tênue limite entre o que pode ser analisado com base nos padrões de legalidade e o que pode ser questionado diretamente com base nas disposições com previsão constitucional.

Nesse aspecto, as chamadas normas primárias possuem vinculação direta com a Constituição; no caso do ordenamento constitucional pátrio, têm previsão no art. 59 da Constituição de 1988, segundo o qual o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Caso não haja essa relação, o ato deve ser confrontado com a norma que lhe é superior, no dizer de José Afonso da Silva (2005, p. 47),

[...] do princípio da supremacia da constituição resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. A *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores. [g.n.]

Assim, a compatibilidade vertical deve ser observada no controle de constitucionalidade das normas e, em decorrência disso, como regra, as normas primárias, que possuem relação direta com a Constituição, devem ser objeto de análise quanto à sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

De igual modo, em decorrência da compatibilidade vertical, em regra, as normas que se encontram com relação direta com

a lei, ou seja, possuem como seu fundamento de validade uma norma infraconstitucional, e não a Constituição de forma direta, devem ser questionadas por outro critério, qual seja, sua legalidade ou ilegalidade.

Diz-se em regra porque, conforme será analisado, o caso dos decretos autônomos possui peculiaridade no que diz respeito a esse confronto (em face da lei/Constituição), particularidade essa tema deste trabalho.

Desse modo, todas as leis e todos os atos normativos devem guardar conformidade com a Lei Maior, entretanto, o reconhecimento de uma desconformidade é diferente do seu controle propriamente dito.

O controle de constitucionalidade, como padrão, dirige-se às leis e aos atos normativos decorrentes diretamente da Constituição Federal, as chamadas normas primárias previstas no art. 59 da Carta Magna, ao passo que as normas que possuem fundamento de validade em uma norma infraconstitucional têm, por regra, seu questionamento no âmbito da legalidade ou ilegalidade.

3 Os decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro

3.1 Tipos de decretos

3.1.1 Apontamentos iniciais

A doutrina entende por decreto um meio pelo qual a Administração exterioriza sua vontade, um veículo de expedição de ato, de continente, e não de conteúdo. Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 421) ensina que decreto “é a fórmula pela qual o Chefe do Poder Executivo (federal, estadual, distrital e municipal) expede atos de sua competência *privativa* (art. 84 da Constituição)”.

Esse instrumento deve ser utilizado com cautela para bem se adequar ao Estado de Direito. Sobre o ponto, Pinto Ferreira (1996, p. 382) destaca que:

Na elaboração dos decretos, o Poder Executivo não deve ampliar os limites normais de suas atribuições, violando a ordem jurídica estabelecida pela Constituição. Os decretos têm de ser elaborados no respeito às normas legais. É importante esclarecer que deve existir destarte uma legalidade dos decretos.

Por meio de decreto podem ser expedidas normas gerais, como os regulamentos, ou individuais, como a declaração de interesse público de um imóvel para fins de reforma agrária.

Para a contextualização do tema aqui apresentado, este trabalho acadêmico tem como objeto de interesse o decreto referente a normas gerais, uma vez que eles possuem normatividade, ao passo que os decretos individuais são atos de efeito concreto, e o Supremo Tribunal Federal não admite controle concentrado de ato com efeito concreto.

Assim, tratando dos decretos que expedem normas gerais, Edmir Netto de Araújo (2005, p. 38) apresenta a seguinte definição:

É a norma jurídica de caráter geral e externo, que retira sua validade e eficácia da própria lei regulamentada e se destina a esclarecê-la, detalhá-la, bem como facilitar sua operacionalidade e aplicação, muitas vezes qualificada como lei material ou substancial. No ordenamento jurídico brasileiro, é da competência privativa dos chefes de Poder Executivo [...].

Os decretos de caráter geral podem ser classificados em regulamentar (ou de mera execução) e autônomo (ou independentes), tomando por base a inovação ou não na ordem jurídica.

3.1.2 Decreto regulamentar

Decreto regulamentar é aquele previsto na Carta Maior para complementar ou detalhar a disciplina de uma norma legislativa (DI PIETRO, 2004, p. 78), dentro dos limites da lei, não sendo possível quando o sistema jurídico constitucional reservar outra forma específica para tratar sobre determinada matéria, ou seja, não pode invadir a reserva legal.

Ele é um tipo de ato normativo secundário, pois possui como fundamento de validade uma norma infraconstitucional, não inova originariamente na ordem jurídica, trata de assunto já regulamentado por lei, trazendo detalhes para sua fiel execução, tece as minudências que o legislador entendeu por bem não prever diretamente na norma primária (lei).

Dessa maneira, o decreto regulamentar pressupõe a ideia de uma lei a ser regulamentada, a existência de pontos na norma sobre os quais o legislador não tratou com pormenores, motivo pelo qual é necessário aclarar determinado aspecto, muitas vezes imprescindível para a aplicação da lei no caso concreto, como um conceito ou o modo pelo qual o comando legal deve se realizar.

Exemplo de situação em que a lei necessita dessa regulamentação é a norma penal em branco, que, na definição de Ricardo Antonio Andreucci (2010, p. 48),

são aquelas em que a sanção é determinada, sendo indeterminado o seu conteúdo. Para ser executada, portanto, a norma penal em branco depende do complemento de outras normas jurídicas ou de futura expedição de certos atos administrativos.

Não se quer com isso dizer que a regulamentação de norma será sempre feita por meio de decreto, mas é possível afirmar que o decreto regulamentar pode ser um dos instrumentos adequados à

regulamentação de leis, caso tal regulamentação seja de competência do chefe do Poder Executivo, situação que pode ocorrer, por exemplo, no caso da norma penal em branco.

Exatamente por visar a regulamentar uma lei esse tipo de decreto não pode dispor *contra legem* nem *praeter legem*, ou seja, contra a lei ou mais que a lei, pois, se for contrário, será ilegal, e, se extrapolar a matéria de que trata a lei, poderá ser considerado inconstitucional.

Nesse ponto, cabe aclarar que, extrapolando a matéria e inovando originariamente na ordem jurídica, o decreto deixa de ser de mera execução e passa a ser autônomo, pois, reiterar-se, o decreto regulamentador pressupõe uma norma a ser regulamentada.

3.1.3 Decreto autônomo

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 170), “decreto *autônomo* é espécie do gênero decreto executivo, que dispõe sobre assuntos que ainda não foram disciplinados pelo legislador”.

Nessa linha de raciocínio, o decreto autônomo irá expedir uma norma com caráter geral e abstrato, aplicável a todos os administrados que se encontrem na mesma situação nele prevista.

Esse tipo de decreto tem como característica marcante o fato de inovar originariamente em determinada matéria, disciplinando assunto ainda não regulado especificamente em lei.

Nesse caso, ele não será editado em função de uma lei e, assim, não terá a lei como sua fonte de validade, pois ela não lhe dá suporte em relação à matéria, de modo que o decreto não estará regulamentando disciplina legal.

Por esse motivo, diferente daquilo que ocorre com o decreto regulamentar, o decreto autônomo não pressupõe uma lei a ser regulamentada, ele será a norma a criar, modificar, ou extinguir

direitos e deveres na ordem jurídica, razão pela qual a doutrina entende que o decreto autônomo retira seu fundamento de validade diretamente do texto constitucional, sem necessidade de uma lei intermediária.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 130), os decretos autônomos (ou independentes) são “destinados a suprir lacunas da lei”.

Dessa maneira, depreende-se que eles também não devem ser utilizados quando a Constituição possuir previsão de uma outra forma específica para tratar sobre determinada matéria, ou seja, também não podem invadir a reserva legal, podem tão somente suprir as lacunas deixadas por lei.

Nesse aspecto, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2006, p. 336) esclarecem que as matérias a serem disciplinadas por meio de decretos autônomos são aquelas submetidas à denominada “reserva da Administração”.

Por esse entendimento, a matéria a ser tratada por meio de decreto autônomo seria aquela sobre a qual cabe à Administração decidir por meio de critérios próprios, sem a ingerência no legislador.

Sobre os casos de utilização dos decretos, cabe analisar o que diz a Constituição Federal de 1988, conforme passa a ser analisado no item seguinte.

3.2 Os decretos na Constituição Federal

A Lei Suprema de 1988 possui previsão sobre a expedição de decretos no Capítulo “Do Poder Executivo”, Seção “Das atribuições do Presidente da República”, de modo a aclarar o primeiro ponto acerca do assunto, qual seja, a autoridade competente.

Com efeito, o chefe do Poder Executivo possui atribuição para expedir decretos, de modo que, no âmbito federal, a referência dirige-se ao presidente da República. Considerando o princípio da simetria, essa atribuição nos estados será do governador e nos municípios do prefeito.

Evoluindo na análise proposta, o art. 84, IV e VI, trata especificamente sobre os casos em que os decretos podem ser editados. Esta é a redação do dispositivo citado:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

[...]

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

O primeiro inciso dispõe sobre a competência do presidente da República, para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Tal ato é unilateral, privativo e recebe o nome de decreto executivo ou regulamentar.

Quanto ao segundo inciso, este é fruto da alteração feita pela Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001 (EC n. 32/2001). A redação anterior possibilitava ao presidente “dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei”.

Em razão dessa mudança na redação, antes “na forma da lei” e atualmente “mediante decreto”, parte da doutrina considerou que essa previsão possibilita a expedição de decretos autônomos nos casos previstos nas alíneas seguintes, enquanto outra parcela da doutrina entendeu tratar-se novamente de decreto regulamentar. Tais posicionamentos doutrinários serão abordados no tópico seguinte.

Esse é o dispositivo utilizado como fundamento para alguns doutrinadores afirmarem a conformidade dos decretos autônomos com o ordenamento constitucional brasileiro.

De todo modo, não restam dúvidas de que o inciso prevê a utilização de decreto para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, desde que não importe aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos, bem como possibilita a extinção de cargos e funções, quando vagos, por decreto do chefe do Poder Executivo Federal.

Por fim, cabe pontuar que a Constituição autorizou o presidente da República a delegar as atribuições do inciso VI aos ministros de Estado, ao procurador-geral da República ou ao advogado da União, conforme o parágrafo único do art. 84.

3.3 Decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro – posicionamentos doutrinários

3.3.1 Considerações iniciais

Há divergência doutrinária sobre a possibilidade de os decretos autônomos serem ou não amparados pelo sistema constitucional brasileiro, à luz, especialmente, do art. 84, VI, *a* e *b*, da Lei Maior, destacando-se quanto ao ponto a redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001 (EC n. 32/2001).

3.3.2 Posicionamentos contrários à possibilidade de edição de decretos autônomos no Brasil

O posicionamento dominante é no sentido de que o sistema constitucional brasileiro não comporta os decretos do tipo autônomo, devendo o ato próprio do poder regulamentar se restringir aos limites da lei.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 311) é bastante direto ao se posicionar sobre o assunto, segundo ele:

[...] os dispositivos constitucionais caracterizadores do *princípio da legalidade no Brasil* impõem ao regulamento o caráter que se lhe assinalou, qual seja, o de ato *estritamente subordinado*, isso é, meramente subalterno e, ademais, *dependente de lei*. Logo, entre nós, só pode existir regulamentos conhecidos do Direito alienígena como “regulamentos executivos”. Daí que, em nosso sistema, *de direito*, a função do regulamento é muito modesta.

Com esse primeiro posicionamento, percebe-se um dos argumentos daqueles que entendem que o ordenamento pátrio não admite os decretos autônomos, qual seja, o princípio da legalidade.

A Constituição da República prevê no art. 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007) ressalta que o preceptivo se refere à “lei”, e não a decreto ou a outra forma de regulamentação, com o que o dispositivo em tela refere-se à lei em sentido estrito.

Assim, o primeiro argumento diz respeito ao princípio da legalidade, tendo em consideração que os decretos são atos subordinados e sempre dependendo de lei, de modo a, segundo a primeira corrente, não se aplicarem ao ordenamento pátrio figuras típicas do Direito alienígena.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 60) também possuiu o pensamento de que a Carta vigente só admitiu os regulamentos de execução. Sobre o assunto, o doutrinador argumenta:

Aliás, a questão dos decretos e regulamentos autônomos deve ser colocada em termos mais precisos. *Para que sejam caracterizados como tais, é necessário que os atos possam criar e extinguir primariamente direitos e obrigações*, vale dizer, sem prévia lei disciplinadora da matéria ou, se se preferir, colmatando lacunas legislativas. Atos dessa natureza não podem existir em nosso ordenamento porque a tanto se opõe o art. 5º, II, da CF, que fixa o postulado da reserva legal para a exigibilidade de obrigações. Para que fossem admitidos, *seria impositivo que a Constituição deixasse clara, nítida, indubitável, a viabilidade jurídica de sua edição por agentes da Administração, como o fez, por exemplo, ao atribuir ao Presidente da República o poder constitucional de legislar através de medidas provisórias (art. 62, CF)*. Aqui sim, o poder legiferante é direto e primário, mas os atos são efetivamente legislativos, e não regulamentares. Ao contrário, decretos e regulamentos autônomos estampariam poder legiferante indireto e simulado, e este não encontra suporte na Constituição.

Os atos de organização e funcionamento da Administração Federal, ainda que tenham conteúdo normativo, *são meros atos ordinatórios, ou seja, atos que se preordenam basicamente ao setor interno da Administração para dispor sobre seus serviços e órgãos, de modo que só reflexamente afetam a esfera jurídica de terceiros*, e assim mesmo mediante imposições derivadas ou subsidiárias, mas nunca originária. [g.n.]

Apesar de extensa, a transcrição se mostra relevante por trazer, além do princípio da legalidade, os outros dois argumentos para defender a não possibilidade dos decretos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se passa a expor.

O primeiro refere-se à necessidade de que a Constituição previsse expressamente tal possibilidade, uma vez que a expedição de decretos autônomos pelo Executivo levaria a uma atuação legi-

ferante indireta por parte desse poder, a quem, ordinariamente, competem atos de administração.

Faz-se aqui destaque à previsão feita pela Constituição no caso das medidas provisórias, nessa ocasião, quando de fato quis possibilitar a atuação legiferante direta do presidente da República, a Carta Magna o fez de forma expressa, estabelecendo, inclusive, os casos em que pode ser editada, bem como os assuntos que não poderiam ser tratados por esse tipo de norma, bem como o procedimento e prazo de conversão em lei, entre outros aspectos relevantes relacionados ao tema.

Assim, o fato de a Constituição não prever expressamente a possibilidade de um decreto criar ou extinguir direitos e obrigações seria um silêncio eloquente, ou seja, a Lei Maior não previu de forma direta a possibilidade da edição desse tipo de decreto como forma de estabelecer a impossibilidade de tal conduta por parte do Poder Executivo.

O segundo argumento diz respeito ao disposto no art. 84, VI, *a* e *b*, da Constituição Federal. Aqueles que defendem a possibilidade de edição de decretos autônomos o fazem tendo por base tais dispositivos, conforme adiante será comentado.

Ocorre que os atos cuja regulamentação por decreto é ali possibilitada não criam nem extinguem direitos e obrigações diretamente, apenas de forma reflexa atingem a esfera jurídica de terceiros.

Explica-se: o disposto na alínea *a* possibilita que o presidente da República disponha, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

A organização e o funcionamento da administração refletem atos ordinatórios que se preordenam basicamente no setor interno da administração, além de que isso poderá ser feito mediante

decreto apenas se não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

Quanto à alínea *b* do inciso em comento, esta permite ao presidente da República dispor mediante decreto sobre extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Ocorre que, quando vagos, não há que se falar na criação de direitos ou deveres por parte de seu ocupante, de modo que apenas de forma reflexa o disposto mediante decreto afetará a esfera jurídica de terceiro.

Dessa maneira, no entendimento da corrente doutrinária ora analisada, nenhuma das duas alíneas faz referência a criação ou extinção de direitos ou obrigações mediante decretos, o que representa o terceiro argumento daqueles que se posicionam pela não possibilidade de edição de decretos autônomos em conformidade com o ordenamento constitucional pátrio.

3.3.3 Posicionamentos favoráveis à possibilidade de edição de decretos autônomos no Brasil

Por outro lado, há publicistas que entendem pela possibilidade de decretos autônomos no sistema jurídico brasileiro, em especial com a Emenda Constitucional n. 32/2001, que alterou a redação do art. 84, VI, da Lei Fundamental, dispositivo reservado a atribuir competência do presidente da República para dispor mediante decreto sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e sobre a extinção de funções ou cargos, quando vagos (DI PIETRO, 2004, p. 79).

A redação original do dispositivo previa a regulamentação desses assuntos “na forma da lei”, ao passo que, com a mencionada emenda, a redação passou a prever que o presidente da República pode dispor mediante decreto sobre as matérias relacionadas no art. 84, VI, *a* e *b*, da Constituição Federal.

Nesse sentido, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2006, p. 336) afirmam que:

[...] a partir da EC n. 32/2001, passaram a existir em nosso ordenamento decretos autônomos, ou seja, decretos que retiram seu fundamento de validade diretamente do texto constitucional, que não são editados em função de qualquer lei, mas sim da Constituição.

Esse é o mesmo raciocínio de Maria Sylvania Zanella di Pietro (2004), para quem ora o ordenamento jurídico permite a edição de tais decretos, ora não, sendo que, no seu entender, atualmente, com a EC n. 32/2001, é permitida ao chefe do Executivo a edição de decretos autônomos.

Cabe fazer referência ao pensamento de Hely Lopes Meirelles (1999), que entendia possível a edição de decreto autônomo mesmo antes da EC n. 32/2001. Segundo o mencionado doutrinador:

A doutrina aceita esses provimentos administrativos *praeter legem* para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as *reservas da lei*, isto é, as matérias que só por lei podem ser reguladas.

Advirta-se, todavia, que os decretos autônomos ou independentes não substituem definitivamente a lei: suprem, apenas, a sua ausência, naquilo que pode ser provido por ato do Executivo, até que a lei disponha a respeito. Promulgada a lei, fica superado o decreto.

Esse entendimento é bastante peculiar, pois, segundo Hely Lopes Meirelles (1999), desde que não ocorra invasão de reserva legal, seria possível a edição de decretos autônomos, mesmo antes da EC n. 32/2001. Além disso, nessa mesma toada, seriam aceitos tais provimentos *praeter legem*, no caso de omissão, de lacuna, sendo que, a partir do momento em que uma lei dispusesse sobre o assunto tratado pelo decreto, este estaria superado.

De todo modo, conforme se observa dos posicionamentos doutrinários expostos, mesmo aqueles que defendem a possibili-

dade dos decretos autônomos, o fazem com ressalvas e de forma específica às alíneas *a* e *b* do inciso VI do art. 84 da Constituição Federal.

Dessa forma, não são albergados pela Carta Magna decretos que invadam as reservas da lei, ou seja, as matérias que só por lei podem ser reguladas, pois tal fato iria de encontro ao princípio da legalidade e à Constituição Federal, conforme se passa a analisar no próximo tópico.

4 Controle de constitucionalidade dos decretos autônomos

4.1 Controle de legalidade dos decretos regulamentares

Quando se observam impropriedades em decretos, eles devem, em regra, ser confrontados com a lei, pois, em conformidade com a hierarquia das normas, a Constituição é a norma maior, abaixo dela estão as leis e, mais abaixo, outros atos normativos como os decretos e as resoluções.

Assim, mencionada impropriedade seria uma questão de ilegalidade a ser levada ao controle de legalidade das normas, o qual pode ser realizado por instrumentos de controle difuso no caso concreto.

Por consequência, não seria adequado tratar da constitucionalidade ou inconstitucionalidade desta norma infralegal, o que impossibilitaria o controle por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

Essa é a regra na análise dos decretos regulamentares ou de mera execução, pois, nesse caso, não haveria uma ofensa direta à Constituição, mas sim indireta, por passar anteriormente por uma norma infraconstitucional, no caso a lei regulamentada, afrontando-a primeiro.

Isso ocorre porque os decretos regulamentares (ou de mera execução) são atos normativos derivados, não inovam na ordem jurídica, não criam ou extinguem direitos, apenas regulamentam uma norma infraconstitucional na qual encontram seu fundamento de validade.

Nesse sentido é o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

Direito Constitucional e Tributário. ICMS: “Guerra fiscal”. Ação direta de inconstitucionalidade de dispositivos do regulamento do ICMS (Decreto n. 2.736, de 5.12.1996) do Estado do Paraná. Alegação de que tais normas violam o disposto no § 6º do art. 150 e no art. 155, § 2º, inciso XII, letra g, da Constituição Federal, bem como os arts. 1º e 2º da Lei Complementar n. 24/75. Questão preliminar, suscitada pelo governador, sobre o descabimento da ação direta de inconstitucionalidade, porque o decreto impugnado é mero regulamento da Lei n. 11.580, de 14.11.1996, que disciplina o ICMS naquela unidade da federação, esta última não acoimada de inconstitucional. Medida cautelar. 1. Tem razão o Governador, enquanto sustenta que *esta Corte não admite, em A.D.I., impugnação de normas de Decreto meramente regulamentar, pois considera que, nesse caso, se o Decreto exceder os limites da Lei, que regulamenta, estará incidindo, antes, em ilegalidade*. É que esta se coíbe no controle difuso de legalidade, ou seja, em ações outras, e não mediante a A.D.I., na qual se processa, apenas, o controle concentrado de constitucionalidade [...]². [g.n.]

O Supremo Tribunal Federal firmou seu posicionamento no sentido de não conhecer ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto regulamentar, justificando tal inteligência na impossibilidade jurídica da ação, pois entende que a ação direta de

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2155-PR*. Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Requerido: Governador do Estado do Paraná. Relator: Sydney Sanches. Brasília-DF, 1º jun. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 fev. 2011.

inconstitucionalidade está relacionada aos atos normativos primários. É o que se percebe com o seguinte julgado:

Direito Constitucional e Administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade: ato normativo. Decreto federal n. 1990, de 29.8.1996: ato administrativo. *Impossibilidade jurídica da ação*. 1. A Lei n. 8.031, de 12.4.1990, criou o Programa Nacional de Desestatização e deu outras providências. 2. E o Decreto n. 1.990, de 29.8.1996, baixado pela Presidência da República, “no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição e tendo em vista o disposto” naquela Lei, visou a executá-la. 3. Trata-se, pois, de ato administrativo de mera execução da Lei. Não propriamente normativo. Insuscetível, assim, de controle concentrado de constitucionalidade, *in abstracto*, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, pois esta só é admitida pela CF, quando impugna “ato normativo” (art. 102, I, a). 4. *Se o Decreto, eventualmente, tiver excedido os limites da Lei n. 8.031, de 12.4.1990, ou mesmo do Decreto n. 1.204, de 29.7.1994, que a regulamentou, conforme se alegou na inicial, então poderá ser acoimado de ilegal*, nas instâncias próprias, que realizam o controle difuso, *in concreto*, de legalidade dos atos administrativos. 5. Aliás, o próprio controle jurisdicional de constitucionalidade de ato meramente administrativo, de execução de lei, pode, igualmente, ser feito nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário. Não, assim, diretamente perante esta Corte. 6. Tudo conforme precedentes referidos nas informações. 7. *A.D.I. não conhecida*, prejudicado o requerimento de medida cautelar.

Além disso, cabe comentar que o Supremo Tribunal Federal não admite o controle de constitucionalidade dos decretos no caso de inconstitucionalidade indireta, que ocorre quando a lei regulamentada pelo decreto é inconstitucional e este é, reflexamente, ilegal e, de forma indireta, também seria inconstitucional. Marcelo Novelino (apud ANDRADE, 2010) ensina:

Há inconstitucionalidade indireta reflexa quando a lei é constitucional, não obstante, o decreto que regulamenta esta lei é ilegal,

e reflexamente ele é inconstitucional, desobedece ao art. 84, inc. IV, da CF.

Nesse caso, a culpa é do Poder Executivo. Este decreto não se submete ao controle de constitucionalidade, pois viola a CF de forma indireta. Todavia, poderá sofrer controle de legalidade. O decreto é considerado ilegal, reflexamente, e inconstitucional, de forma indireta.

Em síntese, o decreto regulamentar em desconformidade com a lei que regulamenta será *contra legem* e, em consequência, estará eivado de vício de legalidade, não sendo cabível ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, apesar de a regra ser a análise da legalidade do decreto, outra possibilidade surge caso o decreto seja enquadrado como decreto autônomo, conforme se passa a comentar no próximo item.

4.2 Controle de constitucionalidade dos decretos autônomos – considerações doutrinárias

Independentemente da discussão sobre a possibilidade ou não de os decretos autônomos terem abrigo no atual sistema constitucional brasileiro, a jurisprudência e a doutrina têm admitido o controle de constitucionalidade desses atos normativos.

Em sede doutrinária, o ponto acerca dos limites da lei toma destaque no estudo da possibilidade de controle de constitucionalidade dos decretos autônomos (ou independentes).

Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (2001, p. 142) fazem interessante consideração sobre o assunto, esclarecendo que “a doutrina brasileira enfatiza que qualquer regulamento que deixe de observar os limites estabelecidos em lei é inconstitucional”.

Esse limite diz respeito à matéria tratada pela lei, pois aquilo nela disposto será a medida para aferição da ocorrência de inovação ou não da ordem jurídica pelo decreto.

Conforme já comentado no tópico reservado ao estudo dos decretos, caso ocorra essa inovação, estar-se-á diante um decreto autônomo, seu conteúdo não será uma mera regulamentação ou explicitação da lei.

Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 170), ao tratar sobre o assunto ora em comento, esclarece que “o controle concentrado de decretos e atos regulamentares é providência excepcional aceita pela jurisprudência do Pretório Excelso. Para viabilizar-se, é preciso que o decreto ou ato regulamentar seja autônomo”.

A excepcionalidade está exatamente no fato de o controle de legalidade dos decretos ser a regra, e o confronto direto com a Constituição a exceção admitida apenas quando forem autônomos.

Além disso, o princípio da reserva legal é outro item de destaque para se aferir a possibilidade de confronto direto do decreto com a Constituição Federal. O decreto que se enquadra como autônomo, para fins de controle, não está em desconformidade com a lei por dispor de maneira diversa do que ela dispõe, mas, na verdade, está em desconformidade com a Constituição por dispor sobre assunto não disposto por nenhuma lei e com previsão constitucional da chamada “reserva legal”.

Nesse ponto, é relevante observar o que vem a ser reserva legal. Reserva de lei, ou reserva legal, é a previsão constitucional de que a regulamentação de determinados temas será de competência de lei em sentido formal.

Relembra-se aqui o já comentado posicionamento de Hely Lopes Meirelles sobre a possibilidade de edição de decretos autônomos em conformidade com o ordenamento constitucional bra-

sileiro. Mesmo para esse doutrinador, essa possibilidade encontra limite na reserva legal.

Nessa linha de raciocínio, João Paulo Castiglioni Helal (2006, p. 220-221) expõe:

Excepcionalmente, tem-se admitido a ação direta de inconstitucionalidade em face de decreto antinômico à Constituição, quando este, desviando-se de seu escopo de assegurar a fiel execução da lei, não a regulamentada de guisa total ou parcial, caracterizando-se como decreto autônomo.

[...]

O decreto que não visa a regulamentar lei ou que não se espeda nela é um ato normativo autônomo, ferindo o princípio constitucional da reserva legal, sendo, por isso, passível de controle da constitucionalidade. Nas demais hipóteses, a questão situa-se no âmbito legal, não dando azo ao conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto o decreto.

Dessa forma, em que pese o fato de os decretos serem, em regra, confrontados com a lei e, assim, se enquadrarem como legais ou ilegais, a doutrina admite a possibilidade de confrontar-se um decreto diretamente à Constituição, no caso dos decretos autônomos.

Para finalizar a exposição de ensinamentos sobre o tema, este é o pensamento de Alexandre de Moraes (2003, p. 614):

Em relação aos decretos presidenciais (CF, art. 84, IV), o Supremo Tribunal Federal, após consagrar o entendimento de que existem para assegurar a fiel execução das leis, entende possível o controle concentrado de constitucionalidade dos denominados *decretos autônomos*, afirmando que “não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição exige.

Nos demais casos, a questão situa-se no âmbito legal, não possibilitando o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade”.

É a não adequação à reserva de lei que viabiliza o confronto do dispositivo diretamente à Constituição. Nessa situação, ao invadir uma matéria cuja disciplina a Constituição reservou à lei, com exclusão de qualquer outra fonte infralegal, o Poder Executivo incorre em vício de competência. Nesse sentido é o ensinamento de José Afonso da Silva (2005, p. 422), que, ao tratar do princípio da reserva de lei, diz que este “envolve questão de *competência*”.

Dessa maneira, percebe-se ser a reserva de lei o principal argumento para sustentar a defesa da possibilidade do controle de constitucionalidade do decreto autônomo, cabendo refletir quanto ao ponto que, uma vez infringindo essa diretriz, seu conteúdo será indevidamente de lei.

4.3 Controle de constitucionalidade dos decretos autônomos – considerações jurisprudenciais

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também se firmou no sentido de aceitar a possibilidade do controle de constitucionalidade de decretos, quando estes forem autônomos. É o que se pode perceber dos julgados que se passa a analisar.

Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Decreto n. 409, de 30.12.91.

Esta Corte, excepcionalmente, tem admitido ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto, quando este, no todo ou em parte, manifestamente não regulamenta lei, apresentando-se, assim, como decreto autônomo, o que dá margem a que seja ele examinado em face diretamente da Constituição no que diz respeito ao princípio da reserva legal³. [g.n.]

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 708-DF*. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República.

Observa-se aqui, assim como já mencionado quanto às considerações doutrinárias, que a medida é excepcional, pois os decretos autônomos representam uma exceção dentro dos decretos no que diz respeito à possibilidade de controle de constitucionalidade.

Além disso, merece destaque que o decreto não precisa conter dispositivos além da lei em todo o seu texto, o controle é admitido também se apenas em parte ele não regulamentar lei, pois tal situação já será suficiente para caracterizá-lo como autônomo. Ocorre que, nesse caso, o objeto de controle será essa parte que faz com que o decreto se apresente como autônomo.

Outro ponto a considerar é o fato de que o controle será possível no que diz respeito ao princípio da reserva legal. Dessa forma, é possível pensar que se trata de inconstitucionalidade formal, apesar de que, para caracterizá-la, será necessário analisar o conteúdo do decreto.

Explica-se melhor. O conteúdo do decreto faz com que ele seja autônomo, e essa situação afronta a reserva legal porque formalmente a regulamentação da matéria deveria ser realizada por lei formal.

Nesse ponto, destaca-se uma vez mais o princípio da reserva de lei. É a afronta a esse princípio que possibilita confrontar um decreto diretamente em face da Constituição e isso ocorre pelo fato de os decretos, no sistema jurídico brasileiro, segundo doutrina majoritária, terem por finalidade a regulamentação das leis, de modo a possibilitar sua fiel execução.

É o que se argumenta com base no art. 84, IV, da Carta Política. No momento em que um decreto ultrapassa essa função e inova originariamente, tratando de assunto não disposto em lei, ele

Relator: Moreira Alves. Brasília-DF, 7 ago. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 fev. 2011.

se enquadra no conceito de decreto autônomo, fere a reserva de lei e, a partir de então, sua constitucionalidade é questionável.

Outro argumento para sustentar a possibilidade de controle de constitucionalidade de decretos autônomos é o fato de que, invadindo a reserva de lei, ocorre transgressão do princípio constitucional e cláusula pétrea da separação de poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF), pois o Poder Executivo estaria invadindo a função típica do Poder Legislativo. É o que se pode ver no seguinte excerto jurisprudencial:

Ação direta de inconstitucionalidade. Remuneração, subsídios, pensões e proventos dos servidores públicos, ativos e inativos, do Estado do Rio de Janeiro. Fixação de teto remuneratório mediante ato do Poder Executivo local (Decreto Estadual n. 25.168/1999). Inadmissibilidade. Postulado constitucional da reserva de lei em sentido formal. Estipulação de teto remuneratório que também importou em decesso pecuniário. Ofensa à garantia constitucional da irredutibilidade do estipêndio funcional (CF, art. 37, XV). Medida cautelar deferida. Remuneração dos agentes públicos e postulado da reserva legal.

O tema concernente à disciplina jurídica da remuneração funcional submete-se ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei, vedando-se, em consequência, a intervenção de outros atos estatais revestidos de menor positividade jurídica, emanados de fontes normativas que se revelem estranhas, quanto à sua origem institucional, ao âmbito de atuação do Poder Legislativo, notadamente quando se tratar de imposições restritivas ou de fixação de limitações quantitativas ao estipêndio devido aos agentes públicos em geral.

O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei – analisada sob tal perspectiva – constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo,

pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente *transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes*⁴. [g.n.]

Ainda sobre a reserva de lei, ela é objeto de análise para o conhecimento da demanda que envolve o controle de constitucionalidade de decretos (autônomos), tanto que o Supremo Tribunal Federal tem o cuidado de afirmar expressamente a possibilidade jurídica do pedido, como, por exemplo, o faz no julgado citado adiante.

Interessante também consignar que nem mesmo por meio de uma lei formal o Poder Legislativo poderá delegar ao Poder Executivo a regulamentação de matéria com reserva de lei.

As determinações constitucionalmente impostas são superiores, de modo que não podem ser afastadas por disposições infraconstitucionais. Trata-se de corolário da própria supremacia da Constituição que, no dizer de José Afonso da Silva (2005, p. 45),

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2075-RJ*. Requerente: Partido Social Liberal. Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Celso de Mello. Brasília-DF, 7 fev. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 mar. 2011.

“significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”.

Assim, a delegação feita, ainda que por meio de lei, não pode ser considerada válida, pois o Poder Executivo é legítimo para aquilo que a Lei Maior estabelecer que é e na proporção por ela prevista.

Dessa maneira, no caso de delegação feita pelo Poder Legislativo para o Poder Executivo regulamentar por decreto assunto para o qual a Constituição previu reserva de lei, se o chefe do Executivo dispuser sobre o assunto mediante decreto, tanto a lei quanto o decreto serão passíveis de controle de constitucionalidade, ambos estarão em situação de conflito com a Constituição Federal.

Nesse sentido:

1. Ação direta de inconstitucionalidade. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Art. 5º da Lei n. 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, *a*, e 84, inc. VI, *a*, da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante

decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução⁵.

Também cabe considerar outro aspecto sobre o assunto. Apesar da relevância do princípio da reserva legal, é possível que um decreto autônomo vá de encontro a outro princípio ou a um dispositivo constitucional. Essa situação é relevante e também é considerada pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação das ações de inconstitucionalidade.

Nesse sentido está o seguinte julgado:

Ação direta de inconstitucionalidade. Loterias e bingos do Estado de Mato Grosso do Sul. Violação do art. 22, XX, da Constituição Federal. Vício de competência. Inconstitucionalidade. Precedentes. São inconstitucionais, por *ofensa à competência da União para legislar sobre sistema de consórcios e sorteios (art. 22, XX, da Constituição Federal)*, os decretos que compõem o sistema normativo regulamentador do serviço de loterias e bingos no Estado de Mato Grosso do Sul. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

No julgado colacionado, referente ao fato de o chefe do Poder Executivo de Mato Grosso ter editado decretos tratando sobre consórcios e sorteios, a questão da competência se mostrou em dois pontos: no caráter autônomo do decreto (competência do Poder Legislativo) e na regulamentação realizada pelo estado membro (competência da União).

Isso posto, é possível arrematar que estão em destaque, no que se refere às considerações jurisprudenciais sobre o controle de constitucionalidade dos decretos autônomos, a reserva de lei, a separação

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.232-TO*. Requerentes: Procurador-Geral da República e Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Requeridos: Governador do Estado do Tocantins e Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator: Cezar Peluso. Brasília-DF, 14 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

de poderes, a supremacia da Constituição e a análise sobre outros princípios e dispositivos constitucionais possivelmente afrontados pelo decreto autônomo.

Quanto à reserva de lei, esta é a base para verificar a regulamentação realizada pelo decreto, ele não pode dispor sobre matéria que a Constituição Federal determinou ser objeto de lei formal.

Como consequência da violação da reserva de lei, a separação dos poderes apresenta desequilíbrio, uma vez que a função típica de legislar pertence ao Poder Legislativo e na regulamentação feita por decreto o ator a realizar essa tarefa será o Poder Executivo.

Paralelamente, essa função típica de legislar não pode ser delegada por seu titular, o Poder Legislativo, ao Poder Executivo nem mesmo por lei formal, em razão da supremacia da Constituição.

Por fim, a análise jurisprudencial não fecha os olhos a possível infringência pelo decreto objeto de controle de outros princípios constitucionais (diferentes da reserva de lei) ou dispositivos constitucionais.

5 Conclusão

A supremacia da Constituição é princípio basilar para a proteção do conteúdo constitucional, com destaque para a possibilidade de atuação via controle de constitucionalidade. Todas as normas infraconstitucionais devem guardar conformidade com a Lei Maior.

Paralelamente, o ordenamento jurídico brasileiro possui ferramentas de controle das espécies normativas que admite, nesse sentido, tem-se o controle de constitucionalidade para confronto direto com a Carta Magna, e o controle de legalidade para confronto de norma infralegal com uma lei.

Nesse contexto, toma destaque o controle dos decretos editados pelo chefe do Poder Executivo com conteúdo de norma geral e abstrata. A doutrina entende que essas normas podem ser regulamentares (ou de mera execução) ou autônomas (ou independentes).

Em relação aos decretos regulamentares, a doutrina é pacífica quanto a sua possibilidade no Direito pátrio, no que se refere aos decretos autônomos, porém, há grande divergência doutrinária quanto à aceitação destes pelo ordenamento constitucional brasileiro.

Independentemente de tal discussão, os decretos, seja regulamentares, seja autônomos, são normas secundárias que devem guardar conformidade com a Constituição Federal e o seu controle é objeto de interessantes considerações doutrinárias e jurisprudenciais.

Quanto aos decretos regulamentares, estes devem guardar conformidade com a lei que regulamentam e na qual possuem seu fundamento de validade, motivo pelo qual o controle a que submetem é o controle de legalidade, dessa maneira, não são confrontados diretamente com a Constituição, mas sim com a lei. Nesse contexto, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal não admite a tese da inconstitucionalidade indireta.

Por outro lado, os decretos autônomos possuem uma peculiaridade, não regulamentam uma lei, e dessa maneira não possuem seu fundamento de validade em nenhuma lei. Eles inovam originariamente no ordenamento jurídico tratando de matéria que ainda não foi objeto de nenhuma lei.

Com isso, doutrina e jurisprudência aceitam que o confronto dos decretos autônomos seja realizado diretamente ante a Constituição Federal, de modo que poderão ser declarados inconstitucionais.

Considerando que o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro – e aqui se retoma a questão da supremacia constitucional e do controle de constitucionalidade – realiza o controle concentrado por meio da ação direta de constitucionalidade, os fundamentos do controle dos decretos autônomos são eminentemente encontrados na jurisprudência da Corte nessas ações.

Analisando mencionada jurisprudência verifica-se a condição de decreto autônomo um requisito para o conhecimento da ação que tem por objeto verificar a constitucionalidade de um decreto.

Além disso, tanto no que se refere a considerações jurisprudenciais quanto no que diz respeito às análises doutrinárias sobre o assunto, toma destaque o princípio da reserva de lei, pois até mesmo os doutrinadores que admitem os decretos autônomos no Direito pátrio fazem a ressalva de que estes não podem ser utilizados nos casos em que a Constituição reservou a regulamentação de matéria à lei formal.

Essa ressalva possui fundamento, além das disposições constitucionais que expressamente determinam a reserva, na própria separação e independência dos poderes, uma vez que a função legislativa é típica do Poder Legislativo, sendo a atuação do Poder Executivo nessa seara uma função atípica.

Dessa maneira, quando a Lei Maior faz a previsão da reserva de lei, está delegando a função de tratar a matéria ao Poder Legislativo, que o deverá fazer por meio de lei formal. Quando o chefe do Poder Executivo descumprir esse comando, além da reserva de lei, infringe a separação dos poderes, desequilibrando a harmonia entre eles.

Por fim, verificou-se ao longo do estudo proposto que, apesar da relevância dos princípios da reserva lei e da separação dos poderes, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade

de um decreto autônomo, verifica também outras possíveis desconformidades deste com a Constituição Federal.

Por todo o exposto, conclui-se que a doutrina e a jurisprudência brasileiras, independentemente da discussão sobre a conformidade da edição de decretos autônomos com o Direito pátrio, admitem o controle de constitucionalidade desses decretos, para declará-los constitucionais ou inconstitucionais, com destaque, quanto à matéria, para o princípio da reserva de lei e da separação dos poderes.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ANDRADE, Camila. *O que se entende por inconstitucionalidade indireta reflexa?* 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100212205222901>. Acesso em: 27 fev. 2011.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO, Edmir Neto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR. Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais da Adin (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). In: DIDIER JÚNIOR. Fredie. *Ações constitucionais*. 4. ed. JusPodvm: Salvador, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2010.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

HELAL, João Paulo Castiglioni. *Controle da constitucionalidade: teoria e evolução*. Curitiba: Juruá, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

A igualdade para todos

Jaciely Favoretti

Servidora do Ministério Público da União (MPU), lotada no Ministério Público Federal (MPF). Professora do curso de Direito do UNESC. Pós-graduada em Direito Público. Graduada em Direito.

Resumo: O princípio da isonomia ou igualdade pode ser visto sob duas vertentes: o direito à igualdade no seu plano formal, igualdade perante a lei, e no seu plano substancial, igualdade na lei. A igualdade é postulado a ser perseguido pela Constituição – conforme informa o preâmbulo que inaugurou a Carta Magna de 1988 –, é, ainda, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, que tem como fundamento o pluralismo político, que nada mais é do que o respeito às diferenças, em que as diversidades e liberdades devem ser amplamente respeitadas, não podendo haver discriminações por motivos de crença, origem, raça, sexo, cor, idade, e é também um objetivo fundamental, devendo o Brasil promover o bem de todos, extinguindo qualquer forma de discriminação. A preocupação com a igualdade hoje se reveste mais na sua forma de concretização do que o simples enunciado na norma. Assim, ante a preocupação com a concretização da igualdade, foram criados mecanismos para que as discriminações do passado possam ser diminuídas e até mesmo extintas no futuro. Hoje se fala nas ações afirmativas ou discriminações positivas, que é o tratamento desigual àqueles que são diferentes, assim, o presente estudo visa a demonstrar como a igualdade material pode ser efetivamente alcançada.

Palavras-chave: Isonomia. Isonomia material e formal. Igualdade perante a lei e igualdade na lei. Ações afirmativas ou discriminações positivas.

Abstract: The principle of equality or equality can be seen under two aspects, namely: the right to equality in its formal plan, equality before the law, and its substantive terms, equality in law. Equality is postulated to be pursued by our Constitution, as the preamble

informs that ushered in the 1988 Constitution, is still fundamental principle of the Federative Republic of Brazil with a plea for political pluralism, which is nothing more than respect for differences, where differences and freedoms should be widely respected, there must be no discrimination on grounds of belief, national origin, race, sex, color, age, and is also a primary goal, with the Brazil to promote the good of all, extinguishing any form of discrimination. The concern with equality today takes over in its embodiment of the simple statement in the standard, as well as concern for the achievement of equality mechanisms have been developed for the discrimination of the past can be reduced or even extinct in the future. Today people speak in the affirmative action or positive discrimination, which is nothing more than the unequal treatment to those who are different, so this study aims to demonstrate how substantive equality can be effectively achieved.

Keywords: Equality. Equality formal and material. Equality before the law and equality in law. Affirmative action or positive discrimination.

Sumário: 1 Introdução. 2 A igualdade para todos. 3 Conclusão.

1 Introdução

O presente trabalho visa a demonstrar que igualdade não é somente a vedação a se criar discriminações quando da edição e aplicação das leis, mas também criar discriminações positivas, justas, que visem a dar aos desiguais meios para que possam alcançar a igualdade plena. Assim, o conceito de igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. Percebe-se que nem todo tratamento desigual é inconstitucional, o seria somente o tratamento desigual que aumente ainda mais a desigualdade existente.

Logo, a diferenciação é válida quando a própria Constituição prevê o tratamento diferenciado ou quando há um pressuposto lógico e racional que justifique a desequiparação.

Assim, no conceito de igualdade, compreendem-se duas espécies, quais sejam, a igualdade formal, concepção clássica do estado liberal, em que todos são iguais perante a lei, e a igualdade material, que é a efetiva, em que se busca a igualdade de fato na vida econômica e social e não somente na lei, em que o Estado e os particulares, estes com menos intensidade, devem buscar e usar todos os meios para que acabe ou ao menos diminua a desigualdade de fato.

Visando a alcançar a igualdade de fato ou substantiva, criaram-se mecanismos chamados ora de ações afirmativas, ora de discriminações positivas, que nada mais são do que mecanismos de proteção e favorecimento aos que necessitam de uma especial tutela como meio de absorver as diversas desigualdades existentes em uma sociedade, como o ingresso de candidatos negros em universidades públicas, a inserção de candidatas femininas em partidos políticos, a reserva de vagas a portadores de deficiência, entre outras.

Todos esses mecanismos visam à inserção de pessoas que, por sua história, foram excluídas total ou parcialmente dos mecanismos sociais. Dessa forma, as diferenciações são justas à medida que diminuem as diferenças, introduzindo na sociedade pessoas que, se assim não fosse, seriam excluídas de forma natural dos meios de educação e emprego, entre outras oportunidades.

2 A igualdade para todos

Segundo o conceito do *Dicionário Técnico Jurídico* (GUIMARÃES, 2004), isonomia é a igualdade de todos perante a lei, princípio que expressa tratamento ante a lei sem distinção de grau, classe ou poder econômico.

Bulos (2009) expõe que a igualdade constitucional, mais do que um direito, é um princípio, uma regra de ouro, que serve de diretriz interpretativa para as demais normas constitucionais.

A ideia de igualdade não é contemporânea, vem desde a Grécia Clássica, com os grandes pensadores Platão e Aristóteles, chegando aos dias atuais. Contudo, é na Revolução Francesa que se formaliza a ideia jurídica de igualdade, com a inserção de tal postulado no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e depois com a inclusão da ideia de igualdade nas Constituições modernas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009) assevera que a igualdade, desde a antiguidade, é indissolúvelmente ligada à democracia. O autor cita as palavras de Péricles, que, no seu discurso em honra aos mortos, no primeiro ano da guerra de Peloponeso, expôs a isonomia como uma das três características da democracia ateniense. Propõe, ainda, que tal princípio não é absoluto, o que significa dizer que o fato de a Constituição o ter consagrado não nega outras disposições que estabeleçam a desigualdade, mas uma desigualdade justificável, e não diferenciações arbitrárias.

Segundo Joaquim B. Barbosa Gomes, no artigo “A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro”:

A noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII. *Com efeito, foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio*, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais. Concebida para o fim específico de abolir os privilégios típicos do *ancien régime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, no “rang”, na rígida e imutável hierarquização social por classes (“*classement par ordre*”), essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como idéia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e

prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX. Por definição, conforme bem assinalado por Guilherme Machado Dray, “o princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis”. Em suma, segundo esse conceito de igualdade que veio a dar sustentação jurídica ao Estado liberal burguês, a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie.

Abstrata por natureza e levada a extremos por força do postulado da neutralidade estatal (uma outra noção cara ao ideário liberal), o princípio da igualdade perante a lei foi tido, durante muito tempo, como a garantia da concretização da liberdade. Para os pensadores e teóricos da escola liberal, bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para se ter esta como efetivamente assegurada no sistema constitucional (GOMES, 2001, p. 130, grifo nosso).

Destacou Flávia Piovesan, em trabalho apresentado na Audiência Pública sobre a Constitucionalidade de Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 e Recurso Extraordinário n. 597.285/RS:

Ao longo da história, as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu *versus* o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era visibilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo). Nesta direção, merecem destaque as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e de outras práticas de intolerância.

[...]

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Neste cenário, as mulheres, as crianças, as populações afro-descendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, os povos indígenas, dentre outras categorias vulneráveis, demandam uma proteção especial, em face de sua própria vulnerabilidade. *Ao lado do direito à igualdade, surge o direito à diferença. Isto significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para a promoção de direitos* (PIOVESAN, 2009, p. 2, grifo nosso).

A igualdade é um conceito relacional e orientado, segundo Walter Rothenburg (2009). Relacional porque implica comparação, estabelecimento de relação entre seres e situações. O autor afirma que Norberto Bobbio propõe que se pergunte sempre *igualdade entre quem? E igualdade em quê?* E orientado porque tem uma finalidade: a justiça por meio de equivalência. O autor propõe, ainda, que a igualdade radica na dignidade da pessoa humana, que tem como objetivo erradicar a pobreza e a marginalização, bem como promover o bem de todos, e a lei punirá as diferenciações discriminatórias por motivo de raça, cor, idade, e outros. De acordo com Rothenburg (2009), a igualdade pode também ser vista sob duas dimensões, uma negativa e outra positiva. A primeira é a proibição à discriminação indevida, já a segunda é a diferenciação devida que visa a tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente (ações afirmativas), podendo assim a igualdade ser a não discriminação, como a discriminação que visa a promover a igualdade com distinções.

Assim, igualdade significa evitar discriminações injustificáveis, proibindo-se tratamento desigual de quem esteja na mesma situação, ou, ainda, promover distinções justificáveis, oferecendo um tratamento desigual para quem esteja em situação diferenciada. Logo, igualdade não é somente a proibição de exclusão, mas também a obrigação de inclusão. Segundo Celso Antonio Bandeira

de Mello (2010), as distinções são válidas quando inexistente um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, desde que não seja incompatível com os interesses da Constituição.

Desse modo, a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e, definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser acolhido pelo regime peculiar. Ainda, o traço diferencial adotado deve residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada. Ou, para que a diferenciação seja condescendente com a isonomia, não pode atingir de modo atual e absoluto um só indivíduo; que as pessoas desequiparadas sejam efetivamente distintas entre si; deve existir uma relação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção estabelecida pela norma jurídica, bem como que o vínculo de correlação seja em função dos interesses constitucionais (MELLO, 2010).

Conclui-se, assim, que o princípio da isonomia se resume em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades. Inocêncio Mártires Coelho, citando o Tribunal Constitucional alemão, afirma que o princípio da igualdade tem caráter suprapositivo, anterior ao Estado, e que, mesmo se não constasse do texto constitucional, ainda assim deveria ser respeitado (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009).

O *caput* e o inciso I do art. 5º da Constituição Federal de 1988 consagram o princípio da igualdade, em que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Essa igualdade é a formal, civil ou jurídica (*de jure equality*), contudo, deve a lei garantir a igualdade material, substantiva ou substancial (*de facto equality*), de forma a tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Igualdade perante a lei, segundo Carvalho (2010), significa uma limitação ao legislador e também uma regra de interpretação, não sendo tal princípio absoluto, como os demais direitos fundamentais.

Segundo Flávia Piovesan (2009), ao lado do direito à igualdade surge, como direito fundamental, o direito à diferença. A autora afirma que se podem destacar três vertentes do referido princípio, quais sejam: a igualdade formal (importante ao seu tempo para extinguir os privilégios); a igualdade material com vistas ao ideal de justiça social e distributiva, e, ainda, a igualdade material como ideal de justiça ao reconhecimento de desigualdades, como orientação sexual, idade, raça, cor e outros, surgindo daí a necessidade de um protagonismo estatal, orientado pelo dever de respeitar, de proteger e implementar os direitos humanos.

A igualdade material busca nos direitos de segunda geração, aqueles cristalizados na ordem social, o seu fundamento, visando a assegurar o acesso de todo o povo a determinados bens, como saúde, educação, previdência, lazer etc. Já a igualdade formal determina tratamento uniforme perante a lei, vedando tratamento desigual aos iguais.

A igualdade formal ou civil ou jurídica, segundo Guilherme Peña (2009), expressa a produção, interpretação e aplicação igualitária de normas com vistas a impossibilitar diferenciações de tratamento que se revelem arbitrárias, sob a forma de discriminação ou privilégios.

Walter Rothenburg (2009) afirma que a diferenciação entre igualdade material e formal reproduz-se na distância entre o esperado (plano normativo) e o acontecido (plano fático), na distinção correspondente entre uma suposta diferença teórica e prática.

A igualdade material, real ou fática exterioriza a igualdade efetiva perante os bens da vida humana, que possui três meios de implementação, quais sejam: normas que proíbem a prática de discriminações baseadas em critérios de cor, raça, idade etc. (franco-germânicos); os consignados em normas que obrigam a prestação de benefícios e serviços que atendam as necessidades básicas das pessoas (ordenamento nórdico-escandinavos); e, por último, as *ações*

afirmativas (*affirmative action*), políticas ou programas públicos que objetivam conceder algum benefício às minorias ou grupos sociais que se encontrem em situação desvantajosa, como os portadores de deficiências, idosos, índios, mulheres etc. (norte-americanos), ou seja, a igualdade material tem por fim a igualação dos desiguais por meio de concessão de direitos sociais substanciais.

Por meio das palavras de Uadi Lammêgo Bulos (2009), podemos concluir que a igualdade ou isonomia jurídico-formal, presente em nossas Constituições desde o Império, é detectada pelo uso da expressão “perante a lei”, enquanto a igualdade material é a concretização da isonomia formal, que sai do papel para se realizar na prática.

Flávia Piovesan (2009) destaca os instrumentos normativos internacionais que demandam a adoção das ações afirmativas para o alcance da igualdade material, quais sejam: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, entre outras.

Ao tratar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, Piovesan asseverou:

Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva, pois a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação. Daí serem essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial prevê, no artigo 1º, parágrafo 4º, a possibilidade das ações afirmativas, mediante a adoção de medidas especiais de proteção tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso de certos grupos raciais ou étnicos. As ações afirmativas são consideradas medidas necessárias e legítimas para aliviar, remediar e transformar o legado de um passado discriminatório. Devem ser compreendidas não somente pelo prisma retrospectivo – no sentido de aliviar a carga de um passado discriminatório –, mas também prospectivo – no sentido de fomentar a transformação social, criando uma nova realidade, sob a inspiração do direito à igualdade material e substantiva (PIOVESAN, 2009, p. 5-6, grifo nosso).

A expressão ação afirmativa foi utilizada pela primeira vez em 1965 nos Estados Unidos, significando a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, com preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados. A mudança de perspectiva do princípio da igualdade forçou a implantação de planos e programas de governo, de forma que as minorias sociais passavam a ter necessariamente percentuais de oportunidade, como empregos, vagas em universidades públicas etc. Igualmente, no Direito europeu observou-se a necessidade de uma desigualação; tais ações afirmativas são lá chamadas de discriminação positiva (SILVA, 2003).

Da transição da ultrapassada noção de igualdade “estática” ou “formal” ao novo conceito de igualdade “substancial” surge a idéia de “igualdade de oportunidades”, noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social.

Dessa nova visão resultou o surgimento, em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados. Vale dizer, da concepção liberal de igualdade que capta o ser humano em sua conformação

abstrata, genérica, o Direito passa a percebê-lo e a tratá-lo em sua especificidade, como ser dotado de características singularizantes. No dizer de Flávia Piovesan, “do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo especificado, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.” (PIOVESAN, 1998, p. 130). O “indivíduo especificado”, portanto, será o alvo dessas novas políticas sociais.

A essas políticas sociais, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, dá-se a *denominação de “ação afirmativa” ou, na terminologia do direito europeu, de “discriminação positiva” ou “ação positiva”*.

A consagração normativa dessas políticas sociais representa, pois, um momento de ruptura na evolução do Estado moderno. Com efeito, como bem assinala a Professora Carmen Lúcia Antunes Rocha, “em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política”. *Assim, nessa nova postura o Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo da convivência entre os homens e passa a atuar “ativamente na*

busca” da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais (GOMES, 2001, p. 131-132, grifo nosso).

Segundo ainda Joaquim B. Barbosa Gomes (2001), no artigo “A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro”, as ações afirmativas usadas pioneiramente nos Estados Unidos como forma de resolver o dilema americano que era a marginalização social e econômica do negro naquela sociedade, são na verdade mecanismos públicos ou privados destinados à efetivação do princípio da igualdade material, deixando a igualdade de ser um princípio respeitado por todos, passando a ser um objetivo a ser perseguido por todo o Estado e a Sociedade.

A introdução das políticas de ação afirmativa, criação pioneira do Direito dos EUA, representou, em essência, a mudança de postura do Estado, que, em nome de uma suposta neutralidade, aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça, cor, origem nacional. Nessa nova postura, passa o Estado a levar em conta tais fatores no momento de contratar seus funcionários ou de regular a contratação por outrem, ou ainda no momento de regular o acesso aos estabelecimentos educacionais públicos e privados. Numa palavra, ao invés de conceber políticas públicas de que todos seriam beneficiários, independentemente da sua raça, cor ou sexo, o Estado passa a levar em conta esses fatores na implementação das suas decisões, não para prejudicar quem quer que seja, mas para evitar que a discriminação, que inegavelmente tem um fundo histórico e cultural, e não raro se subtrai ao enquadramento nas categorias jurídicas clássicas, finde por perpetuar as iniquidades sociais (GOMES, 2001, p. 134, grifo nosso).

Falando ainda do pioneirismo norte-americano está Hamilton V. Ramos, que, no seu artigo “Diferenças sociais e ações afirmativas – a luta pela igualdade”, assevera:

[...]

uma das primeiras menções à idéia de ações afirmativas constou do famoso discurso proferido na Howard University, em junho de 1965, pelo então pre-

sidente norte-americano, Lyndon Johnson: “Você não pega uma pessoa que, por anos, esteve presa por correntes e a liberamos, a levamos para o início da linha de partida de uma corrida, e então dizemos ‘você está livre para competir com todos os outros’, e ainda acreditamos que fomos completamente justos. Assim, não é o bastante apenas abrir as portas da oportunidade. *Todos os cidadãos devem possuir a habilidade necessária para atravessar essas portas*” (RAMOS, 2007, p. 123, grifo nosso).

Antes das ações afirmativas vigorava nos EUA a teoria do *Separate But Equal*, que imperou por muitos anos e consistia na separação entre brancos e negros, porém assegurando uma prestação de serviços idênticos. Essa teoria foi superada pela do *treatment as an equal*, precisando das ações afirmativas para superar o sentimento de discriminação. Afirmam alguns autores que as ações afirmativas estão sendo revistas, haja vista que a igualdade já é assegurada de forma substancial, não havendo mais necessidade de interferência do Estado (LENZA, 2009).

A discriminação injustificada dos negros nos Estados Unidos deflagrou, inclusive, uma injusta decisão no histórico e pioneiro controle de constitucionalidade ali iniciado. O segundo caso a ser analisado pela Suprema Corte norte-americana foi o *Dred Scott x Sandford*, em 1857, mais de 50 anos após o histórico pronunciamento sobre o controle de constitucionalidade. Nesse caso, a Corte considerou serem inconstitucionais todas as leis federais e estaduais que pretendessem conferir cidadanias aos negros, que eram vistos como seres inferiores e não mereciam proteção constitucional (BARROSO, 2009).

Assim, como forma de superação das desigualdades raciais injustificadas após anos na sua história, deflagrou-se nos Estados Unidos a política de igualação, criando mecanismos de superação da tão assombrosa discriminação, por meio das chamadas ações afirmativas.

Portanto, pode-se definir tal instituto como um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas públicas que visa favorecer

grupos ou segmentos da sociedade que se encontram em piores situações de competição na sociedade, eliminando, assim, os desequilíbrios até que sejam superados (CARVALHO, 2010).

José Sampaio Jr. (2009), nessa toada, afirma que as ações afirmativas não são políticas perenes e soluções definitivas, mas sim remédios para uma situação urgente que com os dias só pioram, precisando, assim, de medidas enérgicas. Logo, tais ações devem vir associadas a elementos que comprovem a difícil situação social justificadora da medida de desigualação, devendo abarcar pessoas que se encontrem em verdadeira dificuldade social e não grupos ou raças, por si só, sob pena de a discriminação ser inconstitucional.

Afirma Flávia Piovesan:

Ressalta-se, assim, o caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento de identidades. O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas sócio-econômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrepetidas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural.

Sob a perspectiva dos direitos humanos, *as ações afirmativas em prol da população afro-descendente surgem tanto como um instrumento capaz de enfrentar a injustiça social e econômica (traduzindo o direito à redistribuição), como também como um instrumento capaz de enfrentar a injustiça cultural (traduzindo o direito ao reconhecimento)* (PIOVESAN, 2009, p. 3-4, grifo nosso).

O Estado Social deve garantir a igualdade real perante os bens da vida, diversa daquela trazida pela lei. Em diversos artigos, o constituinte buscou garantir a isonomia material, como no art. 3º, III, da CF; em outras situações, a própria Constituição estabelece desigualdades, como, por exemplo, entre homem e mulher, em que garantiu às presidiárias permanecerem com seus filhos durante a amamentação, art. 5º, L, da CF; licença maternidade superior à licença paternidade, isenção do serviço militar obrigatório para as mulheres em tempo de paz, art. 143, § 2º, da CF, a proteção do mercado da mulher, art. 7º, XX, bem como prazo reduzido para a aposentadoria por tempo de serviço e idade, art. 40, III, e § 7º, I e II (TAVARES, 2009).

Quanto às diferenças estabelecidas entre homem e mulher, José A. da Silva (2007) conclui que só valem as discriminações feitas pela própria CF/1988, afirmando que tais diferenças se justificam, muitas vezes, pela sobrecarga de serviços que é posta a mulher. Contudo, em outros artigos, por exemplo, no art. 226, § 5º, a CF/1988 dá tratamento igual a ambos os sexos, afirmando que os direitos e deveres da sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A Carta Magna assegura a igualdade de todos perante a lei, em contrapartida, dá a garantia de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) e ainda dispõe que a prática de racismo é crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão na forma da lei.

Assim, conclui-se que o princípio da isonomia se dirige ao legislador (*igualdade na lei*), ao aplicador do Direito (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – *igualdade perante a lei* – eficácia vertical) e, ainda, ao particular (eficácia horizontal). Nessa relação, tal princípio não se dá com tanta intensidade, haja vista o respeito à autonomia da vontade, aplicando-se assim em múltiplas derivações, em outros ramos do Direito, como o Processual, Administrativo, Tributário, Penal etc.

Logo, igualdade perante a lei significa um momento posterior a sua edição, devendo ser aplicada uniformemente, conforme o que preceitua, ou seja, tem a ver com o modo de aplicação da lei. Já a igualdade na lei significa que, no momento de sua feitura, a norma não pode adotar critérios de diferenciação injustificados e desproporcionais. A distinção quanto aos destinatários dada acima, segundo Walter Rothenburg (2009), encontra-se superada, haja vista que todos os cidadãos são aplicadores e criadores da norma em alguma medida, sem, contudo, extinguir a diferenciação de igualdade perante a lei e igualdade na lei.

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (*RDA 55/114*), sob duplo aspecto: (a) *o da igualdade na lei* e (b) *o da igualdade perante a lei*. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade” (STF, MI n. 58, rel. p/ o ac. min. Celso de Mello, j. em 14.12.1990, Plenário, *DJ* de 19 abr. 1991). [grifo nosso]

Podem-se citar questões polêmicas, como o Programa Universidade para Todos (PROUNI) ou ainda as quotas raciais em universidades públicas, como forma de ações afirmativas, mas não são os únicos meios de inclusão das classes menos favorecidas a

condições melhores de vida, que foram objetos de ações do controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:

O relator, da mesma forma, reputou descabida a afirmação de que o art. 2º da Lei n. 11.096/2005 afrontaria o art. 5º, I e LIV, da CF. Salientando que a igualdade é valor que tem no combate aos fatores de desigualdade o seu modo próprio de realização, entendeu que a desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que tivessem sido contemplados com bolsa integral constituiria discriminação que acompanharia a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade. Também não acolheu a tese de que o art. 7º da norma em questão violaria o princípio da autonomia universitária (CF, art. 207), visto que o PROUNI seria um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária. Esgrimiu, ademais, o argumento de ofensa ao princípio da livre iniciativa (CF, art. 170), ao fundamento de que este postulado já nasceria relativizado pela própria Constituição, pois a liberdade de iniciativa estaria sujeita aos limites impostos pela atividade normativa e reguladora do Estado, que se justificasse pelo objetivo maior de proteção de valores também garantidos pela ordem constitucional e reconhecidos pela sociedade como relevantes para uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Por fim, rechaçou o apontado desrespeito pelo art. 9º da lei em causa ao art. 5º, XXXIX, da CF, porquanto a matéria nele versada não seria de natureza penal. Frisou que o referido dispositivo elencaria as únicas sanções aplicáveis aos casos de descumprimento das obrigações, assumidas pelo estabelecimento de ensino superior, depois da assinatura do termo de adesão ao programa, sancionamento este que estaria a cargo do Ministério da Educação, ao qual incumbiria, ainda, o controle e gerenciamento do programa, por se tratar de matéria essencialmente administrativa. Após, pediu vista dos autos o min. Joaquim Barbosa. ADI n. 3.330/DF, rel. min. Carlos Britto, 2.4.2008. (ADI-3330) Informativo 500 STF. [grifo nosso]

Pedro Lenza (2009) cita dois exemplos de ações afirmativas além das cotas raciais em universidades, quais sejam: a indicação de uma mulher e um negro para a composição do Supremo Tribunal Federal após quase 200 anos de sua existência, criado ainda na fase colonial em 1808, como Casa de Suplicação.

Existem discriminações aceitas pela nossa jurisprudência e doutrina pátria de forma excepcional, como o limite de idade para ingresso em cargo público, que, segundo a Súmula n. 683 do Supremo Tribunal Federal, o limite de idade para o ingresso em cargo público só se justifica quando a natureza das atribuições do cargo assim o exigirem. Vejam-se questões polêmicas trazidas à análise perante nossa Corte Suprema:

A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade, que se entende, à falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares – CF, art. 42, § 1º), a todo o sistema do pessoal civil. É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher (STF, RMS n. 21.046, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. em 14.12.1990, Plenário, DJ de 14 nov. 1991). No mesmo sentido: RE n. 586.088-AgR, rel. min. Eros Grau, j. em 26.5.2009, Segunda Turma, DJE de 19 jun. 2009; AI n. 722.490-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. em 3.2.2009, Primeira Turma, DJE de 6.3.2009. RE n. 212.066, rel. min. Maurício Corrêa, j. em 18.9.1998, Segunda Turma, DJ de 12 mar. 1999; RMS n. 21.045, rel. min. Celso de Mello, j. em 29.3.1994, Primeira Turma, DJ de 30 set. 1994). [grifo nosso]

A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no Ministério Público Federal, dá-se tratamento dis-

tinto àqueles que já integram o Ministério Público. Segurança concedida. (STF, MS n. 26.690, rel. min. Eros Grau, j. em 3.9.2008, DJE de 19 dez. 2008). [grifo nosso]

Razoabilidade da exigência de altura mínima para ingresso na carreira de delegado de polícia, dada a natureza do cargo a ser exercido. *Violação ao princípio da isonomia. Inexistência* (STF, RE n. 140.889, rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, j. em 30.5.2000, Segunda Turma, DJ de 15 dez. 2000). [grifo nosso]

Concurso público. [...] Prova de títulos: exercício de funções públicas. *Viola o princípio constitucional da isonomia norma que estabelece como título o mero exercício de função pública* (STF, ADI n. 3.443, rel. min. Carlos Velloso, j. em 8.9.2005, DJ de 23 set. 2005). No mesmo sentido: ADI n. 3.522, rel. min. Marco Aurélio, j. em 24.11.2005, DJ de 12 maio 2006). [grifo nosso]

O Estado liberal corresponde ao Estado de Direito, que gira em torno do império da lei, surge para superar o modelo anterior de Estado de Polícia/Absolutista, em que o Estado intervinha na vida privada. A liberdade tinha aspecto formal, em que o Estado não intervinha na vida privada, aspecto negativo.

No constitucionalismo moderno, surge o Estado social em substituição ao Estado liberal, buscando superar a dicotomia entre igualdade política e desigualdade social, em que o Estado intervém nos domínios econômico e social, garantindo um Estado mínimo de bem-estar social – *welfare state*.

Hoje, vive-se em um Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional Democrático; para alguns autores, como Marcelo Novelino (2009), conexão entre o Estado liberal e o Estado Social, direito e democracia, estabelecendo institutos de participação popular, como iniciativa popular, referendo etc. Nos dias atuais, a problemática é a efetividade e dimensão material dos direitos fundamentais, não somente a previsão desses direitos na norma.

Busca-se não só a igualdade formal, mas também a igualdade material, ou seja, não a igualdade dos homens perante a lei, mas a igualdade real, com a diminuição das desigualdades sociais. Hoje, como instrumento protetor, temos as chamadas *ações afirmativas*, que compõem um grupo de institutos cujo objetivo é compensar, por meio de políticas públicas ou privadas, os séculos de desigualdade e discriminação de determinadas raças ou segmentos. Assim, as ações afirmativas são medidas de conteúdo redistributivo, positivo, promocional, de renivelamento e restauração, com o objetivo sempre de promover uma sociedade livre, justa e solidária.

Conclui-se que o tratamento diferenciado estabelecido pela lei é agressivo à isonomia quando não há correlação lógica entre a diversidade do regime estabelecido e o fator que tenha determinado o enquadramento, num ou noutro regime, das pessoas, coisas ou situações reguladas (SUNDFELD, 2001).

Celso Antonio Bandeira de Mello (2010) afirma que pode ser feita uma síntese acerca da ofensa ao princípio da isonomia, quando:

- a norma singulariza um destinatário, ao invés de abranger uma categoria de pessoas;
- a norma adota como critério discriminador elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas;
- a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção ao fator de *discrímen* adotado, que, porém, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;
- o *discrímen* estabelecido conduz efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

Segundo o autor, “a interpretação da norma extrai dela distinções, discrimen, desigualdades que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro ou implícito” (MELLO, 2010, p. 47-48).

Celso A. Bandeira de Mello ainda expõe:

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição (MELLO, 2010, p. 17, grifo nosso).

Dessa forma, é inegável que o Estado reconheça a discriminação racial, de gênero e todas as demais formas de discriminação, ou seja, reconheça a fragilidade de determinados grupos sociais e tome a postura de enfrentá-las, passando, assim, a ser uma política de Estado, adotando discriminações positivas a fim de que tais grupos gozem de direitos já almejados pelos demais. É inegável que não somente o Estado deve adotar uma postura positiva, mas também os particulares, na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em que o Estado traçaria as linhas mestras e os particulares se empenhariam para a concretização da igualdade material, como, por exemplo, por meio de incentivos fiscais.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a igualdade não pode ser tratada somente sob o enfoque formal. Logo, só uma acepção substancial que assegure em cada caso concreto a devida igualação, por meio de políticas estatais e particulares, quando as pessoas estiverem em situações de desigualdade, é que se adéqua ao atual estado constitucional democrático, estando o princípio da proporcionalidade em perfeita consonância com o princípio da isonomia, na medida em que funciona como termômetro de algumas ações discriminatórias com o fim da igualação dos desiguais.

3 Conclusão

A igualdade é conceito um tanto remoto que foi transformado ao longo dos tempos, surgindo como uma concepção meramente formal, em que se buscava a igualdade perante a lei, de forma que a lei não poderia adotar tratamentos diferenciados, discriminatórios, já que esta deveria dar tratamento igual a todos.

Depois, foi adotado o conceito substancial ou material, em que a preocupação não era somente prever tal princípio na norma, mas sim efetivá-lo na vida real, adotando-se o postulado segundo o qual a igualdade seria atingida tratando-se os iguais de forma igual e os desiguais desigualmente.

Assim, a preocupação agora é a efetivação da isonomia, por meio de mecanismos que promovam discriminações positivas, baseadas nas diferenças históricas e culturais, como forma de inserção de um ou vários grupos na sociedade, grupos esses discriminados negativamente ao longo da história da humanidade.

Com a evolução do conceito de igualdade, surgem mecanismos de concretização, chamados ações afirmativas para os norte-americanos, ou, ainda, de discriminações positivas para os europeus. Tais institutos se assemelham e visam a garantir, por meio de políticas públicas e privadas, a igualdade substancial, inserindo grupos até então marginalizados no seio da sociedade. É o caso das cotas raciais em universidades, os incentivos fiscais a particulares para a implementação de políticas de inclusão ou ainda o PRONUNI, entre outras.

Pode-se concluir que a realização plena da igualdade não é problema somente dos excluídos, ou dos entes estatais, mas de toda a sociedade, em que hoje se defende o uso da discriminação positiva como forma de superação de todas as diferenças, sejam elas de ordem social, cultural, racial, de gêneros etc. Não se podem

fechar os olhos para os irmãos excluídos; deve-se, ao contrário, abraçar essa causa e garantir que os marginalizados possam algum dia galgar um lugar na sociedade, evitando que, cada vez mais, sofram com a discriminação desarrazoada e injusta.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3330*. Brasília. Relator: Carlo Ayres Britto. DJ de 9 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo500.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3443*. Relator: Carlos Velloso. DJ de 23 set. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 58*. Relator: Celso de Mello. DJ de 19 abr. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 12 de abril de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.690*. Relator: Eros Grau. DJ de 19 dez. 2008. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 140.889*. Relator: Maurício Corrêa. *DJ* de 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 21.046*. Relator: Sepúlveda Pertence. *DJ* de 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2004.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 151, jul./set. 2001. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/705/4/r151-08.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 18ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos. In: LEITE, George Salomão Leite; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2009.

_____. *A compatibilidade das contas raciais com a ordem internacional e com a ordem constitucional brasileira*. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

RAMOS, Hamilton Vieira. Diferenças sociais e ações afirmativas: a luta pela igualdade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 44, n. 173, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/141289/1/R173-08.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão Leite; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2009.

SAMPAIO JÚNIO R, José Herval. Direito fundamental à igualdade. In: LEITE, George Salomão Leite; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2009.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.