

O Advogado-Geral do Estado, Dr. Marco Antônio Rebelo Romanelli, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:

“Aprovo. Em 03/03/2011”

Procedência: Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social - SEDESE

Parecer n.: 15.071

Data: 04 de março de 2011

Ementa:

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CONANDA) – EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO CONANDA N. 137/2010 – QUESTIONAMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS VEICULADAS NESTA RESOLUÇÃO DIANTE DA COMPETÊNCIA FEDERAL RESTRITA À EDIÇÃO DE NORMAS GERAIS – AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FLAGRANTE – NECESSIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL OBSERVAR AS NORMAS FEDERAIS GERAIS.

RELATÓRIO

Trata-se de consulta encaminhada a esta Consultoria Jurídica da Advocacia Geral do Estado (CJ) pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social – SEDESE, visando a obter esclarecimentos acerca da constitucionalidade da emissão, pelo referido Conselho, da Resolução n. 137/2010. A consulta motivou-se por pedido de análise da questão, apresentado àquela Assessoria, pelo Secretário Adjunto da SEDESE.

Na Nota Jurídica Prévia encaminhada a esta CJ-AGE, explicita-se que, segundo as Constituições Federal e Mineira, é de competência legislativa concorrente a matéria de proteção à infância e à juventude. Complementando esta previsão, tem-se que, quanto aos direitos das crianças e dos adolescentes, as ações governamentais devem ser organizadas tendo como diretriz a descentralização político-administrativa, cabendo à esfera federal a coordenação e as normas gerais e às esferas estadual e municipal a coordenação e a execução dos programas.

Com base nestas considerações, naquela Nota Jurídica, asseverou-se:

“Interpretando os dispositivos anteriores, União e Estados podem legislar concorrentemente sobre normas referentes à proteção da

infância e da juventude. A União emitirá normas gerais, enquanto os Estados emitirão normas que atendam sua realidade e especificidades. Ressaltamos que a Carta Magna é clara ao afirmar que compete apenas aos Estados e Municípios coordenar e executar os programas referentes à criança e ao adolescente.

(...)

Segundo o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), devem ser criados conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente. O fundo para a criança e o adolescente respectivo, conforme ditames do próprio ECA, vincula-se ao Conselho criado pelo ente da federação. Portanto, claro está que em obediência à supremacia constitucional e hierarquia das leis – que preconizam que toda a normatividade infraconstitucional deve se adequar à Carta Magna, sob pena de inconstitucionalidade da norma editada – o ECA recepcionou a descentralização, entre os entes da federação, do atendimento à política da criança e do adolescente e normatização e gerência do fundo vinculado aos Estados e Municípios.

(...)

Compete ao CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente) elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. Quanto às ações de execução da política propriamente dita, sua competência é apenas fiscalizatória.

Cabe ao Conselho Nacional gerir e fixar critérios de utilização, smj, somente para o Fundo Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente. A gestão e fixação dos critérios de utilização dos fundos estaduais e municipais não competem ao CONANDA, mas aos entes estaduais e municipais.

Os Conselhos Estaduais dos Direitos da Criança e do Adolescente são órgãos deliberativos e controladores destas ações a nível estadual, e, via de consequência, regidos por lei estadual.

(...)

Uma das competências do CEDCA/MG (Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente de Minas Gerais), erigida pelo inciso I do art. 7.º da Lei estadual n. 10.501, de 1991, é formular a política estadual dos direitos da criança e do adolescente, fixando prioridades para a consecução das ações, a captação e a aplicação de recursos.

No art. 19 deste diploma estadual, temos a criação do Fundo para Infância e Adolescência (FIA), previsão de sua execução e controle contábil pela então Secretaria de Estado de Trabalho e Ação Social (atual SEDESE) e previsão de regulamentação da administração e aplicação dos recursos do FIA pelo Poder Executivo mineiro.

Atualmente, tratando da matéria relativa a criação e regulamentação do Fundo para a Infância e a Adolescência (FIA) encontra-se em vigor a Lei estadual n. 11.397, de 06 de Janeiro de 1994.

O legislador mineiro, exercendo a competência legislativa outorgada constitucionalmente – conforme exposto supra – e atendendo às peculiaridades de nosso Estado, no inciso IV do art. 4.º da Lei n. 11.397, de 1994, elenca como atividades que podem receber financiamentos do FIA a construção, reforma, ampliação e aquisição de imóveis, aquisição de material permanente, necessárias à implementação das ações do Plano Estadual de Proteção Especial à Criança e ao Adolescente.

(...)

O CONANDA, por intermédio da Resolução 137/2010, equivocadamente estabeleceu parâmetros para a criação e funcionamento dos Fundos estaduais e municipais dos direitos da criança e do adolescente, matéria que foge à sua competência originária.”

Com base nestas ponderações, concluiu-se no seguinte sentido:

“Por todo o exposto supra, a Administração Pública deve se ater estritamente aos preceitos legais – princípio da legalidade – e, via de consequência, obedecer à repartição de competências erigida constitucionalmente. Portanto, smj, a Assessoria da SEDESE entende que não competia ao Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), por intermédio da Resolução n. 137/2010 normatizando o Fundo Estadual – em especial o art. 16, inciso V, que contraria o disposto no inciso IV do art. 4.º da Lei n. 11.397, de 1994 – não devem ser recepcionados, pois invadem competência legislativa estadual.”

Esta a questão que se apresenta para parecer.

PARECER

Como se observa dos termos do relato antecedente, a questão central da Consulta refere-se à verificação da viabilidade jurídica de a Administração Pública Estadual, por meio de sua Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social – SEDESE, bem como por intermédio do Conselho Estadual de Direitos da Criança e do Adolescente, não cumprir a Resolução CONANDA n. 137/2010. Segundo a breve argumentação explicitada, considera-se cabível a desaplicação deste ato normativo uma vez que teria sido editado contrariamente às normas constitucionais de repartição de competência entre os entes federados; não se tratando de norma geral, não estaria na alçada da União Federal.

A solução da questão, como se vê, passa pelo enfrentamento das normas constitucionais que prevêm as referidas competências legislativas e seu cotejamento com as normas contidas na referida resolução, bem como não pode deixar de tocar a matéria relativa à possibilidade de a Administração Pública fiscalizar a constitucionalidade de uma norma, deixando de aplicá-la. Não é difícil perceber que todos os aspectos indicados desfiam, na seara acadêmica, tratamento detalhado e desenvolvido, condizente com a sua profundidade. Por certo, não é este o viés a ser seguido neste Parecer, no qual, sem desconhecer a necessidade deste tratamento, se busca dar, com o pertinente embasamento jurídico, uma solução adequada à consulta encaminhada a esta CJ.

Feita esta ressalva preliminar, passa-se à análise da questão seguindo os pontos anteriormente indicados.

1. Das normas constitucionais relativas à competência legislativa em matéria de proteção à infância e à juventude e do exercício desta competência na esfera federal

A Constituição da República de 1988 (CRB/88) dispõe:

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

(...)

XV - proteção à infância e à juventude;”

É ainda de trazer à colação o art. 227 da CRB/88:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Da leitura dos dispositivos transcritos percebe-se que a competência legislativa em matéria de proteção à infância e à juventude se enquadra na competência concorrente da União e dos Estados.

Como assinala o inolvidável Raul Machado Horta, o Estado Federal, para além de outros princípios, técnicas e instrumentos operacionais, pressupõe a repartição de competências entre a Federação e os Estados-Membros.¹ Dentre os vários planos de

¹ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Atualizada por Juliana Campos Horta de Andrade. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 275.

repartição de competência no Estado Federal brasileiro, há o plano da competência de legislação concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, I a XVI, §§ 1.º, 2.º, 3.º 4.º). Sobre a competência concorrente, escreveu o mestre:

“...A Constituição de 1988 distingue expressamente a legislação federal de normas gerais e a legislação estadual suplementar. A legislação concorrente, que amplia a competência legislativa dos Estados, retirando-a da indigência em que a deixou a pleatória legislação federal no domínio dos poderes enumerados, se incumbirá do afeiçoamento da legislação estadual às peculiaridades locais, de forma a superar a uniformização simétrica da legislação federal.

A repartição concorrente cria outro ordenamento jurídico dentro do Estado Federal, o ordenamento misto, formado pela participação do titular do ordenamento central e dos titulares de ordenamentos parciais. ...

...Enriqueceu (a Constituição) a autonomia forma, dispondo que a competência da União consistirá no estabelecimento de normas gerais, isto é, normas não exaustivas, e a competência dos Estados se exercerá no domínio da legislação suplementar (art. 24, §§ 1.º e 2.º). A lei de normas gerais deve ser uma lei quadro, uma moldura legislativa. A lei estadual suplementar introduzirá a lei de normas gerais no ordenamento do Estado, mediante o preenchimento dos claros deixados pela lei de normas gerais, de forma a afeiçoá-las às peculiaridades locais.

...

A legislação concorrente reclama regras ordenadoras de seu exercício, para delimitar o campo próprio a cada ordenamento e impedir o conflito de competências. A Constituição enumerou quatro regras. A *primeira*, precisando que no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer *normas gerais* (art. 24, § 1.º). A *segunda*, dispondo que a competência de normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. A *terceira*, para esclarecer que, inexistindo lei federal sobre a matéria de legislação concorrente, os Estados exercerão a legislação suplementar para atender suas peculiaridades (art. 24, § 3.º). A *quarta*, regulando a superveniência da lei federal e a ineficácia da lei estadual quando conflitar com a lei federal.”²

Neste quadro, dentre outros diplomas normativos que tratam de matéria relativa à infância e à juventude, a União editou, destacadamente, a Lei n. 8.069/90, que veicula o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, e a Lei n. 8.242/91, que criou o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

² HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Atualizada por Juliana Campos Horta de Andrade. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 324-326.

No ECA encontra-se a seguinte disposição:

“Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

I - municipalização do atendimento;

II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;

III - criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa;

IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente;

V - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;

VI - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei;

VII - mobilização da opinião pública para a indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade.”

Na Lei n. 8.242/91, em meio a outras competências, previu-se

“Art.2º Compete ao Conanda:

I. elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente;”

Regulamentando esta Lei foi editado o Decreto n. 5.089/04, no qual, para o que interessa mais diretamente a esta Consulta, se lê:

“Art. 1º O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, órgão colegiado de caráter deliberativo, integrante da estrutura básica da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, tem por finalidade elaborar normas gerais para a formulação e implementação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, observadas as linhas de ação e as diretrizes conforme dispõe a [Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990](#) - Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como acompanhar e avaliar a sua execução.

Art. 2º Ao CONANDA compete:

I - elaborar normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, bem como controlar e fiscalizar as ações de execução em todos os níveis;

(...)

Art. 10. As deliberações do CONANDA, inclusive seu regimento interno, serão aprovadas mediante resoluções.”

Também o Regimento Interno do CONANDA repete as mesmas previsões, estabelecendo:

“DA COMPETÊNCIA

Art. 2º Compete ao CONANDA:

I - elaborar normas gerais para a formulação e implementação da política nacional dos direitos da criança e do adolescente, bem como controlar e fiscalizar as ações de execução nos níveis Federal, Estadual e Municipal observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.069/1990, Decreto nº 5.089/2004 e Resolução nº 105/2005;”

Desta moldura normativa, depreende-se que, no âmbito da competência concorrente da União, em matéria de proteção à infância e à juventude, cabendo-lhe editar normas gerais, foram postas em vigor, dentre outras, o ECA e a Lei que criou o CONANDA. Neste mesmo âmbito de competência, o referido conselho, órgão colegiado de caráter deliberativo e controlador das ações de promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente, integrante da estrutura básica da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, foi incumbido de editar normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei n. 8.069.

Tratando-se de um órgão colegiado, integrante do Poder Executivo, por certo, sua competência normativa não se confunde com a competência legislativa outorgada constitucionalmente aos Poderes Legislativos dos diversos entes federados; trata-se de competência normativa infralegal, a ser exercida nas balizas legais.

Ultrapassa os lindes da presente Consulta – além de a questão não ter sido nela levantada – a análise dos limites ao poder normativo do CONANDA relativamente à hierarquia das fontes normativas vigente no Direito Brasileiro. Em outras palavras, não se discutirá aqui a outorga de competência normativa a um órgão não componente do Poder Legislativo em face das exigências do princípio da legalidade, tal como se faz, por exemplo, guardadas as devidas proporções, quanto às chamadas agências reguladoras. O que se registra é apenas que a competência normativa do CONANDA tem base legal, ou seja, há previsão legal para que este conselho edite atos normativos; tal previsão deve ser interpretada segundo o arcabouço constitucional vigente, que reserva o caráter de novidade, em regra, para o ato legislativo formal. A análise da matéria aqui cinge-se à repartição de competências entre a esfera federal e a esfera estadual.

A esta altura, oportuno salientar que na Consulta se afirma que a Resolução CONANDA n. 137/2010 ofenderia o princípio da legalidade, mas na verdade o vício que se aponta para esta Resolução não diz respeito à legalidade, não se prende com a hierarquia existente em lei e resolução (ato normativo infralegal); o vício que se reputa haver na Resolução CONANDA n. 137/2010 é relativo a não *obedecer à repartição de competências erigida constitucionalmente*. Em outras palavras, não se contesta a legalidade da referida Resolução, mas a sua constitucionalidade.

Nesse passo, o que há de anotar é que ao CONANDA foi outorgada legalmente competência para editar normas (infralegais) gerais, ou seja, para atuar, infralegalmente, na área da competência da União para editar normas gerais em matéria de proteção à infância e à juventude.

Em se tratando de competência concorrente, como assinalado, os Estados, na esfera de sua autonomia, devem legislar suplementarmente.

No caso do Estado de Minas Gerais, seguindo as disposições constitucionais pertinentes e o ECA, foi criado, pela Lei estadual n. 10.501/91, o Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente (CEDCA). Neste diploma, para a questão em análise, são de transcrever os seguintes dispositivos:

Art. 7º - Compete ao Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente:

I - formular a política estadual dos direitos da criança e do adolescente, fixando prioridades para a consecução das ações, a captação e a aplicação de recursos;

II - acompanhar e controlar a execução da política estadual dos direitos da criança e do adolescente, respeitando:

a) a heterogeneidade do espaço mineiro, a diversidade e peculiaridade dos problemas e das potencialidades de cada região;

b) as peculiaridades da criança e do adolescente, de suas famílias e de seus grupos de convivência;

III - cumprir e fazer cumprir, em âmbito estadual, o Estatuto da Criança e do Adolescente e as normas constitucionais pertinentes;

IV - indicar as prioridades a serem incluídas no planejamento global do Estado, em tudo que se refira ou possa afetar as condições de vida da criança e do adolescente;

V - incentivar a articulação entre os órgãos governamentais responsáveis pela execução das políticas de atendimento da criança e do adolescente;

VI - propor, incentivar e acompanhar programas de prevenção e atendimento biopsicossocial às crianças e adolescentes vítimas de negligências, maus tratos, exploração sexual, tortura, pressão psicológica ou intoxicação por efeito de entorpecentes e drogas afins, e outros que possam prejudicar a sua dignidade;

VII - (Revogado pelo art. 2º da Lei nº 13469, de 17/1/2000.)

VIII - sugerir ou opinar sobre as alterações que se fizerem necessárias na estrutura orgânica dos órgãos de administração direta responsáveis pela execução da política estadual dos direitos da criança e do adolescente;

IX - incentivar e apoiar a realização de eventos, estudos e pesquisas no campo de promoção, proteção e defesa da criança e do adolescente;

X - propor a inclusão no Orçamento do Estado de recursos destinados à execução das políticas e dos programas de atendimento à criança e ao adolescente e de reciclagem permanente dos profissionais de quaisquer instituições envolvidas no atendimento dos segmentos de que trata esta Lei;

XI - elaborar o regimento interno, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data de implantação do Conselho a que se refere o "caput".

Certamente, estas previsões da Lei estadual e demais legislação estadual têm que ser lidas à luz do que se disse sobre a competência legislativa concorrente. Não se trata, de forma alguma, de menosprezar a competência legislativa estadual – pedra de toque da autonomia estadual, imprescindível na organização federal – trata-se de respeitar a repartição constitucional de competência. O Estado, nesta matéria, legisla, seguindo as normas gerais federais, para atender suas peculiaridades, legisla sobre as questões afetas ao âmbito regional.

Assentada estas premissas, deve-se perquirir se as normas veiculadas pela

Resolução CONANDA n. 137/2010 enquadram-se nesta arquitetura competencial.

2. As normas veiculadas pela Resolução CONANDA n. 137/2010 e a competência normativa federal

Neste ponto é de destacar, de início, que a Consulta aponta genericamente a Resolução CONANDA n. 137/2010 como desrespeitadora dos limites competenciais federais. Não obstante, é imperioso assinalar que a referida Resolução conta com 26 artigos que sem sombra de dúvida veiculam diversas normas, não sendo adequado nem viável afirmar-se, genericamente, diante deste conjunto de normas, que a Resolução ofende a repartição constitucional de competências. Uma tal afirmação tem que ser feita diante de normas específicas, para que se possa verificar, o que por si só já não constitui tarefa simples, se se trata ou não de norma geral, enquadrando-se na competência normativa federal.

Esta observação leva a que não se vá aqui analisar norma por norma veiculada pela Resolução CONANDA n. 137/2010 – o que demandaria prazo bem superior ao que se dispõe – a fim de tentar definir se se está ou não diante de norma geral. Insta anotar que o fato de diversas normas estarem encartadas na referida Resolução, editada no exercício de competência normativa de órgão federal, no âmbito da competência federal para a edição de normas gerais, não tem o condão de conferir a todas elas o caráter de normas gerais. Cada norma tem que ser analisada para verificar se é geral e, assim, vinculante em todos os níveis da Federação, ou não e, desse modo, apenas vinculante na esfera federal. Como dito, tal verificação é inviável nos limites desta Consulta. A análise centrar-se-á nas normas veiculadas pelo art. 16, inciso V da mencionada Resolução, indicado especificamente ao final da Consulta.

A fim de facilitar a discussão, vejam-se os dispositivos mais diretamente envolvidos:

“Art. 15. A aplicação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, deliberada pelo Conselho de Direitos, deverá ser destinada para o financiamento de ações governamentais e não-governamentais relativas a:

I - desenvolvimento de programas e serviços complementares ou inovadores, por tempo determinado, não excedendo a 3 (três) anos, da política de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

II - acolhimento, sob a forma de guarda, de criança e de adolescente, órfão ou abandonado, na forma do disposto no art. 227, § 3º, VI, da Constituição Federal e do art. 260, § 2º da Lei nº 8.069, de 1990, observadas as diretrizes do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária;

III - programas e projetos de pesquisa, de estudos, elaboração de diagnósticos, sistemas de informações, monitoramento e avaliação das políticas públicas de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

IV - programas e projetos de capacitação e formação profissional continuada dos operadores do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente;

V - desenvolvimento de programas e projetos de comunicação, campanhas educativas, publicações, divulgação das ações de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente; e

VI - ações de fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, com ênfase na mobilização social e na articulação para a defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Art. 16. Deve ser vedada a utilização dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente para despesas que não se identifiquem diretamente com a realização de seus objetivos ou serviços determinados pela lei que o instituiu, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública previstas em lei. Esses casos excepcionais devem ser aprovados pelo plenário do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Parágrafo Único. Além das condições estabelecidas no caput, deve ser vedada ainda a utilização dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente para:

I - a transferência sem a deliberação do respectivo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente;

II - pagamento, manutenção e funcionamento do Conselho Tutelar;

III - manutenção e funcionamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente;

IV - o financiamento das políticas públicas sociais básicas, em caráter continuado, e que disponham de fundo específico, nos termos definidos pela legislação pertinente; e

V - investimentos em aquisição, construção, reforma, manutenção e/ou aluguel de imóveis públicos e/ou privados, ainda que de uso exclusivo da política da infância e da adolescência.”

Segundo a argumentação desenvolvida na Consulta, estar-se-ia diante de normas que não são gerais, ou seja, normas que transbordariam a competência normativa federal, por se tratar de competência concorrente, e entrariam na esfera da competência estadual voltada a adequar as normas gerais às peculiaridades regionais.

Esta discussão, acerca do que são normas gerais, para fins de delimitação das competências normativas dos diversos entes políticos de nossa Federação, não é nova nem tampouco simples. Tem sido travada, por exemplo, na seara tributária e, também com vigor, em matérias orçamentárias e de contratação pública. Busquem-se, por todos, alguns subsídios

da doutrina administrativista acerca das normas sobre contratação:

“O conceito de ‘normas gerais’ tem sido objeto das maiores disputas. No campo tributário (mais do que em qualquer outro), a questão foi longamente debatida e objeto de controvérsias judiciais, sem que resultasse uma posição pacífica na doutrina e na jurisprudência. Inexistindo um conceito normativo preciso para a expressão, ela se presta às mais diversas interpretações, inclusive a de que todas as normas contidas na lei federal seriam ‘gerais’ – o que, obviamente, é equivocado. Isso conduziria ao resultado inadmissível de que ‘norma geral’ seria aquilo que o legislador federal bem entendesse. Essa postura não pode ser aceita porque subordina a interpretação da Constituição ao que for disposto na lei ordinária.

A cláusula ‘normas gerais’ retrata solução de compromisso entre soluções concentradas e difusas para regulação jurídica de um instituto. Busca-se assegurar, por um lado, a manutenção da competência legislativa da União, sem suprimir o poder de cada ente federativo para dispor sobre determinados ângulos da mesma matéria. Através de fórmula dessa ordem, evita-se proliferação de regras distintas no âmbito de cada entidade federativa. Mais precisamente, a intenção é propiciar o surgimento de conjunto uniforme de regras acerca dos temas essenciais e fundamentais do instituto. Os entes federativos podem produzir regras próprias apenas naquilo que não infringir essa espécie de núcleo irredutível produzido pela lei federal. Embora a dificuldade de uma abordagem exaustiva, pode-se concluir que a Lei consagra uma estrutura normativa fundamental que comporta complementação por parte das demais entidades políticas. A lei local poderá ir além do disposto nas ‘normas gerais’; mas não poderá substituir por outros os princípios e institutos consagrados como tal.

Como é evidente, a grande dificuldade reside em determinar os limites da competência de cada ente federativo. É problemático encontrar resposta absolutamente satisfatória para o problema. Mas também é possível superar inúmeras barreiras acerca da questão.

Em primeiro lugar, tem de reconhecer-se que a fórmula constitucional é dotada de imprecisão teórica. É impossível determinar, em termos meramente abstratos, o âmbito de abrangência das normas gerais. Configura-se como conceito jurídico indeterminado. Significa reconhecer uma margem de liberdade no processo de sua aplicação. O legislador da União recebeu competência para dimensionar a extensão da abrangência das normas a serem editadas. A cláusula ‘norma geral’ admite que a União escolha entre disciplinar de modo mais abrangente a matéria ou de reduzir a especificidade dessa disciplina. Em última análise, a Constituição não fornece aprioristicamente a dimensão do que se possa entender por ‘norma geral’.

Como todo conceito jurídico indeterminado, a expressão ‘norma geral’ comporta dois núcleos de certeza. Há um núcleo de certeza positiva, correspondente ao âmbito de abrangência inquestionável do conceito. Há outro núcleo de certeza negativa, que indica a área a que o conceito não se aplica. Entre esses dois pontos extremos, coloca-se a zona de incerteza. À medida que se afasta do núcleo de certeza positiva, reduz-se a precisão na aplicação do conceito. Aproximando-se do núcleo de certeza negativa, amplia-se a pretensão de inaplicabilidade do conceito. Não existe, porém, um limite exato acerca dos contornos do conceito.”³

Considerando que ‘normas gerais’ são um conceito jurídico indeterminado, Marçal Justen Filho propõe buscar uma definição do conceito, que permita a sua aplicação, mais especificamente voltada à matéria das contratações públicas, a partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional, o que se ancora, para o que interessa para esta Consulta, na análise da reserva de competência local e na análise do respeito ao princípio federativo. O autor observa:

“A interpretação da fórmula ‘normas gerais’ tem que considerar, em primeiro lugar, a tutela constitucional à competência local. É inquestionável que a Constituição reservou competência legislativa específica para cada esfera política disciplinar licitação e contratação administrativa. A competência legislativa sobre o tema não é *privativa* da União. ...

(...)

Um dos princípios constitucionais mais relevantes é o da Federação. A estrutura do Estado brasileiro se alicerça nesse princípio (tanto quanto no da República). A Federação significa a pluralidade de ordens político-jurídicas sobre um mesmo território, reservando-se esferas de competência intangíveis para cada órbita federada.

(...)

Portanto, o conceito de norma geral não é sobreponível ao de Federação. As competências locais derivadas da organização federal não podem ser limitadas através de lei da União, destinada a veicular normas gerais. Em termos ainda mais diretos: *norma geral* não é instrumento de restrição da autonomia federativa.”⁴

Partindo destas ponderações, deve-se tentar colocar as normas insculpidas no art. 16 da Resolução CONANDA n. 137/2010 diante do conceito de ‘norma geral’, sem olvidar o arcabouço normativo em que se inserem as normas do art. 16.

Interpretando o *caput* do referido artigo, verifica-se que traz norma que proíbe

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8.ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 16-18.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8.ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 18-19.

a a utilização dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente para despesas que não se identifiquem diretamente com a realização de seus objetivos ou serviços determinados pela lei que o instituiu, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública previstas em lei. Esses casos excepcionais devem ser aprovados pelo plenário do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente. Não parece desarrazoado considerar que se está diante de norma geral, que apenas determina a utilização dos recursos do referido Fundo segundo as determinações legais pertinentes. Reitera-se a vinculação dos recursos às finalidades legais sem descer a qualquer minúcia que pudesse ser identificada como invasora da esfera competencial regional ou local.

Quanto ao parágrafo único do mesmo dispositivo, veicula diversas normas igualmente proibitivas; trata-se de vedações referentes à aplicação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, que, como visto, deve existir nos vários níveis da Federação, ligado ao respectivo Conselho. As proibições de utilização dos recursos do Fundo para a transferência sem a deliberação do respectivo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente; para o pagamento, manutenção e funcionamento do Conselho Tutelar; para a manutenção e funcionamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente; e para o financiamento das políticas públicas sociais básicas, em caráter continuado, e que disponham de fundo específico, nos termos definidos pela legislação pertinente, igualmente não parecem se afastar do conceito de norma geral. Traçam diretrizes acerca da utilização dos recursos do Fundo compatíveis com as normas legais aplicáveis, vedam, de forma genérica, a utilização dos recursos em desconformidade com as normas legais cabíveis. Não se visualizam aqui, na mesma toada do que se observou quanto à norma do *caput*, à primeira vista, normas que tratem de peculiaridades regionais ou locais, mas sim normas que buscam parametrizar, de forma genérica, a utilização dos recursos pertinentes.

A questão se torna mais intrincada diante da disposição trazida pelo referido artigo em seu parágrafo único, inciso V, que veicula norma proibitiva de utilização dos recursos em tela para **investimentos em aquisição, construção, reforma, manutenção e/ou aluguel de imóveis públicos e/ou privados, ainda que de uso exclusivo da política da infância e da adolescência**. Parece ser este o real foco de irrisignação por parte da SEDESE, uma vez que inviabiliza a utilização de recursos dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente para instalações físicas, para imóveis. Se à primeira leitura esta norma parece menos geral que as normas precedentes, esta conclusão não deve, por si só, afastar seu possível caráter de generalidade. Senão vejamos.

Como observa David Duarte, a a ideia de generalidade não é uma ideia absoluta, mas relacional, deve ser buscada tendo no oposto a ideia de especialidade, estabelecendo-se comparações.⁵ Uma norma A pode ser geral em relação a uma norma B, mas ser especial em relação a uma outra norma C. Na verdade, a generalidade, ao lado da abstração, são características das normas jurídicas. Assim, toda norma é dotada, em certo grau, de generalidade. O que se deve buscar, para verificar se se está diante de normas gerais, no contexto da competência normativa concorrente na Federação brasileira, é, como dito, se se trata de norma que traça diretrizes a serem aplicadas uniformemente em todas as esferas federativas, norma a ser suplementada por normas regionais e locais, que adequem estas diretrizes às suas peculiaridades e necessidades específicas.

⁵ DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 88 ss.

Nesse sentido, ainda que se pudesse identificar um grau menor de generalidade desta norma em relação às outras normas insculpidas o art. 16 da Resolução CONANDA n. 137/2010, o que se admite apenas para argumentar, sem aderir a esta afirmação, isto não afastaria a viabilidade jurídica de a ter como norma geral para o fim de enquadrá-la no âmbito normativo federal na matéria de proteção à infância e à juventude.

De fato, a circunstância de se vedar um tipo de utilização determinado para os recursos dos Fundos dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, qual seja, o **investimentos em aquisição, construção, reforma, manutenção e/ou aluguel de imóveis públicos e/ou privados, ainda que de uso exclusivo da política da infância e da adolescência**, não retira o caráter de norma geral desta norma. É razoável sustentar que não se está a dizer, em pormenor, de forma especificamente adequada às peculiaridades regionais e locais, como devem ser utilizados os referidos recursos, está-se a dar uma diretriz para esta utilização, isto é, não se devem utilizar os recursos para imóveis, para instalações físicas, mas para as ações de proteção à infância e à juventude, tal como estabelecido na legislação de regência.

Considera-se, assim, com integral respeito às posições diversas, que não se está inegavelmente diante de uma norma que não seja geral e não possa ser enquadrada na competência normativa federal, para a edição de normas gerais, em matéria de proteção à infância e à juventude. Resgatando a lição de Marçal Justen Filho, anteriormente citada, se ‘norma geral’ é um conceito jurídico indeterminado e tem uma zona de certeza positiva e uma zona de certeza negativa, mediadas por uma zona cinzenta, parece possível afirmar que, no caso sob exame, claramente não se está na zona de certeza negativa; em outras palavras, não se está indubitavelmente diante de uma norma que não aceita a caracterização de ‘norma geral’.

Pode até ser que se consigam reunir argumentos contrários à caracterização da norma em tela como ‘norma geral’, mas ainda assim, somente parece razoável afirmar que se estará diante da zona cinzenta, não na zona de certeza negativa. Sem descuidar das dificuldades que cercam a matéria, já assinaladas, afigura-se-nos de aceitação difícil dizer que se está em face de uma norma que indubitavelmente não é ‘norma geral’ e por isso transborda os limites da competência normativa federal.

O que se vem de sustentar encontra reforço quando se analisam outras previsões da atacada Resolução CONANDA n. 137/2010, que deixam claro que há espaços normativos a serem preenchidos ao nível estadual. Veja-se, por exemplo:

“Art. 9º Cabe ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, em relação aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, sem prejuízo das demais atribuições:

I - elaborar e deliberar sobre a política de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente no seu âmbito de ação;

II - promover a realização periódica de diagnósticos relativos à situação da infância e da adolescência bem como do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente no âmbito de sua competência;

III - elaborar planos de ação anuais ou plurianuais, contendo os

programas a serem implementados no âmbito da política de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente, e as respectivas metas, considerando os resultados dos diagnósticos realizados e observando os prazos legais do ciclo orçamentário;

IV - elaborar anualmente o plano de aplicação dos recursos do Fundo, considerando as metas estabelecidas para o período, em conformidade com o plano de ação;

V - elaborar editais fixando os procedimentos e critérios para a aprovação de projetos a serem financiados com recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, em consonância com o estabelecido no plano de aplicação e obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade;

VI - publicizar os projetos selecionados com base nos editais a serem financiados pelo Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente;

VII - monitorar e avaliar a aplicação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, por intermédio de balancetes trimestrais, relatório financeiro e o balanço anual do fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, sem prejuízo de outras formas, garantindo a devida publicização dessas informações, em sintonia com o disposto em legislação específica;

VIII - monitorar e fiscalizar os programas, projetos e ações financiadas com os recursos do Fundo, segundo critérios e meios definidos pelos próprios Conselhos, bem como solicitar aos responsáveis, a qualquer tempo, as informações necessárias ao acompanhamento e à avaliação das atividades apoiadas pelo Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente;

IX - desenvolver atividades relacionadas à ampliação da captação de recursos para o Fundo; e

X - mobilizar a sociedade para participar no processo de elaboração e implementação da política de promoção, proteção, defesa e atendimento dos direitos da criança e do adolescente, bem como na fiscalização da aplicação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Parágrafo único Para o desempenho de suas atribuições, o Poder Executivo deverá garantir ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente o suficiente e necessário suporte organizacional, estrutura física, recursos humanos e financeiros.

(...)

Art. 12. A definição quanto à utilização dos recursos dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, em conformidade com o disposto no artigo 7º, deve competir única e exclusivamente aos

Conselhos dos Direitos.

§ 1º Dentre as prioridades do plano de ação aprovado pelo Conselho de Direitos, deve ser facultado ao doador/destinador indicar, aquela ou aquelas de sua preferência para a aplicação dos recursos doados/destinados.

§ 2º As indicações previstas acima poderão ser objeto de termo de compromisso elaborado pelo Conselho dos Direitos para formalização entre o destinador e o Conselho de Direitos.”

Estas disposições deixam transparecer que as normas veiculadas pela Resolução CONANDA n. 137/2010 não exaurem a questão relativa à utilização dos recursos dos Fundos dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes; corroboram a posição assumida no sentido de se ter o art. 16 da Resolução CONANDA n. 137/2010 como veiculador de ‘normas gerais’.

É importante registrar que não se entende que a previsão do ECA citada na Consulta aponte em sentido contrário. Para que se tenha clareza do que se trata, veja-se a disposição citada:

“Art. 260. Os contribuintes poderão deduzir do imposto devido, na declaração do Imposto sobre a Renda, o total das doações feitas aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente - nacional, estaduais ou municipais - devidamente comprovadas, obedecidos os limites estabelecidos em Decreto do Presidente da República.

§ 1º - [\(Revogado pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997\)](#)

§ 1º-A. Na definição das prioridades a serem atendidas com os recursos captados pelos Fundos Nacional, Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, serão consideradas as disposições do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar, bem como as regras e princípios relativos à garantia do direito à convivência familiar previstos nesta Lei.

§ 2º Os Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente fixarão critérios de utilização, através de planos de aplicação das doações subsidiadas e demais receitas, aplicando necessariamente percentual para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfãos ou abandonado, na forma do disposto no art. 227, § 3º, VI, da Constituição Federal.

§ 3º O Departamento da Receita Federal, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, regulamentará a comprovação das doações feitas aos fundos, nos termos deste artigo.

§ 4º O Ministério Público determinará em cada comarca a forma de fiscalização da aplicação, pelo Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, dos incentivos fiscais referidos neste artigo.

§ 5º A destinação de recursos provenientes dos fundos mencionados neste artigo não desobriga os Entes Federados à previsão, no orçamento dos respectivos órgãos encarregados da execução das políticas públicas de assistência social, educação e saúde, dos recursos necessários à implementação das ações, serviços e programas de atendimento a crianças, adolescentes e famílias, em respeito ao princípio da prioridade absoluta estabelecido pelo caput do art. 227 da Constituição Federal e pelo caput e parágrafo único do art. 4º desta Lei.”

As normas aqui insculpidas, com destaque para o § 2.º, não conflitam com o que se vem de dizer. Os referidos Conselhos fixarão critérios para a utilização dos recursos dos respectivos Fundos, nas suas searas e seguindo as ‘normas gerais’.

O que é de reter, neste ponto, é que não se considera, à primeira vista, que o art. 16 da Resolução CONANDA n. 137/2010 veicule normas que se possam, de plano, considerar exorbitantes da seara competencial federal para estabelecer ‘normas gerais’. Nesse cenário, não se reputando haver inconstitucionalidade flagrante nas normas editadas no âmbito federal no que tange ao seu caráter de normas gerais, as normas estaduais devem a elas se adequar.

3. Da fiscalização administrativa da constitucionalidade de normas

No cenário esboçado acima, não se esposa, sem mais, o posicionamento explicitado na Consulta, segundo o qual as normas do art. 16 da Resolução CONANDA n. 137/2010 não respeitam a repartição de competências erigida constitucionalmente. Reputa-se tal posicionamento, em face das considerações precedentes acerca das ‘normas gerais’, controverso, ou seja, não há fundamento para que se afirme categoricamente a inconstitucionalidade das normas veiculadas pelo art. 16 da Resolução CONANDA n. 137/2010.

Este o primeiro aspecto a reter: não há inconstitucionalidade flagrante.

Feita esta advertência, é de observar que, por outro lado, ainda que se estivesse diante de norma inconstitucional, não é tranquila a aceitação da possibilidade de a Administração Pública fazer o controle de constitucionalidade de norma, decidindo-se desaplicá-la.⁶

⁶ É o que anotam MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica. 1999, p. 150 ss; MATOS, André Salgado de. *A fiscalização administrativa da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 107 ss; GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *O poder de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa no direito português e no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, *passim*. MELLO, Cristiana de Santis

Esta observação é importante, uma vez que, ao final da nota jurídica prévia que encaminhou a presente Consulta a esta CJ indica-se que, pelo posicionamento esposado, pretende-se “não recepcionar os ditames previstos na Resolução CONANDA n. 137/2010, pois invadem competência legislativa estadual”.

No caso sob análise, urge ressaltar que não se trata da fiscalização da constitucionalidade de norma veiculada por meio de lei, ou seja, por meio de ato legislativo em sentido formal, mas sim de norma veiculada por Resolução emanada de órgão integrante do Poder Executivo Federal. Se por um lado esta observação afasta as objeções normalmente elencadas contra a fiscalização administrativa da constitucionalidade com fulcro na separação de Poderes⁷ (com referências às atribuições do Legislativo e do Executivo), por outro lado, não tem o condão de afastar diversas outras ponderações trazidas a lume no estudo da fiscalização administrativa da constitucionalidade centrada na análise de normas legais (e não infralegais). Assim, mesmo não desconhecendo que se trata, no caso sob exame, de norma veiculada por Resolução, reputam-se cabíveis, *mutatis mutandis*, argumentações desenvolvidas tendo por base normas legais.

Corroboram o que se vem de dizer a compreensão consagrada na nossa doutrina e jurisprudência, em leitura adequada da Constituição, acerca do que se tem como norma para fins de controle de constitucionalidade. Normas insculpidas em outros atos normativos que não leis (em sentido formal) são passíveis de controle de constitucionalidade.⁸

Não se desconhece que há importantes argumentos que fundamentam a possibilidade de o Poder Executivo desaplicar normas inconstitucionais, principalmente considerando a posição cimeira assumida pela Constituição no ordenamento jurídico do Estado de Direito Democrático e Social. Não obstante, como se verá, quando se admite esta possibilidade, tal é feito de maneira excepcional e cercada de inúmeras cautelas.

Como alguns argumentos contrários à fiscalização administrativa da constitucionalidade de leis e atos normativos de forma ordinária, que redundam no descumprimento, pela Administração, da norma tida como inconstitucional, se podem levantar: o princípio da legalidade, a existência de outros meios que não o descumprimento da norma, a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal; o princípio da segurança jurídica; a separação de Poderes com referência às atribuições do Poder Judiciário e do Poder Executivo.⁹

André Salgado de Matos trata a questão da fiscalização administrativa da

Mendes de Farias. *O poder executivo e o descumprimento de leis inconstitucionais: uma breve análise dos argumentos desfavoráveis* (Texto obtido em « <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/798/667>», acesso em 02.03.2011).

⁷ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *O poder de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa no direito português e no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 68 ss.

⁸ Vide, com indicações de bibliografia e jurisprudência, MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 629 ss.

⁹ Não se vai aqui esmiuçar cada um destes argumentos, que são enfrentados criticamente em MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. *O poder executivo e o descumprimento de leis inconstitucionais: uma breve análise dos argumentos desfavoráveis*. Também enfrenta diversos argumentos contrários à “competência de desaplicação” MATOS, André Salgado de. *A fiscalização administrativa da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 215 ss.

constitucionalidade em profundidade, mostrando a grande relevância do tema. Ainda assim, deixa transparecer as preocupações que a questão suscita:

“Por outro lado, não implicará a fiscalização administrativa da constitucionalidade uma inversão da relação entre legislador e Administração? Não implicará a fiscalização administrativa da constitucionalidade, perante o enquadramento da tarefa de fiscalização da constitucionalidade das leis no sistema de funções do Estado, uma verdadeira usurpação do poder jurisdicional? Não provocará a admissão de uma faculdade de desobediência administrativa a normas legais inconstitucionais uma perturbação do valor, ínsito no princípio do Estado de direito, da segurança jurídica?”¹⁰

Estas preocupações devem estar presentes no enfrentamento da matéria, que em muito ultrapassa os modestos limites deste Parecer. Sendo assim, sem adentrar todas as facetas que poderiam ser exploradas diante de temática tão rica, deve-se fixar o entendimento de que, se se caminhar no sentido de admitir a fiscalização administrativa da constitucionalidade de leis e atos normativos, esta deve ser entendida de maneira excepcional, como competência a ser manejada obedecendo-se a uma série de condicionantes e cautelas.

Por óbvio, não se vão aqui apresentar de maneira exaustiva estes condicionantes e cautelas, vai-se apontar uma diretriz.

André Salgado de Matos, diante do contexto português, aceita a “competência de desaplicação” de norma inconstitucional por órgão administrativo desde que, entre outros: seja evidente a inconstitucionalidade, tenha havido prévia desaplicação jurisdicional no mesmo contexto procedimental, se verifique a criminalidade da aplicação da lei, se verifique a violação de normas constitucionais com pretensão absoluta de aplicação, se verifique a proporcionalidade virtual da desaplicação.¹¹

Em direção parecida, Ana Cláudia Nascimento Gomes, apresenta um elenco de condicionamentos para o exercício do que chama poder de rejeição de leis (aqui se aplicando a normas veiculadas por ato normativo infra-legal) inconstitucionais pela Administração. A autora explicita os seguintes requisitos para a rejeição de norma pela Administração baseada em argumento de inconstitucionalidade: (i) relativamente ao *quando*: se houver jurisprudência constitucional que possa figurar como fonte de juridicidade administrativa; se se tratar de norma manifestamente inconstitucional; se se tratar de norma ostensivamente violadora dos direitos, liberdades e garantias; se se tratar de atividade administrativa que envolva a elaboração de atos administrativos parajurisdicionais; se se tratar de questão relativa à recepção/não recepção de lei anterior à Constituição, devendo observar-se a jurisprudência dominante; (ii) relativamente ao *quem*: são autoridades administrativas legítimas para exercer o poder de rejeição da norma inconstitucional *aquelas que ocupam elevados postos no escalão administrativo da entidade hierarquizada e que exercem sobre um determinado*

¹⁰ MATOS, André Salgado de. *A fiscalização administrativa da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 28

¹¹ MATOS, André Salgado de. *A fiscalização administrativa da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 489.

âmbito local, regional ou estadual amplos poderes de direção; (iii) quanto ao *como*: deve haver a edição de um ato administrativo de desaplicação e a autoridade que desaplica deve observar: dever de elaborar fundamentação expressa, dever de notificar o Ministério Público, dever de notificar a entidade administrativa tutela, dever de dar pleno conhecimento público do ato de desaplicação.¹²

É de destacar, no entendimento de Ana Cláudia Nascimento Gomes, a necessidade de edição de um ato administrativo escrito e formal de desaplicação da norma. Sobre este ato, se pronuncia:

“Em síntese, a elaboração do ato de desaplicação deve demonstrar ser a decisão mais conforme com o princípio da juridicidade administrativa; conclusão para a qual se afigura imprescindível uma responsável observação do princípio da razoabilidade, de forma certamente ainda mais criteriosa do que numa regular atividade executiva. Nesse sentido, o *necessário e adequado* ato de desaplicação exige uma decisão *justa* da autoridade administrativa, na medida em que esta deve ponderar os valores envolvidos e os reflexos da rejeição/não rejeição da lei inconstitucional. E disso resulta, em termos específicos, o dever de fundamentação expressa do ato de desaplicação ...”¹³

De fato, não se pode deixar de anotar que, diante deste poder de rejeição pela Administração de normas inconstitucionais, ou da competência de desaplicação, entendidos como deveres-poderes, acresce a responsabilidade da Administração Pública. A não aplicação de uma norma tida por inconstitucional pela Administração faz com que esta assuma um pesado ônus, proporcional às consequências jurídico-sistêmicas de sua atuação. É o que observa, mais uma vez, André Salgado de Matos:

“A existência de uma competência de desaplicação limitada implica um acréscimo de responsabilidade para a Administração, que é coerente com a legitimidade democrática que adquiriu no Estado social de direito, e para os próprios titulares dos órgãos administrativos, que assumem o risco da conformidade jurídica da sua conduta. Todavia, a responsabilidade – seja de âmbito civil, disciplinar ou criminal – nunca pode exceder, quer a medida da competência de desaplicação, quer o grau de diligência exigível ao concreto decisor administrativo.”¹⁴

¹² GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *O poder de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa no direito português e no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 356 ss.

¹³ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *O poder de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa no direito português e no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 338-339.

¹⁴ MATOS, André Salgado de. *A fiscalização administrativa da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 490.

Em sentido próximo, anota Cristiana de Santis Mendes de Farias Mello:

“Certamente, reconhecer o poder ou dever de o Executivo descumprir leis inconstitucionais não significa outorgar a ele uma carta de alforria, para que descumpra leis quando lhe convier sob o pretexto da inconstitucionalidade.

De qualquer forma, a advertência há de ser levada a sério, para que sejam identificados meios aptos a evitar que o Executivo manipule o juízo de constitucionalidade. Dois mecanismos podem ser indicados. Um deles, já proposto por parte da doutrina, é a responsabilização dos agentes que emitem o juízo errôneo de inconstitucionalidade. O outro é a imposição de que, uma vez não observada a lei, o Executivo deflagre imediatamente o controle abstrato de constitucionalidade. Se não tiver legitimidade para fazê-lo, há de provocar quem o tenha. Essa exigência decorre do dever de coerência e lealdade à Constituição, seja em razão da necessidade de excluir a lei inconstitucional o quanto antes do ordenamento jurídico, seja em razão da competência do Poder Judiciário para proferir, em regra, a última palavra sobre a constitucionalidade das leis.”¹⁵

Diante destas breves considerações acerca da possibilidade de a Administração deixar de aplicar norma com fundamento em inconstitucionalidade, é de reter que tal competência, uma vez reconhecida, o é de forma excepcional e cercada de exigências e cautelas.

Aplicando estas ponderações ao caso sob exame, não se considera, à primeira vista, que se esteja diante de situação que autorize o manejo da “competência de desaplicação” pela Administração, pois não se reputam preenchidos os condicionamentos mais relevantes dentre os apontados acima, com destaque para a ausência, em nosso entendimento, de inconstitucionalidade flagrante por desrespeito à esfera competencial federal de edição de ‘normas gerais’.

Sendo assim, não se nos afigura cabível a desaplicação administrativa da norma em questão, devendo as autoridades administrativas envolvidas ficarem a par das responsabilidades e exigências envolvidas, caso optem pela desaplicação, chamando a si o ônus de formular ato administrativo de desaplicação, fundamentado, bem como de tomar as providências consequentes à desaplicação acima elencadas.

Se outros elementos houver, que justifiquem uma nova análise da questão e que apontem outros fundamentos para que se repute as normas em questão inconstitucionais, certamente nova análise jurídica poderá/deverá ser empreendida. Da mesma maneira, se as autoridades administrativas estaduais responsáveis pela matéria estiverem convencidas da inconstitucionalidade das referidas normas, nada obsta que recorram aos canais normais de

¹⁵ MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. *O poder executivo e o descumprimento de leis inconstitucionais: uma breve análise dos argumentos desfavoráveis.*

fiscalização da constitucionalidade das normas, respeitando-se a previsão constitucional de legitimidade para tanto. Por fim, se a questão se afigurar de apreciação política de mérito e não propriamente de constitucionalidade, nada impede que as autoridades administrativa estaduais formulem seus pleitos, pelas vias cabíveis, para a alteração das normas gerais editadas na esfera federal.

CONCLUSÃO

Diante das ponderações explicitadas, a primeira conclusão aponta no sentido de não haver, à primeira vista, inconstitucionalidade flagrante nas normas insculpidas no art. 16 da Resolução CONANDA n. 137/2010 por desrespeito à esfera competencial federal sobre a matéria (edição de normas gerais). A segunda conclusão, partindo da excepcionalidade do poder de rejeição administrativa de normas inconstitucionais, aponta no sentido do descabimento da desaplicação das normas em questão por decisão da Administração Pública estadual.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

Belo Horizonte, 02 de Março de 2011.

Luísa Cristina Pinto e Netto
Procuradora do Estado
OAB/MG 82.789 – MASP 661.414-3

“APROVADO EM: 3/03/11”
SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO
Procurador Chefe da Consultoria Jurídica
Masp 598.222-8 - OAB/MG 62.597