

ano 16 - n. 64 | abril/junho - 2016  
Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL**

**A&C**

# A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo



© 2016 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &  
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.  
2003) . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada  
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.  
I. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

## Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

*A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

# Teoria das contrafações administrativas

## Ricardo Marcondes Martins

Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo – SP, Brasil). Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *E-mail:* <ricmarconde@uol.com.br>.

---

**Resumo:** Neste estudo apresentou-se uma teoria geral das contrafações administrativas. Elas consistem no emprego de um conceito do direito administrativo para uma situação incompatível com o regime a ele associado, de modo a camuflar o conceito correto e o respectivo regime. Encontram amparo nos textos normativos vigentes e amplo apoio doutrinário e jurisprudencial. Em relação às contrafações aparentes, basta a correta exegese dos diplomas normativos. Em relação às contrafações reais, a interpretação correta não afasta a invalidade. Enquanto esta não for declarada, cabe aos intérpretes invocar o conceito correto, perante a respectiva situação, e o regime jurídico a ele associado. Vários são os exemplos de contrafações administrativas no direito brasileiro: permissão de serviço público, empresas estatais não exploradoras de atividade econômica, concessão administrativa, organizações sociais.

**Palavras-chave:** Contrafação administrativa. Conceitos jurídicos. Interpretação correta. Liberdade de estipulação. Vontade do legislador. Interpretação conforme a Constituição. Ciência do direito. Jurisprudência. Permissão de serviço público. Empresa estatal. Concessão administrativa. Organização social.

**Sumário:** **1** Breve introdução – **2** Conceitos jurídicos – **3** Textos normativos – **4** Espécies de contrafações administrativas – **5** Apoio doutrinário – **6** Apoio jurisprudencial – **7** Consequências dogmáticas – **8** Exemplos de contrafações administrativas – **9** Conclusões – Referências

---

## 1 Breve introdução

Etimologicamente, a palavra “contrafação” vem do substantivo apelativo feminino latino *contrafactio, onis*,<sup>1</sup> que significa “coisa posta em paralelo, comparação, confrontação”,<sup>2</sup> que por sua vez advém do verbo latino *contrafacio, is, eci, factum, facere*, que significa “sair ao encontro”.<sup>3</sup> Por influência do francês, *contrefaçom*, passou a significar “imitação ilícita da obra de outro” e só por derivação “fingimento, simulação, disfarce”.<sup>4</sup> Na acepção jurídica, De Plácido e Silva atribuiu-lhe o significado

---

<sup>1</sup> Cf. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles (Ed.). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 821.

<sup>2</sup> Cf. SARAIVA, F. R. S. *Dicionário latino-português*. 11. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 2000. p. 301.

<sup>3</sup> SARAIVA, F. R. S. *Dicionário latino-português*. 11. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 2000. p. 301. Para Antônio Geraldo da Cunha advém do particípio, *contrafactus*, de *contrafacere* (*Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa*. 2. ed. 17. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005. p. 212).

<sup>4</sup> Cf. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles (Ed.). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro:

genérico de “imitação fraudulenta, reprodução fraudulenta ou falsificação de qualquer ato ou coisa”.<sup>5</sup> E especifica dois significados: “tanto se indica o ato fraudulento, em virtude do qual se procura imitar ou falsificar coisa, que se deseja inculcar como legítima, como significa a usurpação dolosa, ou a apresentação, como nossa, de obra literária ou artística, ou marca de fábrica, de outrem”.<sup>6</sup> A este estudo não interessa a acepção estrita, decorrente da influência francesa, contrafação no sentido de imitação de uma obra; interessa o significado mais amplo, contrafação como *disfarce*, *simulação*,  *fingimento* e, numa acepção anfibológica, indica tanto o ato que efetua a simulação, como o efeito dela.

No *direito administrativo*, a palavra foi empregada por Celso Antônio Bandeira de Mello ao tratar das permissões de serviço público: o egrégio professor paulista considera que, nas hipóteses de permissão deferidas a prazo certo ou naquelas em que o permissionário efetua dispêndios de vulto, “as permissões de serviço público converter-se-ão em verdadeiras contrafações das concessões de serviço público”.<sup>7</sup> O tema das permissões será retomado adiante; antes, porém, há que se reconhecer algo que a doutrina em geral ainda não reconheceu: as contrafações não se restringem ao tema da permissão. Cada vez mais no direito administrativo brasileiro configuram-se *contrafações* no sentido utilizado por Celso Antônio Bandeira de Mello. Bem por isso, é possível estabelecer uma verdadeira *teoria geral*. Eis o objetivo deste estudo: estabelecer as linhas mestras da *teoria geral das contrafações no direito administrativo brasileiro*.

Em 2014 obtive a certificação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, junto ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ, do grupo de pesquisa intitulado *Ponderações no direito administrativo e contrafações administrativas*. No primeiro semestre de 2015, ministrei a disciplina *Contrafações administrativas* no curso de mestrado acadêmico do programa de estudos pós-graduados em Direito da PUC/SP. Inexiste estudo publicado, nas pesquisas que realizei, específico sobre o tema. Este estudo pretende preencher essa lacuna, sem a pretensão de apresentar resultado definitivo. O intuito maior é provocar a comunidade científica a refletir sobre o tema e aprofundá-lo.

---

Objetiva, 2001. p. 821. Le Petit Robert registra, como significado de *contrefaçon*: “action de contrefaire une œuvre littéraire, artistique, industrielle au préjudice de son auteur, de son inventeur; résultat de cette action”, e como sentido derivado: “imitation frauduleuse” (REY-DEBOVE, Josette; REY, Alain. *Le nouveau Petit Robert*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2002. p. 536).

<sup>5</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 375.

<sup>6</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 375.

<sup>7</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 793.

## 2 Conceitos jurídicos

O ponto de partida para compreender a contrafação é o exame do *conceito jurídico* em si. Toda *conceituação* importa numa prévia *classificação*:<sup>8</sup> conceituar é estabelecer um *conjunto* a partir de um critério de *inclusão* e de *exclusão*.<sup>9</sup> Nesse sentido, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello “conceito é a operação lógica pela qual se fixam *pontos de referência convencionais*, que servem como indicadores de realidades parificadas pelos pontos de afinidade previamente selecionados por quem o formulou”.<sup>10</sup> E complementa: “é uma delimitação de objetos de pensamento sintetizados sob um signo breve adotado para nomeá-los”.<sup>11</sup> Conceituar é, pois, estabelecer uma *síntese*.

O *conceito jurídico*, porém, possui uma *particularidade*: a síntese só é relevante quando se presta a identificar um *regime jurídico*. Com efeito: *conceitos jurídicos*, explica Celso Antônio, são “termos relacionadores de normas, pontos de aglutinação de efeitos de direito”.<sup>12</sup> O direito imputa consequências a certas hipóteses, de modo que ao jurista interessa apurar quais são as consequências normativas imputadas a dada situação. Para facilitar, numa sistematização, em vez de afirmar a incidência das normas X, Y, Z, reúne-as sob um signo e, ao se referir a ele, reporta-se ao referido conjunto normativo. Esse “nome”, essa “síntese”, é o *conceito jurídico*.<sup>13</sup> No mesmo sentido, Agustín Gordillo, ao indagar qual é o critério para estabelecer uma definição jurídica – para efetuar a *inclusão* na classe respectiva –, responde ser a identificação do “regime jurídico imperante e aplicável”.<sup>14</sup> Logo, conceitos jurídicos

<sup>8</sup> Afirma Agustín Gordillo: “la definición sólo puede resultar de una clasificación previa de objetos” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. 1. ed. colombiana. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké; Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. I-14).

<sup>9</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 3.

<sup>10</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 5; *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 386.

<sup>11</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 386.

<sup>12</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 2; *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 384.

<sup>13</sup> Nas palavras de Bandeira de Mello: “Como o Direito resume-se a imputar certas consequências a determinados antecedentes, o trabalho do jurista consiste em conhecer a disciplina aplicável às diversas situações. Ora, o procedimento lógico requerido para organizar tal conhecimento e torná-lo produtivo, eficiente, supõe a identificação das situações aparentadas entre si quanto ao regime a que se submetem” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 384-385). E, logo em seguida, explica: “Cada bloco ou grupo de situações parificadas pela unidade de tratamento legal recebe – para fins de organização do pensamento – um nome, que é a rotulação de um conceito; vale dizer: o simples enunciado da palavra evoca no espírito uma noção complexa, formada pelos diversos elementos agregados em uma unidade, que deram margem ao conceito jurídico. Este, portanto, nada mais é que a sistematização, a organização, a classificação, pois, mediante a qual foram agrupados mentalmente, em um todo unitário, determinados acontecimentos qualificados pelo Direito” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 385).

<sup>14</sup> Nas palavras dele: “deberá analizarse cuál es el régimen jurídico imperante y aplicable a esa realidad, a fin de investigar qué cosas reciben un mismo tratamiento jurídico, y cuáles reciben un tratamiento distinto. Si un grupo de cuestiones reciben sustancialmente igual régimen jurídico, entonces será conveniente agruparlas

só são úteis no direito se identificam um regime jurídico aplicável, se sintetizam um conjunto normativo que incide em bloco.

Todo conceito possui uma *conotação*, também chamada de *intensão* ou *sentido*, e uma *denotação*, também chamada de *extensão* ou *referência*: a conotação diz respeito às propriedades evocadas pelo conceito, a denotação diz respeito à realidade a que ele se refere.<sup>15</sup> Conotação é o *critério* para estabelecer a classe, denotação refere-se aos *elementos* da classe. O conceito, sendo uma classificação, possui um *critério*, propriedades que indicam o pertencimento à classe, e uma *abrangência*, elementos da referida classe. Pois bem, o *regime jurídico*, o conjunto de normas reunidas, sintetizadas, pelo conceito jurídico, é sua *conotação*; as hipóteses a que ele se aplica, as situações abrangidas pelas hipóteses dessas normas, consistem na *denotação*.

Dá-se uma *contrafação administrativa* quando se emprega um *conceito* no direito administrativo *equivocadamente* e, ao fazê-lo, invoca-se, consciente ou inconscientemente, um regime jurídico incompatível com a situação qualificada pelo conceito. Quer dizer: a *conotação* é incompatível com a *denotação* pretendida. Fixado que o conceito jurídico se reporta a certo regime jurídico, a *contrafação* ocorre quando se emprega o conceito numa situação incompatível com esse regime. Pretende-se incluir na classe, na extensão, um elemento incompatível com o critério de pertinência, com a intensão.

Não se trata, porém, apenas de um emprego equivocado. Emprega-se, por ignorância ou má-fé, um conceito no lugar de outro de modo que a situação real fique *disfarçada* pelo conceito equivocadamente empregado. O equívoco, na contrafação, tem por efeito  *mascarar, disfarçar, esconder* o conceito de fato aplicável, ou seja,

en una misma definición” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. 1. ed. colombiana. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké; Fundación de Derecho Administrativo, 1998. cap. I-13-14).

<sup>15</sup> Cf. ITURRALDE SESMA, Victoria. *Interpretación literal y significado convencional*. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 97. Gennaro Chierchia elucidada: “Diz-se que uma expressão denota ou se refere à sua referência, mas ‘exprime’ o seu sentido. Por referência (ou denotação), entende-se geralmente aquilo a que um signo se refere no contexto de emissão” (CHIERCHIA, Gennaro. *Semântica*. Tradução de Luiz Arthur Pagani *et al.* Campinas: Unicamp, 2003. p. 36). E pouco adiante: “Por significado ou sentido entende-se aquilo que tem a ver com o conteúdo informativo do signo, a maneira como ele é interpretado” (CHIERCHIA, Gennaro. *Semântica*. Tradução de Luiz Arthur Pagani *et al.* Campinas: Unicamp, 2003. p. 37). De forma mais didática, explica Irving M. Copi: “Num certo sentido, o significado de um termo consiste na classe de objetos a que o termo pode ser aplicado. Este sentido da palavra ‘significado’, o seu sentido referencial, tem recebido tradicionalmente o nome de significado *extensivo* ou *denotativo*. Um termo genérico ou de classe denota os objetos a que pode corretamente ser aplicado, e a coleção ou classe desses objetos constitui a extensão ou denotação do termo” (COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2. ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 119). Logo em seguida, aborda a conotação: “Compreender um termo é saber como aplicá-lo corretamente, mas, para isso, não se torna necessário conhecer todos os objetos a que se pode corretamente aplicar. Somente requer que se tenha um critério para decidir se qualquer objeto cabe ou não dentro da extensão do termo. Todos os objetos que pertencem à extensão de um certo termo possuem algumas propriedades ou características comuns que são, justamente, o que nos induz a usar o mesmo termo para denotá-los. As propriedades possuídas por todos os objetos que cabem na extensão de um termo recebem o nome de *intensão* ou *conotação* desse termo” (COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2. ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 119).

o correto regime jurídico incidente. Enfatiza-se: a invocação do conceito incorreto, e do regime a ele associado, tem o efeito de *camuflar* o conceito correto e seu regime respectivo; atribui-se um sentido a uma referência descabida, deixando o sentido correto de lado. A contrafação importa, portanto, numa *fraude*.

### 3 Textos normativos

As contrafações, regra geral, encontram fundamento num *texto normativo* exposto. Nos termos expostos: o que interessa ao direito são as imputações normativas, conceitos sintetizam essas imputações e as contrafações consistem no emprego fraudulento de conceitos. Dito isso, apresenta-se a seguinte questão: mas o *legislador* não possui competência para efetuar a imputação e, pois, impor o emprego de certo conceito para dada situação? Noutras palavras: o *legislador* não tem competência para alterar o conceito doutrinário? Se sim, como compatibilizar a *teoria das contrafações administrativas* com o *princípio da legalidade* e, pois, com a *competência do legislador* para atribuir significado diverso às palavras utilizadas pela doutrina? Essas indagações resumem o raciocínio de Carlos Ari Sundfeld, ao tratar dos *atos administrativos ampliativos de direitos*.<sup>16</sup> Observou o ínclito administrativista: em vez de interpretar o direito brasileiro vigente e os textos normativos em vigor, a doutrina apegava-se aos conceitos de *licença* e *autorização* a partir do que escreveram doutrinadores estrangeiros sobre os textos de seus respectivos países, e textos antigos, muitas vezes não mais vigentes. A doutrina francesa, por exemplo, ao interpretar os textos normativos franceses da década de 50, elaborou conceitos jurídicos; o doutrinador brasileiro lê um livro de direito administrativo francês da década de 50 e “aprende” referidos conceitos; o erro está, na crítica de Sundfeld, em pretender interpretar os textos normativos vigentes no direito brasileiro a partir desses conceitos: é possível que se adéquem, mas é perfeitamente possível que não se adéquem; afinal, foram elaborados tendo em vista outras leis, de outro local, de outro momento histórico. A crítica, por evidente, só se aplica aos conceitos *jurídico-positivos*, sendo absolutamente descabida aos conceitos *lógico-jurídicos*.<sup>17</sup> Essa crítica, se às vezes é pertinente, noutras deve ser afastada por *diversos fatores*.

<sup>16</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Licenças e autorizações no direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, p. 66-72, 1993; *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 46-52. Sobre o tema vide nosso *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 241-244.

<sup>17</sup> Há duas espécies de conceitos jurídicos: lógico-jurídicos e jurídico-positivos. Os primeiros são imanentes a todo sistema jurídico, são passíveis de *universalização*, ferramentas indispensáveis à compreensão do direito positivo, seja ele qual for, são, assim, *a priori*. Os jurídico-positivos identificam um conjunto de efeitos normativos de certo direito positivo, refletem o disposto por determinado sistema normativo dado, são, assim, *a posteriori*. Sobre o tema, vide: TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 19. ed. México: Porrúa, 2007. p. 81-83; BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 94-95. A elaboração doutrinária sobre os conceitos lógico-jurídicos – como norma jurídica, sanção, existência, validade e eficácia normativas etc. – não se restringe ao respectivo direito positivo perante a qual é formulada.

### 3.1 Liberdade de estipulação

Muitos teóricos atribuem ao emprego dos conceitos uma *liberdade de estipulação*. John Hospers é expresso nesse sentido: “cualquiera puede usar el sonido que se le antoje para referirse a lo que quiera, siempre y cuando aclare a qué se está refiriendo al utilizar el sonido”.<sup>18</sup> Como a ligação entre o signo e o objeto a que se refere é *arbitrária*,<sup>19</sup> decorre da convenção entre os utentes da língua, nada impede, segundo esse entendimento, que se atribua ao signo um significado diferente daquele com o qual ele costuma ser usado. Porém, adverte Hospers: “cuando empleamos una palabra de manera contraria al uso común, debemos informar a nuestros oyentes de qué pretendemos que signifiquen nuestras palabras cuando las usamos”.<sup>20</sup> Por força desse entendimento, muitos administrativistas afirmam que nenhum doutrinador pode pretender que o conceito por ele proposto seja o conceito correto, em oposição aos conceitos propostos pelos demais.<sup>21</sup> A *liberdade* de estipulação do doutrinador seria limitada apenas pelo *direito positivo*: quando os textos normativos aglutinam previamente certas realidades debaixo de uma nomenclatura, o estudioso do direito não pode desprezar essa aglutinação.<sup>22</sup> Assim, em decorrência da *liberdade de estipulação*, poderia o legislador atribuir qualquer significado aos *rótulos*<sup>23</sup> que emprega.

A *liberdade de estipulação* é, porém, restringida por vários fatores, tantos que levam a duvidar do acerto dessa consagrada orientação doutrinária. Basta um exemplo singelo: suponha-se que alguém olhe para uma televisão e passe a designá-la por “caneta”. Diz para si: “eu tenho liberdade de estipular o significado que atribuo aos signos que utilizo; logo, para mim isso é uma caneta”. Qual é o problema com esse raciocínio? Por evidente que ninguém entenderá o que essa pessoa diz. Os doutrinadores invocam a ressalva já apresentada: basta que o falante, no contexto em que emite sua mensagem comunicativa, avise os ouvintes de que utiliza o signo

<sup>18</sup> HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. Madrid: Alianza, 1976. p. 19. v. 1.

<sup>19</sup> Cf. SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Tradução de Antônio Chelini *et al.* 30. ed. São Paulo: Cultrix, 2008. p. 81.

<sup>20</sup> HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. Madrid: Alianza, 1976. p. 20. v. 1.

<sup>21</sup> Dentre outros: GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. 1. ed. colombiana. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké; Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. I-13; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 2.

<sup>22</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 3.

<sup>23</sup> Muito elucidativa a lição de Wittgenstein sobre o emprego das palavras: “A palavra ‘designar’ é empregada de modo mais direto talvez onde o signo repousa sobre o objeto que designa. Suponha que as ferramentas utilizadas por A na construção são portadoras de certos signos. Quando A mostra ao ajudante um desses signos, este leva a ferramenta correspondente ao signo. É assim, e de uma maneira mais ou menos semelhante, que um nome designa uma coisa, e que se dá um nome a uma coisa. – Será sempre útil, quando filosofamos, dizermos a nós mesmos: dar nome a algo é semelhante a afixar uma etiqueta em uma coisa” (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 4. ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 21-22).

com o significado que ele próprio atribuiu: a televisão é chamada de caneta. É fácil perceber que a *comunicação* não funciona assim.

Ferdinand Saussure esclarece que, se por um lado vigora o princípio da arbitrariedade dos signos, por outro a comunicação só funciona graças à *resistência da inércia coletiva à toda renovação linguística*: as *convenções linguísticas* são asseguradas por uma forte tradição, muitas pessoas e durante muito tempo chamam a televisão de televisão e não aceitam chamá-la de caneta.<sup>24</sup> Tendo em vista essa resistência, Victoria Iturralde Sesma, com apoio na doutrina de Claudio Luzzati, preconiza uma interpretação *literal* baseada no respeito aos “usos consolidados da linguagem dos juristas”.<sup>25</sup> Vigora, na interpretação jurídica, o chamado *postulado da prioridade do significado técnico*: se uma palavra possui um significado técnico no direito, presume-se que ela é utilizada no texto normativo com esse significado.<sup>26</sup> O afastamento desse postulado exige elementos textuais seguros: o texto e o contexto devem deixar claro que o conceito não foi empregado no significado técnico consagrado.

Em relação às contrafações, há duas possibilidades: a) o legislador emprega o signo num significado diverso do significado corrente na linguagem jurídica; b) o legislador emprega o signo em conformidade com significado corrente, mas numa situação incompatível com o regime jurídico relativo a esse significado. No primeiro caso, a utilização pode dar-se por ignorância ou por má-fé. Perceba-se: ao utilizar um signo, que na linguagem consagrada reporta-se ao regime jurídico “X”, para se referir ao regime jurídico “Y”, é perfeitamente comum que os destinatários da norma se equivoquem e considerem aplicável o regime jurídico “X” e não o “Y”. Quando a pessoa chama a TV de caneta, é óbvio que o ouvinte vai pensar na TV e não na caneta quando ouvir o falante mencionar a palavra “TV”. Da mesma forma, quando o legislador fala de permissão e não de concessão, é perfeitamente compreensível que o aplicador considere aplicável o regime jurídico associado à permissão e não o regime jurídico associado à concessão. O problema é que, em geral, a situação respectiva é incompatível com o regime jurídico da permissão. Justamente por isso, segundo antiga lição hermenêutica “os problemas dogmáticos não se resolvem pela

<sup>24</sup> Nas palavras de Saussure: “Se a língua tem um caráter de fixidez, não é somente porque está ligada ao peso da coletividade, mas também porque está situada no tempo. Ambos os fatos são inseparáveis. A todo instante, a solidariedade com o passado põe em xeque a liberdade de escolher. Dizemos *homem* e *cachorro* porque antes de nós se disse *homem* e *cachorro*” (SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Tradução de Antônio Chelini *et al.* 30. ed. São Paulo: Cultrix, 2008. p. 88).

<sup>25</sup> “Concretamente adopto la expresión ‘significado convencional’ en el sentido en que lo hace Luzzatti cuando dice que ‘letra es el conjunto de todos los posibles sentidos que son atribuibles a una disposición según las reglas semánticas y pragmáticas subyacentes a los usos consolidados del lenguaje de los juristas, y que es literal la interpretación que realiza el máximo esfuerzo por no innovar los significados de las expresiones respecto a los significados habituales en el léxico de los juristas’” (ITURRALDE SESMA, Victoria. *Interpretación literal y significado convencional*. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 64).

<sup>26</sup> Cf. nosso *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 63.

taxinomia”,<sup>27</sup> lição essa tão consagrada que se encontra expressamente prevista no art. 4º., inc. I, do Código Tributário Nacional.<sup>28</sup>

O segundo caso é infelizmente mais comum e mais grave. O legislador invoca um conceito, em seu significado corrente, para uma situação incompatível com o regime jurídico a que esse conceito se reporta. Esse é por excelência o campo da contrafação. O procedimento é obstado por dois fatores: a) as *exigências* próprias da hermenêutica jurídica; b) e a *supremacia constitucional*. Passa-se a analisá-los nessa ordem.

### 3.2 Pressupostos da interpretação correta

A *interpretação correta* dos textos normativos parte de certas *pressuposições* que não têm fundamento na *realidade*. Como bem observa Paulo de Barros Carvalho, o legislador, principalmente numa democracia, não é necessariamente cientista do direito.<sup>29</sup> Pelo contrário, como o parlamento deve espelhar o máximo possível a sociedade, é natural que seja heterogêneo: formado por agricultores, industriais, médicos, engenheiros, professores, empregados domésticos etc. Se os parlamentares não têm formação jurídica, é normal que o produto legislativo seja repleto de *atecnias*. Cabe ao intérprete, ao debruçar-se sobre os textos normativos, interpretá-los de modo que as normas neles estabelecidas formem um sistema *coerente*. O *direito* é uma *ciência* em decorrência do trabalho do intérprete e não do *legislador*.

Duas teorias explicam a atividade do cientista do direito. A primeira é a chamada *teoria do legislador racional*, de Santiago Nino, segundo a qual o intérprete, ao efetuar a exegese dos textos normativos, deve atribuir ao legislador *nove* qualidades: a) *unicidade* – consiste numa única vontade; b) *imprecisabilidade* – é eterno; c) *consciência* – é sempre consciente das normas que edita; d) *onisciência* – conhece todas as questões fáticas; e) *operatividade* – jamais edita normas que careçam de aplicabilidade; f) *justiça* – pretende ser justo; g) *coerência* – jamais se contradiz; h) *omnicomprensibilidade* – tudo prevê; i) *precisão* – é sempre preciso, não incorrendo em ambiguidades.<sup>30</sup> A segunda é a *teoria da interpretação criativa*, de Ronald Dworkin, segundo a qual o intérprete deve respeitar o *princípio da inte-*

<sup>27</sup> A frase é atribuída a Agostinho Avim por ATALIBA, Geraldo. Autarquia sob forma de sociedade anônima. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano I, v. 3, p. 137-149, jan./mar. 1968. p. 139.

<sup>28</sup> Reza o dispositivo: “A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei”.

<sup>29</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4-5.

<sup>30</sup> Cf. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 11. ed. Barcelona: Ariel, 2003. p. 328-329. Sobre a teoria do legislador racional *vide*: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 281-282. *Vide* também nosso: *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 212-214.

*gridade*, de modo que tanto o produtor da norma, o legislador, como o aplicador da norma, o juiz, devem considerá-la como integrante de um sistema “moralmente coerente”.<sup>31</sup> Ao contrário do difundido pela *escola genovesa*, não é o intérprete que cria a norma,<sup>32</sup> ele *descobre* a norma no texto – não é uma atividade criativa, mas cognitiva. Deve, contudo, na interpretação do texto, assumir certas *pressuposições científicas*: deve pressupor que as normas extraídas do texto fazem parte de um todo coerente, do ponto de vista linguístico e axiológico. Perceba-se a diferença: a *exegese* – determinar o sentido e o alcance das normas que constam de um texto normativo – sem essa pressuposição leva a um resultado totalmente diferente do resultado obtido a partir dessa pressuposição.

No direito administrativo, afirma-se que as normas devem ser interpretadas tendo em vista os *princípios* que regem a Administração Pública.<sup>33</sup> Assim, entre duas interpretações possíveis, deve-se acolher a interpretação mais condizente com os *princípios estruturantes* do regime jurídico administrativo. Nas palavras de Geraldo Ataliba: “determina-se a vontade da lei pelo resultado da combinação dos princípios gerais do sistema e dos princípios particulares do ramo em que ela se insere, com o seu conteúdo mandamental próprio”.<sup>34</sup> Quando o conceito jurídico empregado na *literalidade* do texto normativo é incompatível com os princípios estruturantes que regem a Administração Pública, configura-se uma *contrafação administrativa*.

Há quem negue a existência de uma ciência do direito. Para alguns, inexistente o dever de seguir as referidas pressuposições. Segundo esse ponto de vista, não existe “interpretação correta”, mas interpretações possíveis, sendo a escolha de uma delas sempre uma decisão volitiva e não cognitiva.<sup>35</sup> Dessarte: como inexistente, para eles, um critério racional para estabelecer quais normas extraem-se dos textos normativos, a definição envolve um ato de vontade, não um ato da razão. Para quem

<sup>31</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 213 *et seq.* Vide também nosso *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 214-219.

<sup>32</sup> Entre os defensores de que a norma é produto da interpretação, destaca-se: GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. 7. ed. México: Porrúa, 2006. p. 3; *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 25-26. Segue essa orientação, na doutrina brasileira, entre tantos: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008. p. 129-131. Sem desprestigiá-los, discorda-se: não é o intérprete que produz a norma, ele “descobre” a norma a partir da *correta* exegese dos textos normativos, “correta” em decorrência do respeito às exigências científicas aqui referidas.

<sup>33</sup> A palavra “princípio” é *ambígua* na ciência do direito. Possui, atualmente, dois significados principais: a) elemento estruturante do sistema jurídico; b) valor positivado no sistema jurídico. Cf. nosso *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 11 *et seq.* O primeiro conceito, ora empregado, refere-se ao que na *teoria dos sistemas* chama-se de *centralização*: os sistemas possuem alguns elementos mais importantes que outros e centralizam-se ao redor deles. Cf. BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. 3. ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 103.

<sup>34</sup> ATALIBA, Geraldo. Autarquia sob forma de sociedade anônima. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano I, v. 3, p. 137-149, jan./mar. 1968. p. 146.

<sup>35</sup> É a posição de KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 470-473.

pensa assim, não há sentido em falar de contrafação administrativa: ela decorreria de uma *proposta* de interpretação, e nada indicaria que essa proposta deva prevalecer.<sup>36</sup> Discorda-se desse posicionamento com veemência: como a interpretação correta exige valoração, não se chega a ela, de fato, por meio da aplicação de uma fórmula matemática; sem embargo, a dificuldade em estabelecer a interpretação correta – a mais respeitosa aos referidos pressupostos científicos – não significa que ela inexista. Dito isso, não se pode negar: a posição aqui defendida é reforçada pela submissão ao modelo do (neo)*constitucionalismo*, a seguir brevemente examinado.

### 3.3 Interpretação conforme a Constituição

A existência de uma resposta juridicamente correta é reforçada nos sistemas jurídicos regidos pelo modelo do constitucionalismo. Em síntese: da Constituição extrai-se um conjunto de normas marcadas por duas características: rigidez e supremacia.<sup>37</sup> Toda norma infraconstitucional contrária às normas constitucionais é considerada *revogada*, se anterior à Constituição, ou *inválida*, se posterior. Por força disso, havendo duas possíveis interpretações, uma delas incompatível com o texto constitucional, e outra compatível com ele, o intérprete é obrigado a adotar a *interpretação conforme*.<sup>38</sup> E mais: havendo duas interpretações, uma delas mais compatível com a Constituição, o intérprete é obrigado a adotar a interpretação *mais compatível*.<sup>39</sup> No modelo do constitucionalismo, portanto, avolumam-se as *pressuposições científicas*. Contemporaneamente, entende-se que o texto constitucional compreende também uma *ordem objetiva de valores*.<sup>40</sup> Eis a principal característica do *neoconstitucionalismo*: as normas infraconstitucionais devem

<sup>36</sup> Carlos Ari Sunfeld nega a existência de um sistema jurídico (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 35) e, pois, de uma ciência do direito (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 36). Coerente com essa premissa, nega o dever de se interpretar as normas de direito administrativo de acordo com “princípios” estruturantes (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 203). Se corretas as premissas do autor, o direito seria apenas uma *técnica*, manipulada tendo em vista os vários interesses sociais, e a interpretação prevalente seria a vencedora no embate desses interesses. Nada impede, porém, a adoção de outras premissas. Existem pressupostos que, se seguidos, permitem uma *verdadeira* ciência do direito. A interpretação que deve prevalecer não é interpretação vencedora do jogo de interesses sociais, mas a que cumpra mais satisfatoriamente os referidos pressupostos científicos.

<sup>37</sup> Por todos, afirma Luís Roberto Barroso: “A Constituição é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 107). Vide também nosso *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 32-36.

<sup>38</sup> Cf. LAURENTIIS, Lucas Catib de. *Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012. *Passim*. Vide também nosso *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 41-48.

<sup>39</sup> Trata-se da interpretação orientada para Constituição. Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 290.

<sup>40</sup> Sobre o tema vide nosso *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 13-17.

ser consideradas como parte de um processo de concretização dos valores constitucionais.<sup>41</sup> Deve o intérprete optar pela interpretação que melhor concretize a *axiologia constitucional*.

### 3.4 Vontade do legislador

Muitas vezes o texto normativo indica, claramente, que a fraude conceitual foi desejada pelo legislador. Daí a indagação: a *intenção* do editor normativo descaracteriza a contrafação? Trata-se do antigo debate sobre a prevalência da *voluntas legis* ou da *voluntas legislatoris*. Pela última, também chamada de *teoria subjetiva*, o intérprete deve considerar como finalidade da norma o que pretendeu o editor normativo, é a vontade do editor que dá o norte à interpretação teleológica; pela teoria da *voluntas legis*, também chamada de *teoria objetiva*, a finalidade normativa é estabelecida pela análise dos textos normativos globalmente considerados, sendo irrelevante a vontade do editor.<sup>42</sup> A sobrevivência da teoria subjetiva só se explica como expediente retórico de quem quer ver prevalecer propósitos incompatíveis com o direito vigente. Ronald Dworkin, num paralelo entre a interpretação jurídica e a interpretação de uma obra literária, deixa evidente o desacerto da teoria subjetiva: é absolutamente irrelevante saber o que Shakespeare pensava sobre Hamlet para dar a melhor interpretação de sua obra.<sup>43</sup> Entre nós, Geraldo Ataliba sustentou, com igual brilhantismo, a mesma posição: “o que importa à hermenêutica jurídica é a vontade da lei e não do legislador; e a vontade da lei está no seu texto, interpretado sistematicamente, em harmonia com o todo unitário formado pelo sistema jurídico”.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Sobre o tema, *vide*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1137-1139; HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida *et al.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 108.

<sup>42</sup> Por todos *vide*: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 165-204. Na nota n. 10 do final do Cap. V, Engisch apresenta sua posição: “continuo a considerar a teoria subjectivista como correta” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 202). Equivoca-se, pelos motivos a seguir expostos.

<sup>43</sup> DWORKIN, Ronald. O direito como interpretação. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (Org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010. p. 26. A teoria é aprofundada em: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 377 *et seq.*

<sup>44</sup> Cf. ATALIBA, Geraldo. Autarquia sob forma de sociedade anônima. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano I, v. 3, p. 137-149, jan./mar. 1968. p. 143. Pouco adiante o aclamado publicista apresentou explicação que, pelo rigor do raciocínio, merece transcrição: “O exegeta, diante do direito, ao interpretá-lo, deve haver-se como quem contempla uma pintura. É irrelevante saber qual foi a intenção do artista. Não tem a menor importância o que quis (momento subjetivo e psicológico) o autor, senão na medida em que traduziu o seu querer, idoneamente, na sua obra. Um quadro vale pelo que é. O espírito do pintor entra em cogitação, só na medida em que ele efetivamente se expressou com felicidade, no produto de seu trabalho”. E pouco adiante conclui: “Em suma: a intenção do artista é relevante só na medida em que se traduz *efetivamente* na sua obra. E se contrastarem a intenção e a obra, não tem o menor cabimento pretender prevaleça aquela sobre esta. Todas estas considerações são apropriadas à exegese jurídica e à discussão do problema da vontade da lei e da vontade do legislador” (ATALIBA, Geraldo. Autarquia sob forma de sociedade anônima. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano I, v. 3, p. 137-149, jan./mar. 1968. p. 144).

Como bem observa Victoria Iturralde Sesma, o que se chama de legislador não é uma pessoa física, mas órgãos diversos compostos de muitas pessoas.<sup>45</sup> Como o direito é um *fenômeno institucional*, a “vontade do direito” não se confunde com a vontade das pessoas físicas que compõem os órgãos legislativos. Uma lei aprovada pelo Parlamento, observa com apoio em Jeremy Waldron, é uma lei do Parlamento e não um ato do partido majoritário.<sup>46</sup> Daí a distinção entre *intenção* e *propósito*: o legislador tem ao editar a lei, geralmente, o propósito de causar certos efeitos, mas o significado dos textos deve ser compreendido independente de seus propósitos.<sup>47</sup> Por isso, promulgar uma norma é uma “emissão linguística de caráter *realizativo*” (performativo).<sup>48</sup>

A *vontade* da pessoa do parlamentar é tão irrelevante na função legislativa que inexistente, nela, *vício subjetivo de desvio de poder*, como pioneiramente concluiu Pedro Serrano em primorosa monografia.<sup>49</sup> Assim, caso um deputado ou um senador, ao votar o projeto de lei, o faça com vício de vontade – equivoque-se, por exemplo, na compreensão do que esteja votando –, esse vício será irrelevante para a validade do diploma normativo. Por certo, a *vontade* é irrelevante no exercício da função legislativa,<sup>50</sup> o que importa é se as exigências constitucionais para a produção de uma lei foram observadas e se o produto, em si mesmo considerado, é ou não compatível com o conteúdo da Constituição.

Assim, ainda que do ponto de vista literal, fique evidente que o editor normativo pretendeu empregar o conceito para uma situação incompatível com o regime jurídico a ele associado, esse propósito legislativo *não vincula o intérprete*. A análise sistemática prevalece sobre a *literalidade* quando esta leva a resultados esdrúxulos. Foi o que sustentou Celso Antônio Bandeira de Mello, em primoroso parecer sobre a interpretação da Lei Paulista nº 7.251/62, que instituiu a fundação para o livro escolar: “se a obscuridade e contradição no texto da lei fosse irresolúvel dentro do próprio diploma em tela, por falta de indícios que inclinassem o fiel da balança em um ou outro sentido, ter-se-ia que recorrer a outros critérios”.<sup>51</sup> Logo em seguida,

<sup>45</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. *Interpretación literal y significado convencional*. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 78.

<sup>46</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. *Interpretación literal y significado convencional*. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 96.

<sup>47</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. *Interpretación literal y significado convencional*. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 95.

<sup>48</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. *Interpretación literal y significado convencional*. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 95. A teoria dos atos realizativos ou performativos foi desenvolvida por AUSTIN, John L. *Cómo hacer cosas con palabras*. Traducción Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi. Barcelona: Paidós, 2004. Os ilustres tradutores preferiram traduzir *performative* por *realizativo* e não por *performativo* (AUSTIN, John L. *Cómo hacer cosas con palabras*. Traducción Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi. Barcelona: Paidós, 2004. p. 48). Apesar de muitos, entre eles Iturralde Sesma, preferirem essa tradução, o fato é que no Brasil difundiu-se a outra.

<sup>49</sup> SERRANO, Pedro Estevam A. P. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997. p. 97-99.

<sup>50</sup> Cf. nosso *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 55-56.

<sup>51</sup> BANDERA DE MELLO, Celso Antônio. Personalidade de direito público. *Revista de Direito Público*, ano I, v. 1, p. 115-142, jul./set. 1967. p. 130. Interessante observar que referida lei foi expressamente revogada pela Lei

apresenta o critério: “nesse caso, seria indispensável contemplar o sistema dentro do qual se insere a lei para ajuizar sobre a matéria – não mais em função da lógica interna do texto questionado – mas em função do ordenamento jurídico em cujo ambiente normativo está incluída [...] e com o qual se relaciona articuladamente”.<sup>52</sup> E, com primor da mais abalizada doutrina, conclui em lição insuperável:

Um texto legal, qualquer que seja ele, não paira no vácuo; não é uma peça isolada, uma unidade estanque, autônoma, e inteiramente autossuficiente. Pelo contrário, qualquer texto normativo se integra em um todo harmônico e coerente, como parte que é de um sistema governado por princípios lógicos que associam e articulam o conjunto de leis, compondo o sistema jurídico.<sup>53</sup>

Percebe-se que a boa doutrina brasileira já afirma, de longa data, a teoria hermenêutica hoje difundida por Dworkin.

## 4 Espécies de contrafações administrativas

Consoante exposto, por trás de uma *contrafação administrativa* existe sempre um elemento normativo textual. A partir dessa constatação, as contrafações podem ser classificadas em dois grupos. Em muitos casos, em que pese o elemento textual, pelos motivos expostos, é possível dar uma *interpretação conforme* ao texto normativo considerado, de modo que a interpretação correta do texto afasta a contrafação. Logo, o texto que aparentemente, num primeiro golpe de vista, na literalidade, leva a uma *fraude conceitual*, submetido à correta interpretação, é fonte de normas jurídicas válidas. A contrafação é superada pela atividade hermenêutica. Da exegese, resultam normas juridicamente compatíveis com a Constituição, ou seja, dotadas de *validade jurídica*. A mácula textual, nesse caso, não impede a validade das normas jurídicas nele contidas. Chamar-se-á essas contrafações de *contrafações administrativas aparentes*.

O segundo grupo refere-se aos casos em que os elementos textuais não permitem a interpretação conforme, de modo que a interpretação correta dos textos normativos leva a *normas jurídicas inválidas*, incompatíveis com o texto constitucional. Não

Estadual nº 12.498/06, mas teve sua vigência reestabelecida, em 27.12.06, pela Lei Estadual nº 13.982/10. Referido diploma normativo, publicado em 17.3.10, estabeleceu no art. 2º a retroatividade de seus efeitos, em relação à Lei nº 7.261/62. Coisas deste país tupiniquim: a fundação voltou a existir no mundo jurídico antes da publicação da lei que reestabeleceu sua existência. Sem embargo, o antigo parecer do aclamado professor paulista volta a ter atualidade.

<sup>52</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Personalidade de direito público. *Revista de Direito Público*, ano I, v. 1, p. 115-142, jul./set. 1967. p. 130.

<sup>53</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Personalidade de direito público. *Revista de Direito Público*, ano I, v. 1, p. 115-142, jul./set. 1967. p. 130.

se extraem do texto, por maior que seja o esforço hermenêutico, duas possibilidades normativas e, entre elas, uma compatível com a Constituição. Do texto resultam normas inconstitucionais. A mácula textual compromete a validade das normas nele contidas. Chamar-se-ão essas contrafações de *contrafações administrativas reais*.

A *técnica da interpretação conforme encontra limites*. Nem o *sentido literal* nem o *propósito do editor*, nos termos retroexplicados, impedem-na. Nas palavras de Rui Medeiros “o recurso à interpretação conforme não pode contrariar o *sentido inequívoco que se extrai da fórmula normativa objetivada no texto*”.<sup>54</sup> Não pode o intérprete, a pretexto de interpretar, produzir outro texto normativo. Este é, na lição de Konrad Hesse, o *limite inultrapassável* da interpretação constitucional.<sup>55</sup> Quando alcançado o referido limite, resta reconhecer a inconstitucionalidade das normas introduzidas no sistema pelo referido texto. Sem embargo, não se menospreza a força da técnica da interpretação conforme. É mister insistir: nem a literalidade, nem o propósito legislativo impedem-na. A análise sistemática, vale dizer, a busca pela *coerência textual e axiológica com o direito globalmente considerado*, permite uma *interpretação extensiva, restritiva e modificativa* do texto literal, tema retomado adiante. Antes de enfrentá-lo, cumpre examinar dois graves problemas que envolvem as contrafações administrativas: é comum que elas encontrem grande apoio na *doutrina* e na *jurisprudência* pátrias. Por que isso acontece?

## 5 Apoio doutrinário

Na contrafação o *conceito* é invocado para uma situação incompatível com o regime jurídico a ele associado. Como o legislador, no regime democrático, não é, regra geral, cientista do direito, é absolutamente normal que nos textos legislativos existam atecnias. Se todo jurista que lesse o texto, percebesse, de plano, que na verdade é aplicável outro conceito, associado a outro regime jurídico, a contrafação não se caracterizaria como tal. Haveria tão somente um engano, por quem produziu o texto, no emprego das palavras, engano facilmente resolvido na exegese. Ocorre que boa parte da doutrina aceita o emprego do conceito equivocado, considerando-o correto. As *contrafações administrativas*, reconhece-se, encontram largo apoio doutrinário. A questão que se apresenta é: por que isso acontece?

<sup>54</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 312-313. Sobre o tema, vide nosso *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 43-45.

<sup>55</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida *et al.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 117.

A explicação está no caráter *operativo* ou *criptonormativo* da ciência do direito.<sup>56</sup> A *norma jurídica* envolve uma *situação comunicativa*.<sup>57</sup> As *interações comunicativas* são caracterizadas pela *não unilateralidade*: se o comportamento do emissor interfere no comportamento do receptor, este, ao interagir, interfere sobre o comportamento do emissor.<sup>58</sup> É fácil perceber a relação de poder que envolve a emissão da mensagem comunicativa pelo editor normativo, mas não é tão evidente a participação do destinatário nessa relação. Como bem explica Tercio Sampaio Ferraz Jr., se o editor normativo *codifica* a mensagem, quando edita o texto, essa mensagem precisa ser *decodificada* pelo destinatário.<sup>59</sup> O que faz o cientista do direito? Afirma como a mensagem deve ser codificada. Ora, no fim das contas, o *dever-ser* que prevalecerá, como disciplina da conduta, não é o *dever-ser* desejado pelo editor normativo, mas o *dever-ser* decodificado pelo destinatário. Daí o problema: como saber se o cientista do direito, ao propor como deve ser interpretado o texto e compreendida a norma, o faz tendo em vista apenas suas convicções científicas sobre a correta interpretação (*atividade cognitiva*) e não a *intenção* de influir sobre o comportamento e, pois, definir como as pessoas devem se comportar em face da norma (*atividade operativa*). A ciência do direito não tem apenas um caráter científico, mas *normativo*, ainda que esse caráter normativo fique escondido – daí seu caráter *criptonormativo* – sob uma inexistente imparcialidade científica.

Kelsen notou esse problema da ciência do direito: para o aclamado jusfilósofo as *proposições* da ciência do direito são “proposições normativas” (*Sollsätze*), “por descreverem normas de *dever-ser*”,<sup>60</sup> mas, enquanto as normas são prescritivas, as proposição são descritivas. Afirmou, então, a *ambiguidade* do *dever-ser*: há o *dever ser prescritivo* e o *dever ser descritivo*.<sup>61</sup> O caráter problemático desse *dever ser* descritivo, nos termos já expostos, levou Kelsen a negar, no campo hermenêutico, a possibilidade de uma ciência do direito: só é possível, cientificamente, afirmar as várias possibilidades de interpretação de um texto normativo; a escolha entre essas possibilidades é sempre um *ato político*.<sup>62</sup> Assim, na *teoria pura* a atividade

<sup>56</sup> O caráter operativo é enfatizado por VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Traducción de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 102. O caráter criptonormativo é apontado por FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980. p. 55.

<sup>57</sup> A norma é estudada como situação comunicativa por FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2002.

<sup>58</sup> Por todos: WATZLAWICK, Paul; BEVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana*. 21. ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2010. p. 114.

<sup>59</sup> Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 285-287.

<sup>60</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 116.

<sup>61</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 116.

<sup>62</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 469-473.

cognitiva restringe-se a indicar as possibilidades, a escolha de qual deve prevalecer é uma atividade volitiva e, pois, não científica. Theodor Viehweg chegou à conclusão parecida: ainda que o cientista aponte qual interpretação deve prevalecer, a afirmação científica *jamaís*, na visão dele, terá apenas caráter cognitivo,<sup>63</sup> o que o leva a negar a existência de uma verdadeira ciência do direito. Esta é, para Viehweg, uma teoria “que influi no comportamento social”.<sup>64</sup>

O caráter *operativo* ou *criptonormativo* da ciência do direito é a explicação teórica para o amplo apoio doutrinário às contrafações administrativas.<sup>65</sup> Como o *poder econômico* tem, na sociedade capitalista contemporânea, grande influência, é natural que boa parte da doutrina adote interpretações consentâneas aos interesses do poder econômico. Isso se intensifica numa sociedade consumida pela corrupção. É ilusão pensar que só o editor normativo é movido por propósitos corruptos. Assim como a corrupção influencia o agir do legislador, influencia também o agir do jurista, encarregado de propor a interpretação da norma.

Ao contrário de Kelsen e Viehweg, defende-se a existência *real* de uma ciência do direito. É possível buscar a *interpretação correta*, tendo em vistas as pressuposições mencionadas anteriormente e, pois, buscar a interpretação do texto de modo que as normas dele extraídas sejam, *na maior medida possível, coerentes* com o ordenamento jurídico globalmente considerado, e coerentes não só do ponto de vista *textual*, mas também, e principalmente, *valorativo*. Como diz Dworkin, interpretar um texto normativo é dar a ele um sentido que o torne o “melhor texto possível”, tendo em vista a *pretensão do direito* de realizar a *justiça*.<sup>66</sup> Sem desprezar o caráter operativo, é possível sim uma atividade hermenêutica assentada principalmente na atividade *cognitiva*, mediante a qual se busca a interpretação que se acredita *correta*, tendo em vistas as premissas teóricas assumidas. Nada impede que a *decodificação* se dê com fundamento *apenas* na *crença científica*, e não na realização de certos interesses. Se por um lado é possível a interpretação do direito como uma *técnica* em prol de certos interesses, por outro é perfeitamente possível a interpretação como atividade *científica*.<sup>67</sup>

Adota-se, porém, o conceito de Karl Popper sobre verdade científica. Fazer ciência é propor uma tese à crítica da comunidade científica, sendo verdadeira a tese

<sup>63</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Traducción de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 102-103.

<sup>64</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Traducción de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 102-103.

<sup>65</sup> Sobre o tema, *vide* nosso As divergências no direito administrativo. *Fórum Jurídico*, São Paulo, ano 3, n. 5, p. 84-87, jul. 2014.

<sup>66</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 64-65. Sobre a pretensão de justiça, inerente ao conceito de direito, *vide* ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Soane. Granada: Comares, 2005.

<sup>67</sup> Sobre o tema, *vide* nosso *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 229-234.

que resiste à crítica.<sup>68</sup> A teoria foi brilhantemente aprofundada por Jürgen Habermas: enunciado verdadeiro é o que “resiste a todas as tentativas de refutação”, de modo que a verdade é uma situação provisória de esgotamento do debate científico, sempre passível de ser retomada, caso surjam argumentos melhores.<sup>69</sup> Faz-se essa observação em homenagem aos que discordam. O cientista que considera o emprego de um conceito descabido porque a situação perante a qual ele é empregado é incompatível com o regime jurídico associado ao conceito, e vê nisso um encobrimento do conceito correto e, pois, do regime jurídico, de fato, incidente, defende a existência de uma *contrafação administrativa*. Muito provavelmente acreditará que aqueles que consideram correto o emprego do conceito, fazem-no por estarem comprometidos com certos interesses que o emprego conceitual beneficia. Por mais que esteja convicto, porém, o cientista que adota uma concepção discursiva de verdade defende suas convicções com a máxima humildade possível. Feita essa ressalva, reconhece-se: tendo em vista o caráter criptonormativo da ciência do direito, a existência de farta doutrina acolhedora da *contrafação* não é suficiente para legitimá-la. Em países dominados pela corrupção, diante do fato inegável de que esta atinge não só o editor, mas o destinatário, vale dizer, não só a *codificação normativa*, mas também a *deco-dificação*, não se pode aceitar acriticamente as posições consolidadas na doutrina.

## 6 Apoio jurisprudencial

Pelas razões expostas, as contrafações, regra geral, amparam-se em sólida doutrina. Nada mais natural que também encontrem forte respaldo jurisprudencial. Não é missão do magistrado elaborar estudos para resolver os casos que lhe são submetidos. Deve dar rápida solução aos conflitos e, para tanto, apoia-se na produção doutrinária. Se a doutrina aceita a contrafação, é bem provável que a jurisprudência também a aceitará. Daí o problema: a consagração jurisprudencial desconstitui a contrafação?

Para a *teoria realista*, o direito é o que o magistrado diz,<sup>70</sup> de modo que a ciência do direito consistiria numa *predição* de como os magistrados decidirão as demandas.

<sup>68</sup> POPPER, Karl R. *Em busca de um mundo melhor*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-96.

<sup>69</sup> HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 254-257. Transcreve-se a explicação do aclamado filósofo: “Quando, no decorrer de um processo de argumentação, os envolvidos se convencem de que, dispondo de todas as informações pertinentes e depois de pesar todas as razões relevantes, esgotaram o potencial de objeções possíveis contra ‘p’, não há motivos para continuar a argumentação. Em todo caso, não existe mais um motivo racional para manter uma atitude hipotética em relação à pretensão de verdade levantada para ‘p’, mas que foi temporariamente suspensa” (HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 256).

<sup>70</sup> Sobre o realismo, *vide*, por todos: OLIVECRONA, Karl. *Linguagem jurídica e realidade*. Tradução de Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 24 *et seq.*

Trata-se de uma orientação teórica absolutamente equivocada. Caso fosse correta, estudar-se-iam nas faculdades de direito história e psicologia, para, na pesquisa da vida do julgador, tentar antever como ele decidirá um conflito. Assim, mais importante do que examinar textos normativos vigentes, numa demanda sobre danos provocados por um cachorro de estimação, dever-se-ia verificar se o juiz teve ou tem um cachorro, se gosta de cachorros, se já foi atacado por um. O singelo exemplo evidencia: direito consiste na compreensão correta dos textos normativos vigentes e não na predição de como serão interpretados pelo Judiciário. O magistrado, sendo um ser humano, pode acertar ou errar na atividade hermenêutica. Daí o problema: o que ocorre se ele erra?

Para o caso concreto, a *coisa julgada* – a decisão judicial da qual não caiba mais recurso – consiste, na feliz expressão de Tercio Sampaio Ferraz Jr., numa *regra de calibração* do sistema jurídico.<sup>71</sup> Com efeito: eternizar o conflito a pretexto de resolvê-lo de forma justa é mais injusto do que resolvê-lo injustamente.<sup>72</sup> Justamente por isso, o sistema assimila os *erros* do Judiciário e considera acertada, para o caso concreto, a interpretação jurisdicional equivocada que transitou em julgado. Essa calibração dá-se no *controle jurisdicional difuso*, mas não se dá no *controle jurisdicional concentrado*. Nos termos já explicados, a *interpretação* e a *invalidade* normativas não decorrem da vontade do intérprete, mas da correta compreensão do direito: ou a norma “x”, com determinado conteúdo, extrai-se do texto vigente, ou não se extrai dele; ou a referida norma é *válida*, ou não é. A opinião do julgador não altera esses fatos. Se do texto se extrai a norma “x” e ela é inválida, não é porque o julgador afirmou extrair-se do texto a norma “y” ou que a norma “x” é válida, que passou, de fato, a se extrair do texto a norma “y” ou que a norma “x” tornou-se válida. Pois bem, para o caso concreto o sistema assimila o erro do julgador, mas não há assimilação no plano abstrato. Se o julgador considerou válida uma norma inválida, ou se afirmou extrair-se do texto uma norma “y” quando se extrai uma norma “x”, no plano abstrato continuará havendo invalidade e continuará extraindo-se do texto a norma “x”.

É por essa razão que a *coisa julgada* no controle concentrado de constitucionalidade difere sensivelmente da coisa julgada no controle difuso. Se o STF declara inconstitucional uma lei que é constitucional, ela é retirada do mundo jurídico, mas nada impede que o Poder Legislativo edite, no dia seguinte, outra lei com igual conteúdo, reintroduzindo a questão.<sup>73</sup> Impugnada a validade dessa lei perante o STF, nada impede que a Corte reconheça seu erro e, dessa vez, considere-a válida. Ao revés, se a Corte declara a constitucionalidade de uma lei inconstitucional, nada

<sup>71</sup> Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2002. p. 131 *et seq.*

<sup>72</sup> Cf. nosso *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 81-83.

<sup>73</sup> Por todos: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 158-159.

impede que a ação seja reproposta.<sup>74</sup> A ação pode ser ajuizada no dia seguinte do julgamento, ainda que, em termos práticos, se não houve alteração da composição da Corte, e não transcorreu tempo razoável da decisão, é bem provável que o Tribunal reitere a decisão. Perceba-se: como a *regra de calibração* não atua no plano abstrato, se a ADI foi julgada improcedente, ela pode ser reproposta. E a Corte, no reexame da questão, pode reconhecer o equívoco anterior e, dessa vez, declarar a inconstitucionalidade da norma.

Ronald Dworkin, com absoluta razão, afirma que a ciência do direito, e a comunidade em geral, não deve silenciar-se diante do erro do Judiciário.<sup>75</sup> A *crítica* pode convencer os julgadores de que erraram e, no reexame das questões, eles podem vir a acertar. Se, porém, os magistrados persistirem no erro, observa também com absoluto acerto Dworkin, o fato não põe fim à *verdade científica*, pois “os juízes mais velhos irão morrer ou se aposentar”.<sup>76</sup> Se a crítica doutrinária for persistente, é bem provável que os magistrados mais novos, aos substituírem os que erraram, venham a acertar.

As considerações de Dworkin fundamentam a resposta à pergunta proposta: a consagração jurisprudencial da contrafação administrativa não a elimina. Cabe à boa doutrina insistir em apontá-la na firme esperança de que: a) os magistrados que erram percebam o erro e acertem quando voltarem a examinar a contrafação; ou b) os novos magistrados, que substituírem os mortos e aposentados, não cometam o mesmo erro. Como o direito não é o que o Judiciário diz, deve a doutrina, mesmo diante da interpretação equivocada do magistrado, insistir à exaustão sobre a correta interpretação normativa.

## 7 Consequências dogmáticas

Com apoio doutrinário e jurisprudencial, as contrafações configuram grave problema jurídico. A alteração da lei em que a contrafação encontra arrimo soluciona o problema, mas se trata de solução política e não jurídica. Interessa aqui a solução *de lege lata* (e não *de lege ferenda*), vale dizer, sem alteração do direito posto. Qual a reação jurídica, do ponto de vista dogmático, à *contrafação administrativa*? A resposta depende da diferença já apresentada entre as duas espécies de contrafações: a aparente e a real.

A reação do direito em face da *contrafação administrativa aparente* é a *correta* interpretação do respectivo texto normativo. Nos termos já expostos, em relação a

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 152-153.

<sup>75</sup> Cf. DWORKIN, Ronad. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 321 *et seq.*

<sup>76</sup> DWORKIN, Ronad. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 232.

ela, o problema é resolvido no âmbito da hermenêutica jurídica. Ainda que o *texto normativo* seja o *limite* da interpretação, ele não restringe o intérprete à chamada *interpretação literal*. A análise sistemática e teleológica, baseada na pressuposição de que o conjunto de normas jurídicas forma um *sistema textual* e *axiológico coerente*, pode levar à *restrição*, à *ampliação* ou até mesmo à *modificação* do sentido literal. No âmbito do *controle de constitucionalidade*, essas três possibilidades dizem respeito às chamadas sentenças *manipulativas* ou *modificativas*, abrangentes das sentenças *restritivas*, *aditivas* e *substitutivas*.<sup>77</sup> Elas indicam a solução para as contrafações aparentes: a *restrição*, *adição* ou *substituição* da parte textual que leva à contrafação.

O tema das sentenças manipulativas ou modificativas envolve caloroso debate doutrinário. Muitos entendem que, por meio dessas sentenças, o Tribunal tornou-se verdadeiro legislador e introduz ou altera normas abstratas no sistema normativo, em frontal violação da separação de poderes. Discorda-se: não há violação, desde que essas sentenças sejam *interpretativas* e decorram da dantes referida *interpretação conforme à Constituição* ou, como explicado adiante, da *declaração de inconstitucionalidade*. Daí a feliz expressão de Vezio Crisafulli: trata-se de uma jurisprudência *a rime obbligate*.<sup>78</sup> Dessarte: o Tribunal Constitucional não tem competência para legislar. Se no texto normativo submetido à sua análise não consta a norma “Y”, o Tribunal não pode, no controle de constitucionalidade, estabelecê-la. Nem pode alterar a norma “X”, constante do texto, e transformá-la na norma “Y”. Se o fizer, de fato, estará invadindo a competência do Parlamento e violando a separação dos poderes.

Sem embargo, nos termos expostos, a interpretação dos textos normativos não se restringe à interpretação literal. É bem possível que, na literalidade, o texto *aparente* contenha a norma “X”, mas, numa interpretação sistemática e teleológica, na verdade, ele contém a norma “Y”. Esta, porém, pode assentar-se em *elementos textuais implícitos*, de modo que o Tribunal apenas *explicita*, revela, esses elementos implícitos. É possível, também, que o texto contenha as normas “X” e “Y”, sendo a “Y” contrária a Constituição e o Tribunal, sem alterar o texto ou reduzindo-o,

<sup>77</sup> Rui Medeiros diferencia as sentenças *restritivas* (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 413-455) das *sentenças modificativas*, abrangentes das *aditivas* e *substitutivas* (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 456 *et seq.*). Segundo Georges Abboud, as sentenças manipulativas, também chamadas de modificativas, abrangem as *aditivas* e as *substitutivas*, mas as *aditivas* abrangem as *aditivas em sentido estrito* e as *reductoras* (ABBoud, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 213 *et seq.*).

<sup>78</sup> Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 462. Calha à fiveleta a explicação de Medeiros sobre a posição da doutrina italiana, berço das sentenças modificativas: “ao contrário do que sucede com as normas legais, a nova norma não pode ser livremente extraída da fantasia da *Corte Costituzionale*, devendo antes resultar da própria disposição impugnada, de outros preceitos princípios legais ou da Constituição. A obra da Corte, mais do que criativa, explicita uma norma implícita, apontando para uma solução necessária ‘em face da lógica intrínseca do sistema’” (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 462).

declara a inconstitucionalidade da norma “Y”, e deixa intacta a norma “X” – é a declaração de inconstitucionalidade *sem* ou *com* redução de texto. Há diferença conceitual: na interpretação conforme, o Tribunal manifesta-se apenas sobre a correta interpretação das normas que estão no texto submetido à sua análise; na declaração de inconstitucionalidade sem ou com redução de texto, o Tribunal declara a inconstitucionalidade de uma das normas contidas no texto.<sup>79</sup> Na primeira ele se restringe à atividade hermenêutica e revela a norma ou as normas constantes do texto; na segunda, após revelar as normas que estão no texto, ele declara a inconstitucionalidade de uma delas.

Nas sentenças *restritivas* há duas possibilidades: a) *sentença restritiva por interpretação conforme*; b) e *sentença restritiva por declaração de inconstitucionalidade*. É possível que do texto examinado conclua-se que uma ou mais palavras têm um significado *menos abrangente* do que o significado literal ou, *no limite*, não possuam significado algum.<sup>80</sup> Nesse caso efetua-se uma *interpretação restritiva*:<sup>81</sup> a *interpretação conforme* indica que as normas constantes do texto possuem um sentido mais restrito do que a literalidade indica. É possível também que, após descobrir as normas existentes no texto, o intérprete conclua que uma delas é inconstitucional e a declaração de inconstitucionalidade exija suprimir uma ou mais palavras. Como o Tribunal pode retirar o texto inteiro do sistema, no controle concentrado, pode retirar uma ou algumas palavras do texto (argumento *a maiori ad minus*), desde que, com isso, não altere as normas abstratas já existentes no mundo jurídico. Em ambos os casos, o Tribunal não insere uma nova norma abstrata no sistema: no primeiro, apura qual norma está no texto e, ao fazê-lo, restringe o sentido literal dos signos dele constantes; no segundo, declara a inconstitucionalidade de uma das normas e, ao fazê-lo, retira do texto uma ou mais palavras.

O Tribunal não pode, porém, acrescentar ou substituir palavras do texto. Nas *sentenças aditivas* e nas *substitutivas*, a atividade do Tribunal, sem alterar o texto, ao dizer como ele deve ser interpretado *estende* ou *modifica* o sentido literal das palavras utilizadas pelo editor normativo. Quando estende, vale-se da *interpretação*

<sup>79</sup> Sobre a distinção entre a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto e a interpretação conforme, *vide*, por todos: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 101-107. *Vide* também nosso *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 46.

<sup>80</sup> O intérprete deve buscar dar a toda palavra do texto normativo um significado útil, mas se não for possível atribuir ao signo um significado compatível com a coerência textual e axiológica do sistema, pode, dependendo do caso, concluir que a palavra não possui, no respectivo texto, significado. Por todos: MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 209-2012.

<sup>81</sup> Por todos, conceitua Alberto Marques: “a interpretação é restritiva quando o intérprete conclui que o texto interpretado é menos abrangente do que parece à primeira vista, e que a *mens legis* tem alcance menor ou sentido mais estreito do que o texto” (MARQUES, Alberto. *Roteiro de hermenêutica*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 44).

*extensiva*:<sup>82</sup> amplia o sentido das palavras empregadas. Apesar de a doutrina não mencionar a *interpretação substitutiva*, ela é de longa data aceita. Nos termos já referidos, prevalece o entendimento de que a denominação dada pelo legislador não tem o condão de indicar o instituto jurídico consagrado na lei. No Código Tributário, como já lembrado, há dispositivo expresso nesse sentido (art. 4º, inc. I). Ora, quando o intérprete conclui que, apesar de estar escrita a palavra “imposto”, na verdade trata-se de “taxa” ou vice-versa, ele efetua a *substituição* dos termos, e não a restrição ou a extensão do significado. Tanto na aditiva como na substitutiva, é mister reiterar, a decisão modificativa consiste numa atividade *cognitiva* e não propriamente *criativa*: limita-se a *apurar* as normas existentes no sistema jurídico, a partir da *correta* interpretação do texto em que elas estão contidas.

Em relação às *contrafações administrativas aparentes*, elas são resolvidas com a *interpretação restritiva, aditiva* ou *substitutiva* do texto que lhes dá apoio. São aparentes porque é possível, na interpretação correta do texto, extrair dele normas compatíveis com a Constituição. Não há invalidade e, portanto, necessidade de declaração da inconstitucionalidade *com* ou *sem* redução do texto. Efetuada a exegese correta simplesmente desaparece a contrafação.

Mais complexa é a reação do direito em face das *contrafações administrativas reais*. Em relação a elas, não há como dar ao texto normativo uma interpretação que o salve, pois nele constam uma ou mais *normas inválidas*. O texto exige a *declaração de inconstitucionalidade sem* ou *com* redução de texto: a) *sem redução*, quando nele existirem outras normas, válidas, que dependam do texto integral – aproveitamento total do texto; b) *com redução*, quando (b1) não existem normas válidas no texto, caso em que ele deve simplesmente ser retirado do mundo jurídico – eliminação total do texto –, ou (b2) existem normas válidas, mas estas dependem apenas de parte do texto, impondo-se a redução – aproveitamento parcial do texto. As contrafações, nesses casos, pedem a declaração de inconstitucionalidade. Quando ela ocorre, no controle concentrado, o problema está definitivamente resolvido. Mas qual é a reação do direito enquanto não se dá a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado?

Em relação às *contrafações reais*, cujo texto normativo que lhes dá arrimo não foi declarado inconstitucional em controle concentrado, cabe ao intérprete propor uma aplicação consentânea aos princípios estruturantes do sistema jurídico e a axiologia jurídica vigente. As *empresas estatais clandestinas* configuram um ótimo exemplo: a criação de uma empresa estatal exige, por expressa disposição

<sup>82</sup> Conceitua Alberto Marques: “a interpretação é extensiva ou ampliativa quando, na conclusão do intérprete, constata-se que a fórmula interpretada é menos ampla e abrangente do que a *mens legis*. O intérprete conclui que o texto legal é mais abrangente (no alcance ou no sentido) do que aparentemente se constata na literalidade do texto” (MARQUES, Alberto. *Roteiro de hermenêutica*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 44).

constitucional, autorização legislativa (CF/88, art. 37, XIX); suponha-se que seja criada uma empresa estatal sem lei que lhe autorize. Por óbvio, sua constituição é inválida, mas, enquanto ela não for desconstituída, rege-se por todas as normas aplicáveis às empresas estatais regularmente instituídas. Por evidente: a invalidade de sua instituição não pode torná-la imune ao direito.<sup>83</sup>

O mesmo raciocínio se aplica às *contrafações reais*. Enquanto não invalidada a norma, cabe ao intérprete invocar a aplicação do conceito correto e do regime jurídico a ele associado, em que pese, pelo texto, ser aplicável outro conceito e, pois, outro regime. Nos termos explicados, o direito, corretamente interpretado, não tolera o emprego do conceito estabelecido no texto normativo para a situação pretendida; não há como, sem grave violação do direito, realizar a aplicação do regime jurídico associado a ele. A solução é invocar o conceito correto para a referida situação e, pois, o regime jurídico respectivo.

## 8 Exemplos de contrafações administrativas

Quanto mais o poder econômico se intensifica na sociedade capitalista e mais a corrupção aumenta, mais surgem *contrafações administrativas*. No direito brasileiro, elas podem, infelizmente, ser colhidas aos racemos. Apresentam-se aqui quatro exemplos, com o registro de que eles estão muito longe de esgotar o assunto. O intuito é exemplificar a ocorrência do fenômeno e não apresentar o catálogo exaustivo das contrafações existentes.

### 8.1 Permissão de serviço público

O primeiro exemplo, nos termos já aludidos, foi apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello: as *permissões de serviço público* configuram *contrafações de concessão de serviço público*.<sup>84</sup> É fácil entender o porquê da assertiva. *Permissão* é o nome dado ao ato administrativo unilateral, de efeitos favoráveis ao administrador, proferido no exercício de competência *discricionária* e caracterizado pela *precariedade*. Por meio desse ato a Administração constitui uma situação vantajosa para o administrado, situação essa marcada pela precariedade. A permissão fica sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade do agente competente, de modo que a qualquer momento pode ser extinta pela *revogação*. Sendo a situação precária, a extinção não acarreta direito à indenização.<sup>85</sup> Estabelecidos brevemente

<sup>83</sup> Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 209.

<sup>84</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 793.

<sup>85</sup> Sobre o tema, *vide* nosso *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 224-225.

os contornos do instituto, evidencia-se o problema: como submeter a outorga do serviço público a esse regime? Se o Estado outorga o serviço, é porque não tem condições financeiras de prestá-lo diretamente, necessita do particular para instalar a infraestrutura necessária à prestação. O particular, para prestar o serviço, deverá fazer investimentos. Apesar dos investimentos realizados, se a situação for precária, a Administração pode retomar o serviço sem pagar qualquer indenização. O menos familiarizado com o direito administrativo percebe: a solução atenta contra todas as bases teóricas da disciplina.

O aclamado professor paulista, apesar de, ao contrário do que faz a maioria da doutrina, perceber aí uma *contrafação*, considerou possível a existência de autênticas permissões de serviço público. Para ele só haveria contrafação quando presentes um de dois critérios: a) a outorga se desse por prazo certo; b) a outorga dependesse de dispêndios vultosos por parte do permissionário.<sup>86</sup> Nesse ponto, sem desprestigiá-lo, discorda-se. Como defendemos em nossa tese de doutoramento, toda *permissão de serviço público* é uma *contrafação de concessão*.<sup>87</sup> Quando não se fazem necessários investimentos, não é lícito ao Estado outorgar a prestação pelo óbvio motivo de que a outorga encarece a prestação. O Estado, ao contrário do particular, presta, por definição, o serviço sem almejar lucro. Assim, teoricamente, a prestação indireta tem que ser mais dispendiosa do que a prestação direta. Logo, a outorga que não demande investimentos é, regra geral, ilícita.<sup>88</sup> Por outro lado, não há como se admitir uma outorga da prestação do serviço ao particular, em que há relação autônoma entre o usuário e permissionário (diferentemente da mera contratação, em que essa relação não se estabelece), caracterizada pela *precariedade*. Se a Administração retomar o serviço sem culpa do permissionário, deverá indenizar-lhe de todos os prejuízos. Só os altos índices de corrupção e a incipiência da ciência brasileira do direito administrativo justificam o instituto da “permissão de serviços públicos”.<sup>89</sup> Justamente por isso, a Constituição equiparou expressamente os conceitos: permissão e concessão sujeitam-se à licitação e, pois, sujeitam-se a prazo, e são firmadas por “contrato” (CF/88, art. 175).<sup>90</sup> Logo, trata-se de *contrafação aparente*: em vez de incidir o regime associado ao conceito doutrinário de permissão, incide, por expressa disposição constitucional, o regime associado ao conceito de concessão.

<sup>86</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 792.

<sup>87</sup> Cf. nosso *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 227.

<sup>88</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 221-222.

<sup>89</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 219-220; 226.

<sup>90</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 227-228.

## 8.2 Empresas estatais

O segundo exemplo é ainda mais corriqueiro do que o primeiro. Por força do art. 173 da CF/88, o campo da exploração da atividade econômica é, regra geral, um campo privado. O Estado pode atuar nesse campo apenas *excepcionalmente*: (a) nos poucos casos de monopólios federais (art. 177 da CF); ou (b) quando a exploração for necessária, nos termos da lei, aos imperativos de segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo (art. 173). Na segunda hipótese a atuação estatal não afasta os particulares do mercado, estabelecendo-se uma *concorrência* entre eles e o Estado. Para que a concorrência não seja desleal, determina a Constituição a *parcial* submissão do Estado ao regime privado (art. 173, §1º, II). Daí a coerência conceitual do sistema normativo vigente: como, nesse caso, o Estado deve se submeter parcialmente ao direito privado, prevê-se a instituição de entes dotados de *forma privada* – as *empresas estatais*, sociedades de economia mista e empresas públicas. Estabelecidos, brevemente, os contornos das empresas estatais no texto constitucional vigente, apresenta-se o problema: foram criadas dezenas, senão centenas, de empresas estatais para *prestar serviço público, realizar obra pública e exercer função pública*.

Perceba-se: há todo sentido na criação de empresas estatais, vale dizer, pessoas jurídicas “de direito privado”, para explorar atividade econômica. Sobre elas incide uma grande quantidade de regras privadas tendo em vista o não afastamento dos agentes privados do mercado e a necessidade de que a concorrência com eles não se torne desleal. Ao revés, qual é o sentido em submeter as entidades que prestam serviço público, realizam obra pública ou exercem função pública ao direito privado? Não há que se falar aí em concorrência desleal. Coerentemente, o constituinte somente se referiu às empresas estatais quando tratou da exploração de atividade econômica. Com apoio no texto constitucional e na única interpretação racional do sistema vigente, defendemos em nossa tese de doutoramento que toda empresa estatal constituída para prestar serviços públicos, realizar obras públicas e exercer função pública é *contrafação de autarquia*.<sup>91</sup> Antes de nós, a tese foi pioneiramente defendida por Toshio Mukai, que, com absoluto acerto, reconheceu: “a personalidade privada é uma fachada que esconde propósitos para afastar o regime jurídico de direito administrativo”.<sup>92</sup> Para o ínclito administrativista descabe, nesse caso, efetuar a *desconsideração da personalidade jurídica*, pois há aí verdadeira *simulação* ou *abuso de forma*.<sup>93</sup> enquanto na desconsideração, desconhece-se a personalidade

<sup>91</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 277.

<sup>92</sup> MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 265.

<sup>93</sup> MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 266.

para certos fins ou efeitos, no abuso desconsidera-se a personalidade de modo permanente. Trata-se, portanto, de outra *contrafação aparente*: quando o legislador se refere ao conceito de *empresa pública* ou *sociedade de economia mista* e não se trata de exploração de atividade econômica, deve-se considerar que, na verdade, refere-se ao conceito de *autarquia*. Noutras palavras, em vez de se invocar o *regime jurídico* próprio das empresas estatais, invoca-se, para essas entidades, o regime jurídico próprio das autarquias.

### 8.3 Concessão administrativa

O terceiro exemplo é mais recente. Por força do art. 175 da CF/88, os serviços públicos podem ser prestados diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. O dispositivo não estabeleceu, percebe-se, que podem ser prestados diretamente ou “nos termos da lei”, mas, sim, insiste-se, diretamente ou “sob regime de concessão ou permissão”. As palavras “concessão” e “permissão” – sendo signos e não ruídos – possuem um significado que, na falta de elemento textual em contrário, constitucionalizou-se junto com o emprego da palavra.<sup>94</sup> Como já explicado, por expressa disposição textual, em relação à *permissão* o constituinte alterou o significado até então associado ao conceito e, com isso, equiparou-a à concessão. Por certo, o próprio constituinte resolveu a contrafação administrativa em relação à permissão de serviço público. Dito isso, toda doutrina reconhece: o que distinguia a concessão e a permissão de serviço público do contrato administrativo propriamente dito, em outubro de 1988, era o fato de que nelas o prestador se remunerava pela própria exploração do serviço.<sup>95</sup>

Ocorre que o legislador infraconstitucional pretendeu atribuir à concessão um *novo conceito* e propôs uma concessão em que o concessionário não é remunerado pela exploração do serviço, mas pelo Poder Público, pelo concessionário –<sup>96</sup> trata-se da *concessão administrativa*, uma das espécies de *parcerias público-privadas*, prevista no art. 2º, §2º, da Lei Federal nº 11.079/04. A *concessão* aí é verdadeira *contrafação de contrato administrativo*. Sem se valer dessa nomenclatura, afirma, com absoluto acerto, Celso Antônio Bandeira de Mello: “não basta chamar um contrato de prestação de serviços como concessão para que ele adquira, como em um

<sup>94</sup> Cf. nosso Natureza jurídica da parceria público-privada. In: DAL POZZO, Augusto Neves *et al.* *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 278-282.

<sup>95</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Natureza jurídica da parceria público-privada. In: DAL POZZO, Augusto Neves *et al.* *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 282-285.

<sup>96</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Natureza jurídica da parceria público-privada. In: DAL POZZO, Augusto Neves *et al.* *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 285-286.

passe de mágica, esta qualidade”.<sup>97</sup> O problema, porém, não se resolve com a mera substituição dos termos, ao contrário do que ocorre nos casos anteriormente referidos. Nas permissões basta invocar o regime das concessões; nas empresas estatais não exploradoras de atividade econômica basta invocar o regime das autarquias. Aqui o problema é mais grave do que nos casos anteriores. O legislador empregou na Lei das Parcerias Público-Privadas o signo “concessão” e não o signo correto, “contrato”, porque o regime do contrato é absolutamente descabido para a proposta veiculada na lei: ajustes de até 35 anos (art. 5º, I).<sup>98</sup> Trata-se, pois, de uma *contrafação real*: empregou-se o termo “concessão” em vez do termo “contrato” porque a situação respectiva é incompatível com o regime jurídico do “contrato administrativo”.

Nas *contrafações aparentes*, invocado o conceito correto, o problema está resolvido; nas *contrafações reais*, não basta a substituição conceitual. Concessões administrativas são contrafações de contratos administrativos e, não sendo concessões, não admitem o regime jurídico estabelecido na Lei Federal nº 11.079/04. Celebrar um contrato administrativo pelo prazo de 35 anos viola vários princípios constitucionais: licitatório, do orçamento anual e, pois, da aprovação anual das despesas do Executivo pelo Legislativo, da direção superior da Administração pelo agente então eleito democraticamente.<sup>99</sup> Em suma: a concessão administrativa é uma *contrafação administrativa* de contrato administrativo e, sendo contrato, é inválida. Enquanto não reconhecida a invalidade pelo Judiciário, o que fazer? Primeiro, aplicar o regime correto às concessões administrativas celebradas, vale dizer, o regime dos contratos e não o regime das concessões. Segundo, e isto é fundamental: se o Judiciário não declara a invalidade da Lei Federal nº 11.079/04, nem por isso obriga o Poder Executivo a celebrar parcerias público-privadas. Cabe aos administradores não celebrar concessões administrativas, a despeito do eventual equívoco de interpretação dos órgãos de controle.

## 8.4 Organizações sociais

Outro exemplo de *contrafação real* é a *organização social*, disciplinada pela Lei Federal nº 9.637/98. Segundo a lei, o Poder Executivo pode qualificar uma entidade sem fins lucrativos como “organização social”, com o intuito de celebrar com ela um “contrato de gestão” e por meio dele repassar à entidade recursos públicos,

<sup>97</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 801.

<sup>98</sup> Cf. nosso Natureza jurídica da parceria público-privada. In: DAL POZZO, Augusto Neves *et al.* *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 289-294.

<sup>99</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Natureza jurídica da parceria público-privada. In: DAL POZZO, Augusto Neves *et al.* *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 290-292.

bens públicos e servidores públicos. Muitas organizações sociais vêm prestando serviços públicos de saúde, educação etc. mediante financiamento integral dos cofres públicos. É de se duvidar que algum intérprete de boa-fé acredite, de fato, que haja aí uma atividade administrativa de *fomento*, em que a Administração apenas *incentiva* o particular a realizar uma ação benéfica ao interesse público. O fomento consiste numa “ajuda” administrativa.<sup>100</sup> Ora, no modelo das organizações sociais a Administração não “ajuda”, ela fornece todo *fundo público* necessário à prestação: bens imóveis e servidores ou o dinheiro necessário ao aluguel dos imóveis e contratação de empregados, todos os recursos financeiros necessários à prestação, entre eles os recursos para compra de insumos, pagamento de empregados, manutenção dos administradores etc. Como negar que quem presta o serviço é a própria Administração? A única diferença em relação à prestação direta é que, no caso das organizações sociais, a *gestão* é privada.<sup>101</sup>

Essa *delegação* da prestação de serviços públicos à OS é chamada de *fomento* para “legitimar” a fuga da incidência do direito administrativo. Não se exige dessas entidades, sob o argumento de que são entidades privadas apenas “fomentadas” pelo Estado, o respeito às leis de licitação, nem se exige que realizem concurso público, nem suas despesas são submetidas às normas de direito financeiro e à necessidade de previsão orçamentária. Enfim, apesar de realizarem atividades da Administração, numa autêntica *delegação*, submetem-se ao direito privado, numa escancarada *fuga* das restrições próprias do regime administrativo. Ocorre que as normas de direito administrativo existem, em grande medida, para proteger o interesse dos administrados, principalmente para evitar a corrupção e, pois, o atentado aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Se o fundo público – bens públicos, servidores públicos, dinheiro público – é repassado integralmente para uma entidade privada, o direito que recai sobre esse fundo, necessário para resguardar os interesses do povo, acompanha-o. O regime de direito administrativo, nesse sentido, importa em obrigações *propter rem* ou *ambulatorias*. Por essa razão, sustentamos que as *organizações sociais*, quando celebram contratos de gestão com o Poder Público, tornam-se *contrafações de autarquias*: pessoas jurídicas que, por gerir um fundo público, devem ser regidas integralmente pelo direito público.<sup>102</sup>

Trata-se de uma *contrafação real*: por evidente, o direito não permite a criação de autarquias nos termos em que são instituídas organizações sociais; a autarquia deve ser criada por lei específica, as organizações sociais são entidades privadas qualificadas pelo Executivo. Há, na qualificação delas e na celebração dos contratos de

<sup>100</sup> Cf. nosso *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 135-137.

<sup>101</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 142-144.

<sup>102</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 144.

gestão, uma *invalidade incontornável*.<sup>103</sup> Contudo, à semelhança do que ocorre com as empresas clandestinas, a invalidade não pode servir de desculpa para imunizá-las à incidência do direito. Os recursos financeiros, bens e servidores públicos não podem, por evidente, ser liberados das amarras protetoras dos interesses dos administrados e inibidoras do espúrio exercício funcional. De modo similar ao exemplo anterior, o problema não se resolve com a substituição conceitual. A substituição do conceito de “organização social” pelo conceito de “autarquia” não afasta a invalidade. Sem embargo, enquanto esta não for reconhecida pelo Judiciário, impõe-se a invocação do regime jurídico correto: o regime próprio das autarquias.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a constitucionalidade da Lei Federal nº 9.637/98, considerou-a integralmente válida.<sup>104</sup> Incidiu em triste e lamentável equívoco de interpretação. Como explicado anteriormente, nada impede que, se a Corte for novamente provocada sobre a validade da Lei Federal nº 9.637/98, não reitere o equívoco. Sem embargo, como a comunidade jurídica deve reagir diante dele? O STF não obrigou a Administração a qualificar entidades privadas como organizações sociais, nem a obrigou a celebrar contratos de gestão. Apenas deixou de retirar a respectiva lei do mundo jurídico. Por conseguinte, espera-se que os aplicadores do direito, em que pesem o erro dos notáveis ministros, não perpetuem os efeitos da contrafação: deixem de qualificar entidades privadas como organização social e de celebrar, com as já qualificadas, contratos de gestão. Em relação aos contratos vigentes, deve-se, a despeito do equívoco da Corte, aditá-los para se exigir, na maior medida possível, o respeito ao regime jurídico correto – o *regime autárquico*.

## 9 Conclusões

**1** O conceito jurídico só tem utilidade se sintetiza um regime jurídico, um conjunto de normas incidente sobre dada situação. Contrafação administrativa consiste no emprego de um conceito para uma situação incompatível com o regime jurídico a ele associado. Nela, referência, denotação ou extensão pretendidas são incompatíveis com o sentido, conotação ou intensão. Não há, na contrafação, apenas um emprego equivocado: ocorre uma fraude, o emprego do conceito errado tem por efeito mascarar, disfarçar, esconder o conceito correto e o regime jurídico respectivo.

**2** Toda contrafação administrativa encontra amparo num texto normativo vigente. O legislador pode, em certos casos, utilizar um conceito em sentido diverso do utilizado pela doutrina. Na dúvida, se o contexto não dá indicações claras em sentido contrário, presume-se que o conceito foi utilizado segundo o “uso consolidado na

<sup>103</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 145.

<sup>104</sup> STF, Plenário. ADI nº 1.923-DF. Rel. Min. Ayres Britto. Rel. para o acórdão Min. Luiz Fux. Julg. 16.4.2015.

linguagem dos juristas”. Muitas vezes, contudo, está claro no texto normativo que o legislador pretendeu utilizar o conceito para uma situação incompatível com o regime a ele associado. Sua liberdade de estipulação é restringida por diversos fatores.

**3** A ciência do direito impõe ao intérprete a assunção de uma série de pressuposições. A principal delas: ele deve pressupor que a norma integra um todo coerente, não apenas do ponto de vista textual, mas também do ponto de vista axiológico. As normas administrativas devem, assim, ser interpretadas de acordo com os princípios estruturantes do direito administrativo. Por força disso, muitas vezes a interpretação teleológica e sistemática prevalece sobre a literal. Essa assertiva é reforçada nos sistemas jurídicos submetidos ao modelo do constitucionalismo: entre duas interpretações possíveis, deve o intérprete escolher a mais consentânea com o texto e com a axiologia da Constituição. Concluiu-se que o propósito do legislador não vincula o intérprete: as normas jurídicas devem ser interpretadas tendo em vista as finalidades extraídas dos textos normativos sistematicamente considerados. Por todas essas razões, a intenção do legislador e a literalidade do texto normativo não legitimam as contrafações administrativas.

**4** Existem dois tipos de contrafações administrativas: as aparentes e as reais. Nas primeiras o problema é resolvido pela invocação do conceito correto e do regime a ele associado. Trata-se, apenas, de um problema de interpretação: efetuada a exegese correta do texto, extraem-se dele apenas normas válidas. Nas segundas, ainda que se invoque o conceito apropriado para a respectiva situação e o regime a ele associado, persistem no texto interpretado normas inválidas.

**5** As contrafações administrativas configuram um grave problema jurídico tendo em vista que, regra geral, encontram forte apoio doutrinário e jurisprudencial. O apoio doutrinário explica-se pelo caráter operativo da ciência do direito. O apoio jurisprudencial pela influência da doutrina sobre a jurisprudência. Concluiu-se que ambos os fatores não são suficientes para legitimar as contrafações.

**6** As contrafações administrativas aparentes exigem uma interpretação restritiva, aditiva ou substitutiva dos textos normativos em que elas aparecem. Essas decisões, no controle de constitucionalidade, são chamadas de modificativas ou de manipulativas. O intérprete, por meio delas, não introduz nova norma no sistema, nem altera as normas existentes. Apenas apura quais, de fato, são as normas existentes no mundo jurídico, a partir da correta exegese dos textos normativos. Nas contrafações reais, o problema não é resolvido apenas pela interpretação, faz-se necessária a declaração de inconstitucionalidade. Enquanto esta não ocorre, deve o intérprete invocar o conceito correto e o regime jurídico a ele associado.

**7** Exemplos de contrafações no direito administrativo brasileiro são colhidos aos racemos. Apresentaram-se quatro exemplos: duas contrafações aparentes e duas reais. As permissões de serviço público e as empresas estatais não exploradoras de atividade econômica são, respectivamente, contrafações de concessão de serviço

público e de autarquia. Trata-se de contrafações aparentes: basta invocar o conceito correto e o regime a ele associado para a solução integral do problema. As concessões administrativas e as organizações sociais são, respectivamente, contrafações de contrato administrativo e de autarquia. Trata-se de contrafações reais: a invocação do conceito correto não faz desaparecer a invalidade das leis nºs 11.079/04 e 9.637/98. Enquanto não reconhecida a inconstitucionalidade desses diplomas pelos órgãos de controle, cabe aos operadores do direito evitar os efeitos da contrafação: por um lado, não celebrando novas concessões administrativas, nem qualificando novas entidades como organizações sociais ou celebrando novos contratos de gestão com as já qualificadas; por outro, invocando o regime dos contratos para as concessões administrativas em vigor e o regime das autarquias para os contratos de gestão em vigor.

---

#### **The theory of administrative fraudulent distortions**

**Abstract:** This paper presents a general theory of administrative fraudulent distortions. These consist in adopting a concept of administrative law to a situation inconsistent with the legal regime associated thereto, so as to conceal the correct concept and its respective regime. These fraudulent distortions in administrative acts are legally protected, or provided for, by the prevailing statutory law, and count on wide support by scholarly writing and case law. As for apparent administrative fraudulent distortions, all it takes is an accurate interpretation of statutory law. As for actual administrative fraudulent distortions, an accurate interpretation is not sufficient to set aside its invalidity. That is to say, for as long as such invalidity remains undeclared, legal interpreters must invoke the correct concept in view of the relevant situation, and the legal regime connected thereto. There are several examples of administrative fraudulent distortions in Brazilian law: public utility permission, government companies not engaged in economic activity, administrative concession, public interest organizations.

**Keywords:** Administrative fraudulent distortions. Legal concepts. Accurate interpretation. Freedom to contract. Lawmaker's intent. Interpretation under the Constitution. Jurisprudence. Public utility permission. Government company. Administrative concession. Public interest organizations.

---

## Referências

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Soane. Granada: Comares, 2005.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ATALIBA, Geraldo. Autarquia sob forma de sociedade anônima. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano I, v. 3, p. 137-149, jan./mar. 1968.

AUSTIN, John L. *Cómo hacer cosas con palabras*. Traducción Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi. Barcelona: Paidós, 2004.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Personalidade de direito público. *Revista de Direito Público*, ano I, v. 1, p. 115-142, jul./set. 1967.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. 3. ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 2008.
- BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.
- CHIERCHIA, Gennaro. *Semântica*. Tradução de Luiz Arthur Pagani *et al.* Campinas: Unicamp, 2003.
- COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2. ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
- CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa*. 2. ed. 17. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. O direito como interpretação. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (Org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2002.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: parte general*. 1. ed. colombiana. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké; Fundación de Derecho Administrativo, 1998.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. 7. ed. México: Porrúa, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida *et al.* São Paulo: Saraiva, 2009.

- HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. Madrid: Alianza, 1976. v. 1.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles (Ed.). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- ITURRALDE SESMA, Victoria. *Interpretación literal y significado convencional*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- LAURENTIIS, Lucas Catib de. *Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MARQUES, Alberto. *Roteiro de hermenêutica*. Curitiba: Juruá, 2003.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. As divergências no direito administrativo. *Fórum Jurídico*, São Paulo, ano 3, n. 5, p. 84-87, jul. 2014.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Natureza jurídica da parceria público-privada. In: DAL POZZO, Augusto Neves *et al. Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MARTINS, Ricardo Marcondes; PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.
- MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 11. ed. Barcelona: Ariel, 2003.
- OLIVECRONA, Karl. *Linguagem jurídica e realidade*. Tradução de Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- POPPER, Karl R. *Em busca de um mundo melhor*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- REY-DEBOVE, Josette; REY, Alain. *Le nouveau Petit Robert*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2002.
- SARAIVA, F. R. S. *Dicionário latino-português*. 11. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 2000.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Tradução de Antônio Chelini *et al.* 30. ed. São Paulo: Cultrix, 2008.
- SERRANO, Pedro Estevam A. P. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Licenças e autorizações no direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, p. 66-72, 1993.

TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 19. ed. México: Porrúa, 2007.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Traducción de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana*. 21. ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 4. ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2005.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016.

---

Recebido em: 12.02.2016

Aprovado em: 14.06.2016