ISSN 1678-5029

DIREITO DO ESTADO

NOVAS TENDÊNCIAS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Teoria Geral do Direito do Estado
Direito Constitucional
Direito Tributário
Direito Administrativo

Edição Especial

DIREITO DO ESTADO

Novas Tendências

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

VOLUME IV – NÚMERO VII

EDIÇÃO ESPECIAL

OUTUBRO/2005

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Prof. Dr. José Carlos Ferraz Hennemann – Reitor
Prof. Dr. Pedro Cezar Dutra Fonseca – Vice-Reitor

FACULDADE DE DIREITO

Prof. Sérgio José Porto – Diretor
Manoel André da Rocha – Vice-Diretor

DIRETORA
Profa. Dra. Cláudia Lima Marques

ACADÊMICO RESPONSÁVEL
Silvio Javier Battello

COORDENADORA DO VOLUME
Profa. Dra. Cláudia Lima Marques

SECRETÁRIA EXECUTIVA
Eliane Kusbick

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Almiro do Couto e Silva
Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira
Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior
Profa. Dra. Claudia Lima Marques
Prof. Dr. Cláudio Fortunato Michelon Jr.
Prof. Franz August Gernot Lippert
Prof. Dr. Humberto Bergman Ávila
Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Jr.
Rep. Dis. Juliana Leite Ribeiro do Vale
Prof. Dr. Francisco Araújo Santos
Prof. Dr. Luís Afonso Heck
Prof. Dr. Luiz Fernando Barzotto
Profa. Dra. Martha Lúcia Olivar Jimenez
Prof. Dr. Peter Walter Ashton
Prof. Dr. Raúl Enrique Rojo
Prof. Dr. Rui Portanova
Prof. Sérgio José Porto

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

DIREITO DO ESTADO – Novas Tendências. Edição Especial. Vol. IV, nº VII (out. 2005)
Porto Alegre PPGDir./UFRGS, 2005.
704 p.; 21,0 x 15,0 cm
ISSN 1678-5029
Semestral
1. Direito: Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do Sul
CDD 34(05)

Tiragem: 500 exemplares

Bibliotecária responsável: Naila Toguinho

Os cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS é uma publicação semestral, elaborado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Todos os direitos são reservados, nenhuma parte pode ser reproduzida ou transmitida sob quaisquer meios, sejam mecânicos ou eletrônicos, incluindo a fotocópia de qualquer informação sem a prévia autorização.

O Conselho Editorial não assume a responsabilidade por qualquer material publicado nesta revista. Os trabalhos publicados representam o pensamento de seus autores.

Serão aceitos para publicação ensaios, artigos e resenhas inéditas, aprovados pelo Conselho Editorial. Para mais informações acesse nossa página: http://www.ufrgs.br/ppgd

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA:

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
Faculdade de Direito - UFRGS
Av. João Pessoa, 80 - 2° andar
Porto Alegre - RS - 90040-000
Fone: 51 3316-3306 - Fone/Fax: 51 3316-3987
e-mail: ppgd@ufrgs.br - http://www.ufrgs.br/ppgd

Pede-se permuta
Piedese canje
We ask exchange
On demande échange
Wir bitten um autausch
Si richiede lo scambio

Apresentação

A presente edição especial é dedicada às pesquisas realizadas por alunos do Curso de Pós Graduação em Direito do Estado da UFRGS, nas áreas de Teoria Geral do Direito do Estado, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Tributário, com a colaboração também de textos de alguns dos professores do Curso.

Os temas tratados refletem as preocupações mais recentes da pesquisa jurídica, fruto de trabalho em conjunto com os Professores do Pós Graduação, na busca da excelência da pesquisa na Universidade Pública. Evidentemente há mais pesquisas que poderiam estar nessa coletânea, mas que por motivos de espaço físico não puderam estar publicadas.

Os professores desse Curso de Especialização em Direito do Estado merecem especial agradecimento pela dedicação e esforço, sem os quais não seria possível referir o sucesso do curso:

Professores: Luis Fernando Barzotto, Cláudio E Michelon Jr., Manoel Gonçalves, Luís Afonso Heck, Humberto Ávila, Plínio Melgaré, Maria Isabel de Azevedo Souza, Itiberê Rodrigues, Leandro Paulsen, Luís Felipe Silveira Difini, Rafael de Cás Maffini, Almiro do Couto e Silva, Diogo de Figueiredo, Luis Henrique dos Anjos e José Levi Mello do Amaral Junior.

Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Júnior

Coordenador do Pós Graduação em Direito da UFRGS
E Coordenador Geral do Curso de Especialização em Direito do Estado

Profa. Dra. Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

Coordenadora Acadêmica do Curso de Especialização em Direito do Estado

Sumário

Primera Parte

TEORIA GERAL DO DIREITO DO ESTADO

Ética e Direitos Fundamentais – Entre o Público e o Privado
Plínio Melgaré 25

Hermenêutica e Interpretação: Um Estudo dos Cânones de Carlos Maximiliano
Elena de Lemos Pinto Aydos 33

O Fornecimento de Medicamentos à Luz da Teoria da Justiça Aristotélica
Ana Paula Zavarize Carvalhal 61

O Constitucionalismo de Valores
Sabrina Piccoli Marques 83

O Diálogo Vertical Recíproco entre os Níveis do Ordenamento Jurídico Brasileiro
Adriano Fernandes Moreira 99

Segunda Parte

DIREITO CONSTITUCIONAL

Liberdade de Comunicação
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira 115

A Declaração de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto
Luís Henrique Martins dos Anjos 137

Sindicabilidade Judicial das Políticas Públicas
Cynthia Candomil Dandolini 153

Advocacia da União e Estado de Justiça
Marcus Ronald Carpes 167

A Reforma do Sistema Eleitoral e Questões Subjacentes
Augusto Tergolina Salton 199

O Direito à Moradia e à Regularização Fundiária nos Assentamentos Urbanos Informais
Cintia Maria Scheid 221

A Uniformização das Decisões pela Súmula Vinculante – A Realização dos Valores Constitucionais: Segurança, Liberdade e Igualdade
Adriana Barzotto Rispoli 251

Eficácia Jurídica das Normas Constitucionais Programáticas
Rafael Dias Toffanello 267

Terceira Parte

DIREITO TRIBUTÁRIO

Considerações sobre a Constitucionalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal
Marlise Fischer Gehres 293

A Natureza Jurídica dos Encargos Emergenciais de Energia Elétrica ("Seguro Apagão")
Luis Antônio Alcoba de Freitas 311

A Revogação da Isenção da Cofins para as Sociedades Civis de Profissionais Liberais
Maurício Nedeff Langaro 341

A Penhora On-line na Execução Fiscal através do Sistema Bacen Jud e a Proteção ao Sigilo Bancário do Devedor
Patrícia Vargas Lopes 377

O Princípio da Isonomia Tributária e sua Aplicabilidade
Juliana Evangelista Montenegro Barbosa 413

A Conseqüência Jurídica do Conflito Normativo entre a Lei Ordinária e a Lei Complementar Tributária
Rogério A. Fernandes de Carvalho 437

Status Isonômico das Leis Complementares e Leis Ordinárias no Direito Tributário Brasileiro
Diego Ferreira 471

As Presunções e Ficções no Direito Tributário
Gabriela Grings Fleck 491

Quarta Parte

DIREITO ADMINISTRATIVO

Atos Administrativos Sujeitos a Registro pelos Tribunais de Conta e a Decadência da Prerrogativa Anulatória da Administração Pública
Rafael Da Cás Maffini 519

A Composição dos Colegiados da Administração Pública Direta e Indireta
Marília F. de Marsillac 539

A Isenção Previdenciária do Servidor Público e o Abono de Permanência
Roberto Carus 573

A Responsabilidade Civil do Estado e o Dano Moral
Jair José Perin 599

A Suspensão do Fornecimento de Energia Elétrica a Usuário Inadimplente e o Entendimento do Superior Tribunal de Justiça
Juliana Druck de Oliveira Souto 615

Tratamento Jurídico da Proteção e Defesa do Usuário de Serviços Públicos
Roberta Bagatini Bassegio 639

Contratação Emergencial e Desídia Administrativa
Marinês Restelatto Dotti 665

Os Contratos de Receita e a Licitação na Modalidade de Pregão
Reginaldo Arnold 687

Índice

Primera Parte: TEORIA GERAL DO DIREITO DO ESTADO

Ética e Direitos Fundamentais – Entre o Público e o Privado
Plínio Melgaré 25

1 INTRODUÇÃO: As Condições Constitutivas do Direito 25

2 DO DIREITO E DO NÃO DIREITO 26

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO 27

CONCLUSÃO 32

Hermenêutica e Interpretação: Um Estudo dos Cânones de Carlos Maximiliano
Elena de Lemos Pinto Aydos 33

INTRODUÇÃO 33

1 HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO 34
1.1 Conceito e Importância da Interpretação 34
1.2 A Interpretação da Constituição 38
1.3 Os Métodos Clássicos de Interpretação 40
1.3.1 Método Literal ou Gramatical 40
1.3.2 Método Histórico 41
1.3.3 Método Sistemático 42
1.3.4 Método Teleológico 43

2 UM ESTUDO SISTEMÁTICO DOS CÂNONES DE MAXIMILIANO 43
2.1 Princípios da Interpretação Constitucional 44
2.1.1 Princípio da Supremacia da Constituição 45
2.1.2 Princípio da Constitucionalidade das Leis e dos Atos do Poder Público 47
2.1.3 Princípio da Interpretação Conforme a Constituição 49
2.1.4 Princípio da Unidade da Constituição 51
2.1.5 Princípio da (Máxima) Efetividade 53
2.2 Do Uso do Costume 54
2.3 Dos Cânones não recepcionados pela Constituição de 1988 57

CONCLUSÃO 57

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 58

O Fornecimento de Medicamentos à Luz da Teoria da Justiça Aristotélica
Ana Paula Zavarize Carvalhal 61

INTRODUÇÃO 61

1 A TEORIA DA JUSTIÇA ARISTOTÉLICA 62
1.1 Justiça Geral 64
1.2 Justiça Distributiva 65
1.3 Justiça Corretiva 66

2 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS 66
2.1 Base Normativa 67
2.2 Responsabilidade dos Entes da Federação 71
2.3 Intervenção Judicial 72

3 A TEORIA DA JUSTIÇA ARISTOTÉLICA E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS 75
3.1 Medicamentos e Justiça Corretiva 75
3.2 Medicamentos e Justiça Distributiva 76
3.3 Medicamentos e Justiça Geral 78

CONCLUSÃO 80

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 81

O Constitucionalismo de Valores
Sabrina Piccoli Marques 83

INTRODUÇÃO 83

1 A ERA DO CONSTITUCIONALISMO DE VALORES 84
1.1 Sentido dos Valores 84
1.2 Defesa dos Valores - O Tribunal Constitucional 87
2 O BRASIL NA ERA DO CONSTITUCIONALISMO DE VALORES 91
2.1 A Visão da Doutrina Brasileira. 91
2.2 O Desenvolvimento do Constitucionalismo de Valores no Brasil 94

CONCLUSÃO 97

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 98

O Diálogo Vertical Recíproco entre os Níveis do Ordenamento Jurídico Brasileiro
Adriano Fernandes Moreira 99

INTRODUÇÃO 99

CAPÍTULO 1 - ASPECTOS GERAIS 100
1.1 Relações do nível constitucional com o infraconstitucional 100
1.2 Múltiplas dimensões do problema 102
1.3 Pontes de ligação entre o público e o privado 104

CAPÍTULO 2 - O DEBATE PÓS-MODERNO 105

2.1. O fenômeno da constitucionalização 105
2.2. Milhares de tribunais constitucionais 107
2.3. Necessidade de reforma política 108

CONCLUSÃO 111

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 112

SEGUNDA PARTE: DIREITO CONSTITUCIONAL

Liberdade de Comunicação
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira 115

INTRODUÇÃO 115

1 OS DIREITOS DE LIBERDADE E A COMUNICAÇÃO SOCIAL 115
1.1 Conceito de liberdade e liberdade geral de ação 116
1.2 Classificação das liberdades 117
1.3 Classificação das liberdades e a comunicação social 118

2 A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 120
2.1 A classificação das liberdades de comunicação 120
2.1.1 A liberdade de comunicação em sentido estrito 120
2.1.1.1 A liberdade de manifestação do pensamento 120
2.1.1.2 A liberdade de criação intelectual, artística, científica e de comunicação 121
2.1.1.3 A liberdade de informação 122
2.1.2 A liberdade dos meios de comunicação 123
2.1.2.1 Princípios relativos ao rádio e à televisão 123
2.1.2.2 Propriedade dos meios de comunicação 124
2.1.2.3 Regime de concessão, permissão e autorização para radiofusão ... 125
2.2 A solução da colisão pela proporcionalidade 126
2.2.1 A proporcionalidade como critério 126
2.2.2 A forma de aplicação da proporcionalidade na constituição brasileira 128
2.2.3 Casos de aplicação da proporcionalidade 129
2.3 Os limites à liberdade de comunicação 130
2.3.1 Limites estabelecidos nas normas constitucionais de liberdade de comunicação 131
2.3.2 Limites estabelecidos pela ordem constitucional adotada 133
2.3.3 Limites relativos às leis gerais e conformação pelo legislador 134

CONCLUSÃO 135

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 135

A Declaração de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto
Luís Henrique Martins dos Anjos 137

INTRODUÇÃO 137

1 NOÇÃO DO INSTITUTO 137

1.1 Conceito, natureza e fundamento 138
1.2 Admissibilidade: limites e requisitos 141

2 EFICÁCIA 144
2.1 Em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade 144
2.2 Em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade 150

CONCLUSÃO 151

Sindicabilidade Judicial das Políticas Públicas
Cynthia Candomil Dandolini 153

INTRODUÇÃO 153

1 O ESTADO SOCIAL DE DIREITO 154
1.1 O Estado de Direito e o Atual Papel do Judiciário na Sociedade Brasileira 154
1.2 O Estado Social Versus o Estado Liberal - Novas Atribuições 155

2 POLÍTICAS PÚBLICAS. 159
2.1 A Separação de Poderes e o Controle Judicial do Agir do Estado 159
2.2 A Discricionariedade do Administrador Público na Implantação das Políticas Públicas 160
2.3 A Sindicabilidade Judicial das Políticas Públicas - Limites 163

CONCLUSÃO 165

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 166

Advocacia da União e Estado de Justiça
Marcus Ronald Carpes 167

INTRODUÇÃO 167

1 O ITINERÁRIO ATÉ O ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO 168
1.1 Antecedentes Históricos 168
1.2 Estado de Direito Liberal 170
1.3 O Estado Democrático de Direito Contemporâneo 171

2 AS FUNÇÕES DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO 173
2.1 A Separação das Funções 173
2.2 Governo, Funções Política e Administrativa 175
2.3 Interesse público 178

3 AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO 180
3.1 A Busca por um Estado de Justiça 180
3.2 O Posicionamento Constitucional 181
3.3 As quatro funções essenciais à justiça e a sua Natureza 183

4 AS PROCURATURAS CONSTITUCIONAIS 185
4.1 Classificação 185
4.2 Igualdade entre as funções essenciais à justiça. 187
4.3 Prerrogativas de cada uma das Procuraturas Constitucionais 188

5 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO 189
5.1 Procuratura do Estado e defesa do interesse público 189
5.2 A Autonomia e as Garantias Constitucionais como requisito para o pleno exercício de função essencial à Justiça 193

CONSIDERAÇÕES FINAIS 195

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 196

A Reforma do Sistema Eleitoral e Questões Subjacentes
Augusto Tergolina Salton 199

INTRODUÇÃO 199

1 SISTEMA PROPORCIONAL E SISTEMA MAJORITÁRIO 200
1.1 Conceitos e idéias centrais 200
1.2 Modalidades de sistemas proporcionais e a solução das sobras 202
1.3 Propostas de Emenda Constitucional. Alterações propostas e motivação 204
1.3.1 Propostas de adoção de um sistema majoritário 204
1.3.2 Propostas de manutenção de um sistema proporcional 204
1.4 Questões que surgem do confronto entre o sistema proporcional e o sistema majoritário 204
a) Distorção entre Estados 204
b) Distorção entre candidatos 205
c) Representação de minorias 206
d) Número de partidos 206
e) Governabilidade 208
f) Candidato versus partido 209
1.5 Síntese do confronto entre os sistemas eleitorais proporcional e majoritário 210

2. SISTEMA DISTRITAL: MÉRITOS E DEMÉRITOS DESSA CONCEPÇÃO 210
2.1 Possibilidades oferecidas pela idéia distrital 212
2.1.1 Voto Distrital 212
2.1.2 Sistema Distrital 212
2.1.3 Sistema Misto 213
2.2 Propostas de Emenda à Constituição que adotam a idéia distrital 213
a) Sistema distrital puro 213
b) Sistema distrital misto 214
2.3. Síntese do embate entre as três idéias distritais. 214

3 DA ESCOLHA DA PROPOSTA DE REFORMA DO SISTEMA ELEITORAL 215

CONCLUSÃO 217
A opinião do autor 217

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 219

O Direito à Moradia e à Regularização Fundiária nos Assentamentos Urbanos Informais
Cintia Maria Scheid 221

INTRODUÇÃO 221

CAPÍTULO I - Políticas públicas municipais para a habitação segundo o Estatuto da Cidade 224

1 ESTATUTO DA CIDADE - Lei 10.257 de 10 de julho de 2001 224

2 PLANO DIRETOR E O DIREITO À MORADIA 225

3 INSTRUMENTOS DO ESTATUTO DA CIDADE PARA A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS NA ÁREA DA HABITAÇÃO PARA GARANTIA DO DIREITO À MORADIA 227
3.1 Direito de superfície 227
3.2 Direito de preempção 228
3.3 Outorga onerosa do direito de construir 229
3.4 Transferência do direito de construir 230
3.5 Operações Urbanas Consorciadas 231
3.6 - Consórcio imobiliário 232

CAPÍTULO II - A regularização fundiária nos assentamentos urbanos informais para garantia do direito à moradia 233

1 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA 233

2 INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA 234
2.1 Instrumentos de regularização fundiária no Estatuto da Cidade 235
2.1.1 ZEIS (zonas especiais de interesse social) 236
2.1.2 Concessão de direito real de uso 237
2.1.3 Concessão de uso especial para fins de moradia 239
2.1.4 Usucapião especial de imóvel urbano 242
2.1.5 Assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos 244
2.2 Leis 6.766/79 e 9.785/99 245

CONCLUSÃO 247

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 249

A Uniformização das Decisões pela Súmula Vinculante – A Realização dos Valores Constitucionais: Segurança, Liberdade e Igualdade
Adriana Barzotto Rispoli 251

INTRODUÇÃO 251

1 SÚMULA VINCULANTE 252
1.1 Antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 253
1.2 A alteração do ordenamento jurídico implantado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 254

2 OS VALORES CONSTITUCIONAIS ASSEGURADOS COM A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA 256
2.1 Segurança jurídica 257
2.2 Igualdade 261
2.3 Liberdade 263

CONCLUSÃO 264

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 265

Eficácia Jurídica das Normas Constitucionais Programáticas
Rafael Dias Toffanello 267

INTRODUÇÃO 267

1 EVOLUÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS 269

2 IMPORTÂNCIA DA CONSCIÊNCIA JURÍDICA 272

3 NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS E DIREITOS SUBJETIVOS 277

4 EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS 281

CONCLUSÃO 288

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 289

TERCEIRA PARTE: DIREITO TRIBUTÁRIO

Considerações sobre a constitucionalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal
Marlise Fischer Gehres 293

INTRODUÇÃO 293

1 NORMAS CONSTITUCIONAIS ORÇAMENTÁRIAS 294
1.1 Repartição de competências 294
1.2 Restrições na elaboração do orçamento 297

2 LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL 301
2.1 Origem e finalidade da legislação 301
2.2 Fundamento constitucional da lei de responsabilidade fiscal 304

CONCLUSÃO 308

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 309

A Natureza Jurídica dos Encargos Emergenciais de Energia Elétrica ("Seguro Apagão")
Luis Antônio Alcoba de Freitas 311

INTRODUÇÃO 311

1 O SISTEMA ELÉTRICO BRASILEIRO E OS ENCARGOS EMERGENCIAIS DA LEI Nº 10.438/02 313
1.1 Nova Modelagem do Sistema Elétrico Brasileiro 313
1.2 A Criação dos Encargos Emergenciais e da Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial- CBEE 317
1.3 Conceitos Jurídicos Importantes Na Definição Dos Encargos Tarifários 322

2 PONTOS CONTROVERTIDOS NA DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DOS ENCARGOS EMERGENCIAIS 326
2.1 Compulsoriedade do Serviço Prestado 327
2.2 Contraprestação do Serviço de Energia Elétrica 330
2.3 Destinação dos Encargos a CBEE 331
2.4 Os Encargos fazem parte da Política Tarifária Emergencial para custear o Sistema .. 333
2.5 Comparação com o Fundo Nacional de Telecomunicações e o Adicional de Tarifa Portuária 335
2.6 Obervância do Princípio da Proporcionalide 336

CONCLUSÕES 337

REFERÊNCIAS 338

A Revogação da Isenção da Cofins para as Sociedades Civis de Profissionais Liberais
Maurício Nedeff Langaro 341

INTRODUÇÃO 341

1 PROCESSO LEGISLATIVO, LEIS ORDINÁRIAS E LEIS COMPLEMENTARES 342
1.1 A Lei e seus Aspectos Gerais 342
1.2 Requisitos Formais das Leis Ordinárias e seu Campo Material 345
1.3 Requisitos Formais das Leis Complementares e seu Campo Material 347

2 LEIS COMPLEMENTARES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E A SUPOSTA HIERARQUIA ENTRE A LEI COMPLEMENTAR E A LEI ORDINÁRIA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 352
2.1 Leis Complementares em Matéria Tributária 352
2.2 A Suposta Hierarquia entre Lei Complementar e Lei Ordinária em Face da Constituição Federal de 1988. 355

3 COFINS E A REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO PARA AS SOCIEDADES CIVIS DE PROFISSIONAIS LIBERAIS 359
3.1 COFINS e suas Características 359
3.2 A Revogação por Lei Ordinária da Isenção da Cofins para as Sociedades Civis de Profissionais Liberais Instituída por Lei Complementar 366

CONCLUSÃO 373

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 375

A Penhora On-line na Execução Fiscal através do Sistema Bacen Jud e a Proteção ao Sigilo Bancário do Devedor
Patrícia Vargas Lopes 377

INTRODUÇÃO 377

1 O sigilo bancário e o sistema BACEN JUD 378
1.1 O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro 378
1.2 A penhora on line através do sistema BACEN JUD: características e fundamento legal 387

2 A PENHORA ON LINE ATRAVÉS DO SISTEMA BACEN JUD CONFIGURA VIOLAÇÃO DO DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO? 394
2.1 Há quebra de sigilo bancário? 394
2.2 Panorama jurisprudencial 400

CONCLUSÃO 410

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 411

O Princípio da Isonomia Tributária e sua Aplicabilidade
Juliana Evangelista Montenegro Barbosa 413

INTRODUÇÃO 413

1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE 414
1.1 Princípios e Regras: distinção e importância 414
1.2 Aspectos relevantes sobre os Princípios Constitucionais 417
1.3 A Igualdade na Constituição Federal de 1988 418
1.3.1 Igualdade como Princípio Fundamental 419
1.3.2 Igualdade como Direito Fundamental 420
1.3.3 Aplicabilidade Imediata 421
1.3.4 Diferenciações e Finalidades. 422

2 ISONOMIA COMO UM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO 425
2.1. Vedação à Arbitrariedade 426
2.2 Requisitos para a aplicação do Princípio da Isonomia Tributária 427
2.3 Critérios para as Diferenciações 429
2.3.1 Capacidade Contributiva 429
2.3.2 Extrafiscalidade 431

CONCLUSÃO 433

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 434

A Conseqüência Jurídica do Conflito Normativo entre a Lei Ordinária e a Lei Complementar Tributária
Rogério A. Fernandes de Carvalho 437

INTRODUÇÃO 437

1 QUAL A CONSEQÜÊNCIA JURÍDICA DO CONFLITO NORMATIVO ENTRE A LEI ORDINÁRIA E A LEI COMPLEMENTAR TRIBUTÁRIA? HIPÓTESES TEÓRICAS POSSÍVEIS PARA A RESOLUÇÃO DO PROBLEMA FORMULADO E A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA SUA REDEFINIÇÃO 438
1.1 Posições teóricas adotadas para a resolução do conflito normativo 438
1.1.1 Conceito de lei complementar 438
1.1.2 Teoria da hierarquia e sua tipologia 439
1.1.3 Teoria da invasão de competência legislativa 445
1.1.4 Teoria da inconstitucionalidade reflexa ou indireta 448
1.2 A jurisprudência oscilante do STJ e do STF: posições contraditórias e o uso instrumental e casuístico das teorias 452

2 INTER-RELAÇÃO DA TEORIA DA HIERARQUIA COM AS FUNÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR NO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO 460
2.1 Tipologia das funções da lei complementar no sistema tributário 461
2.2 Proposta de sistematização das hipóteses de conflito 465

CONCLUSÃO 467

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 468

Status Isonômico das Leis Complementares e Leis Ordinárias no Direito Tributário Brasileiro
Diego Ferreira 471

INTRODUÇÃO 471

1 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA TRIBUTÁRIA 473
1.1 Definição de competência 473
1.2 Distribuição de competência 474
1.3 Espécies de competência 475
1.4 Significado das normas gerais tributárias como pressuposto ao estudo da lei complementar à luz da Constituição de 1988 476

2 LEIS COMPLEMENTARES E LEI ORDINÁRIA 478
2.1 Considerações gerais acerca da lei complementar e da lei ordinária como fundamento de isonomia entre estes instrumentos normativos 478
2.2 Finalidades da lei complementar 480
2.3 A questão da hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária 481

CONCLUSÃO 488

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 490

As Presunções e Ficções no Direito Tributário
Gabriela Grings Fleck 491

INTRODUÇÃO 491

1 NOÇÕES DE PRESUNÇÕES E FICÇÕES E SUA UTILIZAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO 492
1.1 Breve Análise sobre as Presunções e Ficções 492
1.1.1 Histórico sobre as Presunções 492
1.1.2 Conceito de Presunção 493
1.1.3 Classificação das Presunções 495
1.1.4 Conceito de Ficções 496
1.1.5 Classificação das Ficções 496
1.1.6 Diferenças entre Presunções e Ficções 496
1.2 As Presunções e Ficções no Direito Tributário 497
1.2.1 Possibilidade da Utilização das Presunções e Ficções no Direito Tributário 497
1.2.2 Funções desempenhadas pelas Presunções e Ficções no Direito Tributário 500

2 LIMITES AO USO DAS PRESUNÇÕES E FICÇÕES NO DIREITO TRIBUTÁRIO 502

2.1 As Implicações das Presunções e Ficções frente às Normas de Competência Tributária 503
2.1.1 Extrapolação de Presunções e Ficções na Definição da Hipótese de Incidência 503
2.1.2 Da Exigibilidade do Tributo - Fato Gerador na Substituição Tributária para Frente - Artigo 150, parágrafo 7º, da Constituição Federal de 1988 508

CONCLUSÃO 514

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 515

QUARTA PARTE: DIREITO ADMINISTRATIVO

Atos Administrativos Sujeitos a Registro pelos Tribunais de Conta e a Decadência da Prerrogativa Anulatória da Administração Pública
Rafael Da Cás Maffini 519

INTRODUÇÃO 519

1 ATOS SUJEITOS A REGISTRO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS E ATOS ADMINISTRATIVOS COMPLEXOS 522

2 A DECADÊNCIA DA POTESTADE ADMINISTRATIVA DE INVALIDAÇÃO DE ATOS E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA 528

CONCLUSÕES 534

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 536

A Composição dos Colegiados da Administração Pública Direta e Indireta
Marília F. de Marsillac 539

INTRODUÇÃO 539

1 AS DIVERSAS ESPÉCIES DE COLEGIADOS EXISTENTES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA 540

2 A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E SEUS COLEGIADOS 544

3 A NATUREZA DA PARTICIPAÇÃO NOS ÓRGÃOS DE DELIBERAÇÃO COLETIVA .. 547

4 OS FATORES QUE CONDICIONAM A PARTICIPAÇÃO 551

5 A DURAÇÃO DOS MANDATOS 553

6 A REMUNERAÇÃO DE SEUS MEMBROs 554

7 A REPERCUSSÃO PREVIDENCIÁRIA DO JETON 560

8 A DISTINÇÃO ENTRE CARGOS, EMPREGOS, FUNÇÕES E A PARTICIPAÇÃO EM COLEGIADOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA 562

9 A COMPATIBILIDADE ENTRE AS ESSAS ATUAÇÕES (NO CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO NA ORIGEM E COMO MEMBRO DO COLEGIADO) E A CONSEQÜENTE INOCORRÊNCIA DA ACUMULAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE VEDADA 566

10 A NECESSÁRIA LIMITAÇÃO DE TEMPO DE MODO A NÃO PREJUDICAR O DESEMPENHO DO CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO NA ORIGEM 568

CONCLUSÕES 569

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 570

A Isenção Previdenciária do Servidor Público e o Abono de Permanência
Roberto Carus 573

INTRODUÇÃO 573

1 AS ALTERAÇÕES NA PREVIDÊNCIA DO SETOR PÚBLICO E O ALCANCE DA NORMA ISENTIVA 574

2 A ISENÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA 581

3 O ABONO DE PERMANÊNCIA 586

4 A APLICAÇÃO DAS NORMAS POR OCASIÃO DA MUDANÇA DE CARGO 591

CONCLUSÃO 595

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 597

A Responsabilidade Civil do Estado e o Dano Moral
Jair José Perin 599

INTRODUÇÃO 599

1 DIFERENÇA ENTRE RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA 600

2 FUNDAMENTO ATUAL DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO 601

3 A DESNECESSIDADE DE DENUNCIAÇÃO DA LIDE E AÇÃO REGRESSIVA 602

4 O AMPARO PARA O DANO MORAL E A RELATIVIDADE DO DIREITO 605

5 A INCOMPATIBILIDADE DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA ANTE O DANO MORAL (TEORIA SUBJETIVA) 610

CONSIDERAÇÕES FINAIS 612

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 614

A Suspensão do Fornecimento de Energia Elétrica a Usuário Inadimplente e o Entendimento do Superior Tribunal de Justiça
Juliana Druck de Oliveira Souto 615

INTRODUÇÃO 615

1 HISTÓRICO E COMENTÁRIOS DE DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL 616

2 HISTÓRICO E COMENTÁRIOS DE DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 624

CONCLUSÃO 636

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 637

Tratamento Jurídico da Proteção e Defesa do Usuário de Serviços Públicos
Roberta Bagatini Bassegio 639

INTRODUÇÃO 639

1 TRATAMENTO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO PELA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL 640

1.1 Do contexto em que se insere a questão da defesa dos direitos do usuário de serviço público 640

1.2 O usuário de serviço público e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor ... 641

1.3 O usuário de serviço público e a Lei Geral das Concessões de Serviço Público 645

1.4 Visão conjunta das normas de direito privado e das normas de direito administrativo ... 646

2 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO 649

2.1 Análise da legislação infraconstitucional à luz da Constituição Federal de 1988 649

2.2 Diferença entre atividade econômica e serviço público 650

2.3 Conceito de consumidor versus conceito de usuário 654

2.4 Corolário da distinção dos regimes jurídicos: a Emenda Constitucional nº 19/98 656

3 TRATAMENTO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO NA PRÁTICA 659
3.1 Compatibilidade prática entre as normas infraconstitucionais e a obrigação constitucional de lei específica 659
3.2 Da aplicação por analogia das normas de direito privado e seus cuidados especiais 660

CONCLUSÃO 661

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 663

Contratação Emergencial e Desídia Administrativa
Marinês Restelatto Dotti 665

INTRODUÇÃO 665

1 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. 666

2 CONTRATAÇÃO DIRETA 668
2.1 Contratação Emergencial 670
2.2 Desídia Administrativa e o Princípio da Eficiência 672
2.3 Culpa do Administrador e Dever de Contratar 673
2.4 Desídia Administrativa e Responsabilidade do Servidor 675
2.5 Descentralização Financeira no Final do Exercício 676

3 EXIGÊNCIAS LEGAIS 680
3.1 Análise Jurídica nas Dispensas de Licitação 680

4 VINCULAÇÕES À APLICABILIDADE DO INCISO IV, DO ART. 24 681

5 REGULARIDADE E LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS 682

CONSIDERAÇÕES FINAIS 683

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 684

Os Contratos de Receita e a Licitação na Modalidade de Pregão
Reginaldo Arnold 687

INTRODUÇÃO 687

1 OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 687

2 A MODALIDADE LICITATÓRIA DO PREGÃO 689
2.1 O Pregão e o rol de bens e serviços comuns do Decreto 3.555/00 689
2.2 Aquisição de bens e serviços comuns e as licitações 691
2.3 Locação, arrendamento e cessão de uso 692

3 DOS ÓBICES AO USO DO PREGÃO NO CONTRATO DE RECEITA 695
3.1 O artigo 5º do Decreto nº 3.555/00 e a Lei nº 10.520/02 695
3.2 O critério de julgamento do pregão e o princípio-regra da legalidade. 697

4 SITUAÇÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO 700

5 DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA 701

CONCLUSÕES 702

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 704

PRIMEIRA PARTE

TEORIA GERAL DO DIREITO DO ESTADO

Ética e Direitos Fundamentais – entre o Público e o Privado

Plínio Melgaré

Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra;
Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e da Faculdade São Judas Tadeu;
Palestrante da Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul.

1 INTRODUÇÃO: AS CONDIÇÕES CONSTITUTIVAS DO DIREITO

Preliminarmente, como um jeito de introdução, fixamos algumas observações básicas sobre o direito. E o fazemos navegando por águas abertas pelo pensamento do Professor António Castanheira Neves.[1] Nesse norte, repercutiremos as condições que constituem o direito, fazendo-o aflorar na realidade humana com um sentido e uma intencionalidade próprios. E são:

A) Condição mundanal: a ser expressa pelo fato de nós homens sermos muitos a viver em um único mundo, isto é, a multiplicidade de vidas em um único espaço. Com efeito, trazemos à baila uma elementar e incontornável condição: constituímos uma diversidade de vidas vividas em um único mundo. Conforme observou Hannah Arendt, estamos diante do *fato que não um homem, senão muitos homens vivem sobre a terra.*[2] Tal situação implica, de modo inexorável, uma circunstância de convivência, que nos põe frente a outros homens no usufruir e compartilhar do mesmo mundo, por meio de recíprocas relações.

B) Condição antropológico-existencial: se (con)vivemos, decerto que o fazemos como homens. E, a despeito de nossa condição de animal político – pois já na expressão de Aristóteles, o homem é um ser político, um *zoon politikon* –, somos seres dotados de uma *insociável sociabilidade.* Assim, se somos *com* e *por meio* dos outros, com os quais compartilhamos o mesmo mundo, não desconhecemos que nos é difícil viver

---

[1] Em especial em *O direito como alternativa humana*, em *Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.* v. 1°, Coimbra, 1995, p. 287-310 *passim.* E também *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito, in* Separata dos Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Almedina, p. 837-871 *passim.*

[2] *Condition de l'homme moderne.* trad. Georges Fradier. Paris: Calmann-Lévy, 1994.

com os outros. E, talvez adentrando em um terreno íntimo de nossa humana condição, não devamos desconsiderar que estamos diante de *criaturas entre cujos dotes instintivos* [há] *uma poderosa quota de agressividade.*[3] Acaso os dias de hoje, nos quais a violência recrudesce, não seriam a confirmação disso? Seríamos, pois, seres formados por uma disposição à agressão, a dificultar e abalar nossas relações.

As condições mencionadas nos colocam diante de uma situação problemática: como conciliar, em um espaço singular, uma pluralidade de seres dotados de uma *insociável sociabilidade*? A resposta, por certo, passa pela construção de uma ordem social. Todavia, releva observar que nem todas as ordens sociais são ordens de direito. Poderia ser considerada *de direito* a ordem do *apartheid* sul-africano? E a ordem dos *Gulags*? E a ordem afirmada pelos campos de concentração? A resposta só pode ser negativa. Não pode igualmente ser considerada uma ordem de direito aquela em que a o poder considera *esse troço de matar* (...) *uma barbaridade*, mas que, ao fim, pensando em suas necessidades, conclui: (...) *acho que tem que ser.*[4]

Então, o direito surge apenas como uma opção, uma resposta possível ao incontornável problema posto pela nossa convivência. E se nos apresenta como a alternativa comprometida com uma condição ética, que reconheça cada homem constituído por uma autônoma eticidade, traduzida superlativamente pela compreensão da dignidade da pessoa humana. Aliás, não é sem sentido que a Constituição Federal do Brasil insculpe, no inciso III do seu artigo 1°, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da nossa República. Do mesmo modo, o Código Civil Brasileiro abre seu Livro I tratando... *das pessoas*, e proclama no artigo 1° que *toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.* Assim, independente das especificidades e pormenores que a leitura de tais artigos proporciona, a pessoa humana emerge como pressuposto essencial, núcleo e vértice da normatividade jurídica. É o ser humano, o *homem-pessoa*, que se afirma como fundamento ético substancial indisponível da ordem jurídica, formando a densidade jurídico-axiológica exigida por um efetivo Estado democrático de direito.

2 DO DIREITO E DO NÃO DIREITO

A questão então que ora se apresenta é a possibilidade de forjarmos uma ordem social permeada pelo direito, isto é, uma *ordem de direito*, ou uma ordem de *não direito*. Nos domínios dessa distinção, situa-se o estudo de Gustav Radbruch,[5] que se vê reconhecidamente

---

[3] Cfe. Sigmund Freud. *O mal-estar na civilização*. trad. José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 67.

[4] Elio Gaspari. *A ditadura derrotada*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 319 e seguintes.

[5] *Filosofia do Direito*, v. II, trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1962, p. 211-214.

acolhido em uma expressiva monografia de GOMES CANOTILHO.[6] Em apertada síntese, nada obstante os riscos de uma excessiva simplificação, uma ordem de direito será aquela na qual o direito, em toda sua crítica especificidade, constitui-se como uma medida para o exercício dos poderes, no sentido de a atuação das esferas de poder presentes em uma sociedade limitarem-se pelos postulados pelo direito, bem como pela concretização de princípios ético-jurídicos compatíveis com uma ordenação humana justa. Conforme o magistério de GOMES CANOTILHO,[7] tais valores seriam:

- *a liberdade do indivíduo,*
- *a segurança individual e coletiva,*
- *a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder,*
- *a igualdade de todos os cidadãos,*
- *a proibição de discriminação de indivíduos e de grupos.*

De fato, poderíamos, ainda mais simplificadamente e correndo mais riscos, sintetizar: uma ordem de direito será aquela que se vincula e se compromete com a efetivação dos direitos humanos e fundamentais. Ora bem, ainda nos passos do eminente catedrático conimbricense, a forma que os nossos dias forjou como apta para a realização das exigências postas por tais princípios se desvela através de um *Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado.*[8] Nessa mesma ordem de idéias, destacando a relevância da garantia constitucional aos direitos e aos princípios, vem-nos a lembrança a clássica e lapidar lição de PONTES DE MIRANDA: *A passagem dos direitos e liberdades às Constituições representa uma das maiores aquisições políticas da invenção humana. Invenção da democracia.*[9] Ao cabo, não poderíamos deixar de lembrar, na senda de BLANDINE BARRET-KRIEGEL, que o Estado de direito provém de uma dualidade operacional, qual seja: a juridificação da política e a constitucionalização do poder, sendo *o direito contra o poder, a paz contra a guerra.*[10] E o não direito, em sentido contrário, é vislumbrado quando a oposição entre a prática das esferas jurídico-políticas de uma ordem social se revelar intolerável, diante de suas arbitrárias e injustas decisões.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Releva observar, pois o direito não se reduz a meras formalidades, que o compromisso prático-material com os referidos princípios e valores afirma-se em todas as linhas de relações cuja incidência da normatividade jurídica se faz sentir. Por conseguinte, tanto nas relações de direito público, quanto nas de direito privado. Com efeito, assegura-se um alargamento do

---

[6] *Estado de direito.* Cadernos Democráticos nº 7. Lisboa: Gradiva, 1999.
[7] *op. cit.* p. 21.
[8] *idem, ibidem.*
[9] *Democracia, liberdade, igualdade (os três caminhos).* José Olympio: Rio de Janeiro, 1945, p.37.
[10] *L´État et lês esclaves. Réflexions pour l´histoire dês États.* Paris: Payot, 1989, p. 246.

horizonte do Estado de direito, superando-se o edifício construído pela teoria liberal com a fixação de novos pilares, pelos quais o Estado de Direito não será apenas um mecanismo utilizado para limitar o poder, mas "*c'est aussi une conception au fond des libertés publiques, de la démocratie et du rôle de l'État, qui constitue le fondement sous-jacent de l'ordre juridique*".[11]

Na esteira do considerado, encontramo-nos diante de uma tradicional distinção que divide o direito em duas grandes linhas: o direito público e o direito privado. Tal distinção, ao largo da história, encontrou fundamentos em alguns critérios, que *grosso modo*, assim são reunidos:

Segundo o interesse: o direito público estaria presente quando o objetivo da norma fosse o de tutelar algum interesse da coletividade. O direito privado, por seu turno, seria aquela parte do direito que viesse a tutelar ou realizar interesses de suje tos particulares. Tal critério já fora estabelecido por Ulpiano – conforme se encontra no Digesto (D. 1, 1, 1) – para quem o direito público *ad statum rei romanae spectat* e o direito privado *ad singulorum utilitatem pertinet.*

Decerto que tal critério justificou-se em certo momento histórico. Todavia, não deve ser hoje adotado. Senão, vejamos. O direito quer proteger, de modo concomitante, interesses públicos e interesses particulares. Lembremo-nos, por exemplo, das normas de direito de família. De outra parte, as normas de direito público, para além de tutelarem interesses de ordem coletiva, visam, igualmente, proporcionar uma conveniente salvaguarda de interesses particulares. Pensemos, por exemplo, nas leis que disciplinam as promoções de funcionários públicos. Ao lado de buscarem uma eficácia nos serviços prestados, garantem uma proteção dos interesses próprios e pessoais dos funcionários. Então, o direito, não obstante seus específicos interesses, abriga um essencial interesse público, qual seja o de sua própria realização.

Recorrendo-se a um outro critério, poderíamos distinguir o direito público do privado tendo em vista a forma da relação jurídica – se a relação fosse de subordinação, estaríamos diante do direito público, se a relação fosse de coordenação, em que as partes ocupam um mesmo plano relacional, falaríamos em direito privado. Todavia, e a indicar a insuficiência de tal critério, o direito público disciplina relações em que se nota uma equivalência jurídica, enquanto que, no âmbito do direito privado, encontramos situações onde há uma subordinação – por exemplo, o poder familiar.

Ao cabo, os critérios acima elencados, ante a percepção da realidade, mostram-se insuficientes. Basicamente, a estrutura e a dinâmica social contemporâneas impuseram alterações no quadro da distinção público/privado. Em nossas complexas sociedades, torna-se extremamente difícil distinguir, de modo inequívoco, os interesses particulares e dos

---

[11] Cfe. Chevalier, Jacques. *L'État de Droit.* 3ª ed. Paris: Montchrestien, 1999, p. 72.

públicos. A dicotomia público/privado acentuou-se em um período histórico no qual se afirmavam os postulados do absenteísta Estado liberal.[12] Com a superação desse tipo de Estado ocorreu, progressivamente, uma inter-relação entre as esferas públicas e privadas.

De outra banda, o poder imperial do Estado passou a sofrer limitações[13] e, conseqüentemente, as relações travadas com os particulares cada vez mais passaram a se dar de modo isonômico. A essência da relação entre os particulares e o Estado contemporâneo não se caracteriza pela subordinação ilimitada daqueles aos poderes – ou ao arbítrio – deste. Ao contrário, firma-se um pacto, chancelado pela ordem constitucional, em torno da promoção e do pleno desenvolvimento autônomo das pessoas. O Estado assume o papel de tutela dos direitos fundamentais, bem como, através de políticas públicas, a tarefa de promovê-los – o que, inclusive, fundamenta e justifica sua intervenção.

Cumpre observar que não estamos a afirmar a inexistência da distinção entre o direito público e o direito privado. Tão-somente que os critérios tradicionais não são rigorosos, assim como a referida divisão não se afirma de uma maneira absoluta. O que não quer dizer que não haja diferenças – e relevantes – nas relações de direito público e aquelas reconhecidas como de direito privado.

Em uma perspectiva normativa, sabendo-se o direito nos quadros das relações intersubjetivas estabelecidas em sociedade, identificamos três linhas de estrutura relacionais permeadas pelo direito público e privado. Uma estabelecida entre particulares, sujeitos do direito privado e outras duas em que os particulares se relacionam com a sociedade, no mais das vezes representada pelo Estado, em sede de direito público.

Na primeira linha, em causa está a realização das autonomias privadas, que tem sua face mais visível na liberdade contratual,[14] consistindo no poder reconhecido aos particulares de fixar a disciplina legal de seus próprios interesses, de autogoverno de suas relações jurídicas. Nesta linha de relação, o direito define as autonomias dos cidadãos comuns, delimitando-as e garantindo a realização dos interesses individuais. Considera-se, de maneira relevante, presentes nas relações entre particulares a liberdade, embora relativa, e da igualdade. Tudo, decerto, comprometido com um com um especial tipo de justiça, a comutativa.

As outras duas linhas relacionais anteriormente referidas são aquelas estabelecidas entre os particulares e a sociedade. De fato, a própria sociedade apresenta valores e interesses relevantes que ela própria quer preservar e realizar (pensemos por exemplo na proteção ambiental). Então, a sociedade, de uma posição superior, exige-nos responsabilidades e

---

[12] Ver Francisco Amaral. *Direito Civil – introdução*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.. 69.

[13] A corroborar o afirmado, observamos o fenômeno da *contratualização da lei*, ou seja, o fato de, no processo de formação da lei, não mais se constatar um ato de soberania estatal, mas o acordo prévio de grupos organizados da sociedade civil, forjando um tipo de contrato, conforme bem sublinha Ricardo Lorenzetti. *Fundamentos do direito privado*, trad. Vera Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 58.

[14] Por certo, tal liberdade não é absoluta, como, por exemplo, bem dispõe o nosso Código Civil em seus artigos 421 e 422.

prestações (pensemos agora no serviço militar). Mas não de um modo arbitrário, pois há, a proteger e garantir os cidadãos, os direitos fundamentais. E a justiça presente nessa relação será a geral e a protetiva.

Mas existe um outro tipo de relação que nós particulares estabelecemos com a sociedade, pois esta não é apenas um ente que nos chama a responsabilidade quando violamos bens jurídicos fundamentais ou que nos exige prestações. A sociedade, mormente nos dias atuais, é um ser atuante, que ativamente intervém visando à realização de objetivos sociais, tendo os particulares como destinatários. Não desconhecemos os programas que as sociedades contemporâneas procuram realizar (pensemos, de modo exemplificativo, os programas de educação, moradia, saúde, previdência social). E o fazem através do direito e nos limites que este preestabelece, tendo por escopo concretizar o valor solidariedade. E a modalidade de justiça constituinte dessa linha será a distributiva.

Pelo visto e ponderado, compreende-se um material aspecto a distinguir as mencionadas linhas do direito, onde se situam o direito público e o direito privado: a preponderância de um específico tipo de justiça. E com isso, em comum, que todas as linhas fundamentam-se pela realização de seu respectivo tipo de justiça.

De outra banda, há de ser observado que, refletindo os direitos fundamentais sobre todo o sistema jurídico, também as relações entre cidadãos, entre particulares, serão influenciadas.[15] Com efeito, a principiologia axiológica que envolve os direitos fundamentais alcança não só a circunstância relacional entre Estado e cidadão, mas também as relações entre os concidadãos, particulares. Rompe-se, nesse sentido, a visão monodiretiva dos direitos fundamentais, segundo a qual seriam válidos unicamente para a proteção individual frente a possíveis abusos e intervenções indevidas do Estado. Por essa visão, os direitos fundamentais, compondo uma esfera protetora das liberdades individuais, visariam a resguardar o particular diante do poder absoluto do Estado, dirigindo-se tão-somente contra o Estado – por conseguinte, não-oponíveis a particulares. Assim, a extensão da validade jusfundamental alcançaria apenas o ente estatal, não originando eficácia nas relações entre indivíduos. O efeito dos direitos fundamentais ocorreria somente na vertical relação entre Estado e cidadão. Portanto, o manto dos direitos fundamentais não cobriria as relações horizontais vivificadas entre os particulares. Por certo, decorrente da própria natureza das partes envolvidas, as relações entre o Estado e o cidadão e as ocorridas entre os cidadãos diferenciam-se, conforme supramencionado. Basicamente, por haver nesta uma equivalência no poder de regulamentação, enquanto naquela há uma manifesta superioridade por parte do Estado em relação ao particular.

A história dos direitos fundamentais demonstra, de modo claro e inequívoco, o nascimento dos direitos fundamentais com o escopo primeiro de salvaguardar as liberdades,

---

[15] Por certo, em razão do próprio sentido e intencionalidade que apresentam, alguns direitos fundamentais não são oponíveis à particulares.

direitos e prerrogativas individuais e privadas contra o exercício abusivo e indevido do poder estatal.[16] Contudo, diante da estrutura organizacional contemporânea das sociedades – nomeadamente uma sociedade massificada –, nota-se um descompasso entre essa visão e a exigência e o papel dos direitos fundamentais. A simples observação dos fatos revela, à margem do poder estatal, forças sociais superiores ao indivíduo. Nas sociedades heterogêneas e pluralistas existentes no globalizado mundo atual, há organizações, (mega)corporações que, de fato, põem em perigo as liberdades básicas da pessoa – sobretudo quando o discurso da livre iniciativa, da soberania do mercado e a conseqüente diminuição do Estado torna-se dominante. Portanto, diante dessas relações, embora entre particulares, exige-se a afirmação dos direitos fundamentais, sob pena de não se cumprir minimamente o que deles se espera: o respeito à dignidade da pessoa humana. Ressaltamos, todavia, que a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, com a respectiva vinculação jusfundamental decorrente, apresenta uma caracterização negativa, em que se registra a obrigatoriedade de contenção de atos e práticas afrontosas à axiologia dos indigitados direitos.

Em uma concepção alargada, a eficácia dos direitos fundamentais estender-se-ia àquelas relações onde não estão envolvidos atores sociais com poderes marcadamente desiguais, conforme assinalamos. Pois, à medida que houvesse a exposição de alguém à regulamentação unilateral de outrem, nasceria a possibilidade da eficácia e validez dos direitos fundamentais ser observada. Nesse sentido, trazemos à baila o seguinte exemplo: *o direito fundamental à liberdade religiosa de que goza o menor a partir do momento em que atingir um determinado grau de maturidade mental poderá exigir a precedência sobre o direito de educação dos pais.*[17]

Em face da distinção verificada nas relações cidadão/cidadão e na relação Estado/cidadão, por certo, haveremos de considerar o tema da autonomia privada, isto é, da capacidade de auto-regência pessoal. Logo, naquelas situações onde a pessoa, fazendo uso de seu arbítrio e expressando sua vontade, atua livremente, compondo sua própria esfera de relações e vínculos jurídicos, a tutela dos princípios jusfundamentais será reduzida. Efetivamente, o Estado não deve se abstrair do ofício protetivo da dignidade humana diante de outros particulares, de terceiros. Todavia, não significa a preconização de um Estado paternalista ou

---

[16] Nada obstante, impende registrar, já em JOHN LOCKE, encontrarmos assente a compreensão segundo a qual há condições e liberdades básicas do indivíduo imunes ao arbítrio de qualquer outro. Vejamos: "*A liberdade dos homens sob um governo consiste em viver segundo uma regra permanente, comum a todos nessa sociedade e elaborada pelo poder legislativo nela erigido: liberdade de seguir minha própria vontade em tudo quanto escapa à prescrição da regra e de não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem*" Mais adiante, prossegue o autor: "*(...). Isso porque o homem, por não ter poder sobre a própria vida, não pode, nem por pacto nem por seu consentimento, escravizar-se a qualquer um nem colocar-se sob o poder absoluto e arbitrário de outro que lhe possa tirar a vida quando for de seu agrado*"(*Dois Tratados Sobre o Governo*. trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes: 1998, 401-403 *passim*). Grifo nosso.

[17] Conforme, REINHOLD ZIPPELIUS. *Teoria geral do Estado*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 439.

absoluto, a atuar imperativamente no âmbito da autonomia pessoal. Sublinhamos, nesse sentido, que nas inter-relações particulares, as liberdades e direitos fundamentais recebem a garantia, precipuamente, da legislação. Entretanto, nas circunstâncias concretas em que se verificar a debilidade de tal proteção, há de se firmar, pela via jurisdicional, ponderando-se as peculiaridades do caso decidendo e a referência jusfundamental em questão, a eficácia e validade dos direitos fundamentais. Noutros termos, quando a superioridade fática de uma parte restringir, afetar a autonomia de outra, pondo em risco a justeza da regulação dos interesses, abre-se espaço para a efetivação de um direito fundamental que porventura tenha sido usurpado.

CONCLUSÃO

Com isso, concluímos este nosso pequeno texto, onde, com as considerações precedentes, procuramos evidenciar a relevância da dimensão ética do direito, vinculada aos direitos fundamentais, em sua esfera pública e privada. Sem, por certo, desconhecer que muito há para ser feito, sobretudo no campo das realizações que esperamos de um Estado democrático de direito, comprometido com os mais básicos valores necessários para o afirmar de uma sociedade justa e solidária.

Hermenêutica e Interpretação: Um Estudo dos Cânones de Carlos Maximiliano

Elena de Lemos Pinto Aydos

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre hermenêutica e interpretação da Constituição, tendo por objetivo apresentar uma visão contemporânea da aplicação dos cânones prudenciais, elaborados por Carlos Maximiliano, ao sistema jurídico-constitucional introduzido em 1988.

Dividiu-se o trabalho em dois capítulos. No primeiro, foram trabalhados os conceitos de interpretação e hermenêutica, a sua importância e relação com a atividade de aplicação do direito. Em seguida, foram apresentadas algumas peculiaridades da Constituição frente às demais leis. Justificou-se o cuidado que deve o intérprete tomar ao aplicar regras gerais de interpretação às normas constitucionais e defendeu-se a utilização de regras específicas para a interpretação da Constituição. Finalmente, fez-se uma abordagem em torno dos quatro métodos clássicos de interpretação comumente apontados pela doutrina, ou seja, o método gramatical, histórico, sistemático e teleológico, sintetizando os fundamentos e aplicação de cada um.

No segundo capítulo, partiu-se ao estudo dos cânones de Carlos Maximiliano, propriamente ditos. Para tanto, buscou-se relacionar e sistematizar os enunciados prudenciais desenvolvidos pelo autor, com os seguintes princípios de interpretação constitucional, praticados pela doutrina contemporânea: Supremacia da Constituição, Interpretação, Presunção de Constitucionalidade das Leis e dos Atos do Poder Público, Interpretação Conforme, Unidade da Constituição e Máxima Efetividade, tomando por base a obra de Luís Roberto Barroso.

Trata-se de uma visão alternativa, que busca uma sistematização dos cânones de Maximiliano, relacionando-os com os ensinamentos de alguns autores contemporâneos: uma contribuição à disciplina hermenêutica na interpretação constitucional.

1 HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO

1.1 Conceito e Importância da Interpretação

Interpretar significa atribuir o conteúdo, sentido e alcance de um texto normativo, visando a sua aplicação a um caso concreto[1]. Não se concebe a idéia de que o intérprete exerça um papel neutro e burocrático, de mera descrição do significado objetivo de um dispositivo[2], sendo forçoso reconhecer que o processo de interpretação implica na compreensão, fundamentação e reconstrução (visão triádica da interpretação)[3] de significados, por meio de uma atuação positiva do intérprete, sendo inafastável o elemento essencialmente comunicativo dessa atividade[4].

---

1 Adota-se aqui a idéia de que "*Normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí a se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado". *In:* ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

2 Tendência que predominou na sociedade liberal desenvolvida a partir do século XVII, fundamentada principalmente na teoria política da separação dos Poderes de Montesquieu e no ideal Hobbesiano de segurança jurídica. No mesmo sentido: AYDOS, Elena de Lemos Pinto. Aspectos Atuais do Direito de Marca: A regulamentação da Marca e sua Proteção Através das Técnicas Diferenciadas de Tutela. Trabalho de conclusão de Curso de Graduação. PUCRS. Porto Alegre, 2003, p. 126.
Nas palavras de Montesquieu: "Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor" *In:* MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis. Coleção Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 172.
Pode-se verificar a influência desse ideal na obra de Maximiliano, que descreve a atividade de interpretar como sendo "... extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém", ainda que adiante tenha que admitir que "O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é a estática, e a fundação interpretativa, a dinâmica do Direito". MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7/10.

3 "Na epistemologia de síntese, a linguagem - que é, também, sede de entendimento e do conhecimento - pressupõe três determinações funcionais do agir e do fazer comunicativos, que são correlatas às dimensões funcionais do modelo habermas/parsoniano de comunicação, mas que, para maior precisão conceitual e para a adequada derivação de todas as suas implicações, convencionamos designar como as funções: da fundamentação transcendental do entendimento dos seus enunciados; da compreensão participativa do discurso que os integram; e da reconstrução teórica do significado que denotam" *In:* AYDOS, Eduardo Dutra. A Planície de Alétheia - Contribuição para a (re)construção teórica de uma epistemologia de síntese. Porto Alegre: UFRGS, 2002, p. 38.

4 O aspecto comunicativo e subjetivista pressupõe uma verdadeira relação entre o sujeito e o objeto da interpretação, numa ilimitada comunidade de comunicação mediada por signos. Esse caráter é apontado pela doutrina, que utiliza freqüentemente as expressões "volitivo" ou "voluntarista". Não obstante, tem-se que tais termos poderiam transparecer a falsa idéia de que há um "livre-arbítrio" na atividade interpretativa, o que não se admite, na medida em que o intérprete estará sempre adstrito aos limites da fundamentação, da aplicação de métodos jurídicos, bem como dos limites da própria linguagem do texto normativo.

Cumpre esclarecer que o Direito se manifesta através da linguagem, sendo que a sua representação sígnica dá-se pelo texto[5]. Sabe-se que todo o signo é composto por três elementos, onde um deles inevitavelmente, e por definição, oferece resistência ao entendimento (apreensão imediata)[6]. Disso se extrai que a exigência de interpretação, na atribuição de um fundamento ao objeto que se representa, é um atributo intrínseco do próprio signo[7].

É assim que se pode afirmar que uma primeira dificuldade de determinação do sentido e alcance de um dispositivo normativo, surge do fato que as palavras, de modo geral, são imprecisas e ambíguas, impondo-se ao intérprete uma escolha preliminar dentre os diversos significados possíveis[8].

Não bastassem as imprecisões semânticas, há ainda outro fator determinante da idéia de imprescindibilidade da atividade interpretativa, que consiste no fato de que a interpretação do texto normativo visa sempre a sua aplicação a um caso concreto[9]. A aplicação consiste no processo de incidência da norma - considerada essa como o significado do texto normativo (plano do conteúdo[10]), produto do processo de interpretação - ao fato jurídico, também conhecido como processo de subsunção da norma. Acontece que, tanto quanto a

---

[5] "A prova palpável de que o direito *é* texto está em que todo ordenamento jurídico é suscetível de ser escrito, isto é, de ser convertido em palavras. Até mesmo as normas que não nascem escritas, aquelas que são consuetudinárias, têm essa característica. O direito é *linguagem* no sentido de que sua forma de expressão consubstancial é a linguagem verbalizada suscetível de ser escrita. Isto aparece especialmente no direito moderno, que já nasce escrito". *In:* ROBLES, Gregório. O Direito Como Texto: quatro estudos se teoria comunicacional do direito. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 2. Ver, ainda, CARVALHO, Paulo de Barros, Curso de Direito Tributário. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1/18.

[6] São três conceitos propostos por Peirce: "*Originalidade* é ser tal como aquele ser é, independentemente de qualquer outra coisa. *Obsistência* (sugerindo *obviar, objeto, obstinadod, obstáculo, insistência, resistência,* etc.) é aquilo no que a secundidade difere da primeiridade; ou é aquele elemento que, tomado em conexão com a Originalidade, faz de uma coisa aquilo que uma outra a obriga a ser. *Transuasão* (sugerindo *translação, transação, transfusão, transcendental,* etc.) é mediação, ou a modificação da primeiridade e da secundidade pela terceiridade, tomada à parte da secundidade e da primeiridade; ou, é ser enquanto cria Obsistência". *In:* PEIRCE, Charles S. Semiótica. São Paulo: Perspectiva, 1977, p. 27.

[7] "Um signo, ou *representàmen,* é aquilo que, sob certo aspecto ou modo, representa algo para alguém. Dirige-se a alguém, isto é, cria na mente dessa pessoa, um signo equivalente, ou talvez um signo mais desenvolvido. Ao signo assim criado denomino *interpretante* do primeiro signo. (...)". *In:* PEIRCE, Charles S. Semiótica. São Paulo: Perspectiva, 1977, p. 46.

[8] BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 41.

[9] BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 29; BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 103.

[10] FERRAGUT, Maria Rita. Crédito Tributário, Lançamento e Espécies de Lançamento Tributário. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. (Coord.). Curso de Especialização em Direito Tributário - Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Capítulo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

aplicação da lei pressupõe necessariamente uma atividade interpretativa, também não é possível conceber a interpretação de texto normativo sem que se tenha em mente a sua incidência a um certo fato hipotético[11].

Na medida em que as leis são formuladas de forma genérica e abstrata, visando abarcar o maior número de eventos hipotéticos possíveis[12], o jurista e o cientista do direito[13], ao interpretar a lei, desenvolvem o caminho inverso, delimitando, construindo, reconstruindo e, mesmo, optando entre os diversos sentidos possíveis, tendo em vista o caso concreto. É nesse momento, de concretização de conceitos genéricos e ambíguos, que surgem as principais dificuldades e a inquestionável necessidade de interpretação da lei[14].

Portanto, todo o dispositivo normativo, seja constitucional ou infra-constitucional, precisa ser interpretado, não mais podendo ser aceito como verdadeiro o brocardo jurídico *in claris cessat interpretatio*[15]. Ainda que o texto da norma seja de pouca complexidade e suas palavras aparentemente não comportem ambigüidades, para que o juiz conclua pela sua clareza e precisão, necessariamente deverá realizar uma atividade de interpretação, pois por certo que as normas não se auto-intitulam como sendo claras ou não[16]. Essa concepção tem suas origens no direito romano, podendo-se encontrar passagens no *Digesto*[17] onde é destacada a importância da interpretação.

---

[11] BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 40.

[12] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 41.

[13] "Os juristas não se limitam a ler o texto jurídico com olhos de profissionais capazes de entender completamente seu sentido; são eles, além disso, os encarregados de interpretar as normas. A interpretação das normas cabe especialmente a determinados juristas: aqueles que ocupam órgãos de decisão (como os juizes) e os que se dedicam à ciência do direito (os cientistas do direito)". *In:* ROBLES, Gregório. O Direito Como Texto: quatro estudos se teoria comunicacional do direito. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 53.

[14] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 11.

[15] "*Disposições claras não comportam interpretação - Lei clara não carece de interpretação - Em sendo claro o texto, não se admite pesquisa da vontade* - famoso dogma axiomático, dominador absoluto dos pretórios há meio século; afirmativa sem nenhum valor científico, ante as idéias triunfantes na atualidade" MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p 27.

[16] Nesse mesmo sentido: MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7/8; BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 41/46; BONAVIDES, Paulo. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 268; BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 105/106.

[17] "Neque leges neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae perumque accidunt contineri - Nem as leis nem os senatus-consultos podem escrever de tal maneira que todos os casos, seja qual for o tempo em que ocorram, sejam compreendidos pela norma, mas basta que contemplem aqueles que na maior parte das vezes ocorrem" (*Digesto*, liv. 1, tít. 3 frag. 10); "*Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuedum est* - E por isso, quanto àquelas que se constituem pela primeira vez, hão de ser fixadas com mais certeza ou por meio da interpretação ou por de uma constituição do ótimo príncipe" (*Digesto*, liv. 1, tít. 3, frag. 11); "*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* - Conhecer as leis não é reter as palavras delas, mas a sua força e majestade" (*Digesto*, LIV. 1, TÍT. 3, FRAG. 17). *In:* Digesto de Justiniano, livro I. Tradução de Hélcio Maciel França Madeira. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

O caráter personalíssimo da atividade interpretativa não pode, entretanto, ser confundido com o argumento de autoridade. Ao contrário, a concepção que se tem de interferência do intérprete no resultado final - a atribuição do sentido e alcance da norma - leva em conta a possibilidade de escolha dentre diferentes métodos ou critérios jurídicos, passíveis de serem utilizados na atividade interpretativa; e não a ausência destes. Prova disso é a exigência nas sociedades contemporâneas de que as decisões judiciais sejam justificadas de forma jurídico-normativa, ou seja, fundamentadas em razões que assegurem a "justiça de acordo com o direito"[18]. Não obstante, não é estranho, sendo até mesmo previsível, que na interpretação de um mesmo texto normativo, se possa obter resultados diversos, em função da influência dos aspectos da personalidade de cada intérprete[19].

O intérprete terá de identificar, dentre as diversas normas do ordenamento jurídico, aquela aplicável à hipótese em apreço, sendo que muitas vezes poderá se deparar com mais de uma norma válida, conduzindo a resultados diversos. Nesse momento é que tem lugar a atividade interpretativa, quando passarão a ser utilizados princípios e critérios de hermenêutica, para definir o conteúdo do texto normativo (resultando na norma propriamente dita), então, determinar a sua aplicação ou não ao caso concreto[20].

Nas palavras de Maximiliano, que refletem o momento expansionista da modernidade cientificista, "a hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar"[21]. Uma visão mais consentânea com a crise paradigmática da pós-modernidade, haveria de postular que a hermenêutica é a disciplina do conhecimento que se preocupa em refletir, programar e verificar a eficácia, de forma lógica e sistemática, dos métodos e critérios que serão utilizados, concretamente, na atividade de interpretação.

---

[18] MACCORMICK, Neil. Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford: Clarendon Press, 1978 *apud* POGREBINSCHI, Thamy. Problema da Justificação no Direito: Algumas Notas sobre Argumentação e Interpretação. In: MAIA, A. C.; MELO, C.C.; CITTADINO. G; POGREBINSCHI, T. (Org.). Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 449/470.

[19] BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 47/48;

[20] Conforme ensinamento de Celso Ribeiro Bastos, não compreende a atividade interpretativa a simples verificação sistemática da validade de uma lei, considerando-se critérios como o da hierarquia, temporal e de especialidade. Estes podem ser mecanicamente aplicados e resultam da própria condição do ordenamento jurídico enquanto sistema. *In:* BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 48/49.

[21] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p 1/4; BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 28/36.

1.2 A Interpretação da Constituição

A Constituição, tal qual acontece com as leis infra-constitucionais, precisa ser interpretada, sendo que as questões pertinentes à definição e importância da atividade interpretativa de modo geral, abordadas no item anterior, aplicam-se também à atividade de interpretação constitucional. Todavia, as normas formal e materialmente constitucionais apresentam peculiaridades que as diferenciam das demais, o que determina que o intérprete adote, além dos métodos de hermenêutica geral, técnicas especiais de hermenêutica fundamental[22].

Outrossim, devido ao caráter aberto das normas constitucionais, que freqüentemente se apresentam na forma de princípios ou normas programáticas, há ainda a ocorrência de uma nova atividade intelectiva, própria do processo de interpretação da Lei Maior, que consiste na *construção normativa*[23]. A idéia de que o intérprete constitucional possa exercer uma atividade construtiva, no sentido de realmente criar uma norma individual e concreta - efetivamente ultrapassando a mera atribuição de sentido e alcance a um texto normativo - é concepção desenvolvida a partir do pós-positivismo, cuja metodologia jurídica admite que a norma a ser aplicada ao caso concreto "é também *produto* da razão prática e não só *objeto* da razão teórica"[24].

Além do aspecto de generalidade, conforme ensina Luís Roberto Barroso, são características distintivas das normas constitucionais: a superioridade hierárquica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o caráter político[25].

A superioridade hierárquica, abordada por Celso Ribeiro Bastos como "inicialidade fundante das normas constitucionais"[26], implica na exigência de que todas as demais leis estejam em conformidade com a Lei Maior. Esse caráter autônomo e hierarquicamente superior do Direito Constituicional foi determinante para a adoção de uma jurisdição

---

[22] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p 248; BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 103/112; BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 105/121;

[23] NETO, Cláudio Pereira de Souza. A Interpretação Constitucional Contemporânea entre o Construtivismo e o Pragmatismo. In: MAIA, A. C.; MELO, C.C.; CITTADINO. G; POGREBINSCHI, T. (Org.). Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 475/497; BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 103.

[24] NETO, Cláudio Pereira de Souza. A Interpretação Constitucional Contemporânea entre o Construtivismo e o Pragmatismo. In: MAIA, A. C.; MELO, C.C.; CITTADINO. G; POGREBINSCHI, T. (Org.). Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 477/478. Uma das conclusões do autor é a c que "o positivismo normativista de Kelsen considerava que somente a atividade cognitiva podia ser racional. Por conta disso, o autor excluí a razão prática da metodologia jurídica".

[25] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 107.

[26] BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 105/110.

constitucional, que só existiu efetivamente na Europa a partir do segundo pós-guerra, quando a maioria dos ordenamentos jurídicos europeus adotou o Controle de Constitucionalidade abstrato, com sistema de jurisdições distintas[27]. Consequentemente, se pode afirmar que a interpretação da Constituição assume uma dupla função, ou seja, proporcionar a aplicação direta da norma constitucional a um determinado fato jurídico, ou ainda, exercer o exame e o controle acerca da constitucionalidade uma lei[28].

Deve-se observar que a natureza hierárquica do sistema jurídico-constitucional, que realça a superioridade da Lei Maior, é dotada de unicidade - estruturada de alto a baixo - sendo defeso ao intérprete abstrair dessa condição própria. Disso resulta que a aplicação direta do texto constitucional não pode sobrepor-se e construir norma concreta aplicável ao caso específico, em contradição à legislação infra-constitucional. Nesses casos, será necessário, antes, a deslegitimação da norma pelo respectivo controle da constitucionalidade (aplicação dos princípios da unidade e da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, que serão tratados detalhadamente no segundo capítulo deste trabalho).

A natureza da linguagem constitucional, por sua vez, imprime um caráter de maior abstração e abertura das normas, o que decorre do fato de a Lei Maior conter, preponderantemente, normas principiológicas e normas de estrutura (também chamadas normas de organização ou indiretas)[29]. Disso resulta a necessidade de o intérprete fazer uso de técnicas de interpretação diferenciadas daquelas que usaria para interpretar as normas de conduta (caráter hipotético-condicional).

Quanto à questão em torno do "conteúdo específico", Luiz Roberto Barroso refere-se ao fato de que normalmente há a presença de normas programáticas na Constituição. Segundo o autor, essas normas não conferem direito subjetivo positivo, mas apenas "negativo", no sentido de poder se exigir do Estado que não pratique atos contrários ao espírito da norma, ensejando métodos de hermenêutica especiais.

Finalmente, no que toca ao conteúdo político, esse é destacado por Maximiliano, que afirma que "o Direito Constitucional apoia-se no elemento político, essencialmente instável, a esta particularidade atende, com especial e constante cuidado, o exegeta. Naquele

---

[27] Nos Estados Unidos, tem-se como marco do Controle de Constitucionalidade o caso Marbury vs. Madison, de 1.803. Aula ministrada pelo Professor Cezar Saldanha no dia 10/09/04, no Curso de Especialização em Direito do Estado da UFRGS.

[28] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 106.

[29] "Normas *indiretas* são as normas que não contemplam diretamente a ação, mas se limitam a estabelecer elementos do sistema *anteriores* à regulação direta das ações. Criam as condições ou requisitos conforme os quais a ação deve acontecer ou deve ser regulada. Criam os elementos espaciais e temporais do sistema, assim como os sujeitos e as capacidades ou competências destes. Expressam-se mediante o verbo *ser*, que na norma tem caráter prescritivo, e não descritivo ou expositivo. Sendo suscetíveis de expressão pelo verbo *ser*, podem ser chamadas normas *ônticas*". ROBLES, Gregório. O Direito Como Texto: quatro estudos se teoria comunicacional do direito. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 15.

departamento da ciência de Papiniano preponderam os valores jurídico-sociais. Devem as instituições ser entendidas e postas em função de modo que correspondam às necessidades políticas, às tendências gerais da nacionalidade, à coordenação dos anelos elevados e justas aspirações do povo"[30].

1.3 Os Métodos Clássicos de Interpretação

A doutrina aponta quatro métodos clássicos de hermenêutica, com caráter predominantemente teórico-jurídico, os quais sejam, literal ou gramatical, histórico, lógico ou teleológico e sistemático. Os três primeiros métodos tem origem na obra de Savigny, fundador da Escola Histórica do Direito, sendo que o método teleológico foi acrescentado posteriormente, cujo conteúdo foi desenvolvido principalmente por Ihering, Heck e Geny[31].

Esses critérios não consistem em normas jurídicas propriamente ditas, na medida em que não possuem o elemento de coercibilidade. Não é obrigatório o uso de todos os métodos numa interpretação, ficando a critério do intérprete combinar dois ou mais métodos no exame de uma mesma situação hipotética. Além disso, não há hierarquia entre eles, muito embora a doutrina possa atribuir maior valor a determinados critérios de hermenêutica, em detrimento de outros, visando sempre acompanhar a evolução da sociedade e do direito[32].

1.3.1 Método Literal ou Gramatical

O método gramatical é, normalmente, o primeiro a ser empregado no processo de interpretação. Consiste em buscar o significado semântico das palavras que integram o texto normativo, aplicando-lhe as regras gramaticais e dirimindo as dúvidas em torno da literalidade do dispositivo[33].

---

[30] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p 249.

[31] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 124/143.

[32] Luís Roberto Barroso aponta as seguintes diretrizes que devem ser adotadas no momento de escolha entre os diferentes métodos de hermenêutica: a) a interpretação gramatical não pode ser inteiramente desprezada; b) entre interpretações possíveis, deve-se optar pela que conduza à compatibilização de uma norma com a Constituição; c) os métodos *objetivos*, como o sistemático e o teleológico têm preferência sobre o método *subjetivo*,ou seja, o histórico. *In*: BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 124/126.

[33] BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 57; BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 126/136.

Apesar de constituir o início do processo interpretativo, normalmente não será o único método utilizado pelo intérprete, sob pena de se obter um resultado pobre no seu conteúdo e desconforme com o sistema jurídico. Além disso, corre-se o risco, em uma interpretação estritamente literal, de incidir-se em erro grosseiro na exegese de um dispositivo, pois, não raras vezes, são encontradas impropriedades semânticas no texto normativo, comprovando pragmaticamente que não é absoluta a clássica regra hermenêutica que afirma que a lei não utiliza palavras inúteis[34]. Paradoxalmente, não deve ser descartado o método gramatical, que constitui uma verdadeira limitação à atividade do intérprete. O jurista ou cientista do direito não podem, sob o argumento de empregar métodos mais importantes de hermenêutica, contrariar os limites estabelecidos pela linguagem empregada no texto normativo[35].

1.3.2 Método Histórico

O intérprete, ao aplicar o método histórico, buscará informações a respeito da história da respectiva Constituição e de cada um de seus dispositivos, examinando as idéias dominantes à época da sua elaboração e qual a vontade histórica do legislador, para então chegar ao sentido e alcance do texto normativo para a sua aplicação ao caso concreto. Esse método orienta o intérprete para que procure compreender as origens históricas das normas inseridas na Lei Maior, conhecer das suas causas e fins, comparar o texto vigente com o das Constituições que o antecederam, inclusive verificando a influência sofrida pela Lei Fundamental de outros países[36].

A interpretação histórica do texto normativo busca auxílio nos projetos e debates parlamentares, nas emendas, nos votos vencedores ou vencidos na Constituinte, as discussões à época na assembléia e, até mesmo, as revelações daqueles que presenciaram os trabalhos legislativos, ou seja, elementos que apontem para o fim de cada preceito[37]. Carlos Maximiliano sugere, ainda, a utilização dos Anais e demais documentos contemporâneos, para facilitar a

---

[34] Não apenas palavras inúteis, como impropriedades ou desajustes semânticos são encontrados freqüentemente nos textos normativos. Isso se explica facilmente em razão da própria natureza do processo legislativo, que é realizado por representantes políticos, eleitos pelo povo, para cujo exercício de função não é exigido qualquer conhecimento jurídico. Exemplo de impropriedade semântica pode ser encontrado no art. 150 do CTN, quando o texto normativo chama de "lançamento por homologação" o ato pelo qual o próprio contribuinte é responsável pela formação do enunciado concreto e individual constitutivo do crédito tributário. Tal expressão é equivocada e contraria o próprio sistema jurídico, na medida em que o art. 142 do CTN define o lançamento como ato *privativo* da administração pública. Tal impropriedade semântica é responsável por infindáveis controvérsias em torno da natureza jurídica do ato previsto no art. 150 do CTN, justamente pela aplicação exclusiva, por alguns estudiosos do direito, do método gramatical de interpretação.

[35] Nesse mesmo sentido: MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição. 1ª ed. p. 93-94.

[36] MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição. 1ª ed. p. 91. No texto original, o autor faz referência à influência da Constituição do Império e da Constituição Norte-Americana sobre a Constituição de 1981: "Compare-se o texto vigente com o da Constituição Imperial e a dos Estados Unidos, não olvidando que o espírito destas duas, bem como os casos da *Common Law e Equity*, colhidos em classicos e brilhantes commentarios, guiam o escrupuloso interprete da lei basica de 24 de Fevereiro".

[37] Referindo-se à Constituição de 24 de fevereiro de 1891, o autor ainda inclui como fonte para sua interpretação as "[...] idéias reveladas pela propaganda e insurreições republicanas, legislação imperial e tentativas da reforma respectiva [...]".

averiguação do significado dos termos técnicos empregados no texto da legislação, segundo os conceitos aceitos na época[38].

Assim como se deve aplicar com prudência o método gramatical, o mesmo se passa com o método histórico. Os motivos que impulsionaram os legisladores à época da votação do texto constitucional não vinculam o intérprete, que poderá vir a aplicar exegese contrária, caso preponderem outros critérios de hermenêutica, mormente quando a norma já data de época distante[39]. Nesse sentido, avalia Luís Roberto Barroso, que a "patologia da interpretação histórica é o *originalismo* ...", referindo-se ao movimento americano que defende que a interpretação constitucional deve limitar-se exclusivamente à intenção original dos elaboradores da Constituição (*the original intent).* Os originalistas atacam as decisões da Suprema Corte que afirmaram novos direitos às minorias, argumentando que os mesmos não eram vislumbrados à época da elaboração da Lei Maior[40].

1.3.3 Método Sistemático

O método sistemático consiste em buscar o sentido do texto normativo tendo em vista o ordenamento jurídico como um todo. O intérprete não se limita à análise do dispositivo isolado, mas o situa no contexto normativo, de forma a manter a unidade do ordenamento jurídico[41]. Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, "destaca-se aqui a perspectiva sistêmica do ordenamento jurídico, bem como a sua unidade, procurando assim atingir uma visão global e estrutural da lei"[42].

A Constituição, na qualidade de "norma inicial fundante" (conforme conceito abordado supra) e, portanto, fundamento de validade de todo o ordenamento, tem papel fundamental na unidade do ordenamento jurídico. Além dessa noção de unidade externa, Luís Roberto Barroso ainda aponta o caráter de unidade interna da Constituição, que leva necessariamente à análise de cada um de seus dispositivos de forma harmônica e sistemática com o plano geral da Constituição. O desdobramento do método sistemático, portanto, é o princípio da unidade da Constituição, que será especificamente abordado no segundo capítulo desse trabalho[43].

---

[38] MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição. 1ª ed. p. 93.

[39] MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição. 1ª ed. p. 91-93.

[40] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 131/134.

[41] "A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, para que se preserve a coerência do todo. Portanto, nunca devemos isolar o preceito nem em seu contexto (a lei em tela, o código: penal, civil etc.) e muito menos em sua concatenação imediata (nunca leia só um artigo, leia também os parágrafos e os demais artigos)". *In:* FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. 4ª ed. São Paulo: atlas, 2003, p. 289.

[42] BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 61.

[43] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 134/136.

1.3.4 Método Teleológico

Trata-se de interpretar e aplicar a norma tendo em vista a sua finalidade (*mens legis*), ou o seu espírito. Consiste em aplicar o raciocínio lógico-dedutivo ao dispositivo e, racionalmente, atribuir o sentido e alcance que mais irá atingir a finalidade para a qual foi a lei criada[44].

Segundo entendimento de Maximiliano, o método teleológico prepondera sobre os demais, seguindo-se a ele o método sistemático[45].

O método teleológico é o único positivado no ordenamento jurídico. A Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que disciplina algumas regras de aplicação temporal e espacial da lei, introduziu uma norma de cunho teleológico, em seu art. 5º, cujo dispositivo prevê: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Cumpre ressaltar que o Direito Constitucional, em sua definição essencial, apresenta-se como instrumento de realização dos valores supremos do ordenamento jurídico. A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, em seu preâmbulo, destaca seis valores-fins do Estado Democrático, os quais sejam, liberdade, igualdade, justiça, segurança, ordem e desenvolvimento (progresso). Todos esses valores podem ser sintetizados no ideal do bem comum (art. 3º, IV da CF/88) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88)[46]. Assim, uma interpretação teleológica dos dispositivos da Constituição deve ter por fim a realização desses valores do Estado Democrático de Direito.

2 UM ESTUDO SISTEMÁTICO DOS CÂNONES DE CARLOS MAXIMILIANO

Maximiliano é autor de duas obras clássicas, nas quais destacou as peculiaridades da Constituição frente as demais leis e comprovou a decorrente necessidade de fixação de regras de hermenêutica próprias à interpretação constitucional. Na primeira delas, *Comentários à Constituição* brasileira de 1891, Maximiliano aponta dezessete cânones de interpretação da Constituição. Trata-se de verdadeiros conselhos prudenciais para interpretação especificamente da lei fundamental, além de algumas orientações ao intérprete constitucional para a correta utilização de regras de hermenêutica comuns à legislação ordinária[47].

---

[44] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 137/138; BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 60/61.

[45] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 256.

[46] Conteúdo da Aula Inaugural do Curso de Especialização em Direito do Estado, UFRGS, turma 1/2004, ministrada pelo prof. Cezar Saldanha Souza Júnior, no dia 12/03/2004.

[47] MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição. 1ª ed. p. 89/106.

Em sua segunda obra, *Hermenêutica e Aplicação do Direito,* o autor apurou seu estudo, passando a relacionar dezoito cânones de interpretação da Constituição. Estes são o produto da renovação dos tópicos já apresentados nos *Comentários,* desta feita reagrupados em doze cânones de interpretação, acrescidos de seis novos conselhos prudenciais, conforme se verá a seguir[48].

Apesar da grande maioria das obras que tratam da hermenêutica e interpretação da Constituição na atualidade estarem fundamentadas em várias das idéias de Maximiliano, sendo indiscutível a herança deixada pelo autor nessa área do conhecimento, não se tem notícia de um estudo sistemático sobre a validade e eficácia dos seus cânones de interpretação, diante do sistema jurídico atual. É essa a tarefa a que se propõe a segunda parte do presente trabalho, na qual se buscará sistematizar os cânones de Maximiliano, adequando-os e relacionando-os com os princípios constitucionais de interpretação mais aceitos pela doutrina contemporânea, principalmente tomando por base a obra de Luís Roberto Barroso, já citada ao longo do primeiro capítulo.

2.1 Princípios da Interpretação Constitucional

Ensina Humberto Ávila que "os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção"[49]. São, portanto, verdadeiras normas de orientação teleológica, que apontam uma direção a ser buscada, através de comportamentos necessários a essa realização. Dessa forma, "aos princípios cabe, além de uma ação imediata, quando diretamente aplicáveis a determinada relação jurídica, uma outra, de natureza mediata, que é a de funcionar como critério de interpretação e integração do Texto Constitucional"[50], constituindo, nesse caso, o ponto de partida e objetivo final do intérprete.

Partindo desse conceito para uma análise mais atenta dos cânones de Maximiliano, permite-se classificá-los e sistematizá-los como *enunciados instrumentais de realização dos princípios constitucionais.* Cumpre ressaltar que esse conceito não corresponde à idéia desenvolvida por Celso Ribeiro Bastos, de "enunciados instrumentais da hermenêutica constitucional", na medida em que esses últimos, conforme ressalta o autor, "são todos verdadeiras fórmulas hermenêuticas sem conteúdo axiológico, não fornecendo ao intérprete

---

[48] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 248/256.

[49] ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70.

[50] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147/148.

um sentido valorativo a ser seguido, senão que fundamentam a opção por um ou outro sentido que apresente como possível"[51]. *Contrario sensu,* os cânones de Maximiliano constituem enunciados prescritivos das condições eficazes da realização dos princípios constitucionais, produto de uma dedução lógica do sistema constitucional, restando evidente o seu conteúdo axiológico.

Assim é que se apresentará a seguir uma visão nova e alternativa dos cânones de Maximiliano, através da qual se pretende comprovar a implicação destes nos principais princípios contemporâneos da interpretação constitucional. A exposição que segue levará em conta o rol apresentado em *Hermenêutica e Aplicação do Direito,* sem negligenciar a devida identificação ou comparação com os primeiros enunciados, que constam dos *Comentários à Constituição* de 1891. Ao final, se sustentará, de forma fundamentada, a invalidade de alguns dos enunciados os quais se entende não terem sido acolhidos a partir da nova sistemática jurídica introduzida pela Constituição de 1988.

2.1.1 Princípio da Supremacia da Constituição

A Supremacia da Constituição é princípio que deve nortear toda a interpretação de ato normativo. Decorre da superioridade hierárquica da Constituição frente às demais leis infra-constitucionais. Tem assento no princípio da Supremacia da Constituição o entendimento de que todo ato jurídico ou manifestação de vontade incompatível com a Lei Maior deve ser declarado nulo[52]. Segundo esse princípio, a lei infra-constitucional deverá ser interpretada em conformidade com a Constituição, não se admitindo, por outro lado, que as normas constitucionais sofram qualquer influência por parte da legislação inferior[53].

Destaca Luís Roberto Barroso que a supremacia constitucional tem seu fundamento associado a dois conceitos, os quais sejam: a diferença entre poder constituído e poder constituinte; e a diferença entre Constituições rígidas e flexíveis. Com efeito, não há qualquer limitação ao poder constituinte, sendo que este não sofre restrições em razão do direito anterior. O poder constituído, por sua vez, submete-se a uma sistemática em que as leis anteriores à nova Constituição e que lhe forem incompatíveis sempre considerar-se-ão revogadas; e aquelas supervinientes, cujo conteúdo contrarie a Constituição, nulas. Quanto

---

[51] BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 181/182.

[52] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 156.

[53] BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 172. O autor classifica a Supremacia da Constituição como "postulado", os quais define como "... elementos que são realmente pressupostos do sistema constitucional, a serem devidamente preservados e respeitados pela interpretação (...). A interpretação, portanto, deverá, para se considerar como atividade válida, respeitá-los no seu todo, não podendo proceder à escolha de um ou outro."

à questão da rigidez da Constituição, cumpre referir que só há supremacia constitucional nos países que adotam Constituições rígidas, ou seja, naqueles países em que o processo de reforma da Constituição é mais complexo que o processo legislativo infraconstitucional[54].

Finalmente, cumpre ressaltar, que é o judiciário que, com fundamento na Supremacia da Constituição, se encarrega do Controle de Constitucionalidade, não se admitindo que uma lei seja declarada inconstitucional por lei superveniente[55].

Há três cânones de Maximiliano que guardam relação direta com o princípio da Supremacia da Constituição, os quais sejam:

VI. Existe a inconstitucionalidade 'formal' alegável em todos os países e decorrente do fato de não ter o projeto de lei percorrido os trâmites regulares até a 'publicação' respectiva; e a 'intrínseca' ou 'substancial', relativa à incompatibilidade entre o estatuto ordinário e o supremo, da qual os tribunais brasileiros, argentinos, mexicanos e norte-americanos tomam conhecimento, porém não pode ser ventilada nos pretórios europeus, em geral.

Esse enunciado foi introduzido em *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, não havendo cânone correspondente na primeira obra de Maximiliano. Atualmente, quase que a totalidade dos ordenamentos jurídicos realiza o controle de constitucionalidade substancial das leis infra-constitucionais, fundamentados no princípio da Supremacia da Constituição, sendo que a maior parte dos países da Europa continental adotou a técnica de controle abstrato, com sistema de jurisdições distintas[56].

XII. Quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido, ou uma pena aplicada, esta especificação importa proibir implicitamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas ou estender a outros casos a penalidade[57].

Esse enunciado reproduz o décimo primeiro cânone da obra *Comentários à Constituição* de 1891[58]. Trata-se de verdadeiro instrumental do princípio da Supremacia da Constituição, na medida em que proibi expressamente que a lei infra-constitucional exerça influência no alcance e eficácia das normas constitucionais.

---

[54] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 157/167.

[55] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 164.

[56] Conforme aula de Direito Constitucional, ministrada pelo prof. Cezar Saldanha Souza Júnior, no curso de Especialização em Direito do Estado, dia 10/09/04.

[57] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 255.

[58] MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição. 1ª ed. p. 98.

XVII. A Constituição é a lei suprema do país; contra a sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais, Constituições, decretos ou sentenças estaduais, nem tratados ou quaisquer outros atos diplomáticos[59].

Enunciado idêntico ao cânone XVI, de *Comentários à Constituição* de 1891[60], reforçando a percepção de que desde sua primeira obra, Maximiliano procurou elaborar cânones de interpretação que realmente proporcionassem a realização do princípio da Supremacia da Constituição, princípio primeiro da interpretação constitucional.

XVIII. 'Interpretação autêntica' do texto constitucional só se obtém pelo processo estabelecido, no art. 217 de 1946, isto é, por meio de emenda ao estatuto básico. Nem sequer um ato da assembléia que elaborou a Constituição ou a respectiva reforma teria o valor de exegese obrigatória. Podem-se decretar leis orgânicas para a execução completa do Código supremo; como, por exemplo, a relativa à organização da Justiça Nacional. Serão normas complementares, porém não 'interpretativas'"[61].

Em *Comentários à Constituição* de 1891, Maximiliano não formulou um enunciado específico sobre a interpretação autêntica, limitando-se a conceituá-la. Percebe-se uma pequena mudança na abordagem do tema, na medida em naquela obra o autor ainda admitia que a "lei directa ou indirectamente interpretativa tem algum peso e merece acatamento, mormente se é antiga; porém não firma exegese definitiva (...)" (*sic*), critério que parece ter sido definitivamente afastado no segundo momento[62]. Parece claro que o enunciado em questão instrumentaliza o princípio da Supremacia da Constituição, principalmente no aspecto ressaltado por Luís Roberto Barroso, da dicotomia entre Poder Constituinte e Poder Constituído. Somente o Poder Constituinte, em sua forma derivada, tem o poder de realizar a interpretação autêntica da Constituição[63].

2.1.2 Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Leis e dos Atos do Poder Público

Trata-se da presunção de que todos os Poderes do Estado interpretam a Constituição, e de que seus órgãos sempre operam tendo em vista um fim comum, pautado nos valores

---

[59] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 256.

[60] MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição. 1ª ed. p. 100.

[61] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 256.

[62] MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição. 1ª ed. p. 102/106.

[63] Nesse mesmo sentido assevera Jorge Miranda: "De harmonia com os princípios, interpretação autêntica só pode ser feita por lei com força constitucional - ou seja, em Constituição rígida, por lei decretada pelo processo peculiar de revisão, e não por lei ordinária (...) Tão-pouco é interpretação autêntica a levada a cabo pelos órgãos de fiscalização de constitucionalidade, mesmo em sistema de concentração de competência". *In:* MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, v. II. p. 262/263.

constitucionais, sendo válidos enquanto tal. Nesse sentido, nenhum Poder pode interferir no âmbito das atribuições do outro, para intervir nas questões de sua "conveniência e oportunidade". Não obstante isso, reconhece a doutrina atual que cada um dos Poderes de Estado não exercem de forma exclusiva suas funções, mas como atividade preponderante. Além disso, cumpre ressaltar que a presunção insculpida no princípio em tela é *iuris tantum*, cabendo a declaração de inconstitucionalidade, uma vez que haja prova nesse sentido [64].

A presunção da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público é, pois, um princípio funcional ao andamento do Estado. Todavia, deve-se dosar a sua interpretação e aplicação, pena de obter-se conseqüências desastrosas, de legitimação das razões de Estado contra os direitos fundamentais da cidadania. Assim, pode-se afirmar que, em um Estado Democrático de Direito, a validade destes atos é determinada e condicionada a outro princípio – o qual resgata o senso comum do direito que deve embasar a legitimidade dos atos de autoridade – conhecido entre nós, e positivado no ordenamento jurídico da Carta de 1988, como princípio da moralidade.

Observe-se que o sistema de governo presidencialista e de tripartição dos poderes (executivo, legislativo e judiciário), influenciado por Montesquieu, foi adotado pela primeira vez no Brasil na Constituição de 1891. Assim, pode-se compreender a razão pela qual todos os cânones relacionados ao Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Leis e dos Atos do Poder Público foram abordados por Maximiliano pela primeira vez na obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, pois ao tempo da publicação dos *Comentários à Constituição* de 1891, a separação dos poderes acabava de ser introduzida no sistema jurídico, não havendo ainda uma maior reflexão quanto às suas implicações[65]. Classificam-se como enunciados instrumentais do princípio de presunção de constitucionalidade, os seguintes:

III. Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão 'acima de toda dúvida' razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade. 'Oportet ut res plus valeat quam pereat'. Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem a séria objeção em contrário. Portanto, se, entre duas interpretações mais ou menos defensáveis, entre duas correntes de idéias apoiadas por jurisconsultos de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso da sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada 'interpretação' não de todo desarrazoada.

---

[64] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 167/170.

[65] Nesse sentido: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Constituições do Brasil. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2002, p. 41.

Nesse enunciado, verifica-se claramente a ligação entre o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público e o princípio geral da separação dos poderes. O sistema tripartite de separação dos poderes foi mantido pela Constituição de 1988, verificando-se, portanto, a validade desse cânone para a interpretação das normas do atual sistema jurídico.

IV. Sempre que for possível sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela institui, ou disciplina[66].

Esse enunciado não apenas tem validade para a interpretação da Constituição segundo o sistema jurídico atual, como foi praticamente reproduzido por Luís Roberto Barroso, que o apresenta como a tradução prática do princípio da presunção de constitucionalidade doa atos do Poder Público, em regra sua que segue: "havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor"[67].

2.1.3 Princípio da Interpretação Conforme a Constituição

Consiste não apenas em um princípio de interpretação constitucional, mas de verdadeiro mecanismo de controle de constitucionalidade, pois seus efeitos se equiparam aos de uma declaração de inconstitucionalidade de ato normativo (inconstitucionalidade parcial sem redução de texto). Consiste em buscar, dentre as diversas interpretações possíveis, aquela que compatibiliza a lei com a Constituição[68]. Ao declarar qual a interpretação do texto normativo que é compatível com a lei fundamental, restringe-se a aplicação do dispositivo à interpretação declarada pelo tribunal, muito embora se mantenha a integridade do texto normativo[69].

---

[66] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 251.

[67] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 171.

[68] Em célebre passagem, ponderou Jorge Miranda: "a interpretação conforme à Constituição não consiste então tanto em escolher entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito o que seja mais conforme com a Constituição quanto em discernir *no limite* - na fronteira da inconstitucionalidade - um sentido que, embora não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido *necessário* e o que se torna *possível* por virtude da força conformadora da Lei Fundamental". *In:* MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, v. II. p. 264.

[69] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 180/187.

Nesse sentido, pode-se perceber uma semelhança com o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Todavia, o Princípio da Interpretação Conforme apresenta outras dimensões, sintetizadas por Luís Roberto Barroso nos seguintes elementos[70]:

> 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita; 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto; 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição; 4) Por via de conseqüência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.

Pode-se afirmar que relacionam-se com o Princípio da Interpretação Conforme à Constituição, os seguintes enunciados interpretativos de Maximiliano:

> V. A constitucionalidade não pode decorrer só dos motivos da lei. Se o parlamento agiu por motivos reprovados ou incompatíveis com o espírito do Código supremo, porém a lei não é, no texto, contrária ao estatuto básico, o tribunal abstém-se de a condenar[71].

Esse cânone foi acrescentado pela obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, sem correspondente nos *Comentários à Constituição*. Em havendo, pois, uma possibilidade de interpretação fundada nas razões do legislador (interpretação histórica), e sendo esta incompatível com a Constituição, deverá ser afastada, declarando o tribunal qual a interpretação que, sem alterar o texto normativo, pode ser atribuída ao dispositivo em conformidade à Constituição, devendo esta prevalecer.

X. A Constituição aplica-se aos casos modernos, não previstos pelos que a elaboraram. Faz-se mister supor que os homens incumbidos da nobre tarefa "de distribuir os poderes emanados da soberania popular e de estabelecer preceitos para a perpétua segurança dos direitos da pessoa e da propriedade tiveram a sabedoria de adaptar a sua linguagem às emergências futuras, tanto como às presentes; de sorte que as palavras apropriadas ao estado então existente da comunidade e ao mesmo tempo capazes de ser ampliadas de modo que abranjam outras relações mais óbvio e imediato sentido, se, de acordo com o

---

[70] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 181/182.

[71] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 251/252.

objetivo geral dos autores e os verdadeiros princípios do contexto, podem elas ser estendidas a diferentes relações e circunstâncias criadas por um estado aperfeiçoado de sociedade. Cumpre ao legislador e ao juiz, ao invés da ânsia de revelar inconstitucionalidades, mostrar solicitude no sentido de enquadrar na letra do texto antigo o instituto moderno. (...) A Constituição é a égide da paz, a garantia da ordem, sem a qual não há progresso nem liberdade. Forçoso se lhe torna acompanhar a evolução, adaptar-se às circunstâncias imprevistas, vitoriosa em todas as vicissitudes, porém, quanto possível, inalterada na forma[72].

Esse enunciado identifica-se com o oitavo cânone de Maximiliano em *Comentários à Constituição* de 1891[73]. Em outras palavras, a intenção do constituinte é aplicável na interpretação dos fatos novos, ou casos emergentes e imprevistos. Sendo possível a construção de uma interpretação conforme a Constituição, que se estenda aos fatos não previstos quando da elaboração da lei, impõe-se a adoção dessa interpretação.

2.1.4 Princípio da Unidade da Constituição

O princípio da Unidade da Constituição decorre da interpretação sistemática, método já abordado no presente trabalho. A Constituição é a norma fundamental que confere sistematicidade e unidade ao ordenamento. Além disso, há uma unidade interna da Constituição, que determina que a interpretação das normas constitucionais não se dê de forma isolada, mas considerando-as pertencentes a um sistema jurídico únitário. Assim, todas as normas da Constituição devem ser harmonizadas e conciliadas, afastando-se as aparentes contradições. Não se pode afastar totalmente uma norma, invalidando-a para a aplicação plena de outra[74].

São implicações do Princípio da Unidade da Constituição, embora com uma ênfase um pouco mais voltada à idéia de institucionalidade da Constituição, os seguintes cânones:

XI. Quando a Constituição confere poder geral ou prescreve dever franqueia também, implicitamente, todos os poderes particulares, necessários para o exercício de um, ou o cumprimento do outro. (...) A regra enunciada acima é completada por duas mais: a) Onde se mencionam os meios para o exercício de um poder outorgado, não será lícito implicitamente admitir novos ou diferentes meios, sob o pretexto de serem mais eficazes ou convenientes; b) Onde um poder é conferido em termos gerais, interpreta-se como 'estendendo-se' de acordo com os mesmos termos, salvo se alguma clara 'restrição' for deduzível do próprio contexto, por se achar ali expressa ou implícita[75].

---

[72] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 253/254.

[73] MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição. 1ª ed. p. 96.

[74] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 188/209.

[75] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 254/255.

Trata-se de regra mantida na segunda obra de Maximiliano (décimo cânone de *Comentários à Constituição* de 1891)[76]. Tem-se, aqui, com toda clareza da impressionante síntese que integra o enunciado geral deste cânone, o antecedente doutrinário do conceito moderno de *injunção*, positivado pela Constituição de 1988. Postula o reconhecimento das implicações da generalidade, consistência e conseqüência da ordem constitucional - unidade da Constituição. Guarda correspondência com o conceito da adjudicação no plano infraconstitucional.

XIV. Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras firmadas pela Constituição. (...) Na dúvida, siga-se a regra geral. Entretanto em Direito Público esse preceito não pode ser aplicado à risca: o 'fim' para que foi inserto o artigo na lei, sobreleva a tudo. Não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto. Dentro da letra rigorosa dele procure-se o objetivo da norma suprema; seja este atingido, e será perfeita a exegese. (...) Quando as palavras forem suscetíveis de duas interpretações, uma estrita, outra ampla, adotar-se-á aquela que for mais consentânea com o fim transparente da norma positiva[77].

No enunciado supramencionado, o autor agrupou o décimo terceiro, décimo quarto cânones de Maximiliano em *Comentários à Constituição* de 1891[78]. Esse cânone prescreve uma relação de implicação entre a realização do Princípio da Unidade da Constituição e a interpretação teleológica. Essa relação foi tratada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, na seguinte passagem: "o princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico-lógico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal"[79].

XV. Aplica-se à exegese constitucional o processo sistemático de Hermenêutica, e também o 'teleológico', assegurada ao último a preponderância. Nesse terreno consideram-se ainda de alta valia a 'jurisprudência', sobretudo a da Corte Suprema; os precedentes parlamentares; os fatores sociais e a 'apreciação do resultado, a Wertuteil', dos tudescos".

O décimo sétimo cânone de Maximiliano na obra *Comentários à Constituição* de 1891, referia-se apenas ao método teleológico, que considerava superior a todos os demais[80].

---

[76] MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição. 1ª ed. p. 97.

[77] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 255/256.

[78] MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição. 1ª ed. p. 99/100.

[79] *BVerfGE*, 19,206 (220) *apud* BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 189.

[80] Esse cânone tinha a seguinte redação: "XVII. A regra superior, que sobrepuja a todas as outras e cuja inobservância é a causa de erros diarios nos pretorios e no Parlamento, consiste em indagar o 'fim da lei', a razão de ser de uma providência legisltiva, o objectivo que se teve em mira ao inserir um artigo, ou paragrapho, no texto constitucional" (*sic*). *In:* MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição. 1ª ed. p. 99/100.

O novo texto fala em processo sistemático, o que revela o aprimoramento do pensamento do autor, relativamente à necessidade de unidade da Constituição.

XVI. O brocardo - 'inclusio unius alterius est exclusio', como todo argumento 'a contrario', exige, talvez, ainda maior e mais discreta reserva da parte de quem o empregue no Direito Constitucional, do que se reclama em se tratando de Direito Privado. Nem sempre o fato de se mencionar um caso determinado obrigará a excluir todos os outros; nem tampouco a negativa a respeito de uma hipótese particular implicará a afirmativa tocante às demais"

Corresponde ao enunciado XV da primeira obra, cuja redação o autor sintetizou. Nesse cânone ressalta-se a idéia de sistematicidade e unidade do ordenamento. Assim, na análise de um dispositivo, seja ele enumerativo ou de inclusão de elementos, não se pode fazer uma interpretação isolada, devendo-se considerar o conjunto das normas constitucionais para determinar o alcance e as limitações que se operam sobre a norma.

2.1.5 Princípio da (Máxima) Efetividade

Trata-se de uma orientação ao intérprete no sentido de conferir a máxima efetividade às normas constitucionais no caso concreto, sem entretanto, alterar-lhes o conteúdo. Eficiência, conforme explica Luís Roberto Barroso, é um quarto plano que se incorpora à teoria convencional dos atos jurídicos (existência, validade e eficácia) e que diz respeito à realização da norma. Afirma o autor que "ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social"[81].

A aplicação do Princípio da Efetividade não pode descuidar da Unidade Constitucional, na medida em que a otimização de uma de suas normas poderia implicar na invalidade de outras. Assim, na interpretação de uma norma, deve o intérprete buscar a máxima efetividade de toda a Constituição.

É enunciado instrumental do Princípio da Efetividade:

I. O Código fundamental tanto prevê no presente como prepara para o futuro. Por isso, ao invés de se ater a uma técnica interpretativa exigente e estreita, procura-se atingir um sentido que torna efetivos e eficientes os grandes princípios de governo, e não o que os contrarie ou reduza a inocuidade. Bem observa Story: "O governo é uma coisa prática. Feita para a felicidade do governo humano, e não destinada a propiciar um espetáculo de uniformidade que satisfaça os planos de políticos visionários. A tarefa dos que são chamados a exercê-lo é

---

[81] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 236.

dispor, providenciar, decidir; e não debater; seria pobre compensação haver alguém triunfado numa disputa, enquanto perdíamos um império; termos reduzido a migalhas um poder e ao mesmo tempo destruído a República".

Esse enunciado não encontra correspondência com qualquer dos cânones enunciados na obra *Comentários à Constituição* de 1891. O cânone ainda é válido, desde que observada uma importante ressalva. Senão vejamos.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), seguindo a tendência que se verificou nas Constituições européias do segundo pós guerra, é um referencial supremo de valores, tendo adotado como valores essenciais do nosso sistema constitucional: a liberdade, igualdade, justiça, segurança, ordem e desenvolvimento (bem-estar), que constituem condições genéricas de realização do bem comum. O bem comum, fim último da Constituição, nada mais é do que todas as condições que devem ser oferecidas à *pessoa humana* para que ela própria se realize e realize a sua felicidade[82]. A Constituição Federal de 1988 tem, portanto, por prioridade primeira a dignidade da pessoa humana.

Do exposto, resulta que a aplicação do enunciado em exame deve ser feita adaptando-o à nova realidade do sistema jurídico-constitucional, de modo que se atinja a máxima efetividade da norma sempre que ocorrer a realização do bem comum, afastando-se a predominância dos interesses do governo sobre os direitos fundamentais da pessoa humana.

2.2 Do uso do Costume

Trata-se o costume de um mecanismo de integração da Constituição[83]. A integração é o processo de preenchimento de lacunas, ou vazios normativos. Difere, portanto, da interpretação, na medida em que esta pressupõe a existência de uma norma a ser aplicada ao caso concreto, constituindo a atividade de compreensão e atribuição do sentido e alcance dessa norma. Tendo em vista a idéia de sistema jurídico, onde se pretende que todos os casos tenham solução possível no ordenamento, a integração surge como um processo de "preenchimento de eventuais vazios normativos"[84], que utiliza-se do costume e da analogia, para encontrar o direito aplicável ao caso concreto[85].

---

[82] Cfme. aula de Direito Constitucional, ministrada pelo Professor Cezar Saldanha Souza Júnior, no curso de Especialização em Direito do Estado da UFRGS, dia 14/05/04.

[83] "Nesse sentido, o reconhecimento dos costumes como fonte os torna, na omissão da lei, meio de integração *praeter legem*. Obviamente, como meio integrador, o costume ocupa os vazios do ordenamento legal e não do ordenamento global, ao qual pertencem também as normas consuetudinárias. Ou seja, se há norma costumeira, não há lacuna, mas pode haver omissão de norma legal. É o sentido da integração *praeter legem*." *In:* FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 304.

[84] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 139.

[85] Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 142: "A verdade, todavia, é que o costume constitucional tem duplo e relevante

Maximiliano elaborou cânones de interpretação que se apoiam no costume, adotando uma metodologia mais usual aos países de *common law*. Entretanto, considerando-se que o sistema jurídico brasileiro tem gradativamente fortalecido o uso do costume - prova disso é o próprio papel que vem sendo assumido pela jurisprudência no ordenamento pátrio - pode-se afirmar que o costume, a comparação e a historicidade dos fatos jurídicos configuram padrões de interpretação válidos. Assim, conclui-se pela aplicabilidade dos seguintes cânones de Maximiliano, de caráter essencialmente histórico e consuetudinário:

II. Forte é a presunção de constitucionalidade de um ato ou de uma interpretação, quando datam de grande número de anos, sobretudo se foram contemporâneos da época em que a lei fundamental foi votada. "Minime sunt mutanda, que interpretationem certam semper habuerunt". Todavia o princípio não é absoluto. O estatuto ordinário, embora contemporâneo do Código supremo, não lhe pode revogar o texto, destruir o sentido óbvio, estreitar os limites verdadeiros, nem alargar as fronteiras naturais (...)[86].

Identifica-se com o primeiro cânone de Maximiliano em *Comentários à Constituição* de 1981. Esse enunciado instrumentaliza o costume como método de interpretação, mas de forma ponderada e limitada ao princípio da Supremacia da Constituição.

XIII. A prática constitucional longa e uniformemente aceita pelo Poder Legislativo, ou pelo Executivo, tem mais valor para o intérprete do que as especulações engenhosas dos espíritos concentrados. (...) Entretanto a exegese adotada pelas Câmaras, ou pelo Executivo, não influi 'peremptoriamente' nas decisões do Judiciário, senão nos casos políticos[87].

Cânone acrescentado pelo autor, não havendo correspondente nos *Comentários à Constituição*. Inspirou-se o autor essencialmente no direito americano, onde há o entendimento, consagrado pela Suprema Corte, no sentido de que excluem-se dos litígios de índole constitucional as questões políticas[88].

VIII. O elemento histórico auxilia a exegese do Código básico, mantida a cautela de só atribuir aos debates no seio da Constituinte o valor relativo que se deve dar, em geral, aos 'trabalhos parlamentares'. A história da Constituição e a de cada um dos seus dispositivos

---

papel, quer para a *integração* da ordem constitucional em caso de lacuna, quer como fonte auxiliar da *interpretação* constitucional. O costume, a prática constitucional, é um importante ponto de referência na passagem do campo normativo para o terreno da realidade"; BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 74: "A própria Constituição da República pode fazer apelo a formas de integração, tais como, o costume constitucional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e a remissão do tema à lei ordinária".

[86] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 250.

[87] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 255.

[88] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 173.

contribuem para se interpretar o texto respectivo. (...) Trata-se de compreender o estatuto brasileiro à luz da História e da evolução dos princípios republicanos; examine-se quais idéias dominantes na época do advento do novo regime, o que se pretendeu manter, o que se preferiu derrocar. Compare-se o texto vigente com a Constituição Imperial e a dos estados Unidos, não olvidando que o espírito destas duas, bem como os casos da 'Common Law e Equity", colhidos em clássicos e brilhantes comentários, guiam o escrupuloso intérprete da lei básica de 24 de fevereiro de 1981. É de rigor o recurso aos 'Anais' e a outros documentos contemporâneos, a fim de apurar qual era, na época da Constituinte, a significação verdadeira e geralmente aceita dos termos técnicos encontrados no texto. (grifou-se)

Esse enunciado resultou do agrupamento e sintetização dos cânones II, III e IV, da obra *Comentários à Constituição* de 1988, que tratam, essencialmente, do método de interpretação histórica. Tem validade no sistema jurídico atual, ressalvando-se o trecho grifado, cuja formulação deve-se ao fato que a Constituição de 1891 consistiu na verdade em uma cópia da Constituição americana, adaptada pela Assembléia Constituinte para entrar em vigor no Brasil. Conforme análise feita por Roberto Rosas, "não apenas a Constituição de 1891 era inadequada à tradição brasileira, mas também não foi uma cópia fiel da Constituição norte-americana. Pior do que isto, copiou o modelo, mas fez uma nova versão deste, uma versão feita por políticos não habituados à tradição anglo-saxônica que guiou a Constituição estadunidense"[89]. Muito embora o sistema jurídico-constitucional instaurado a partir de 1988 tenha internalizado diversos institutos do direito americano, não o fez com a intensidade do Constituinte de 1891.

IX. Quando a nova Constituição mantém, em alguns dos seus artigos, a mesma linguagem da antiga, presume-se que se pretendeu não mudar a lei nesse particular, e a outra continua em vigor, isto é, aplica-se à atual a interpretação aceita para a anterior. O texto do Código fundamental do Império e os respectivos comentários facilitam a exegese do estatuto republicano, assim como o Direito inglês é invocado pelos publicistas dos Estados Unidos. Ainda mais: os direitos assegurados pela Constituição antiga prevalecem, na vigência da nova, nos pontos em que esta não revogou aquela.

O enunciado acima corresponde ao nono cânone da obra *Comentários à Constituição* de 1891. Conforme supramencionado, trata-se da tendência de fortalecimento da jurisprudência, manifestação do costume dos pretórios, na interpretação dos novos dispositivos da Constituição. A última parte do enunciado refere-se a um aspecto que parece um pouco esquecido pela doutrina contemporânea. Trata-se da manutenção dos direitos fundamentais, assegurados pela Constituição anterior, quando não revogados pela nova Constituição. Assemelha-se ao que chamamos de vedação de retrocesso, mas se opera em nível constitucional.

---

[89] ROSAS, Roberto *apud* SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Constituições do Brasil. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2002, p. 44.

2.3 Cânones não Recepcionados pela Constituição de 1988

Dos dezoito cânones de interpretação da Constituição, que constaram da obra *Hermenêutica e Interpretação da Constituição*, cuja primeira edição data de 1924, apenas um deles é totalmente inaplicável segundo o atual sistema jurídico, o qual seja:

> VII. Embora as expressões nas leis suprema sejam, mais do que nas ordinárias, vazadas em linguagem técnica, nem por isso entenderão aquelas como escritas em estilo arrevesado e difícil, inacessível à maioria, e, sim, em termos claros, precisos. Não se resolve contra a letra expressa da Constituição, baseado no elemento histórico ou no chamado Direito natural. Cumpre-se o que ressalta dos termos da norma suprema, salvo o caso de forte presunção em contrário: às vezes o próprio contexto o oferece fundamento para o restringir, distender ou, simplesmente, determinar. Não podem os tribunais declarar inexistente um decreto, legislativo ou executivo, apenas por ser contrário aos princípios da justiça, às noções fundamentais do Direito: é de rigor que viole a Constituição, implícita ou explícitamente. Em todo caso, do exposto se não conclui que o só elemento filológico baste para dar verdadeiro sentido e alcance das disposições escritas.

Esse enunciado agrupou o quinto e sétimo cânones da obra *Comentários à Constituição* de 1891. No atual sistema constitucional, os princípios gerais de direito são cogentes em nível hierárquico igual ao da própria Constituição, razão pela qual é inconstitucional o enunciado supramencionado (art. 5º, §2º da Constituição Federal/88).

CONCLUSÃO

A interpretação é atividade de fundamental importância para a realização do direito. Tem papel essencial, não apenas na questão da justificação das decisões judiciais, exigência introduzida a partir do séc. XVIII na maioria dos regimes constitucionais, mas, principalmente, na concretização de um sistema jurídico fundado em valores. É por meio da atividade interpretativa que poderá o jurista aplicar a lei de uma maneira comprometida com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico. E é a interpretação dos textos normativos que leva o cientista do direito a sustentar novos posicionamentos, influenciando a disciplina das questões jurídicas mais relevantes e, em última análise, inovando no sistema jurídico em busca do seu contínuo aperfeiçoamento.

A interpretação das leis deve sempre levar em consideração a unidade do sistema jurídico, que é ponto de convergência dos direitos fundamentais em tem seu final último na

Constituição. Todas as regras, princípios e mesmo os enunciados elaborados pelos cientistas do direito, com base no critério da *prudência* - aos quais denominamos cânones - devem respeitar, por conseguinte, a supremacia da Constituição.

Essa hermenêutica tem implicação, não apenas às leis infraconstitucionais, como também aos próprios dispositivos constitucionais, que precisam ser aplicados em harmonia com todas as demais normas da Constituição.

A partir dessa visão, foram apontadas no presente trabalho algumas diretrizes à atividade interpretativa constitucional, fundamentadas nas obras *Comentários à Constituição de 1891* e *Hermenêutica e Interpretação do Direito,* de Carlos Maximiliano. Seus enunciados, também chamados cânones, têm fundamento na prudência, valor importante a ser resgatado pelo direito, que deveria sempre nortear a atividade do jurista, são ainda, em sua quase totalidade, válidos nos dias de hoje.

No decorrer do trabalho, pôde-se perceber que alguns desses cânones foram positivados pela Lei Maior, e muitos se identificam com princípios trabalhados atualmente pela doutrina, ainda que de forma desapercebida e um tanto quanto desordenada, resultando daí que os mesmos foram não apenas acolhidos pelo sistema jurídico-constitucional introduzido pela Constituição de 1988, como alguns deles inspiram e se concretizam na hermenêutica constitucional contemporânea.

A abordagem feita no presente trabalho não tem por pretensão esgotar todas as facetas da riqueza doutrinária que cedo emergiu nos *Comentários* de Carlos Maximiliano, à primeira Constituição republicana do Brasil. Trata-se de uma visão dos cânones sob novo ângulo, ainda não trabalhado pela doutrina e que se espera possa contribuir com o resgate e a valorização da obra do eminente jurista no debate acadêmico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYDOS, Eduardo Dutra. A Planície de Alétheia - Contribuição para a (re)construção teórica de uma epistemologia de síntese. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

AYDOS, Elena de Lemos Pinto. Aspectos Atuais do Direito de Marca: A regulamentação da Marca e sua Proteção Através das Técnicas Diferenciadas de Tutela. Trabalho de conclusão de Curso de Graduação. PUCRS. Porto Alegre, 2003.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BONAVIDES, Paulo. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. 4ª ed. São Paulo: atlas, 2003.

JUSTINIANO. Digesto de Justiniano, livro I. Tradução de Hélcio Maciel França Madeira. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Comentários à Constituição. 1ª ed.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed, 1982-1988. 2 v.

MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis. Coleção Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2002.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. A Interpretação Constitucional Contemporânea entre o Construtivismo e o Pragmatismo. In: MAIA, A. C.; MELO, C.C.; CITTADINO. G; POGREBINSCHI, T. (Org.). Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

POGREBINSCHI, Thamy. Problema da Justificação no Direito: Algumas Notas sobre Argumentação e Interpretação. In: MAIA, A. C.; MELO, C.C.; CITTADINO. G; POGREBINSCHI, T. (Org.). Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROBLES, Gregório. O Direito Como Texto: quatro estudos se teoria comunicacional do direito. Barueri, SP: Manole, 2005.

PEIRCE, Charles S. Semiótica. São Paulo: Perspectiva, 1977.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. (Coord.). Curso de Especialização em Direito Tributário - Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Constituições do Brasil. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2002.

O Fornecimento de medicamentos à luz da Teoria da Justiça Aristotélica

Ana Paula Zavarize Carvalhal

INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 garantiu um amplo rol de direitos fundamentais, colocando o direito à saúde entre os direitos sociais do Título II, Capítulo II, art. 6º, e regulamento-o no Título VIII, Capítulo II, Seção II, arts. 196 a 200. No entanto, esses direitos, diante da realidade político-econômica do país, não são plenamente efetivados pelo Estado Brasileiro, o que tem levado muitos a procurar no Poder Judiciário sua concretização.

Em relação ao direito à saúde, especialmente enquanto direito ao fornecimento de medicamentos, o grande número de demandas judiciais tem despertado a preocupação da mídia[1] e de alguns doutrinadores[2] que, em seus artigos, ao mesmo tempo que mostram a falta de medicamentos nas farmácias da rede pública, relatam os gastos elevados do Poder Executivo com a saúde, especialmente devido às decisões dos Tribunais.

É sabido que a administração pública não têm recursos financeiros suficientes para atender toda a demanda por medicamentos que a população necessita. Assim, o grande número de liminares deferindo medicamentos nos leva a pensar se as decisões judiciais, ao invés de solucionar controvérsias, não está ampliando o problema.

---

[1] Exemplo dessas reportagens é a noticiada no Jornal Zero Hora de 21 de março de 2004, pg. 38 e 39, cujas manchetes "Remédios raros consomem 25% da verba da Saúde" e "A farmácia chamada Judiciário" expõem bem a polêmica do tema em questão.

[2] Temos como exemplo o artigo da Procuradora do Estado do Rio de Janeiro, Lúcia Léa Guimarães Tavares, intitulado "O Fornecimento de Medicamentos pelo Estado", publicado na Revista de Direito da Procuradoria-Geral, Rio de Janeiro, n.55, ano 2002, pg. 101. Também a Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, em artigo intitulado "O Juiz e a Tutela Jurisdicional Sanitária", expõe a tendência dos precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região de determinar o fornecimento de medicamentos, sem fazer qualquer consideração com a manutenção e sustentabilidade do sistema do SUS, deferindo inclusive a compra de medicamentos experimentais no exterior, em detrimento do prestígio e unidade do sistema.

Ao falarmos em direito à saúde estamos nos referindo a uma conceito muito amplo, que abarca uma série de ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde. Identificamos entre as ações e serviços de recuperação da saúde o acesso da população a medicamentos, o qual é o objeto do presente trabalho.

Parte crescente da doutrina tem questionado o empenho do Poder Executivo em cumprir o art. 196 da Constituição Federal e sugerido que se busque no Poder Judiciário a garantia desse direito. Assim, fala-se que o dever do Estado de fornecer medicamentos é uma questão de "justiça social". Já o Poder Executivo, por sua vez, alega que os medicamentos são bens escassos, que não possui recursos suficientes para atender a todas as necessidades dos cidadãos e que, portanto, precisam ser distribuídos de acordo com o critério adotado pelas políticas públicas.

Nosso objetivo neste estudo é, a partir da Teoria da Justiça Aristotélica, examinar como as espécies de justiça se relacionam com o direito ao fornecimento de medicamentos.

Estudamos o direito ao fornecimento de medicamentos a partir da análise da jurisprudência selecionada, em especial a do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Assim, dividimos o trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo examinaremos a Teoria da Justiça de Aristóteles e as três espécies por ele identificadas: Justiça Corretiva, Justiça Distributiva e Justiça Geral. No segundo capítulo estudaremos o Fornecimento de Medicamentos, analisando a legislação, a competência federativa e a intervenção judicial. No terceiro capítulo, buscaremos, por meio da aplicação dos conceitos estudados no primeiro capítulo, identificar qual espécie de justiça melhor se relaciona com direito ao fornecimento de medicamentos.

A metodologia adotada consiste na análise seletiva de legislação e jurisprudência sobre o fornecimento de medicamentos. Nosso objetivo é traçar o panorama do tema abordado, podendo servir de base para estudos mais aprofundados.

1 A TEORIA DA JUSTIÇA ARISTOTÉLICA

Aristóteles dedicou o Livro V da Ética a Nicômacos ao estudo da Justiça, se propondo a responder basicamente três perguntas: quais as espécies de ação com as quais ela se relaciona, que espécie de meio termo é a justiça e entre que extremos o ato justo é meio termo?[3]

No presente trabalho, nos deteremos ao estudo da primeira pergunta: Quais as espécies de ação com as quais a Justiça se relaciona?

---

[3] ARISTÓTELS. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg. 91.

Aristóteles parte seu estudo de uma definição preliminar do gênero Justiça: "a justiça é a disposição da alma graças à qual elas se dispõem a fazer o que é justo, a agir justamente e a desejar o que é justo"[4].

Mas constata que os termos justiça e injustiça são ambíguos e identifica três sentidos para que uma pessoa ser considerada injusta: pessoa que infringe a lei, pessoa ambiciosa e pessoa iníqua[5]. Definindo o justo, então, como: "aquilo que é conforme à lei e correto"[6].

O justo conforme à lei corresponde à Justiça em sentido amplo, a chamada justiça geral. Já o justo, enquanto correto, corresponde à Justiça em sentido estrito, chamada justiça particular[7].

Explicando melhor o conceito de justiça particular[8], diz Aristóteles que:

> "A justiça é a qualidade que nos permite dizer que uma pessoa está predisposta a fazer, por sua própria escolha, aquilo que é justo, e, quando se trata de repartir alguma coisa entre si mesma e outra pessoa, ou entre duas outras pessoas, está disposta a não dar demais a si mesma e muito pouco à outra pessoa daquilo que é desejável, e muito pouco a si mesma e demais à outra pessoa do que é nocivo, e sim dar a cada pessoa o que é proporcionalmente igual, agindo de maneira idêntica em relação a duas outras pessoas."[9]

Ao estudar a Justiça em sentido estrito, Aristóteles identificou duas subespécies: a justiça com função de distribuição de bens e a com função de correção nas relações entre os

---

[4] ARISTÓTELS. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg. 91.

[5] ARISTÓTELS. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg. 92.

[6] ARISTÓTELS. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg. 92.

[7] "É evidente, portanto, que além da injustiça em sentido amplo há outra espécie de injustiça em sentido estrito, que tem o mesmo nome e a mesma natureza da primeira, da qual ela é uma parte, porque sua definição se enquadra no mesmo gênero; ambas as espécies de injustiça se manifestam na convivência entre as pessoas, mas uma se relaciona com a honra, ou com o dinheiro, ou com a segurança (ou seja qual for o nome, se pudermos empregá-lo para englobar todas estas coisas) e sua motivação é o prazer decorrente do ganho, enquanto a outra se relaciona com tudo que está na esfera de ação do homem bom." ARISTÓTELS. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg. 94

[8] Tomás de Aquino também que há uma espécie de justiça que cuida do bem comum e outra do bem particular: "Como se disse, a justiça não é essencialmente idêntica às outras virtudes. Por isso, além da justiça legal, que ordena o homem imediatamente ao bem comum, é necessário que exista outra que o ordene imediatamente ao bem particular. E pode tal virtude ordená-lo ao bem próprio, ou ao bem de outrem considerado como particular." S. TOMÁS. Tratado da Justiça. Texto constate de *Summa Theologica*. Tradução de Fernando Couto. Porto : Rés-Editora. Coleção RESJURIDICA, pg. 28.

[9] ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg.101.

cidadãos. Esta última, ainda, se subdivide em duas: a função corretiva nas relações voluntárias e a função corretiva nas relações involuntárias.[10]

Assim, Aristóteles subdividiu o gênero justiça em três espécies: a justiça geral, a justiça distributiva e a justiça corretiva.[11]

1.1 A Justiça Geral

Trata-se da justiça em sentido amplo. Foi identificada por Aristóteles como: "a forma perfeita de excelência moral"[12]. Como virtude completa, consiste na atitude de cumprir voluntariamente tudo o que a lei e os costumem exigem, denotando uma integridade abrangente.

Parte do pressuposto de que a lei tem por objetivo estabelecer as ações necessárias para que a comunidade alcance o seu bem. Assim, o cidadão justo é o que pratica atos de acordo com a lei, preservando a ordem que beneficia a todos que estão inseridos naquela comunidade[13]. Como as leis buscam o bem comum, a Justiça Geral é praticada em relação ao próximo.[14]

Como diz Aristóteles, a justiça e a injustiça estão consubstanciadas na lei, e existem entre pessoas cujas relações são naturalmente regidas pela lei, ou seja, pessoas que alternadamente participam do governo e são governadas."[15] Assim, essa espécie de justiça ao seguir a lei, obedece a uma norma que é dirigida a todos e para o bem da comunidade. Trata-se da relação do cidadão com o todo, ou seja, ao seguir o ditame da lei, pratica os atos convencionados pelo legislador de maneira a beneficiar a comunidade em que está inserido.

Tomás de Aquino denominou essa espécie de Justiça de "Justiça Legal", por ser próprio da lei ordenar os atos do homem ao bem ao bem comum.[16]

---

[10] ARISTÓTELS. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg. 95.

[11] BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça Geral: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista Jurídica Virtual, número 48.

[12] ARISTÓTELS. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, 1131 a, pg. 93.

[13] ARISTÓTELS. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, 1131 a, pg. 92 e 93.

[14] "Pela mesma razão considera-se a justiça, e somente ela entre todas as formas de excelência moral, é o 'bem dos outros', de fato, ela se relaciona com o próximo, pois faz o que é vantajoso para os outros, quer se trate de um governante, quer se trate de um companheiro da comunidade." ARISTÓTELS. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, 1131 a, pg. 93.

[15] ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg.103.

[16] S. TOMÁS. Tratado da Justiça. Texto constate de *Summa Theologica*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora. Coleção RESJURIDICA, pg. 25.

1.2 A Justiça Distributiva

Refere-se a uma relação entre um público, o Estado, e um privado, o cidadão, sendo que a justiça do ato manifesta-se na ação do governante em direção ao governado. Temos uma relação de subordinação entre aquele que distribui o bem e aquele ou aqueles que receberão sua parte no bem. Essa relação rege-se por uma igualdade proporcional. A distribuição será justa se cada um receber aquilo que lhe é devido, segundo o critério de distribuição que for adotado pela comunidade política: a cada um segundo seu mérito, no caso de Aristóteles.[17]

O Princípio da justiça distributiva é uma espécie de proporção geométrica na distribuição de quinhões a pessoas.[18] A proporção é uma igualdade de razões que envolve, no mínimo, quatro elementos. A distribuição consiste na conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, sendo que o justo será o meio termo entre dois extremos desproporcionais.[19]

Assim, a tarefa da Justiça Distributiva é dividir um bem entre duas pessoas, proporcionalmente ao mérito de cada uma. Para Aristóteles, as pessoas concordam que a divisão de respeitar o mérito em certo sentido, embora discordem quanto à espécie de mérito a ser adotada.[20]

Tomás de Aquino identifica a justiça distributiva como a relação do todo com uma das suas partes na distribuição proporcional dos bens comuns.[21] Entende o filósofo que, na Justiça Distributiva, a distribuição não se baseia no valor objetivo do bem e sim na relação proporcional existente entre esse bem e as pessoas.[22]

---

[17] "Além do mais, isto se torna evidente porque aquilo que é distribuído às pessoas deve sê-lo 'de acordo com o mérito de cada uma'; de fato, todas as pessoas concordam em que o que é justo em termos de distribuição deve sê-lo de acordo com o mérito em certo sentido, embora nem todos indiquem a mesma espécie de mérito; os democratas identificam a circunstância de a distribuição dever ser de acordo com a condição de homem livre, os adeptos da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento), e os adeptos da aristocracia com a excelência." ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg.96.

[18] "A solução do direito se inscreve na forma de uma equação que manifesta a igualdade, não dos bens distribuídos, mas de duas relações estabelecidas entre pessoas e funções." VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo : Martins Fontes, 2003, pg. 77. (Coleção justiça e direito)

[19] ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg.96.

[20] ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg.96.

[21] Ainda, Tomás de Aquino diferencia da seguinte forma a Justiça Legal da Justiça Distributiva: "(...), à justiça legal cabe ordenar aquelas coisas que se referem às pessoas particulares, mas visando o bem comum; em compensação o ordenar o bem comum às pessoas particulares, através da distribuição, é o que constitui a justiça distributiva." S. TOMÁS. Tratado da Justiça. Texto constate de *Summa Theologica*. Tradução de Fernando Couto. Porto : Rés-Editora. Coleção RESJURIDICA, pg. 65

[22] S. TOMÁS. Tratado da Justiça. Texto constate de *Summa Theologica*. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora. Coleção RESJURIDICA, pg. 67.

1.3 A Justiça Corretiva

Espécie da justiça particular, a justiça corretiva trata das relações entre dois particulares, visa restabelecer o equilíbrio[23] nas relações privadas voluntárias ou involuntárias.

Nas relações privadas voluntárias, temos a justiça da troca. É a justiça competente para as operações comerciais ou de direito civil como a compra e venda. Nas relações privadas involuntárias, temos a justiça compensatória ou corretiva que regulamenta, por exemplo, o direito penal.[24]

A Justiça corretiva é uma espécie de igualdade conforme à proporção aritmética[25]. Assim, quando alguém tiver mais do que lhe é devido, deve restituir o excesso ao seu dono. Como diz Tomás de Aquino, "a igualdade existe entre objecto e objecto"[26].

Como salienta Aristóteles, é irrelevante as virtudes da pessoa que lesa e as virtudes da pessoa que sofre a lesão; as partes serão tratadas igualmente, e caberá ao juiz restabelecer a igualdade subtraindo do ofensor o excesso que ganhou para restituir ao ofendido.[27]

A justiça corretiva, portanto, será o meio termo entre perda e ganho.[28] A igualdade será atingida quando as pessoas saírem nem com mais nem com menos do que tinham, mas com aquilo que já tinham.[29]

2 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

A partir do estudo da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, destacamos os principais pontos analisados pelos acórdãos que têm condenado o Estado e os Municípios ao fornecimento de medicamentos aos cidadãos.

---

[23] Michel Villey acredita que o discurso jurídico tende a exprimir uma proporção, nas distribuições, e uma equivalência, nas trocas. VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo : Martins Fontes, 2003, pg. 80. (Coleção justiça e direito)

[24] HÖFFE, Otfried. O que é justiça?. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2003, pg. 25.

[25] Tomás de Aquino assim explicou a proporção aritmética: "(...), em aritmética cinco está no meio de quatro e seis, porque excede quatro num, e é excedido num por seis." S. TOMÁS. Tratado da Justiça. Texto constate de *Summa Theologica*. Tradução de Fernando Couto. Porto : Rés-Editora. Coleção RESJURIDICA, pg. 67.

[26] S. TOMÁS. Tratado da Justiça. Texto constate de *Summa Theologica*. Tradução de Fernando Couto. Porto : Rés-Editora. Coleção RESJURIDICA, pg. 67.

[27] ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg.97.

[28] ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg.98.

[29] ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001, pg.98.

2.1 Base Normativa

O Constituinte, ao tratar do direito à saúde no Título VIII – Da Ordem Social –, colocou a saúde, a previdência social e a assistência social dentro do conceito de seguridade social, a qual é regida pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da igualdade ou equivalência dos benefícios, da unidade de organização pelo Poder Público e pela solidariedade financeira, uma vez que é financiada por toda a sociedade.

O direito à saúde e a forma de sua prestação é definida a partir do art. 196. A Seção II – Da Saúde, inicia-se com um artigo declaratório de direitos (art. 196) e fixa, desde logo, as diretrizes gerais das ações e serviços de saúde (arts. 197/98). Finalizando, dispõe sobre a participação da sociedade, complementarmente às providências estatais (art. 199) e sobre a unicidade do sistema de saúde (art. 200).

A saúde é concebida como direito de todos (coloca no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo) e dever do Estado (coloca o Poder Público no pólo passivo da relação jurídica, sendo o responsável pelas ações e serviços de saúde), garantido mediante políticas sociais e econômicas[30], visando à redução do risco de doença e outros agravos, regida pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que promovem, protegem e recuperam.[31]

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada e constituindo um sistema único. O financiamento do Sistema Único de Saúde será feito, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estado, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade.

O art. 200 da Constituição Federal[32], que estabeleceu as competências do Sistema Único de Saúde - SUS, foi regulamentado pelas Leis Federais 8.080/90[33] e 8.142/90.[34]

---

[30] Segundo Luís Roberto Barroso, "A dicção ambígua do art. 196, que faz referência ao direito à saúde e ao dever do Estado, mas tem redação de norma programática – fala em políticas sociais e econômicas que não estão especificadas – produziu vasta discussão jurisprudencial." BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro : Renovar, 7ª ed., pg. 110.

[31] Assim diz a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

[32] Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

O SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.[35]

A Lei 8.080/90, Lei Orgânica da Saúde, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Em seu art. 6º, inciso I, alínea "d", inclui em seu campo de atuação a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

A direção do SUS, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 9º da Lei 8080/90, é única, embora organizada de forma descentralizada em cada esfera de governo, sendo exercida em âmbito nacional pelo Ministério da Saúde; em âmbito estadual e no Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente e, no âmbito municipal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Desde sua criação, a Lei 8080/90 já foi objeto de vasta normatização por parte do Poder Executivo[36]. As mais importantes, hoje, são a Norma Operacional Básica - NOB-SUS 01/96 e a Norma Operacional de Assistência à Saúde - NOAS-SUS 01/2001.

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

[33] A Lei 8.080/90 conceitua o dever do Estado de garantir a saúde, consistindo o mesmo na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

[34] A Lei 8.142/90 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

[35] Do Sistema Único de Saúde fazem parte os centros e postos de saúde, hospitais - incluindo os universitários, laboratórios, hemocentros (bancos de sangue), além de fundações e institutos de pesquisa, como a FIOCRUZ - Fundação Oswaldo Cruz e o Instituto Vital Brazil. Por meio do Sistema Único de Saúde, todos os cidadãos têm direito a consultas, exames, internações e tratamentos nas Unidades de Saúde vinculadas ao SUS, sejam públicas (da esfera municipal, estadual e federal), ou privadas, contratadas pelo gestor público de saúde.

[36] No âmbito federal, foram editadas normas que tratam da regulamentação do setor farmacêutico, normas que tratam do controle do uso de medicamentos e normas que determinam o fornecimento de determinados medicamentos a população. Esses instrumentos normativos indicam as políticas públicas adotadas pelo Governo e que buscam o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis. Com relação às normas gerais que tratam de políticas no setor farmacêutico, a Lei 10.742, de 6 de outubro de 2003, regulamentou o setor visando estimular a oferta de medicamentos e a competitividade do setor, e a Lei 9.787, de 10 de fevereiro de 1999, estabeleceu o medicamento genérico. Em relação ao controle do uso de medicamentos, a Lei 10.651, de 16 de abril de 2003, determina que o uso da talidomida está sujeito ao controle e fiscalização da autoridade sanitária federal, proibindo a venda em farmácias comerciais. Quanto ao fornecimento de medicamentos, a Lei 9.313, de 13 de novembro de 1996, tornou obrigatória a entrega gratuita dos medicamentos para o combate à AIDS.

A Norma Operacional Básica - NOB-SUS 01/96 - estabelece duas condições de gestão municipal (Plena da Atenção Básica - GPAB e Plena do Sistema Municipal - GPSM) e duas condições para a gestão estadual (Avançada do Sistema Estadual - GASM e Plena do Sistema Estadual - GPSM). Para o Ministério da Saúde, estabelece quatro papéis básicos: a) exercer a gestão do SUS, no âmbito nacional; b) promover as condições e incentivar o gestor estadual com vistas ao desenvolvimento dos sistemas municipais de modo a conformar o SUS Estadual; c) fomentar a harmonização, a integração e a modernização dos sistemas estaduais compondo, assim, o SUS Nacional; e d) exercer as funções de normalizações e de coordenação no que se refere à gestão nacional do SUS.

A Norma Operacional da Assistência à Saúde - NOAS-SUS 01/2001, por meio da Portaria Ministerial n.º 95, de 26 de janeiro de 2001, ampliou as responsabilidades dos municípios na atenção básica, definindo o processo de regionalização da assistência, criando mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do Sistema Único de Saúde e atualizando os critérios de habilitação de estados e municípios. A idéia é que o Município possa assumir e atuar como base da Federação, em lógica subsidiária.[37]

Já a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul estabeleceu um capítulo para a saúde e o saneamento básico. O art. 241 coloca o Município, juntamente com o Estado, na posição de responsável pela garantia do direito à saúde de todos. O art. 243 enumera as atribuições inerentes ao SUS no Estado, o art. 245 trata da transferência de recursos para os Municípios e o art. 246 estabelece que o Estado conceda estímulos às pessoas doadoras de órgãos passíveis de transplantes quando de sua morte, na forma da lei.[38]

Cumpre referir que o Estado do Rio Grande do Sul dispõe de grande quantidade de normas reguladoras das políticas públicas ligadas à proteção e recuperação da política da população. Aqui, apresentamos as que mais se relacionam com o tema do presente trabalho.[39]

---

[37] Para maior aprofundamento, ver o item 2.2 do Capítulo II.

[38] O artigo 246 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul foi regulamentado pela Lei Estadual 8.750, de 12 de dezembro de 1988, a qual estabelece que os doadores receberão Certificado de Reconhecimento Público, prioridade de atendimento junto às unidades sanitárias, ambulatoriais ou hospitalares, bem como prioridade nos programas sociais estaduais que beneficiem a saúde. Ainda, nos termos do art. 7° da Lei, quando de sua morte, caso os órgãos sejam utilizados para transplante, o Estado custeará as despesas adicionais de hospitalização e serviços funerários, decorrentes da doação.

[39] Os demais Estados da Federação também possuem leis que determinam fornecimento de medicamentos para tratamento de determinadas doenças, evidenciando as escolhas políticas feitas por seus governantes. A título de exemplificação, o Estado do Paraná editou a Lei 12.704, de 22 de novembro de 1999, que determina o tratamento dos casos de hipotireodismo congênito e de fenilcetonúria; a Lei 12.979, de 24 de novembro de 2000, que autoriza o fornecimento de medicamentos adequados ao tratamento de Fibrose Císitca; a Lei 13.380, de 12 de dezembro de 2001, que assegura a distribuição gratuita de medicamentos e insumos destinados ao tratamento e controle de diabetes. O Estado de Santa Catarina, também, disciplinou por meio da Lei 12.138, de 05 de abril de 2002, a atenção integral à saúde dos portadores de diabetes e, por meio da Lei 11.392, de 03 de maio de 2000, instituiu a política estadual de prevenção e controle às doenças sexualmente transmissíveis, incluindo a AIDS.

A Lei 9.908, de 16 de junho de 1993, comprometeu o Estado do Rio Grande do Sul de forma ampla com o fornecimento de medicamentos. O art. 1º determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais (aqueles que devem ser usados com freqüência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente) para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos sem se privarem dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Para fazer jus ao benefício basta comprovar a necessidade do uso do medicamento mediante atestado médico e juntar documentos que comprovem seus rendimentos e encargos, de forma a caracterizar sua condição de pobre.

Ainda, o Estado do Rio Grande do Sul se compromete, por meio da Lei 11.267, de 18 de dezembro de 1998, a distribuir medicamentos para o tratamento da toxoplasmose à população comprovadamente carente. No entanto, os requisitos para o recebimento dos medicamentos são regulados pela Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente.

O Decreto 39.860, de 08 de dezembro de 1999, considerando que a anemia falciforme atinge parcela importante da população afrodescendente, institui a Política Estadual de Controle à Anemia Falciforme e outras Hemoglobinopatias, com o objetivo de oferecer assistência médica e psicossocial, medicamentos e imunobiológicos aos portadores da doença.

O tratamento e prevenção do vitiligo e psoríase é tratado pela Lei 10.006, de 08 de dezembro de 1993, a qual determina que seja facilitado o acesso aos recursos farmacológicos universais, por meio de importação direta ou conveniada desses medicamentos.

E ainda, temos a Lei 10.940, de 18 de março de 1997, que determina o fornecimento do óleo de Lorenzo aos portadores de Adrenoleucodistrofia ligada ao cromosso "X", devendo o Estado manter cadastro e controle dos pacientes interessados e diagnosticados.

Além dessa vasta legislação sobre fornecimento de medicamentos, o Estado dispõem de normas que buscam melhorar o acesso da população aos medicamentos por meio da instituição de uma Cesta Básica como dispõe a Lei 10.278, de 04 de outubro de 1994; e de normas que se preocupam com o controle de validade dos medicamentos como a Lei 10.684, de 4 de janeiro de 1996, e a Lei 11.718, de 3 de janeiro de 2002, que determina que o Poder Executivo Estadual disponibilize aos municípios os medicamentos que estão em estoque nos hospitais públicos estaduais antes do vencimento da validade.

Outrossim, para exemplificarmos o tratamento dado pelos municípios ao fornecimento de medicamentos e atendimento médico, lembramos que o Município de Porto Alegre possui o Código Municipal de Saúde - Lei Complementar no. 395, de 24 de abril de 1997, - o qual tem por objetivo normatizar, em caráter supletivo à legislação estadual e federal pertinente, os direitos e obrigações que se relacionam com a saúde individual e coletiva; dispor sobre o Sistema Municipal de Vigilância à saúde e aprovar normas sobre promoção, proteção e recuperação da saúde pública no município.

Por fim, decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul têm utilizado como fundamentação, no que toca aos direitos atinentes à criança e ao adolescente, o artigo 227 da Constituição Federal e os artigos 4º, 11, 201, inciso V, e 213 do Estatuto da Criança

e do Adolescente. O art. 227, caput, da Constituição de 1988, estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida e à saúde, dentre outros direitos.[40]

2.2 Responsabilidade dos Entes da Federação

A competência comum[41] dos Entes da Federação para cuidar da saúde é ditada pelo art. 23, II, da Constituição Federal. Logo, a União, os Estados e o Município são responsáveis solidários pela saúde junto ao indivíduo[42], sendo, pois, legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja no âmbito municipal, estadual ou federal), do fornecimento de medicamentos.

A responsabilidade conjunta e solidária entre a União, Estado e Município pelo fornecimento de medicamentos está consagrada pela jurisprudência de nossos tribunais.[43]

O Sistema Único de Saúde descentralizou os serviços e conjugou os recursos financeiros da União, Estados e Municípios, com o objetivo de aumentar a capacidade de resolução dos serviços, bem como a universalização do acesso aos serviços de saúde. Assim, estabeleceu a obrigação solidária entre os entes.

Embora União, Estado e Município sejam co-responsáveis pela prestação de medicamentos à população, já se decidiu que devem os mesmos ser considerados

---

[40] Nesse sentido: REEXAME NECESSÁRIO N.º 70010451177, Sétima Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, de16/03/2005; APELAÇÃO CÍVEL N.º 70010567311, Oitava Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, de 10/03/2005; APELAÇÃO CÍVEL N.º 70009874017, Oitava Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Rui Portanova, de 02/12/2004; APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO N.º 70010051662, Sétima Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, de 24/11/2004; AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 70008260572, Terceira Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, de 01/07/2004; AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 70007833353, Segunda Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. João Armando Bezerra Campos, Julgado Em 31/03/2004, entre outros..

[41] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, pg. 116.

[42] Para um aprofundamento maior sobre o tema da competência concorrente dos Entes da Federação no fornecimento de medicamentos sugerimos a leitura do artigo de Florença Dumont Oliveira, intitulado "Legitimidade passiva da União nas ações que envolvem requerimento de medicamentos gratuitos". O Texto pode ser extraído no endereço eletrônico: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4473.

[43] Recurso Extraordinário N. 195.192-3/RS, STF, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 22 de fevereiro de 2002. Recurso Especial N 507.205-PR, STJ, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 07 de outubro de 2003. Agravo de Instrumento no. 2003.04.01.020504-4/RS, Relator Juiz Federal José Paulo Baltazar Junior, TRF4, acórdão publicado no DJU de 29/10/03. Mandado de Segurança no. 137.170-6, Relator Juiz A Renato Strapasson, TJ/PR. Agravo de Instrumento no. 2002.026497-6, Relator Des. Newton Janke, TJ/SC. Apelação Cível no. 70001002732, Relator Des. Genaro Jose Baroni Borges, TJ/RS. Entre outros.

litisconsortes facultativos e unitários, sendo desnecessária a citação de todos os interessados para figurarem na demanda.[44]

Na apelação cível no. 70005572904, julgada pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Relator Desembargador João Carlos Branco Cardoso assim se pronunciou quanto a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos:

> "Estabelece o art. 198, parágrafo único, da Constituição Federal, que o Sistema Único de Saúde será firmado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados e dos Municípios, além de outras fontes. A Lei no. 8.080/90 disciplina o Sistema Único de Saúde, atribuindo aos Estados, Distrito Federal e Municípios a prestação dos serviços de saúde à população, pelo que pode o cidadão optar por aquele que pretende venha a prestar assistência à sua saúde."

No entanto, nesse ponto cabe uma breve crítica: a lógica adotada pela Constituição Federal, ao colocar o direito à saúde tanto na competência comum do art. 23, quanto na competência exclusiva dos Municípios, do art. 30, deve ser a do princípio da subsidiariedade, inerente que é à democracia e à federação. Ora, se a democracia é o regime da máxima liberdade, é necessário valorizar os critérios que aproximam, o mais possível, a tomada de decisão dos seus destinatários. Tanto quanto possível, convém, inclusive, deixar com esses próprios a decisão.

Da mesma forma ocorre - ou deve ocorrer - em uma federação. Na medida em que os entes menores (e, portanto, as comunidades locais) puderem decidir e desempenhar - bem - uma tarefa, é a eles que deve ser confiada tal tarefa. Os entes maiores somente interferem na medida em que os entes menores (e, portanto, as comunidades locais) não tiverem condições de tocar uma determinada tarefa. A NOB-SUS 01/96 visa, justamente, que a saúde organize-se desta forma no Brasil. Demonstra-o a busca, tanto quanto possível, de municipalização dos serviços de saúde. Nos grandes centros, a municipalização da saúde encontra-se, no geral, em estágio avançado. Nos menores, a participação estadual – e, até mesmo, federal – é maior.

2.3 A Intervenção Judicial

Apesar da previsão constitucional e da legislação existente, o cidadão encontra dificuldade para ter acesso aos serviços públicos, os quais são prestados em condições precárias e insuficientes. Assim tem sido com o fornecimento de medicamentos, as farmácias do SUS não dispõem da quantidade necessária para atender toda a demanda a contendo,

---

[44] Nesse sentido, APELAÇÃO CÍVEL N.º 70009772328, Oitava Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, de 04/11/2004. No entanto, cabe ressaltar a posição do TRF da 4ª Região, no Agravo de Instrumento n. 2001.04.01.076578-9/RS, de relatoria da Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, julgado em 10 de junho de 2003, em que se reconheceu a condição de litisconsorte passivo necessário do Município em razão de sua condição de gestor do Sistema Único de Saúde.

levando muitas pessoas a procurarem o Poder Judiciário. Os medicamentos procurados nem sempre estão em falta no SUS, há vezes em que os medicamentos não são fornecidos pela rede pública porque seus preços são muito elevados, ainda não foram aprovados pelo Ministério da Saúde, estão em fase experimental, ou a Administração Pública não dispõe o medicamento do laboratório de preferência do paciente e seu médico.

Neste ponto, vale referir os argumentos lançados de parte a parte.

Da parte dos requerentes. Os requerentes argumentam, em síntese, que a norma constitucional não faz depender sua eficácia e sua positivação à existência de recursos, à implementação de programas ou à edição de lei infraconstitucional. Assegura por si só o direito subjetivo ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde para sua proteção e recuperação. Ademais, o direito à saúde e à assistência aos desamparados, intimamente vinculado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, é direito fundamental no sentido formal e material, de aplicação imediata e incondicionada, nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, sendo dada ao indivíduo a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas nas normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais sociais.

Da parte do Poder Público. Contra o deferimento dos pedidos, alega-se, em resumo, que as normas constitucionais que dispõem sobre o direito à saúde são programáticas, de eficácia limitada, não podendo embasar direito subjetivo. Além disso, sustenta-se que não pode o Poder Judiciário se imiscuir na tarefa do poder Executivo, impondo a destinação de recursos a situações individualizadas e abandonando os planos e metas administrativas traçados pelo Estado.

O Poder Judiciário tem entendido que é dever do Poder Executivo disponibilizar os medicamentos necessários à saúde de seus cidadãos.[45]

A comparação da jurisprudência selecionada demonstra que os julgados seguem a mesma linha: sendo deferidas as antecipações de tutela contra a Fazenda Pública, colocando-se o direito à saúde como direito absoluto e superior à qualquer outra norma constitucional ou infraconstitucional, sendo dever do Poder Público disponibilizar os medicamentos necessários à saúde de seus cidadãos, dispensado requerimento administrativo prévio.[46]

Em razão da Lei 9.908/93, a situação do Rio Grande do Sul se diferencia da dos demais Entes da Federal, uma vez que obrigou o Estado ao fornecimento gratuito de

---

[45] Decisões nesse sentido: Apelação Cível no. 1998.04.01.076133-3/SC, Relator Des. Federal Amaury Chaves de Athayde, TRF4; Apelação Cível e Reexame Necessário no. 1222739-2, Relator Des. Ulysses Lopes, TJ/PR; Mandado de Segurança no. 2003.001032-7, Relator Des. Anselmo Cerello, TJ/SC; Apelação Cível no. 70002650133, 4ª Câmara Cível, Relator Des. João Carlos Branco Cardoso, TJ/RS.

[46] Nesse sentido: Apelação Cível no. 1998.04.01.076133-3/SC, Relator Des. Federal Amaury Chaves de Athayde, TRF4; Apelação Cível e Reexame Necessário no. 1222739-2, Relator Des. Ulysses Lopes, TJ/PR; Mandado de Segurança no. 2003.001032-7, Relator Des. Anselmo Cerello, TJ/SC; Apelação Cível no. 70002650133, 4ª Câmara Cível, Relator Des. João Carlos Branco Cardoso, TJ/RS.

medicamentos aos necessitados.[47] A Jurisprudência desse Tribunal[48] já está consolidada nesse sentido:

> "ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEI NO. 9.908/93. O direito à saúde é exercido pelo acesso igualitário às ações e serviços prestados pelo Estado. Hipótese em que o Estado do Rio Grande do Sul se obrigou legalmente a fornecer medicamentos gratuitos para os necessitados. Lei no. 9.908/93. Recurso desprovido. (Apelação e Reexame Necessário n. 70002274090, 2ª Câmara Cível, Relatora Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, TJ/RS)"

O Superior Tribunal de Justiça[49] e o Supremo Tribunal Federal[50] vêm confirmando as decisões dos tribunais inferiores.

O STJ, no Recurso em Mandado de Segurança n. 11.183/PR, decidiu pelo provimento do recurso, entendendo que nenhuma regra de hermenêutica (como a discussão se os direitos sociais são normas programáticas ou de eficácia imediata) pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido no art. 196 da Constituição. Entende que "é imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida".[51]

O STF, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário N. 271.281-8/RS, reconhece o direito à saúde como um direito subjetivo público assegurado a todos, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressalta que "a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente", impondo aos Entes Federados um dever de prestação positiva. Conclui que; "a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de

---

[47] Na AC n. 70010271765 do TJ/RS, de 29 de dezembro de 2004, o Des. Araken de Assis deixa claro que o fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado e Município exige que o remédio seja excepcional e indispensável à vida do paciente, provendo o apelo do Estado para julgar improcedente a ação e revogar a antecipação de tutela concedida sob a fundamentação de que o autor não provou a necessidade e excepcionalidade dos medicamentos solicitados.

[48] Entre outras: Apelação E Reexame Necessário N.º 70010212793, Primeira Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, de 23/03/2005; Apelação E Reexame Necessário N.º 70009573296, Vigésima Segunda Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Rejane Maria Dias De Castro Bins, de 17/02/2005; Agravo De Instrumento N.º 70009695388, Quarta Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Araken De Assis, de 27/10/2004; Apelação Cível N.º 70006939813, Vigésima Primeira Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Des. Marco Aurélio Heinz, de 22/10/2003.

[49] Recurso Especial N. 325.337-RJ. Recurso Especial N. 507.205-PR. Recurso Ordinário em MS N. 13.452-MG. Recurso Especial N. 212.346-RJ.

[50] Recurso Extraordinário N. 255.086-8/RS. Recurso Extraordinário N. 261.268-5/RS. Recurso Extraordinário N. 195.192-3/RS. Recurso Extraordinário N. 226.835-6/RS. Agrg. No Recurso Extraordinário N. 255.627-1/RS.

[51] *Leading Case*: Recurso em Mandado de Seguraoça N. 11.183/PR, Relator Ministro José Delgado, Julgado em 04 de setembro de 2000.

relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197)", legitimando a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço.[52]

3 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E A TEORIA DA JUSTIÇA

As decisões judiciais que deferem o fornecimento de medicamentos estão buscando aplicar a justiça ao caso concreto. No entanto, o Estado não tem recursos suficientes para fornecer todos os medicamentos que a população necessita. Assim, as decisões agravam a situação da Administração Pública, pois apesar de receber a ordem judicial para fornecer o medicamento, não tem seu orçamento ajustado à demanda. Diante desta realidade, é possível que o Judiciário, ao invés de fazer justiça, esteja criando mais injustiças, pois uns receberão muito, enquanto outros receberão pouco ou nada.

Objetivando encontrar a teoria da justiça que melhor se aplique ao fornecimento de medicamentos, passamos à seguinte análise:

3.1 Medicamentos e Justiça Corretiva

Como já dito no primeiro capítulo, a Justiça Corretiva aplica-se às relações entre dois privados para restabelecer a igualdade entre eles.

Segundo Luís Fernando Barzotto, é o juiz quem tentará restabelecer a igualdade, concedendo algo à vítima e tirando alguma coisa do agressor.[53]

No caso do fornecimento de medicamentos, a Justiça Corretiva só se aplicaria se entendêssemos fornecimento de medicamentos como uma espécie de política de ação afirmativa, em que estaríamos dando medicamentos àqueles que não podem adquirí-los em razão de uma discriminação sofrida no passado, como forma de compensá-los. Claramente, não foi essa a intenção da Constituição Federal ao reconhecer o direito à saúde como um direito de todos, não de alguns, e em razão da dignidade humana, e não de uma discriminação passada.

A dúvida, então, está entre a Justiça Distributiva (por tratar da relação do Estado com o particular na distribuição de bens escassos) e a Justiça Geral (por reconhecer a todos a mesma coisa, como o fez o artigo 196 da Constituição de 1988).

---

[52] Agravo Regimental em Recurso Extraordinário N. 271.286-8/RS, Relator Ministro Celso de Mello, Julgado em 12 de setembro de 2000.

[53] BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça Social: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista Jurídica Virtual, número 48, página 02.

3.2 Medicamentos e Justiça Distributiva

Para Luís Fernando Barzotto, a Justiça Distributiva é a justiça que se exerce nas distribuições de tudo aquilo que pode ser repartido entre os membros da comunidade, a partir de uma qualidade pessoal do destinatário do bem, apreciável segundo o regime adotado pela comunidade.[54] Nesse sentido, não caberia a aplicação desse tipo de Justiça aos casos ligados ao direito à saúde, porque não há nenhuma qualidade pessoal do cidadão a ser apreciável. Como já dito, o direito à saúde é devido a todos, em razão da dignidade da pessoa humana. Assim, também não há nenhum critério possível de distribuição. Como dizer que um cidadão merece mais saúde que outro, se todos merecem igualmente em razão de sua condição humana? Ou, como julgar as necessidades de cada um?

Michael Walzer, no livro "Esferas da Justiça", também parte do pressuposto de que existe uma multiplicidade de métodos, agentes e critérios de distribuição.[55] Conclui que: "o que precisamos, para explicar e limitar o pluralismo das possibilidades distributivas, é de uma teoria dos bens"[56], e identifica três princípios distributivos: livre intercâmbio, mérito e necessidade.[57] Walzer adverte que: "Ninguém tem necessidades, porém idéias sobre as necessidades; são prioridades graus de necessidade; e essas prioridades e esses graus têm relação não só com a natureza humana, mas também com a história e a cultura."[58] Conclui que a necessidade, por isso, é um princípio distributivo sujeito a limitação política.[59]

Como se viu no segundo capítulo, a jurisprudência de nossos tribunais tende a ignorar a questão orçamentária, presumindo a existência de recursos suficientes para atender a todos, nos termos do artigo 196 da Constituição, o que indicaria aplicação da Justiça Geral.

---

[54] BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça Social: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista Jurídica Virtual, número 48.

[55] "Quero defender mais do que isso: que os princípios da justiça são pluralistas na forma; que os diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo normas e por agentes diversos; e que toda essa diversidade provém das interpretações variadas dos próprios bens sociais – o inevitável produto do particularismo histórico e cultural". WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo : Martins Fontes, 2003, pg. 5.

[56] Resume sua teoria em seis proposições: 1.Todos os bens de que trata a justiça distributiva são bens sociais; 2. Homens e mulheres assumem identidades concretas devido ao modo como concebem e criam, e depois possuem e empregam os bens sociais; 3. Não existe conjunto concebível de bens fundamentais ou essenciais em todos os mundos morais e materiais; 4. É o significado dos bens que define sua movimentação; 5. Os significados sociais são históricos em caráter, mudando com o tempo; 6.Quando os significados são diferentes, as distribuições devem ser autônomas. WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo : Martins Fontes, 2003, pg. 6 a 11.

[57] WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo : Martins Fontes, 2003, pg. 25.

[58] WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo : Martins Fontes, 2003, pg. 88.

[59] WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo : Martins Fontes, 2003, pg. 89

No entanto, o que tem ocorrido é uma distribuição, por parte do juiz, dos recursos de saúde disponíveis, seguindo o critério da necessidade.[60]

Gustavo Amaral, no livro "Direito, Escassez e Escolha", explica essa posição de nossas cortes por meio do conceito de microjustiça e macrojustiça.[61] Ou seja, analisando o caso concreto, individualmente, sempre haverá recursos suficientes, seja qual for o tratamento necessário. No entanto, estas decisões produzem efeitos reflexos, na medida em que todos que se encontram na mesma situação também teriam que ser atendidos, o que aumentaria drasticamente o orçamento da saúde.[62]

O autor estuda as decisões judiciais sobre direito à saúde com ênfase à escassez de recursos e a necessidade de se fazer escolhas alocativas: quanto disponibilizar e a quem atender. Admite que essas escolhas são trágicas, na medida em que alocar recursos para determinada prestação na área de saúde significa negar recursos para outras, ou seja, salvar a vida de um pode significar decretar a morte de vários.[63] Por essa razão, entende que os critérios de alocação são objeto de estudo da Justiça Distributiva, restando saber se há um critério pré-positivo de alocação, ou se comportam opções políticas intercambiáveis.[64] Após sintetizar as teorias de John Rawls, Robert Nozick, Michael Walzer[65], Jon Elster e Cass Sunstein, conclui pela impossibilidade de um critério único para a tomada das decisões alocativas[66], sendo, portanto, decisões eminentemente políticas, tomadas pelo Poder Legislativo.

---

[60] "Muito ao revés, tais decisões judiciais acabam por se transformar, involuntariamente, em veículos de uma tradicional ação de distribuição de renda no âmbito da sociedade brasileira: todos custeiam, sem que tenham decidido fazê-lo, determinadas necessidades de alguns, que tiveram condições de ir ao Judiciário e obtiveram uma decisão favorável. Note-se que no caso do mínimo existencial, diferentemente, há sim uma decisão política fundamental – constitucional -, pela qual toda a sociedade se comprometeu a custeá-lo para assegurar a dignidade de todos os homens." BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg. 276.

[61] AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, pg. 38.

[62] "Nesses casos de conflito entre critérios adotados numa ótica de microjustiça e critérios adotados numa ótica de macrojustiça temos um somatório de escolhas individuais racionais que produzem um resultado coletivo irracional." AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, pg. 175

[63] "As decisões alocativas são, como bem captado por Calabresi e Bobbitt, escolhas trágicas, pois, em última instância, implicam na negação de direitos que, no campo da saúde, podem redundar em grande sofrimento ou mesmo em morte." AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, pg. 147.

[64] AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, pg. 151.

[65] WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes.

[66] AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, pg. 171.

3.3 Medicamentos e Justiça Geral

Segundo Luís Fernando Barzotto, a Justiça Geral se orienta pela idéia de legalidade, sendo justo o ato exercido em conformidade com a lei.[67] Ao pautarmos nossas ações pelos ditames legais, garantimos o mesmo a todos.

A Constituição Federal estabeleceu um tratamento igualitário a todos os cidadãos no que se refere ao direito à saúde, ao dizer que é direito de todos e dever do Estado. É devido a todos sem distinção, sem analisar qualquer atributo subjetivo do sujeito. É devido em razão da dignidade da pessoa humana.[68]

Como demonstra Luís Fernando Barzotto, todos os seres humanos possuem igual dignidade, sendo essa igualdade de natureza absoluta, não proporcional.[69] Assim, como o artigo 196 da Constituição de 1988 impõe um tratamento igual a todos nas prestações de saúde, essa igualdade só pode ser absoluta, porque se fundamenta na dignidade da pessoa humana. Buscar a igualdade proporcional, fornecendo prestações de saúde com base nos princípios da Justiça Distributiva, ainda que por meio do Poder Judiciário, contraria as normas constitucionais de direito à saúde (que o garantem a todos). Neste sentido, podemos enquadrar o fornecimento de medicamentos, enquanto uma das faces do direito à saúde, como uma relação a ser regulada pelos ditames da Justiça Geral: a todos a mesma coisa.

Seguindo esta interpretação, alguém poderia sustentar que o direito à saúde é um direito público subjetivo e que todo cidadão poderia pleitear em juízo, diante da negativa da Administração Pública, a concessão de toda e qualquer prestação necessária para a proteção, manutenção ou recuperação de sua saúde. Nessa linha de pensamento, o Poder Executivo teria que executar, e o Poder Judiciário poderia determinar, toda e qualquer prestação relacionada com a área da saúde. Mas isso, na prática, seria inviável diante da realidade de escassez de recursos (sejam eles artificiais, como o dinheiro, ou naturais, como os órgãos para transplante). Não podemos esquecer que estamos tratando de bens e esses, por sua natureza, são limitados.

Reconhecendo essa dificuldade, Ana Paula de Barcellos, no livro "A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", propõem que o Judiciário intervenha nas prestações de

---

[67] BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça Social: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista Jurídica Virtual, número 48.

[68] "Assim, o direito à saúde, por exemplo, é um típico direito de justiça social: "A saúde é direito de todos e dever do Estado"(art. 196). Do ponto de vista jurídico, todos têm esse direito: ricos e pobres, trabalhadores, crianças, etc. Os serviço públicos de saúde não podem estabelecer nenhum tipo de diferenciação. A pessoa humana, considerada em si mesma, é o sujeito deste direito." BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça Social: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista Jurídica Virtual, número 48.

[69] BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça Social: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista Jurídica Virtual, número 48.

saúde que compõem o mínimo existencial[70], ou quando tenham sido normatizadas, deixando as outras prestações (as que não se referem ao mínimo existencial e ainda não foram objeto de opções políticas expressas em lei) ao Poder Legislativo. Conclui que, no caso do mínimo existencial, a eficácia positiva decorre diretamente das normas constitucionais sobre dignidade da pessoa humana e saúde.[71]

A autora ressalta que esse mínimo existencial em saúde refere-se às prestações de saúde que podem ser judicialmente exigidas do Poder Público, não relaciona com características particulares do indivíduo a ser tratado.[72] Conclui que a exigência desse mínimo existencial pode ser feita via Poder Judiciário, uma vez que se fundamenta na dignidade humana, razão pela qual é devida a todos igualmente.[73]

Propõem, como parâmetro para identificação desse mínimo existencial, a inclusão das prestações de saúde que todos os indivíduos necessitaram (atendimentos ligados ao nascimento), necessitam (prestações ligadas ao saneamento básico e atendimento preventivo), ou irão necessitar (tratamento das doenças ligadas à terceira idade), prestações que, segundo a autora, se harmonizam com as quatro prioridades estabelecidas pela Constituição para a área da saúde: "a prestação do serviço de saneamento (art. 23, IX, 198, II, e 200, IV); o atendimento materno infantil (art. 227, I); as ações de medicina preventiva (art. 198, II); e as ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II)".[74]

Esse entendimento tem como pressuposto a idéia de que uma prestação do Estado pode ser tanto geral (devida a todos) quanto particular (distribuída a membros específicos da comunidade).[75] Exemplo disso é o que a Constituição estabeleceu em relação ao direito à educação: o art. 208 distribuiu às prestações relativas ao ensino, garantindo a todos o ensino fundamental (prestação geral) e assegurando o ensino superior segundo a capacidade de cada um (prestação particular). Em certo sentido, podemos comparar o direito à saúde com o direito à educação: prestações de saúde que componham o mínimo existencial são devidas a todos (prestação geral) e as que extrapolem esse mínimo serão prestadas mediante políticas públicas (prestação particular).

---

[70] Nesse sentido também parece ter se posicionado Ingo Wolfgang Sarlet: "O princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convenciona denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais." SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 3ª ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003, pg. 337.

[71] BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, pg. 274.

[72] BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, pg.277.

[73] "Se todos são igualmente dignos, não é possível proceder a qualquer distinção com base em argumentos pessoais ou particulares". BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, pg. 280.

[74] BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, pg. 280/281.

[75] WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo : Martins Fontes, 2003, pg. 87.

Assim, podemos concluir que o fornecimento de medicamentos deve se pautar pelos princípios da Justiça Geral (a todos a mesma coisa). No entanto, podemos fazer isso de duas formas: ao garantir o mínimo existencial (baseados diretamente na Constituição Federal) ou ao obedecer às leis que regularam o fornecimento dos medicamentos especiais (que extrapolam o mínimo). Dessa forma, reconhecemos que a distribuição dos recursos existentes foi feita pelo Poder Constituinte, ao garantir o mínimo existencial, é feita pelo Poder Legislativo ao editar normas sobre fornecimento de medicamentos e escolher quais as doenças que serão tratadas pelo Estado e quais não serão.

CONCLUSÃO

Apesar de todos os cidadãos terem direito à saúde, conforme estabelecido na Constituição de 1988, nem todas as prestações podem ser exigidas por meio do Poder Judiciário.

Essa afirmação decorre do entendimento de que medicamentos são bens, e por isso necessariamente escassos; logo, sempre haverá uma escolha (Justiça Distributiva) e desta escolha sempre resultarão vítimas. Assim, entendemos que essa escolha (alocação de recursos escassos) só pode ser feita pelo legislador, nunca pelo juiz. Isso porque, ao seguir as leis, garantimos o mesmo a todos (Justiça Geral). Já, as decisões judiciais que determinam fornecimento de medicamentos não previstos em normas, criam novos critérios de alocação de recursos, quebrando o tratamento isonômico almejado pelo Constituinte.

Concluímos que, assim como foi feito com o direito à educação, é preciso distinguir às várias prestações que estão relacionadas ao direito à saúde e ver quais poderão ser prestadas a todos, sem distinções, em razão de sua dignidade (questões de justiça geral) e quais necessitarão de um critério de distribuição em razão da escassez dos recursos (questões de justiça distributiva), a ser definido pelo Poder Legislativo.

Este trabalho propôs que as prestações de saúde que visem a atender ao mínimo existencial são devidas a todos e podem ser exigidas via Judiciário. Já as que extrapolam o mínimo, são objeto de políticas públicas e devem ser atendidas segundo a legislação a respeito. Assim, quanto ao fornecimento de medicamentos, cabe ao Poder Legislativo as decisões alocativas, tomadas à luz da Justiça Distributiva, que determinarão quais medicamentos serão fornecidos, e mediante quais critérios. E ao Poder Judiciário, à luz da Justiça Geral, cabe garantir o fornecimento dos medicamentos básicos (por ordem constitucional) e dos medicamentos excepcionais (na forma da lei).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 3ª edição. São Paulo : Atlas, 2005.

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª edição, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas : limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

BARZOTTO, Luís Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista Jurídica Virtual, número 48.

HÖFFE, Otfried. O que é justiça? Porto Alegre : Edipucrs, 2003.

MARIANO, Nilson. Remédios raros consomem 25% da verba da Saúde. ZERO HORA, Porto Alegre, 21 de março de 2004. Geral, p. 38/39.

OLIVEIRA, Florença Dumont. Legitimidade passiva da União nas ações que envolvem requerimento de medicamentos gratuitos. Texto extraído do Jus Navigandi. http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4473, acesso em 03/01/2004.

S. TOMÁS. Tratado da Justiça. Texto constate de Summa Theologica. Tradução de Fernando Couto. Porto : Rés-Editora. Coleção RESJURIDICA.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 3ª ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003.

TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. O Fornecimento de Medicamentos pelo Estado. In. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro : Publicação do Centro de Estudos Jurídicos, N.55, ano 2002, pg.101-111

TESSLER, Marga Inge Barth. O Juiz e a Tutela Jurisdicional Sanitária. Trabalho para obtenção do Título de especialista no Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Universidade de Brasília. Escola Nacional de Saúde Pública.

VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo : Martins Fontes, 2003. (Coleção justiça e direito)

WALZER, Michael. Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Romão Dias Araújo. São Paulo : Martins Fontes, 2003. (Coleção justiça e direito).

O Constitucionalismo de Valores

Sabrina Piccoli Marques

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo de valores é expressão que diz respeito ao direito constitucional do segundo pós-guerra, período histórico em que o mundo, ressurgindo das cinzas, percebeu que a reconstrução da ordem política democrática deveria ser realizada sobre bases completamente distintas daquelas existentes até então.

O presente trabalho visa, portanto, a analisar este período, bem como seus reflexos no direito constitucional brasileiro.

No primeiro capítulo, buscamos definir a era do constitucionalismo de valores e as alterações havidas no direito constitucional. Para isso, trouxemos o sentido dos valores e a importância da existência de um efetivo sistema de defesa destes valores para assegurar a permanência de um Estado Democrático de Direito. Apresentamos, ainda, o Tribunal Constitucional como o grande órgão de defesa e concreção dos valores supremos do ordenamento.

No segundo capítulo, almejamos demonstrar o ingresso do Brasil na era do constitucionalismo de valores. Assim, embora escassa, apresentamos a visão da doutrina brasileira acerca do tema. Demonstramos também a forma – talvez um pouco tortuosa – com que o Brasil desenvolveu o constitucionalismo de valores e realizamos algumas críticas.

Evidentemente, este artigo não visa a esgotar o tema, mas fomentar a discussão acerca da defesa dos valores e da Constituição, buscando trazer algumas contribuições.

1 A ERA DO CONSTITUCIONALISMO DE VALORES

1.1 Sentido dos Valores

Historicamente, o Direito apresentou-se, reiteradas vezes, como o grande instrumento de dominação do Estado, albergando e justificando inúmeras iniqüidades, porquanto, nestes períodos, a lei apenas era considerada em seu aspecto lógico-formal, sem qualquer incidência valorativa. Esvaziando-se do Direito o seu conteúdo valorativo, abre-se espaço para que o Estado se torne opressor, uma vez que, sob o abrigo da lei, poderá impor qualquer sorte de comportamento ou de padrões morais.

Um dos momentos históricos em que a expressão de tal dominação ocorreu de forma mais nítida foi no período entre guerras. As experiências totalitárias (nazismo, fascismo, comunismo) e as barbáries cometidas na Segunda Grande Guerra por todas as partes beligerantes banalizaram a vida e agrediram de tal forma a consciência mundial que a humanidade viu-se diante da necessidade de que a proteção do homem não garantisse apenas o direito de que ele permanecesse vivo, mas também de que o pudesse fazer com dignidade. Demonstrou-se que toda forma de desumanização não atinge apenas uma pessoa, mas toda a humanidade representada em cada homem.[1] O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens levou a humanidade a perceber, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade humana.[2]

Foi, pois, neste contexto histórico, que teve início a era do constitucionalismo de valores. Afigurava-se uma exigência que a reconstrução da ordem política democrática garantisse "um núcleo de valores mínimos, reconhecidos e institucionalizados por consenso"[3], os quais são inerentes à dignidade da pessoa humana e objetivam, primordialmente, repelir as anteriores experiências de violações aos direitos humanos demonstradas, na primeira metade do século XX, pelos regimes totalitários na Europa. A dignidade da pessoa humana, pois, foi alçada a objetivo supremo do Estado, merecendo ampla proteção do direito constitucional, que a acolheu como fundamento e finalidade.[4]

---

[1] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. Interesse Público: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. São Paulo, ano 1, n. 4, p. 23-48, out./dez. 1999.

[2] COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação História dos Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 54.

[3] SOUZA JR., Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 102.

[4] SOUZA JR., Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 106.

Assim, após a negação e o desprezo pelos direitos humanos demonstrados no âmbito dos Estados totalitários, surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, dando início ao constitucionalismo de valores, ao processo de conscientização jurídica universal da necessidade de direitos, liberdades e garantias da pessoa humana.[5]

A Declaração Universal dos Direitos do Homem constitui a prova de que "um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade."[6] Os valores justificam-se no consenso, ou seja, são tanto mais fundados quanto mais são aceitos. A Declaração Universal representa um fundamento histórico e, como tal, não absoluto, mas é o único que pode ser objetivamente comprovado. Foram declarados, explicitamente, quais os valores universalmente eleitos para reger o futuro de todos os homens. Tem-se, portanto, pela primeira vez na história, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana expressamente aceito pela maioria dos homens da Terra, por meio da assinatura de seus governantes.[7]

O núcleo de valores mínimos que serve à dignidade da pessoa humana é representado, em cada período histórico, de maneira mais concreta, por meio dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais de nossa época constituem a forma de entender nossa sociedade e de relacioná-la com os valores.[8] O sentido da dignidade da pessoa humana exige que direitos sejam afirmados, tanto os direitos de umas pessoas perante as outras quanto os direitos perante o Estado. Trata-se de direitos universais, pertencentes à pessoa pelo simples fato de ser pessoa, mas que dependem de uma estrutura de poder adequada à sua salvaguarda.[9]

A dignidade humana, portanto, não depende de qualquer merecimento pessoal ou social, uma vez que ela é inerente à vida. Assim, embora o sistema normativo não a constitua, deve reconhecê-la como matriz de toda a organização social e princípio do ordenamento, criando garantias para seu respeito e eficácia.[10]

---

[5] MIRANDA, Jorge. O Homem e o Estado – Direitos do Homem e Democracia. Interesse Público: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 79-84, jan./mar. 1999.

[6] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 26.

[7] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 26-28.

[8] VALORES Jurídicos y Derechos Fundamentales. Sevilha: Editorial Mad, 1999.

[9] MIRANDA, Jorge. O Homem e o Estado – Direitos do Homem e Democracia. Interesse Público: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 79-84, jan./mar. 1999.

[10] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. Interesse Público: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, São Paulo, ano 1, n. 4, p. 23-48, out./dez. 1999.

Com efeito, a realização da condição humana não é tarefa de esforço individual, requerendo que a organização das estruturas políticas, jurídicas, sociais, culturais e econômicas estejam também voltadas para esse fim. Por conseguinte, em cada país, levando-se em consideração as experiências éticas próprias vividas, são eleitos valores que o Direito deve realizar para servir à dignidade da pessoa humana. Esta é, pois, a justificação dos valores superiores. O núcleo de valores mínimos não advém de arbitrariedade, mas de um acordo social que possui a pretensão de que a organização da vida social favoreça, aprofunde e desenvolva a dignidade da pessoa humana. Há um consenso básico de que tais valores são os mais importantes para a consecução dos objetivos do Estado. A dignidade humana é o fundamento e a razão da necessidade dos valores superiores, sendo estes os caminhos para torná-la real e efetiva.[11]

Assim, o Estado Social do segundo pós-guerra surgiu de um consenso sobre valores éticos mínimos. A reconstrução da democracia calcou-se na afirmação do Direito como um nível fundamental que não pode ser desligado de valores. A nova ordem, visando a se precaver das terríveis experiências da ordem anterior, fez questão de mostrar que o Direito é uma concreção de valores, que o conteúdo ético mínimo do Direito deve ser guardado e preservado. Nesta fase, a Constituição deixou de ser apenas a lei que regula o político para adquirir um caráter de sobre-direito, de lei suprema de todo o ordenamento jurídico. Conforme Cezar Saldanha Souza Junior, a Constituição sem deixar de ser a lei reguladora da vida política, deveria aspirar agora à elevada condição de: (a) repositório das normas jurídicas supremas; (b) fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico; (c) cabeça de capítulo de todos os ramos do direito; e (d) paradigma para a conformação de todas as normas infraconstitucionais, sob pena de invalidade.[12]

Os tópicos fundamentais da Constituição passaram a ser os valores, princípios ou dimensões normativo-jurídicos, formando o núcleo material da Constituição.[13] Os valores assumiram um lugar primordial, representando a norma básica material da Constituição. Embora se esteja tratando de direito positivo – o que confere aos valores o caráter de obrigatoriedade –, o conteúdo dos valores superiores não se esgota na perspectiva normativa, uma vez que suas raízes estão no campo da moral, da qual continua a sofrer pressões para ampliar e aprofundar seu sentido. Trata-se, portanto, de conceitos abertos, dando margem à interpretação de juízes e legisladores ordinários. Os valores são, ainda, a expressão da moral aceita, no âmbito cultural e no momento histórico de uma nação, para representar os objetivos máximos a serem desenvolvidos pelo ordenamento jurídico, servindo também de guia para

---

[11] PECES-BARBA, Gregorio. Los Valores Superiores. 1. ed. Madrí: Editorial Tecnos, 1984, p. 111-112, 43 e 85-86.

[12] SOUZA JR., Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 104-105.

[13] CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. Os valores constitucionais fundamentais: Esboço de uma análise axiológico-normativa. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 8.

a interpretação e o desenvolvimento desse ordenamento. Na perspectiva ético-jurídica, convertem-se em elementos identificadores de um Estado Social e Democrático de Direito, representando a necessária distinção de regimes anteriores, mormente os totalitários. Constituem, pois, a faceta jurídica, o conteúdo de justiça material da organização política, ou seja, do Estado Social e Democrático de Direito.[14]

Com a inserção de valores na Constituição, reconhece-se a existência de conteúdos materiais no ordenamento, dando novas nuances ao rígido formalismo kelseniano que o considerava apenas como conjunto de poderes e de deveres. Não se está, pois, a superar a formalismo normativista, mas a completá-lo com a norma básica material constitucional representada pelos valores superiores. Ademais, esta interpretação afasta a teoria daqueles que enxergam o Direito apenas como a regulação do uso da força, uma vez que também estabelece critérios básicos para as condutas que o Direito regula. Por conseguinte, a inclusão do conceito de valores superiores serve de argumento a amparar a visão de que o Direito é formado por normas de conduta e também por normas que regulam o uso da força, sem que seja necessário optar por uma ou outra alternativa.[15]

1.2 Defesa dos Valores – O Tribunal Constitucional

Os valores mínimos concretizados nos direitos universais relativos à dignidade da pessoa humana, embora proclamados e consensualmente reconhecidos, dependem de um efetivo sistema de proteção que os resguarde dos arbítrios individuais, bem como os defenda do próprio Estado. Há necessidade, portanto, de proteção em nível internacional e de defesa no âmbito interno de cada Estado.[16]

Foi a falta de um sistema de defesa de valores que interrompeu, precocemente, a evolução da Constituição de Weimar. A Constituição Alemã de 1919 representou um marco por sua declaração de direitos, inclusive dos novos direitos sociais; todavia, pela ausência de mecanismos de defesa da Constituição e da ordem constitucional, permitiu a destruição da democracia e do Estado de Direito pelos ataques dos ideologismos nazistas antidemocráticos[17], o que acabou por acarretar o adiamento da plena realização da própria Constituição.

Com efeito, após os horrores da Segunda Guerra Mundial, os alemães retomaram sua caminhada constitucional, elencando, na Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, a dignidade da pessoa humana como o valor de todos os valores. Na mesma esteira, aderindo ao constitucionalismo de valores, são elaboradas as Constituições da França e da Itália.[18]

---

[14] PECES-BARBA, Gregorio. Los Valores Superiores. 1. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1984, p. 41-44 e 65.

[15] PECES-BARBA, Gregorio. Los Valores Superiores. 1. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1984, p. 55-56.

[16] MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Direito e Moral: qual o conteúdo para a Constituição? Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Curitiba, ano 2, n. 8, p. 173-180, 2001.

[17] SOUZA JR., Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos. Porto Alegre: 2002, p. 163.

[18] SOUZA JR., Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos. Porto Alegre: 2002, p. 35.

A dignidade da pessoa humana só encontra eficácia material no Estado Social e Democrático de Direito, e este existe para defendê-la.[19] Chama-se de Estado de Direito o Estado no qual existe um sistema de garantias dos direitos do homem, bem como mecanismos de defesa de tais direitos e dos valores superiores que os amparam. Evidentemente, portanto, nos Estados não de direito, estão os cidadãos que mais necessitam de proteção, devendo tal proteção ser internacional. Infelizmente, todavia, ainda não alcançamos dito estágio de defesa, uma vez que o Estado que despreza, internamente, os direitos do homem também é aquele que apresenta escasso respeito às autoridades internacionais.[20]

No nível interno, no sistema democrático, os valores superiores são desenvolvidos em dois planos. Inicialmente, o Poder Legislativo, principal representante da soberania do povo de uma nação, possui o mais importante papel para o desenvolvimento dos valores, porquanto, na tarefa de elaboração das leis, irá buscar a definição concreta dos valores. No segundo plano, encontra-se o Tribunal Constitucional, que será o responsável por "cuidar" dos valores, quando houver a necessidade, em alguns casos, de retificar a visão do Poder Legislativo.[21] Esta necessidade surge, quando a sociedade precisa se proteger da própria lei, porque, por motivos diversos, a lei não está manifestando a vontade do povo, mas, em verdade, está desrespeitando princípios e direitos fundamentais básicos, com o intuito de favorecimento de algum poderoso grupo de pressão.[22]

Cumpre sinalar que a jurisdição constitucional não fere o princípio democrático, embora possa declarar a nulidade de leis elaboradas pelos representantes populares, porquanto a legitimidade para que assim proceda é retirada da Constituição. Considerando que o poder constituinte originário deu ao Tribunal Constitucional tal poder, presume-se que o próprio povo elegeu como uma necessidade a proteção do Estado de Direito e dos direitos fundamentais por meio do exercício de uma jurisdição constitucional, entendendo, pois, necessária tal restrição.[23]

Gregorio Peces-Barba visualiza três funções de que está encarregada a Constituição: função de legitimação, função de justiça e função de segurança, relacionando-se somente as duas primeiras com os valores superiores, razão por que somente as mencionaremos. A função de legitimação atribui à Constituição à missão de assegurar a obediência ao Direito, sem que seja necessário recorrer à força. A Constituição expressa, para a cultura moderna, a forma racional de poder e de consenso que a aceita como as regras do jogo. Assim, a

---

[19] MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Direito e Moral: qual o conteúdo para a Constituição? Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Curitiba, ano 2, n. 8, p. 173-180, 2001.

[20] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 37-41.

[21] PECES-BARBA, Gregorio. Los Valores Superiores. 1. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1984, p. 81-86.

[22] MORAES, Alexandre de. Legitimidade da Justiça Constitucional. Disponível em: <http://www.netflash.com.br/justicavirtual/artigos/const.htm>. Acesso em: 21de abril de 2005.

[23] MORAES, Alexandre de. Legitimidade da Justiça Constitucional. Disponível em: <http://www.netflash.com.br/justicavirtual/artigos/const.htm>. Acesso em: 21de abril de 2005.

incorporação de conteúdos materiais às Constituições amplia a função de legitimidade também a estes fatores, porque se supõe que houve um acordo social sobre os objetivos do ordenamento, sobre o conteúdo da moralidade, assegurando a obediência ao Direito. Os valores superiores dão boas razões para se obedecer ao Direito, uma vez que o ordenamento vai realizá-los como objetivos máximos. Por sua vez, a função de justiça da Constituição consiste na fixação dos conteúdos de moralidade do Direito, enquanto os valores superiores explicitam o conteúdo da função de justiça da Constituição. Assim, limitam o arbítrio judicial na busca da definição de tal conteúdo, porquanto os tribunais (inclusive o Constitucional) devem partir dos valores superiores positivados na Constituição. O ponto de partida da função de justiça da Constituição está numa norma de direito positivo superior: a Constituição. A formulação explícita dos valores superiores dá à função de justiça maior objetividade e limita a liberdade de legisladores ordinários e juízes na construção do conteúdo material do ordenamento.[24]

O Tribunal Constitucional é o instrumento mais evoluído de controle de constitucionalidade, sendo essencial para que se possa falar em supremacia do Direito. Todavia, para que possa cumprir seu papel, é mister que seja um órgão independente, especializado e concentrador da jurisdição constitucional. Kelsen foi o grande idealizador e defensor do Tribunal Constitucional como guarda da Constituição e, ao rebater as objeções de Schmitt à sua tese, na célebre polêmica entre os dois juristas, frisou que o Tribunal Constitucional não deve integrar o Poder Judiciário, mas constituir-se em um poder político independente de todos os demais poderes. Assim, evita-se que questões de alto teor de politicidade sejam decididas pelo Poder Judiciário, o que, segundo Schmitt - neste ponto com a concordância de Kelsen-, destruiria o Estado de Direito.[25]

Cezar Saldanha Souza Junior propõe três perspectivas para que se concebam as funções do Tribunal Constitucional: a instrumental, a formal e a material.[26]

Quanto à perspectiva instrumental, o Tribunal Constitucional desempenha função de natureza jurisdicional, somente se pronunciando quando instado a se manifestar. Para tal, utiliza-se dos recursos da hermenêutica jurídica e submete-se às imposições do devido processo legal.[27]

No que pertine à natureza formal de suas funções, o Tribunal Constitucional desempenha atividade legislativa, criando direito. Em geral, as deliberações são em abstrato, possuindo, por conseqüência, eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, além de vincular o Poder Judiciário, o Governo, a Administração e, em determinados casos, o Parlamento.[28]

---

[24] PECES-BARBA, Gregorio. Los Valores Superiores. 1. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1984, p. 66-73.

[25] SOUZA JR., Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 110-115.

[26] SOUZA JR., Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 118.

[27] SOUZA JR., Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 122.

[28] SOUZA JR., Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 122.

No que diz respeito à perspectiva material, atua o Tribunal Constitucional, juntamente com o Chefe de Estado, no plano da "função política de última instância". O desempenho dessa atividade dar-se-á em relação aos valores superiores, aos fins últimos do Estado. A partir do momento em que as constituições passaram a albergar valores mínimos, inviabilizou-se a atuação do Chefe de Estado como único guardião da Constituição. Fez-se necessária a criação de um órgão colegiado especificamente voltado para esse fim, constituído por membros minuciosamente escolhidos, dominando técnicas jurídicas adequadas. Na natureza funcional material, sua atuação poderia ser assim arrolada:

> (a) renovar, continuamente, o consenso político que sustenta a ordem democrática instituída na Constituição; (b) atualizar, incessantemente, o poder constituinte originário, tanto na concreção dos valores supremos do ordenamento, quanto na necessária evolução diante das novas exigências da história e da consciência da civilização; (c) arbitrar, quando envolvida questão constitucional, conflitos entre poderes, tanto na distribuição funcional, quanto na distribuição territorial; e (d) proteger os direitos fundamentais da pessoa frente ao poder público e à sociedade em geral.[29]

É na função de natureza material que o Tribunal Constitucional realiza a importante missão de proteção, defesa e desenvolvimento dos valores superiores. O seu papel será o de construir e renovar um consenso que esteja acima do plano partidário e ideológico, atuando em um nível em que "a política e a ética se abraçam, pela mediação dos valores (supremos) do direito".[30] E é exatamente em função desse "triálogo" realizado entre ética, política e direito, na concreção dos valores superiores, que o Tribunal Constitucional deve ser um órgão independente do Poder Judiciário, a fim de evitar a politização de tal Poder que seria ruinosa ao Estado de Direito, conforme já antevisto por Kelsen e Schmitt.[31]

A interpretação constitucional requer equilíbrio entre o jurídico e o político, sendo ambos os planos decisivamente importantes, razão por que o intérprete constitucional não pode ser somente o jurista, mas aquele que saiba também conjugar – e na mesma medida – o fator político.[32]

No que tange aos direitos da pessoa humana, embora a maior parte deles seja aceita consensualmente, o seu exercício mostra-se deveras complicado, porquanto não possuem um valor absoluto. Está-se diante de direitos fundamentais relativos, pois sua tutela encontra

---

[29] SOUZA JR., Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 118-121.

[30] SOUZA JR., Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos. Porto Alegre: 2002, p. 92 e 185.

[31] SOUZA JR., Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 125.

[32] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 463.

um limite insuperável na tutela de outro direito também fundamental, mas concorrente. Os valores últimos são, por conseguinte, antinômicos.[33] A técnica de ponderação de valores para a resolução de tais problemas não se situa no âmbito deste trabalho. Entretanto, cumpre destacar que se configura em típica tarefa a ser executada pelo Tribunal Constitucional, uma vez que a ele cabe concretizar os valores supremos do ordenamento.

2 O BRASIL NA ERA DO CONSTITUCIONALISMO DE VALORES

2.1 A Visão da Doutrina Brasileira

Inicialmente, cumpre consignar que, na doutrina brasileira, não encontramos outro autor, além de Cezar Saldanha Souza Junior, que intitule de "constitucionalismo de valores" o direito constitucional do segundo pós-guerra. Ademais, também são raros os doutrinadores que tratem, ainda que sob outras denominações, acerca do ingresso do Brasil na era do constitucionalismo de valores.

Segundo Cezar Saldanha Souza Junior, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, marca o ingresso do país na era do constitucionalismo de valores, ao declarar, no artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado e, no artigo 3º, IV, a promoção do bem de todos como objetivo fundamental.[34] A Constituição, demonstrando sintonia com a evolução do direito ocidental, proclamou diversos avanços, como

> (a) multiplicação das cláusulas gerais e dos princípios indeterminados; (b) fundamentação da vida jurídica em noções de altíssima densidade política, tais como, a *dignidade da pessoa humana, justiça e função social, razoabilidade* e tantas outras; (c) ampliação do acesso ao poder judiciário ao ser humano comum; (d) extensão da legitimidade, para entidades coletivas privadas e, mesmo, a órgãos públicos, para ações de profundo alcance político; e (e) principalmente, a previsão de instrumentos de controle direto de constitucionalidade relativamente a atos normativos em abstrato.[35]

Cármen Lúcia Antunes Rocha destaca que, se não fosse Auschwitz, talvez a dignidade da pessoa humana não fosse ainda o princípio-matriz do constitucionalismo contemporâneo. Todavia, tendo o homem vivido o Holocausto, fez-se necessário evitar nova degradação da

---

[33] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 42-44.

[34] SOUZA JR., Cezar Saldanha. Constituições do Brasil. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002, p. 86.

[35] SOUZA JR., Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 137.

pessoa por outras que possam destruí-la ao chegar ao poder. Frisa a autora que, no Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana comparece de maneira inédita na Constituição de 1988, vindo a modificar toda a construção jurídica, uma vez que impregna a elaboração do Direito, enquanto elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. A eleição do princípio como fundamento do Estado significa que esse existe para o homem, que o seu fim é o homem, "como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado".[36]

Luiz Antônio Rizzatto Nunes ressalta que, tendo em vista a experiência do genocídio nazista da Segunda Grande Guerra, não é possível falar hoje em sistema jurídico legítimo que não esteja fundado na garantia da intangibilidade da dignidade da pessoa humana. A partir daquela ocorrência, foi erigida uma nova razão ético-jurídica-universal. No atual Diploma Constitucional brasileiro, é a dignidade da pessoa humana o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional. Para o autor a dignidade é absoluta, plena e inerente à essência da pessoa. Além disso, é um supraprincípio constitucional que deve ser sempre considerado na atuação social do operador do Direito, uma vez que a própria Constituição impõe a sua implementação concreta.[37]

José Afonso da Silva realça que fundamentou a positivação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, as graves violações sofridas pela dignidade humana sob a égide do Estado nazista. Idêntica motivação histórica também fez constar o princípio nas Constituições de Portugal e Espanha. No caso do Brasil, a tortura e toda sorte de desrespeito à pessoa humana praticados na vigência do regime militar levaram à inclusão da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, consoante disposto no artigo 1º, III, da Constituição de 1988. Ao constituir a dignidade da pessoa humana como fundamento, consagrou-a como valor supremo, "valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito".[38] Ressalta, ainda, que a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade de todas as dimensões de direitos fundamentais do homem, quando, então, o homem estará dignificado. Representa, pois, a dignidade da pessoa humana o valor supremo da democracia, o valor que a dimensiona e humaniza.[39]

Ana Paula de Barcellos evidencia que as Constituições elaboradas após a Segunda Guerra Mundial expressamente albergaram valores, formularam decisões políticas e fixaram metas e objetivos a serem alcançados pelos Estados que estavam recriando, porquanto

---

[36] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. Interesse Público: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, São Paulo, ano 1, n. 4, p. 23-48, out./dez. 1999.

[37] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25-26, 45-46 e 49-51.

[38] SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

[39] SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

voltou-se a reconhecer que o direito não surge no mundo por si só, mas está relacionado a valores prévios, ideais de justiça e de humanidade, os quais são frutos da consciência humana e da experiência civilizatória dos povos. Sob a forma de normas-princípios, os valores passaram a figurar como núcleo das Constituições, estando expressamente demonstrados quais os valores eleitos pelo constituinte como fundamentais à organização política, bem como os limites, formas e objetivos dirigidos à atuação política do Estado, com a finalidade de promover a realização desses valores. Aduz, ainda, que a Constituição brasileira de 1988 se insere neste contexto histórico, ao consagrar como fundamento do Estado o homem e sua dignidade, como se observa do artigo 1º, III, da Carta, e do seu preâmbulo.[40]

Daniel Sarmento expõe que a Constituição brasileira de 1988, seguindo o exemplo de diversas cartas contemporâneas, reconheceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III). Assevera, ainda, que essa proclamação solene, no primeiro artigo do texto constitucional, é rica em simbolismo, pois marca a restauração do Estado Democrático de Direito, qualificado pela preocupação com os direitos humanos e com a justiça social no país. O autor salienta que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico.[41]

Edson Pereira Nobre Junior refere que o reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito marca os ordenamentos atuais, mormente após a barbárie nazi-fascista, estando tal inclinação demonstrada com a adoção da dignidade da pessoa humana como valor básico do Estado Democrático de Direito. Conforme o autor, o nosso constitucionalismo, que, desde 1934, vem sofrendo forte influxo germânico, não ficou alheio ao tema, tendo o constituinte de 1988 deixado claro que o Estado Democrático de Direito que instituía tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). As conseqüências da adoção desse princípio são

> a) a reverência à igualdade entre os homens (art. 5º, I, CF); b) o impedimento à consideração do ser humano como objeto, degradando-se a sua condição de pessoa, a implicar na observância de prerrogativas de direito e processo penal, na limitação da autonomia da vontade e no respeito aos direitos da personalidade, entre os quais estão inseridas as restrições à manipulação genética do homem; c) a garantia de um patamar existencial mínimo.[42]

Paulo Bonavides registra que o ano de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas, foi tão importante para a nova universalidade de

---

[40] BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20-25.

[41] SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 57-60.

[42] NOBRE JR, Edson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 219, p. 237-254.

direitos fundamentais quanto o de 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem, o fora para a velha universalidade de inspiração liberal, porquanto apresentou ao mundo a carta de valores e princípios sobre os quais estão assentados os direitos das três gerações. Segundo o autor, trata-se de um documento de convergência e síntese, pois convergiu, após a guerra de extermínio dos anos 30 e 40, anseios e esperanças dos povos que o subscreveram, ao mesmo tempo em que sintetizou direitos e garantias que, isoladamente, nenhuma Constituição havia logrado congregar ao redor de um consenso universal. Esta nova universalidade de direitos fundamentais estaria num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia, além de entregar a titularidade dos direitos da tríplice geração a um indivíduo qualificado por sua pertinência ao gênero humano, antes de ser cidadão deste ou daquele país.[43]

Paulo Bonavides enxerga a evolução constitucional, no Brasil, em três fases, sendo a terceira a que se inicia na década de 30 e na qual se percebe a presença de forte influência do constitucionalismo alemão do corrente século. Nesta terceira época, brotou, no Brasil, um Estado social em que a sociedade e o homem-pessoa são os valores supremos. Destaca, ainda, o autor a grande importância que os direitos fundamentais receberam na Constituição de 1988, sendo que, na técnica, na forma e na substância de tal matéria, em muito se acerca da Lei Fundamental de Bonn.[44]

2.2 O Desenvolvimento do Constitucionalismo de Valores no Brasil

No Brasil, o controle de constitucionalidade é exercido tanto de forma difusa quanto concentrada.[45]

Segundo o artigo 102, I, a, da Constituição da República Federativa do Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, exercendo, portanto, o controle concentrado de constitucionalidade.[46]

Em linhas gerais, o controle difuso de constitucionalidade caracteriza-se pela permissão de que todo juiz ou tribunal, no caso concreto, possa deixar de aplicar uma lei, entendendo-a incompatível com a Constituição. Ocorrendo uma das hipóteses previstas nas alíneas do inciso III do artigo 102, as causas decididas em única ou última instância serão levadas a julgamento, mediante recurso extraordinário, ao Supremo Tribunal Federal.[47]

---

[43] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 573-574.
[44] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 361-369.
[45] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 565.
[46] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 565.
[47] SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 255.

Verifica-se, portanto, que todos os juízes e os tribunais possuem legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade, sendo que o Supremo Tribunal Federal o faz tanto de forma concentrada quanto difusa. Nesta tarefa, todos eles podem ponderar e desenvolver os valores supremos do ordenamento, não tendo nossa Constituição resguardado esta importante missão à exclusividade de um Tribunal Constitucional.[48]

A primeira crítica que se pode fazer ao sistema diz respeito ao fato de não constituir o Supremo Tribunal Federal um verdadeiro Tribunal Constitucional. Embora a Constituição lhe encarregue da função de guarda da Constituição, lhe dá competência simultânea para julgar ações em controle abstrato e concreto de constitucionalidade, não sendo fácil conciliar ambas as funções na tarefa diária do exercício da jurisdição. No mesmo Tribunal, com os mesmos Ministros, desenvolvem-se dois sistemas que possuem técnicas, pressupostos e efeitos completamente diferentes e, em certo sentido, até contraditórios, gerando uma verdadeira confusão.[49] Dessa forma, como observa José Afonso da Silva, se o Supremo Tribunal Federal não vier a realizar-se plenamente como guardião da Constituição, não será por sua culpa, mas do próprio sistema que o constituinte de 1988 lhe impôs.[50]

Ademais, na ausência de um Tribunal Constitucional para garantir um mínimo de objetividade aos valores superiores do ordenamento, podemos assistir também ao perigo do uso ideológico dos instrumentos jurídicos[51], porquanto todos os juízes e todos os tribunais podem empregar aos valores o sentido que desejarem, se assim o desejarem, utilizando-se, por exemplo, de princípios tão em voga como os da proporcionalidade e da ponderação de interesses. E. Schmidt, citado por Paulo Bonavides, critica o emprego do princípio da proporcionalidade, uma vez que representaria uma decisão de difícil fundamentação que visa somente a expressar o desejo e a vontade de quem a toma.[52] Igualmente, sob o manto da ponderação de interesses, é possível que se pratique o mais puro decisionismo judicial, em que um conflito entre princípios constitucionais será resolvido com base em preferências subjetivas e não justificadas.[53] Assim, cada juiz, cada tribunal exerce, a seu modo, o desenvolvimento dos valores supremos do ordenamento. Em verdade, não estamos a criticar os próprios princípios, mas a utilização indiscriminada de tão importantes princípios por

---

[48] André Copetti enaltece a posição assumida pelo Poder Judiciário de concretização da Carta Constitucional. Todavia, o autor somente analisa o papel do STF como (re)construtor e concretizador da Constituição, como se houvesse alguma limitação formal ao exercício de tal tarefa pelos demais órgãos do Poder Judiciário. (COPETTI, André. A Jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito. Disponível em: http://www.ihj.org.br/_novo/professores/Professores_06.pdf. Acesso em 21 de abril de 2005.)

[49] SOUZA JR., Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 140.

[50] SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 255.

[51] SOUZA JR., Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 140.

[52] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 429.

[53] SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 146.

todas as instâncias do Poder Judiciário, justificando, portanto, toda sorte de decisões, inclusive aquelas diametralmente opostas.

Quando os juízes estão desenvolvendo, concretizando os valores supremos do ordenamento, estão trabalhando em linguagem tão aberta, indeterminada, plurissignificativa, que tornam o ato de interpretação constitucional praticamente ilimitado.[54] Assim, a delimitação de noções delicadas e de alta densidade política deveria ter sido destinada a um só órgão – um Tribunal Constitucional –, mas a Constituição preferiu entregar essa tarefa a todos os juízes e tribunais, gerando grande insegurança jurídica.

O Supremo Tribunal Federal também não se converteu em Corte Constitucional pelo fato de não ser o único órgão competente para o exercício da jurisdição constitucional, conforme já observamos.[55] Ademais, integra o STF o Poder Judiciário e, juntamente com os demais órgãos deste Poder, na competência que todos detém para o exercício do controle de constitucionalidade, faz com que sintamos, no Brasil, a politização da justiça, já temida, há tantos anos, por Kelsen e Schmitt. Aliás, uma das críticas mais severas que recebe o controle de constitucionalidade exercido por órgão integrante do Poder Judiciário é o fato de o juiz ou tribunal assumir posição eminentemente política.[56] Isso vem ocorrendo porque o Brasil não percebeu que a nobre tarefa de concreção dos valores não pode ser entregue ao Poder Judiciário e – pior ainda – a todos os órgãos do Poder Judiciário. O juiz constitucional, em virtude da repercussão de suas decisões, desempenha, necessariamente, um papel ou uma função política.[57] Portanto, se ele integrar o Judiciário, a politização da justiça será simples conseqüência do desempenho de sua função.[58]

Por isso, afigura-se tão relevante a discussão acerca do tipo de justiça constitucional incumbida de realizar o controle de constitucionalidade em cada país. O estabelecimento de tribunais que não fazem parte da cúpula do Poder Judiciário instituiu um novo modelo de justiça constitucional – introduzido a partir da Áustria e reafirmado nas Constituições da Itália e da Alemanha –, deixando marcas indeléveis no constitucionalismo contemporâneo. A separação da jurisdição ordinária da jurisdição constitucional deslocou o pólo de tensão relacionado à questão da invasão do Poder Judiciário no Legislativo, também não havendo mais preocupação quanto ao acentuado caráter político das decisões, uma vez que o Tribunal Constitucional passou a estar organizado fora da estrutura do Poder Judiciário.[59]

---

[54] COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão política da jurisdição constitucional. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 225, p. 39-44, jul./set. 2001.

[55] SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 255-256.

[56] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 301.

[57] MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. Garantia Suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 289-290.

[58] SOUZA JR., Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 140.

[59] STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 102-103.

Com a Constituição de 1988, o Brasil ingressou na era do constitucionalismo de valores e apresentou avanços realmente significativos. Entretanto, lamentavelmente, não seguiu, neste ponto, as constituições européias que lhe serviram de modelo e não adotou um Tribunal Constitucional[60], que seria o órgão apropriado para, efetivamente, desenvolver e concretizar os valores supremos de nosso ordenamento. O constitucionalismo de valores no Brasil, portanto, não restou plenamente desenvolvido, pois somente um Tribunal Constitucional – órgão independente, especializado e concentrador da jurisdição constitucional – cumpriria esse desiderato.

CONCLUSÃO

As experiências totalitárias da primeira metade do século XX despertaram a consciência mundial acerca do valor supremo da dignidade humana. A partir de então, as constituições passaram a albergar valores éticos mínimos, reconhecidos e institucionalizados por consenso, sendo, pois, superada a visão da lei em seu aspecto meramente lógico-formal.

Com tal consciência, surge a necessidade de existência de um efetivo sistema de proteção dos valores, resguardando-os dos arbítrios individuais e do próprio Estado. É nesse âmbito que surge o Tribunal Constitucional (órgão independente, especializado e concentrador da jurisdição constitucional), como decorrência lógica do desenvolvimento do constitucionalismo de valores.

O Brasil ingressou na era do constitucionalismo de valores com a Constituição de 1988, albergando a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado. A Constituição trouxe, também, inúmeras cláusulas gerais, princípios indeterminados, nítidos valores a serem desenvolvidos e concretizados por um Tribunal Constitucional. Todavia, a Constituição não instituiu esse Tribunal Constitucional, razão por que o constitucionalismo de valores não restou plenamente desenvolvido no Brasil.

Por conseguinte, permanecemos com a jurisdição ordinária e a jurisdição constitucional cumuladas no Poder Judiciário, em um sistema que tenta conjugar técnicas concretas e abstratas de controle de constitucionalidade, mostrando-se ineficaz à concreção dos valores supremos do ordenamento. Dessa forma, infelizmente, sentimos, em nosso país, a politização da justiça, porquanto o desempenho da tarefa de interpretação constitucional pressupõe o exercício de função política. Ademais, estando legitimados todos os juízes e tribunais a exercerem o controle de constitucionalidade, exercem todos, a seu modo, a nobre tarefa de proteção e desenvolvimento dos valores, gerando o risco do uso ideológico do direito.

---

[60] STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 102-103.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. Os valores constitucionais fundamentais: Esboço de uma análise axiológico-normativa. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão política da jurisdição constitucional. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 225, p. 39-44, jul./set. 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação História dos Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COPETTI, André. A Jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito. Disponível em: http://www.ihj.org.br/_novo/professores/ Professores 06.pdf. Acesso em 21 de abril de 2005.

MIRANDA, Jorge. O Homem e o Estado – Direitos do Homem e Democracia. Interesse Público: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 79-84, jan./mar. 1999.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. Garantia Suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. Legitimidade da Justiça Constitucional. Disponível em: <http://www.netflash.com.br/justicavirtual/artigos/const.htm>. Acesso em: 21de abril de 2005.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Direito e Moral: qual o conteúdo para a Constituição? Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Curitiba, ano 2, n. 8, p. 173-180, 2001.

NOBRE JR, Edson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 219, p. 237-254.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PECES-BARBA, Gregorio. Los Valores Superiores. 1. ed. Madri: Editorial Tecnos, 1984.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. Interesse Público: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, São Paulo, ano 1, n. 4, p. 23-48, out./dez. 1999.

SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA JR., Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos. Porto Alegre: 2002.

SOUZA JR., Cezar Saldanha. Constituições do Brasil. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

SOUZA JR., Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VALORES Jurídicos y Derechos Fundamentales. Sevilha: Editorial Mad, 1999.

O Diálogo Vertical Recíproco entre os Níveis do Ordenamento Jurídico Brasileiro

Adriano Fernandes Moreira

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem por objetivo promover um estudo acerca das relações que se podem estabelecer entre os níveis do ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente entre o direito constitucional o direito ordinário e o direito judiciário.

Para tanto, dentro do tema proposto, cumpre examinar a possibilidade de aplicação direta da constituição e o movimento de constitucionalização do direito ordinário, inclusive do privado. A questão está em determinar se são ou não corretos tais movimentos, pois ao que tudo indica, negar a aplicação direta da constituição, prejudicando o interesse do ser humano no caso concreto, é restabelecer ao juiz, como nos tempos modernos, a condição de fiel e mecânico aplicador da lei. Se por outro lado, ocorrer respeito absoluto a constituição da república, com a aplicação da declaração de inconstitucionalidade, por exemplo, a concretização da justiça seria dificultada. Para encontrar uma solução, se farão algumas considerações neste singelo trabalho.

O tema se impõe pela sua atualidade e todos sabem que seu enfrentamento não é fácil. Alguns autores aduzem que se deve fazer o máximo esforço para que as soluções judiciais sejam justas, pois com a adoção de constituições escritas passou-se pelas fases de declaração dos direitos e acesso aos direitos, até se chegar à fase atual de concretização dos direitos.

Ao final, da conjugação desses elementos, se ensaiarão breves linhas conclusivas, com uma abordagem que visará mais à síntese do conteúdo exposto, do que propriamente ao inovador, ao inédito. Porém, em todos esses momentos, não se abdicará de uma visão crítica dos diversos entendimentos, quer sejam legais, doutrinários ou de nossas cortes de justiça. E o método a ser empregado será, sobretudo, o dialético, chegando-se, a partir do amálgama formado pela contraposição de teses, como dito, a conclusões temáticas. No que tange à técnica de coleta de dados, utilizar-se-á, para tanto, a relativa à consulta de documentação indireta, com pesquisa documental e secundária, colacionando-se fontes da legislação e doutrina.

Todavia, advirta-se ao leitor desatento do caráter limitado desta pesquisa, que de forma alguma visa esgotar o tema proposto, objetivando menos a glória pela imposição e edificação de posições pessoais, do que o estampar da questão a ser debatida, com vistas a despertar, de maneira humilde, o interesse pela matéria, frente aos seus consumidores.

Ao final, pretende-se demonstrar ser a constituição o suporte das legislações, e estas instrumentos indispensáveis no auxílio aos magistrados ansiosos por fazerem justiça no caso concreto. Em seguida, cogitar a existência de um fenômeno de complementaridade e respeito das relações entre os níveis ou planos do ordenamento jurídico, posto que da realidade ontológica da pessoa, da família e da vida social ordinária surge uma força criadora que se dirige ao nível mais elevado e volta rapidamente dando origem a um *loop* sem fim, entre os níveis ou planos do ordenamento jurídico.

CAPÍTULO 1 – Aspectos Gerais

1.1 Relações do nível constitucional com o infraconstitucional

Sob a perspectiva teleológica percebe-se que matérias antes disciplinadas no nível intermediário pela legislação ordinária agora foram elevadas ao nível fundamental e são tratadas pela constituição, ocorrendo a constitucionalização do direito ordinário, fato que desperta a atenção de doutrinadores brasileiros[1], argentinos[2], alemães[3], italianos[4] e portugueses[5].

---

[1] *Vg.*, SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Direito Constitucional, Direito Ordinário e Direito Judiciário.* Porto Alegre: Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGD/UFRGS, n.1 (fevereiro/2005); SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; e, do mesmo autor, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000; e, do mesmo autor, *A parte Geral do Novo Código Civil:* Estudos na Perspectiva Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; MARTINS-COSTA, Judith (Org.), *A Reconstrução do Direito Privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: novos paradigmas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[2] Cf. MAYÓN, Carlos A. *Bases Constitucionales del Derecho Civil* - Parte General. Buenos Aires: Lex, Tomo I, 2001 e *Congresso Mundial de Direito Constitucional.* Quarta Comissão: Direito Humanos e Direito Privado. Comunicação n.° 01: Relações entre o Direito Constitucional e o Direito Civil. Evolução. Janeiro/2004.

[3] Cf. CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Trad. Ingo Wolfgang Sarlet et. al. Coimbra: Almedina, 2003.

[4] Cf. Pietro PERLINGIERI. *Perfis do Direito Civil:* introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

[5] Cf. RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Constitucionalização do Direito Civil.* Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXXIV, 1998, p. 729-755.

Essa interpenetração ou fusão tem provocado várias discussões no cenário jurídico. O fenômeno envolve o direito ordinário e inclusive o direito privado. Estamos diante de uma constitucionalização dos direitos ordinários e alguns estudiosos já falam em hiper-constitucionalização nos casos do direito administrativo e tributário.

Há um clima de instabilidade e insegurança e surgem, a cada dia, discussões (lógicas) a respeito do futuro das relações entre o sobredireito (do grau superior ou fundamental), o direito ordinário (grau primário) e o direito das decisões judiciais ou resoluções administrativas (do grau secundário). É difícil delimitar os caminhos a serem percorridos, pois em cada nível, seja dos fins últimos, seja dos fins próximos, temos um tipo diferente de racionalidade, de interpretação e de seleção.

Fácil perceber que um valor só existe no plano fundamental do ordenamento jurídico. E não pode ser aplicado nos fatos, pelo direito, sem antes passar por um processo de mediação que se fará por intermédio da legislação ordinária. Então, o normal e conveniente, dentro de uma visão integrada do ordenamento jurídico, é que o grau primário ou legislativo, ou nível intermediário, por meio da elaboração de leis, seja responsável por tal mediação. Mas quando isso não ocorre aparece o problema entre criador (legislador constituinte) e criatura (legislador ordinário), pois com a presença da constituição da república e a omissão do legislador ordinário, não se consegue iluminar o nível mais próximo, qual seja, o do julgador. E assim, em face de inexistência da *interpositio legislatóris,* ao legislativo é conferido um poder nunca antes visto.

Para alguns constitucionalistas, os civilistas deveriam ter apressado a aprovação do código civil brasileiro ao invés de ter deixado que ocorresse a extensão da matéria normativa da constituição. O legislativo, por culpa desse movimento de constitucionalização, se vê cada vez mais sobrecarregado em sua tarefa de mediação. Por outro lado se abre o sistema jurídico brasileiro com cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, dando um grande poder aos juízes.

Um grande problema é que nem sempre os juizes são prudentes. Alguns se valem *do jeitinho brasileiro* e concretizam valores, outros, menos preparados, tentam aplicar a mesma técnica, mediante o uso absurdo da jurisprudência, para casos nada semelhantes.

Alguns julgadores utilizam a aplicação totalmente assistemática e ideológica de valores constitucionais, que na verdade, acabam se tornando uma imposição da opinião pessoal do juiz, sob a justificação de que o faz em nome da constituição. Mas os juízes jamais deveriam decidir os casos controversos, com base em seu próprio julgamento, político ou ideológico. Nem é bom entrar nesta seara, pois é o grande problema dos processualistas, e diz respeito *às fundamentações ideológicas da sentença*[6].

1.2 Múltiplas dimensões do problema

O tema é sem dúvida relevante e tem ocupado lugar de destaque na doutrina pátria de modo muito especial. Centenas de livros e artigos publicados. É possível perceber a inquietude dos operadores do direito. São feitas reflexões sobre: a) a relação entre política e direito[7]; b) falhas e omissões do executivo e do legislativo[8]; c) hermenêutica[9] e d) fusão da jurisdição ordinária e constitucional no poder judiciário[10].

Surgem indagações sobre: (a) o que se deve buscar na interpretação de um texto normativo; (b) Quais os seus limites da interpretação; (c) se a interpretação possui alguma função criadora ou modificadora do direito ou visa apenas a conhecer o teor da norma.

Quanto à possibilidade de concretização de valores materiais constitucionais, há muita divergência doutrinária. Alguns sustentam a total possibilidade de realização dos direitos fundamentais, não havendo limites ou barreiras, que possam impedir o juiz de assim proceder. Uma segunda vertente sustenta a possibilidade remota de que os princípios e normas inseridas na constituição possam modificar o direito ordinário somente em casos extremos, pois onde o processo político (legislativo e executivo) comete falhas ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados cabe ao poder judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição de prestações dos serviços básicos. Uma terceira corrente, menos radical, se dedica unicamente à tarefa de verificar de que modo e segundo que técnicas tornar-se-ia possível a aplicação dos postulados constitucionais no campo do direito ordinário.

---

[6] Cf. Rui PORTANOVA. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

[7] Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política*. Revista da Faculdade de Direito da UFRS, v. 12, p. 189 e ss., 1996; e, do mesmo autor, *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

[8] Cf. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

[9] Cf. BASTOS, Elísio. Interpretação Constitucional – A quem cabe a tarefa de concretizá-la? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 41, [*s. d.*] p. 241-254.

[10] SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 7-18.

Se o juiz evitar a concretização de valores materiais constitucionais, privilegiando o sentido procedimental do texto constitucional, seu ato terá por conseqüência direito sociais não realizados e direitos fundamentais não respeitados. Se o juiz realizar tal concretização, garantindo a possibilidade do resgate desses direitos com o objetivo de proteger o cidadão e a sociedade incorrerá no risco de transformar o direito constitucional de valores em direito de ideologias da pior espécie.

E esse direito de ideologias esbarra no que é financeiramente possível e na judicialização da política. A doutrina clássica já reconhecia o princípio da inafastabilidade do controle judicial que foi inscrito, a contrário senso, ainda na Carta de 1934, a qual aduzia: "É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas" [11]. Mas a partir de 1946 foi enunciado claramente da seguinte forma: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (art. 141, § 4,°)[12]. Tal princípio depreende-se também da legislação ordinária, sobretudo no código de processo civil:

> "*Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá a analogia aos costumes e aos princípios gerais do direito.*"
>
> "*Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.*"

Também esbarramos na separação dos poderes. Aqueles que não aceitam a concretização de valores materiais constitucionais aduzem que caberia ao Poder Legislativo elaborar as leis e que ao juiz não compete fazer lei ou julgar contrariamente a ela. Por outro lado o Legislativo do mundo pós-moderno não consegue acompanhar constantes mudanças sociais, sendo algumas legislações ordinárias, incompreensíveis, inaplicáveis e inaceitáveis em várias áreas.

O Direito Constitucional passou a tratar também de aspectos classicamente disciplinados pelo direito privado enunciando princípios e consagrando valores que se aplicam também às relações entre os particulares.

---

[11] Tema muito bem analisado pelo FERREIRA FILHO, *op. cit.*, 192-193; e, do mesmo autor, A Constituição de 1988 e a judicialização da Política. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 12, 1996, p. 189-197.

[12] FERREIRA FILHO, *Aspectos...*, *idem*.

1.3 Pontes de ligação entre o público e o privado

Para Cezar Saldanha Souza Junior[13] é do privado que provêm os grupos de pressão, a opinião pública. Há uma inter-relação entre o direito público e o direito privado. Podemos falar em convergência entre um e outro e em publicização do direito privado e privatização do Direito Público. Ludwig Raiser[14] sustenta a necessidade de o direito privado não perder a sua especificidade, ainda que sofrendo o influxo das opções valorativas.

O Estado em certas situações deve respeitar a esfera íntima do individuo, deve ter a responsabilidade de proporcionar ações positivas, deve cobrar a participação do indivíduo e até mesmo submeter o indivíduo a suas vontades.

Ao longo dos anos se discute o tema abordado sobre os mais variados aspectos e sob as mais variadas denominações: a) direito civil constitucional; b) constitucionalização do direito civil; c) publicização do direito privado; d) privatização do direito público; e) conseqüências públicas do direito privado; f) reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais, no direito privado; g) hiperconstitucionalização do direito administrativo; h) sistema constitucional tributário; i) concretização da constituição; j) juz-humanização das relações privadas; l) método hermenêutico concretizante; e m) eficácia das normas constitucionais; n) direito constitucional, direito ordinário e direito judiciário.

---

[13] Cf. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Consensus no Constitucionalismo Ocidental.* Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, junho de 1984. Aduz o mencionado autor: "*Em contraposição ao público, o conjunto de relações no seio da comunidade, que refoge a esfera imperativa do mando e da obediência compõe o campo das relações privadas, a esfera do privado ou, simplesmente o privado. Não há como definir, senão por exclusão a esfera do privado pois as fronteiras são extremamente variáveis, mudam conforme a época, o regime político e os condicionamentos da realidade social. Como tudo em política, os limites entre o público e o privado também se sujeitam à divergência de opiniões e conflitos, tratando-se de mais uma área alcançada por sua natureza polêmica. A fixação dessa fronteiras depende, portanto de um mando tornado efetivo pela obediência. A matriz da classificação não é jurídica é política. A esfera do público é o domínio próprio do modo de existir político do homem. A esfera do privado tende a ser o domínio das comunidades mais elementares. A dialética que se estabelece entre elas é muito viva. Na relação público-privado as posições parecem se inverter. É do privado que nascem as liberdade a serem garantidas e protegidas pelo poder público. É do privado que surgem as demandas e as exigências – em um Estado intervencionista*".

[14] RAIZER, Ludwig. O Futuro do Direito Privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado.* Porto Alegre: PGE, v. 9 (25), 1979, p. 11 e ss. Aduz o referido autor: "*(...) a luz do princípio da dignidade da pessoa humana os juristas vêm desenvolvendo, no país e no exterior, uma novel linha de pensamento científico, reputando-o a base mesma do ordenamento positivo e efetuando a partir dele, a releitura de todos os institutos jurídicos. As preocupações excessivas com os aspectos patrimoniais do relacionamento humano vão sendo, pouco a pouco solapadas e abandonadas, buscando-se a construção de uma ciência jurídica mais personalista, em que se prime não mais pelo ter, mas pelo ser. A personalização das relações jurídicas é tendência e imperativo de uma nova ordem jurídico social, em substituição ao dogmatismo excessivo, centrado na concepção de conceitos e teorias abstratos, distantes da realidade humana e baldos de conteúdo de significação, enfim, de vida*".

De todas as abordagens chamam a atenção a da hermenêutica, a da concretização da constituição e a do direito constitucional, direito ordinário e direito judiciário. Por outro lado, a problemática da eficácia das normas constitucionais tratadas por Carlos Alberto Bittar[15] é um dos pontos de maior relevância no direito, assim como a interpretação jurídica trabalhada por Karl Larenz[16].

CAPÍTULO 2 – O Debate Pós-Moderno

2.1. O Fenômeno da constitucionalização

Uma constituição é fruto de todo um trabalho intelectual, social, político. A omissão do legislativo diante de matérias novíssimas acaba por enfraquecê-la sobremaneira. Vale ressaltar que o fenômeno da constitucionalização foi intenso quando o código civil de 1916 já não se adequava aos anseios da realidade brasileira. E isso é mais uma prova da existência de uma energia criadora, originada na realidade ontológica da pessoa, da família, e da vida social ordinária, que faz dialogar a realidade, o direito legislado e o direito enquanto expressão dos valores humanos mais elevados. Tudo isso gera um *loop* que começa na base, atinge o topo, volta para base, e assim sucessivamente.

---

[15] BITTAR, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional.* São Paulo: Revista Tribunais, 2003. Aduz o autor: "*(...) tudo parece girar em torno da problemática da eficácia das normas constitucionais. Umas atingem imediatamente o ordenamento vigente, rompendo-o, enquanto outras, por sua natureza, ou por força de comando do próprio constituinte, tem seus efeitos postergados para outra etapa. São estabelecidos comandos para o legislador ordinário, para o juiz e demais interpretes, definindo horizontes, fixando balizas, estabelecendo contornos que governarão a ordem jurídica do país. De outra plana, o constituinte indica expressamente como deseja sua aplicação. Em outros, traça diretrizes que devem governar a interpretação sistemática e finalística, em que se lhe definirá a respectiva tarefa que, embora difícil, conta com nortes seguros na própria teoria da interpretação. Com a promulgação da Constituição atinge-se a ordem jurídica, mudando-a. Novos princípios e regras vão provocar efeitos na ordem privada, a luz do respectivo alcance. Daí edita-se nova ordem privada ou se ajusta esta a seus cânones conforme a profundeza das rupturas operadas. As leis ordinárias incompatíveis ou são substituídas ou são declaradas inconstitucionais. Nenhuma lei poderá nascer fora dos limites por ela imposto.*"

[16] Sobre a interpretação e desenvolvimento judicial da lei e influência da lei fundamental veja: Karl LARENZ, *Derecho Civil.* Parte General. Munich: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 84-101.

O Código Civil e leis especiais atingidos estão sofrendo o referido processo de reajustamento que tem representado grande desafio ao legislador. O direito civil da atualidade, relativizado, historicizado, pluralista, redesenha a dogmática em favor da tutela da dignidade da pessoa humana. Segundo Júlio César Finger[17], tinha que desaparecer o direito próprio do estado liberal clássico, centrado no individualismo e patrimonialismo que o caracterizou. Pietro Perlingieri[18] afirma que a categoria do ser não pode ser subordinada àquela do ter, sendo necessário reler a legislação à luz da opção constitucional, na qual se encontram limites insuperáveis no respeito aos direitos fundamentais da pessoa. Ludwig Raizer[19] fala sobre a importância de conservar a força vital do direito privado como peça preciosa da ordem jurídica geral. Para Maria Amália dias de Moraes o movimento não passa de uma falsa questão[20].

Dando-se ênfase a ótica social e observada a relatividade na idéia formal de igualdade, o destaque dos elementos sociais impregnará o direito privado de conotações próprias, eliminando os resquícios ainda existentes do individualismo e do formalismo jurídico, para submeter o Estado Brasileiro a uma ordem baseada em valores reais e atuais, em que a justiça social é o fim último da norma, equilibrando-se mais os diferentes interesses por elas regidos, a luz de uma ação estatal efetiva, inclusive com a instituição de prestações positivas e concretas por parte do Poder Público para a fruição pela sociedade dos direito assegurados.

O que caracteriza, na diversidade de temas o conjunto de trabalhos, é precisamente a metodologia civil constitucional com que são enfrentadas as diversas matérias, fornecendo aos interessados, num fio condutor homogêneo, indicações para a solução de numerosos problemas de direito civil que, postos na ordem do dia, reclamam solução interpretativa coerente com o sistema constitucional e com a dinâmica realidade cultural brasileira, através de um diálogo de respeito e complementaridade entre os níveis.

---

[17] Cf. FINGER, Júlio César. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *A Constituição Concretizada:* Construindo Pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 85 e ss.

[18] Cf. PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.*, p. 4.

[19] RAIZER, *op. cit*, p. 29

[20] MORAES, Maria Amália Dias de. A Constituição e o Direito Civil. Revista da Procuradoria Geral do Estado. Porto Alegre: PGE, v. 20 (48), 1993, p. 47. Aduz a autora: "*é preciso advertir que o designado fenômeno da 'publicização' do direito civil é uma falsa questão. O que ocorre, em verdade, é que as relações de ordem privada, as vicissitudes do tráfico jurídico em uma sociedade de massas, adquirem tal expressão que a garantia de uma disciplina justa dessas relações não pode mais ser subestimada pelo Estado. É para determinar o quadro e o padrão desta disciplina, que as constituições modernas têm inserido em seus textos numerosas referências às categorias relacionais tradicionalmente só objeto de regulação no Código Civil*". Na p. 1, da citada obra, a autora cita R. Von Jhering: "*uma idéia sedutora e apressada divulga o conceito da dependência completa do direito privado em relação ao Estado, outrora, e que só pouco a pouco aquele se liberta desta prisão. Considerações já desenvolvidas conduzem a admitir precisamente o contrário, ou seja, a completa independência, na origem, do direito privado frente ao Estado. A falta de oposição não decorre do fato de o Estado dominar o direito privado, mas ao contrário, do fato de o direito privado dominar o Estado. Assim, o direito privado não foi edificado segundo o direito público, mas o Estado é que se construiu segundo os princípios do direito privado. Seria, pois, contrário a toda história admitir que o Estado tenha engendrado, ele próprio, o direito privado*".

No que diz respeito ao fenômeno constitucionalização do direito civil, é por demais óbvio que várias obras jurídicas são anteriores a entrada em vigor do novo código. Portanto, no período de *vacatio legis* os magistrados não tinham outra opção se não concretizar valores materiais constitucionais que embora ausentes no código Beviláqua estavam presentes no na nova legislação.

Veja-se o absurdo, estava em trâmite no congresso nacional um projeto de código civil de 1975, depois de tamanha demora, por força da realidade ontológica da pessoa, da família e da vida social ordinária, foi necessário que a constituição de 1988 trouxesse a tona elementos do projeto de lei.

2.2 Milhares de tribunais constitucionais

Na Europa o acesso ao tribunal constitucional ocorre por meio do clássico controle de constitucionalidade. Na Alemanha e na Espanha depois que o caso chega ao tribunal superior, há o recurso de amparo denominado *verfasungsbecheverg* (que se assemelha ao nosso recurso extraordinário). Lá prevalece o espírito de prudência, experiência e meditação. No Brasil se instalou a cultura jurídica de que o juiz pode atuar como um tribunal constitucional. Tem-se, então, milhares de *tribunaizinhos constitucionais*, posto que cada magistrado pode exercer o controle difuso de constitucionalidade.

A fusão das jurisdições constitucional e ordinária é incompatível com o modelo Romano Germânico. Como bem demonstrada por Cezar Saldanha de Souza Junior[21] só é possível tal fusão no comon law. Nos Estados Unidos da América as jurisdições estão fundidas no poder judiciário. O juiz em tal sistema tem o poder de testar os limites da lei e deve interpretar de acordo com as linhas que o tribunal constitucional acena. Mas a grande questão é saber se o juiz poderia em um *salto olímpico*, e ultrapassando a legislação ordinária, ir direto a constituição esquecendo-se do nível ordinária.

O tema da atualidade se divide entre a construção da razão, a vontade legislativa e a combinação ideal entre razão e realidade. Não podemos desprezar o *direito vivo*. Serve muito a mensagem de Fernando Facury Scaff de que: "a constituição brasileira está viva, embora alguns de seus preceitos ainda necessitem ser realizados em toda sua dimensão emancipatória para o povo brasileiro"[22]. E esta concreção da constituição irá acontecer na proporção do amor e do respeito de seu povo, preservando-a e integrando-a em seu dia-a-dia.

---

[21] Cf. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito e seus modelos básicos*. Porto Alegre: [*s. n.*], 2002.

[22] SCAFF, Fernando Facury. *Constitucionalizando Direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 259 e ss.

A forma de legislar, por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, e se deve acrescentar, com o manuseio dos princípios constitucionais no dia-a-dia do foro, confere uma função política ao juiz, objetivando a proteção de minorias e a concretização da igualdade material em relação aos seus direitos, ou melhor, aos direitos relativos à dignidade da pessoa humana.

É fato notório que tais direitos vêm sendo subutilizados pelos interessados ou sendo desconhecidos a cotio e sem fim pelo Poder Público, o que não infirma a tese jurídica de que existem e estão disponíveis. Tal fato serve apenas para incitar os estudiosos do Direito a transitarem persistentemente por este tema e a buscarem em juízo o reconhecimento efetivo destes direitos postergados, até a consolidação de uma consciência nacional capaz de determinar a positividade fática destes direitos, ao menos quando levados à apreciação jurisdicional.

2.3 Necessidade de reforma política

Para Cezar Saldanha Souza Junior "*a fusão no mesmo órgão (o poder judiciário), da jurisdição ordinária e da jurisdição constitucional (monismo jurisdicional)*"[23] produz uma concentração de poderes no poder judiciário ordinário. É necessária uma profunda reforma política, inclusive com a separação das duas justiças, instituindo-se o tribunal constitucional.

O Judiciário também precisa rever a atuação de seus membros, juízes jovens, ousados, combativos e politizados, por muitas vezes mal selecionados. Em sua maioria, são bacharéis recém-formados, com pouca prudência e positivistas, seguindo alguns ensinamentos de Pontes de Miranda[24]. Por pertencerem a uma elite desprezam os seres humanos humildes, maltratam os advogados que lhes reclamam rapidez e se vergam aos políticos, mesmo sendo dotados das garantias constitucionais (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade).

No legislativo os parlamentares, deputados e senadores, além da pouca (ou nenhuma) formação, tem preocupações outras que não com o povo ou seu estado. Na verdade representam os interesses de uma minoria privilegiada. Estão em busca de *jatinhos e contas na Suíça*, e se esquecem de que segundo o Estagirita: "a vida dedicada a ganhar dinheiro, é uma vida forçada, e a riqueza não é, obviamente, o bem que se deve procurar, pois se trata de uma coisa útil, nada mais"[25]. Os parlamentares compram os votos de seus eleitores em campanhas milionárias. E recentemente a Câmara dos Deputados está envolvida no maior

---

[23] SOUZA JÚNIOR, *Direito Constitucional, Direito Ordinário e Direito Judiciário*, p. 13.

[24] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 294. Aduzia o autor: "*ainda quando o juiz decide contra legem scriptam, não viola o direito, se a sua decisão corresponder ao que se 'reputa' direito. Por isso, o juiz deve afastar-se do texto legal, deixando de aplicá-lo, para servir ao direito do seu momento, porque, com tal procedimento, atende aos dois ideais aparentemente inconciliáveis: o da fixidez e o da mutação*".

[25] ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 15.

escândalo de corrupção, inclusive sob a suspeita de que deputados estariam vendendo sua participação no congresso para permitir a governabilidade ao poder executivo. Dentro deste quadro caótico, muito válida a doutrina de Pietro Perlingieri[26] acrescentando que o Legislativo não atende, por muitas vezes, ao essencial e mínimo respeito à pessoa humana.

Pior acontece no executivo. Os detentores das *chaves dos cofres públicos* desviam quantias exorbitantes. Deveriam ser fiscalizados por outros órgãos, mas estes se omitem mediante a divisão do dinheiro sujo. Também não semeiam a amizade, nem em época de campanha, que se move por puro interesse. Deveriam ser conscientes da atualidade da filosofia aristotélica, a qual aduz que "a amizade entre os governantes e os governados depende da quantidade de benefícios conferidos, pois um rei beneficia seus súditos quando, sendo um homem bom, cuida do bem estar destes tal qual faz o pastor com as suas ovelhas"[27]. E acrescenta Aristóteles: "efetivamente, onde nada aproxima os governantes dos governados não pode existir amizade, visto que não há justiça"[28].

Na sociedade, os indivíduos (esfera privada) viram litigantes, seres ambiciosos, individualistas, dotados de poucas virtudes. Todos perdem a capacidade de dialogar e, o que é pior, de perdoar, muito embora, como indivíduos religiosos, continuem a pedir em orações de pai nosso: *e perdoai os nossos pecados, assim como nós perdoamos a quem nos tem ofendido.*

A ordem dos advogados do Brasil poderia ajudar, mas foi afetada e desestimulada pela crise. Os processos defendidos por seus membros se arrastam por anos, e nenhuma explicação se pode dar. Muitos advogados abandonaram a ética. Litigar por litigar *virou um excelente negócio para muito,* quanto mais recurso se interpõe, mais dinheiro se ganha.

---

[26] Cf. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 3. Aduz o autor: "*(...) a história sobretudo nos últimos decênios, ajuda a compreender que quando o Poder Legislativo, acredita estar acima e além dela própria, impondo prescrições que violam os direitos fundamentais da pessoa humana, termina uma ordem jurídica legítima e começa uma autoritária, fundada na pura força. Nesta hipótese, resta ao jurista a alternativa: respeitar as normas, ainda que injustas ou moralmente ilícitas – tome-se, como exemplo, as leis fundadas na distinção dos indivíduos em raças, sexo ou renda – fazendo coincidir a sua escolha ideológica com aquela do legislador; ou recusar-se a ser jurista, não mais exercendo no sistema a própria profissão – operador do direito, magistrado, burocrata – e se empenhando, eventualmente, em uma atividade de resistência contra as escolhas ilegítimas do legislador. O jurista é aquele que interpreta, individua e aplica as leis: no momento em que as desaplica, exerce uma atividade, às vezes, historicamente louvável, mas diversa daquela de jurista. Entretanto, mesmo esta argumentação tem naturalmente os seus limites. Basta considerar a não sujeição de alguns juristas ao Poder Legislativo quando este não atendeu ao essencial e mínimo respeito à pessoa humana. Na época do nazismo, uma parte da jurisprudência italiana e alemã, algumas vezes, soube colocar um freio, ainda que limitado, à atividade do Poder Legislativo aplicando restritivamente algumas normas – aquelas, por exemplo, que se inspiravam na distinção das pessoas com base na raça – ou interpretando extensivamente alguns princípios que ainda existiam, até então, de maneira apenas forma no ordenamento.*"

[27] ARISTÓTELES, *op. cit.*, *idem.*

[28] ARISTÓTELES, *op. cit.*, *idem.*

Os acadêmicos de direito não se preocupam mais com valores superiores do ordenamento, com princípios, com a riqueza que se acumula na axiologia, na sociologia, no direito constitucional. Estão preocupados com concursos públicos, estão em busca de bons salários e status de seus futuros cargos, mesmo que não tenha vocação alguma para exercê-los. Seriedade, honestidade, competência, preocupação com o bom direito, são valores totalmente descartados. Poucos são os idealistas em busca de um mundo melhor, com melhores condições sociais, mais igualdade, mais respeito ao bem comum e a pessoa humana.

Cezar Saldanha de Souza Júnior[29] se referiu às múltiplas dimensões do humano. A auto-realização humana, em sociedade, envolve uma pluralidade de áreas de atividade. Muitos não se deram conta deste importante aspecto e se esqueceram do verdadeiro sentido do direito e de seus papeis, como cidadãos na sociedade. Vêem o direito como um instrumento e produto dos que detêm o poder. Não existindo mais os juristas revolucionários, que ficam acima daqueles que estão no poder e defendem a causa dos fracos e oprimidos. Pelo que tudo indica não se vive em uma situação de normalidade. Vive-se o dilema entre a justiça e a segurança[30]. E todos têm seus pensamentos reduzidos a valores monetários, concorrênciais e consumistas, incapazes de instituir a verdadeira solidariedade essencial à sobrevivência do homem.

Devemos levar em consideração a idéia de finalidade do direito. Quando não se sabe a sua finalidade tudo fica mais difícil. Situações nunca devem ser manipuladas e o intelecto humano dever ser sempre usado para o bem da humanidade. A norma jurídica se eleva acima do caso concreto até uma justa medida, depois passa a ser errada. E a norma jurídica pressupõe uma situação de normalidade, pois em uma situação anormal a norma não tem validade.

Para Plínio Melgaré[31] a pessoa humana emerge como pressuposto essencial, núcleo e vértice da normatividade jurídica. Júlio César Finger[32] acrescenta que o Estado democrático de direito é um Estado comprometido constitucionalmente com a realização efetiva dos direito fundamentais. Para tanto Eugênio Facchini Neto[33] aduz que o Estado passa a intervir, de forma imperativa, em extensas áreas que antes eram deixadas ao livre jogo das vontades privadas.

---

[29] SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*, *idem*.

[30] Cf. MELLO, Adriana Mandin Theodoro de. *A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro*. [*s. l.*]: Revista Forense, nov./dez. 2002. Aduz a referida autora "*Para garantir a justiça é preciso flexibilidade, que pode ser mais bem alcançada através de cláusulas gerais. Mas o direito não pode ser formulado somente em cláusulas gerais, pois assim o grau de certeza seria mínimo. Portanto, o legislador tem a árdua tarefa de flexibilizar o Direito sem abrir mão da segurança jurídica e vive em busca do justo equilíbrio entre flexibilidade e segurança, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta, quando é preciso conciliar a justiça e a eficiência*".

[31] MELGARÉ, Plínio. *A jus-humanização das relações privada:* para além da constitucionalização do direito privado. Porto Alegre: Revista da Ajuris, n.° 94, 2004, p. 231. Acrescenta o autor: "*È o ser humano, o homem-pessoa, que se afirma como fundamento ético substancial indisponível da ordem jurídica, formando a densidade jurídico-axiológica exigida por um efetivo estado democrático de direito.*"

[32] FINGER, *op. cit.*, p. 92.

[33] FACCHINI NETO, *op. cit.*, p. 29.

CONCLUSÃO

Conforme se tentou demonstrar até aqui, há uma confusão generalizada, pois as instâncias inferiores têm sido obrigadas, a concretizar diretamente – e cada juízo a seu modo – os valores supremos do ordenamento, pois embora não existam mais campos de execução, perseguições e depurações, horrores semelhantes continuam a acontecer, e o que é pior, sob o manto do direito. Milhares de pessoas morrem todos os dias, vítimas da violência, vítimas da desnutrição, vítimas da miséria, vítimas do descaso, vítimas do crime organizado e da corrupção.

O homem pós-moderno desenvolveu a capacidade de usar o seu intelecto para o mal. Os políticos pós-modernos têm, como aliados, grupos de estudiosos (em especial juristas) que usam de suas potencialidades somente para assegurar que os horrores, decorrentes do desvio de verbas públicas continuem a acontecer, e sob o manto do direito.

Todos se vêem confrontados permanentemente com o problema da incerteza dos conteúdos do sistema jurídico. A fim de que a vida social não caia no caos, é necessária a dissipação das incertezas, e as regulações têm que ter algum tipo de conteúdo. Quando especificam os conteúdos do sistema jurídico, os científicos têm que atingir um equilíbrio entre dois objetivos que apontam em direções opostas. Por uma parte, têm que respeitar a estabilidade e, por outra, têm que procurar a flexibilidade requerida pelas circunstâncias.

Destarte, caminha-se para uma discussão que gira em torno do problema de se verificar de que modo e segundo que técnicas tornar-se-ia possível aplicar os postulados constitucionais, sem ideologizar. Trata-se, também de uma questão de hermenêutica constitucional, tema pouco tratado pelos constitucionalistas brasileiros. Os princípios e normas que regem a interpretação formam o objeto da hermenêutica jurídica, parte da ciência do direito que faz o estudo sistemático da interpretação. O mundo deve abrir os olhos para o direito constitucional, sobre como deve ser a sua interpretação. A hermenêutica constitucional é muito importante. E não se pode renegar as diferenças existentes entre a jurisdição ordinária e a jurisdição constitucional.

A sociedade evolui aceleradamente. Se o direito não se ajusta ao seu ritmo, atua como um freio de desenvolvimento. Até os processualistas já notam que o formalismo exacerbado é um meio de se denegar justiça. Quanto mais rápida é a troca, tanto maior é a flexibilidade que se requer do sistema jurídico. Esta responsabilidade pesa sobre aqueles que tem a seu cargo a adaptação da lei às novas circunstâncias e sobre a ciência do direito, que aclara os conteúdos do sistema jurídico. É lamentável que a maquinaria legislativa é demasiado pesada e lenta para poder responder com a suficiente celeridade aos pedidos de reforma. Pedidos estes, provenientes da força criadora que vem do nível mais baixo e deseja atingir o nível mais alto, para novamente descer, num *loop* infinito, fazendo surgir uma tensão entre as normas e a realidade social, que só será superada por meio do diálogo vertical entre os níveis do ordenamento jurídico brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. *Ética a Nicomâco.* São Paulo: Martin Claret, 2001.

BASTOS, Elisio. Interpretação Constitucional: a quem cabe a tarefa de concretizá-la? *Revista de Direito Constitucional e Internacional.*São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 41.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Trad. Ingo Wolfgang Sarlet *et. al.* Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Judith Martins (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Da república e a Concepção Social de Contrato. *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal.* In: NERY, Rosa Maria de Andrade; VIANA, Rui Geraldo Camargo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 11-60.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. *Revista da Faculdade de Direito da UFRS*, v. 12, 1996, p. 189-197.

_____. *Aspectos Constitucionais do Direito Constitucional Contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Estado de Direito e Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1988.

FINGER, Júlio César. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil, In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *A Constituição Concretizada:* construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988.* São Paulo: Malheiros, 2002.

HESSE, Konrad. *Derecho Constituicional y Derecho Privado.* Madrid: Editorial Civitas, 1995.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil.* parte general. Munich: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

MAYÓN, Carlos. A. *Bases Constitucionales del Derecho Civil.* Tomo I, P. General. B. Aires: Lex, 2001.

_____. *Congresso Mundial de Direito Constitucional.* Quarta Comissão: Direito Humanos e Direito Privado. Comunicação n.° 01: Relações entre o Direito Constitucional e o Direito Civil. Evolução. Janeiro/2004.

MELGARÉ, Plínio. *A jus-humanização das relações privadas: para além da constitucionalização do direito privado.* Porto Alegre: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Ano XXXI, n.° 94, junho, 2004, p. 227-250.

MORAES, Maria Amália Dias de. *A Constituição e o Direito Civil.* In *Revista da Procuradoria Geral do Estado.* Porto Alegre: PGM, v. 20 (48), 1993, p. 45-54.

MORO, Sérgio Fernando. Por uma revisão da Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato:* novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito Civil Constitucional.* R.J.: Renovar, 1997.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RAIZER, Ludwig. O Futuro do Direito Privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado.* Porto Alegre: PGE, v. 9 (25), 1979, p. 11-30.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *A constituição Concretizada:* construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARTI, Amir José Finocchiaro. A Constitucionalização do Direito Civil. *Revista Jurídica.* Porto Alegre: [*s. n.*], v. 312, 2003.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito e seus modelos básicos.* Tese apresentada com requisito para concurso de professor titular de teoria geral do estado na Faculdade de Direito da USP. Porto Alegre: [*s. n.*], 2002.

_____. *Direito Constitucional, Direito Ordinário e Direito Judiciário.* Porto Alegre: Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito -PPGD/UFRGS, n.1, fevereiro/2005, p. 7-18.

TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil Constitucional.* São Paulo: Renovar, 2000.

_____. *A parte geral do novo código civil.* estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SEGUNDA PARTE

Direito Constitucional

Liberdade de Comunicação

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

Procuradora do Município de Porto Alegre;
Coordenadora do Centro de Estudos da
Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - CEDIM;
Doutora em Direito do Estado pela USP ;
Mestre em Direito do Estado pela UFRGS;
Professora de Direito Constitucional da PUCRS;
Coordenadora Acadêmica da Especialização em Direito do Estado da UFRGS.

INTRODUÇÃO

A liberdade de comunicação, adotada a nomenclatura em sentido amplo, deve ser compreendida no âmbito das liberdades protegidas constitucionalmente no Estado Democrático de Direito. No Brasil, a Constituição de 1988 discrimina as formas de liberdade de comunicação e as protege.

Por essa razão, mister iniciar a primeira parte do estudo da liberdade de comunicação pela noção geral de liberdade e da liberdade geral de ação. A seguir, importa classificar os vários significados de liberdade de comunicação.

Na segunda parte do estudo, propõe-se a referência à colisão de liberdades, em especial da liberdade de comunicação, e aos limites da liberdade de comunicação. É tema especial de debate a existência de limites das várias espécies de liberdade compreendidas na liberdade de comunicação e, nesse aspecto, entende-se que nenhum direito ou liberdade é ilimitada e daí a apresentação de possibilidade de limites à liberdade de comunicação.

1 OS DIREITOS DE LIBERDADE E A COMUNICAÇÃO SOCIAL

Os direitos de liberdade estão, como os demais direitos fundamentais da pessoa humana, expressos na Constituição de 1988.

1.1 Conceito de liberdade e liberdade geral de ação

Liberdade é uma relação de triádica entre o titular da liberdade (ou de uma não-liberdade), um impedimento da liberdade e um objeto da liberdade, isto é, aquilo que o impedimento está obstaculizando[1].

Pode-se citar como exemplo o seguinte: " Pedro não é livre para visitar seu amigo, pois não lhe permitem comprar a passagem de avião", em que Pedro é o titular da liberdade ora ameaçada, o impedimento é a proibição de comprar a passagem de avião, e o objeto da liberdade é visitar um amigo.

Nesse sentido, a liberdade jurídica, no conceito triádico de liberdade, é aquela em que o terceiro elemento, o objeto da liberdade, é uma alternativa de ação[2]. A partir disso, poderá será considerada uma liberdade negativa, pois só é livre a pessoa que tem alternativas de ação.

A diferença entre a liberdade negativa e a liberdade positiva está em que, na primeira, o objeto da liberdade é uma ação, e na segunda o objeto é uma alternativa de ação.

Tal distinção é necessária, pois para se assegurar a liberdade jurídica se requer apenas um direito de defesa com uma omissão do Estado[3].

A estrutura de proteção da liberdade tem sua manifestação mais simples nas relações entre iguais. Diante de duas pessoas iguais, nenhum dos dois tem frente ao outro um direito que anule o mesmo direito do outro, o que não os coloca sem proteção. As liberdades protegidas desta forma são indiretamente protegidas[4].

Também em relação à proteção das liberdades, considera-se que toda liberdade de direito fundamental é uma liberdade que existe, pelo menos, em relação ao Estado.

Isso porque toda liberdade de direito fundamental está protegida direta e subjetivamente, pelo menos, por um direito de igual conteúdo que determine que o Estado não impeça o titular do direito de fazer aquilo que é objeto da liberdade[5].

Diante de tal caracterização de liberdade, além dos direitos fundamentais de liberdade específicos nos enunciados constitucionais, pode-se mencionar, de caráter genérico, um direito fundamental de liberdade de ação.

---

[1] Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 212.

[2] Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 214.

[3] Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 215.

[4] Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 225.

[5] Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 225 e 226.

É importante reconhecer tal direito geral de liberdade pela possibilidade de combinar a interpretação deste com a interpretação de outras liberdades, como a liberdade de comunicação.

O direito fundamental de liberdade de ação decorre, na doutrina alemã, por interpretação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade estabelecido no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei Fundamental.

A liberdade de ação pode ser interpretada por uma concepção formal-material, que parte da liberdade negativa, mas, em caso de colisão, determina peso a outros princípios de caráter material[6]. No sistema constitucional brasileiro, o reconhecimento de um direito fundamental de liberdade de ação dependerá de interpretação da jurisprudência pátria, acerca do sistema jurídico constitucional adotado pela Constituição Brasileira de 1988.

1.2 Classificação das liberdades

A classificação dos direitos de liberdade dependerá do catálogo de direitos fundamentais previstos em cada ordenamento constitucional. Dessa forma, os doutrinadores brasileiros[7], de acordo com os direitos fundamentais de liberdade previstos na Constituição de 1988, costumam apresentar classificação com a advertência de que se trata de natureza exemplificativa, de caráter didático.

Nesse sentido os direitos fundamentais de liberdade poderiam ser classificados, quanto à matéria, em:

a) *direitos da pessoa física*, incluindo a liberdade de ir e vir ou de locomoção, a liberdade a uma casa inviolável, a liberdade à integridade física;

b) *direitos da pessoa moral*, incluindo a liberdade de consciência, de crença, liberdade de culto, liberdade à vida privada, liberdade de escolha de um estado de vida;

c) *da pessoa social*, incluindo a liberdade de reunião e de associação;

d) *da pessoa econômica*, incluindo a liberdade de trabalho, ofício e profissão, a liberdade de iniciativa empresarial, a liberdade à apropriação de bens, a liberdade de greve, a liberdade de herdar.

---

[6] Conforme ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 332 e 349.

[7] De acordo com CRETELLA Jr., José. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 43 e seguintes e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., p.100 e seguintes.

Em relação ao modo de exercício, as liberdades podem ser individuais ou coletivas. No exame da liberdade, para fins de compreendê-la como individual ou coletiva, deve-se verificar quem a exerce e como a exerce em cada caso, pois a maioria das liberdades pode ser exercida individual ou coletivamente.

Por fim, a liberdade de comunicação é considerada como integrante do grupo dos direitos fundamentais de liberdade e, portanto, aplicando-se o regime de direitos de liberdade, em especial se caracterizando como liberdade da pessoa física e da pessoa econômica.

Este é o ponto inicial para exame específico da liberdade de comunicação, que, como se verá no ponto subseqüente, está inserida no contexto da comunicação social e possui duas espécies distintas.

1.3 Classificação das liberdades e a comunicação social

Para uma classificação das liberdades de comunicação é preciso levar-se em conta conceitos básicos da comunicação social. A comunicação social[8] pode ser descrita como uma espécie do gênero relação social, envolvendo seis elementos constitutivos:

1) uma fonte emissora ou emissor;

2) um codificador;

3) uma mensagem;

4) um canal;

5) um decodificador;

6) um destinatário final ou receptor.

Nessa relação haverá além dos dois sujeitos, o objeto (a mensagem) e os dois tipos de instrumentos (código e canal).

Tal definição de comunicação social interessa ao tema do presente trabalho, apenas no sentido de tornar os sujeitos, bem como a descrição dos instrumentos pelos quais se dá a transmissão da mensagem, elementos obrigatórios para existência de comunicação.

As liberdades sempre têm as pessoas como titular. Em se tratando dos elementos da comunicação social, destacam-se o sujeito emissor e o sujeito receptor da mensagem, como aqueles que podem ser titulares de direitos de liberdade.

---

[8] Conforme CAZENUVE, Jean. *Guia Alfabético das Comunicações de Massas*. Lisboa: Edições 70, 1996, página 68-73 e *The New Encyclopaedia Britannica*, Macropedia, 1989, volume 16, verbete Communication, página 623 e seguintes.

Assim, ainda que a proteção das liberdades possa se referir a objeto da comunicação como determinadas mensagens ou sobre instrumentos de comunicação, como canais e organizações, sempre importará, para a definição das liberdades, os seus sujeitos titulares.

Portanto, de acordo com as concepções e os elementos conceituais da comunicação social e as normas constitucionais do direito pátrio, pode-se classificar os direitos fundamentais de liberdade relativos à comunicação em liberdade de comunicação em sentido estrito e liberdade dos meios de comunicação.

A liberdade de comunicação em sentido estrito se refere à proteção do destinatário ou receptor da comunicação, podendo tal liberdade se exercida no plano individual ou coletivo.

Da liberdade de comunicação em sentido estrito, fazem parte as liberdades:

a) de manifestação do pensamento;

b) de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; e

c) de informação.

A liberdade de meios de comunicação se refere aos sujeitos responsáveis pela fonte da mensagem comunicativa.

Abrange, de um lado, os sujeitos responsáveis pela imprensa, considerada apenas relativa aos meios que transmitem a informação ao destinatário final ou receptor, por meio escrito, inclusive os meios de organização jornalística da notícia (agências de notícias, por exemplo, na medida em que fornecem as informações que serão repassadas ao destinatário final).

De outro lado, inclui também a radiodifusão por meio de sons e sons e imagens. Outros meios de comunicação que não destas duas categorias, não serão abordados no presente trabalho[9].

Esta distinção entre as espécies de liberdade de comunicação, em liberdade de comunicação em sentido estrito e liberdade de meios de comunicação também pode ser reconhecida nos direitos norte-americano e no direito alemão. No direito norte-americano são distinguidas as liberdades de comunicação (em sentido estrito) e de imprensa, que é entendida no sentido de meios de comunicação. No direito alemão, distingue-se a liberdade de opinião e de informação e, de outro lado, a liberdade de imprensa, que também é estendida aos demais meios de comunicação.

---

[9] Por exemplo, não será objeto de estudo a proteção às comunicações telegráficas, de dados e telefônicas protegidas pelo artigo 5º, inciso XII da Constituição Brasileira de 1988.

2 A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988[10]

A liberdade de comunicação, por sua natureza constitucional, vincula a legislação, o poder executivo e a jurisdição[11]. A Constituição Brasileira de 1988, atualmente em vigor, adota esse entendimento no art. 5º, parágrafo primeiro, ao ordenar aplicação imediata dos direitos fundamentais, bem como invoca o princípio do Estado Democrático de Direito[12], adaptando-se às novas formas de comunicação, que se ampliaram em termos tecnológicos e de influência sobre os cidadãos. Os dispositivos relativos à liberdade de comunicação constam não apenas em incisos do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, mas também em seu capítulo V, título VIII[13].

2.1 A classificação das liberdades de comunicação

2.1.1 A liberdade de comunicação em sentido estrito

2.1.1.1 A liberdade de manifestação do pensamento

A liberdade de manifestação do pensamento está prevista na Constituição Brasileira de 1988 no art. 5º, inciso IV, da seguinte forma:

"É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato."

Tal liberdade se refere a exteriorização daquilo que se pensa e, portanto, tem como pressuposto a liberdade de consciência[14] que é uma liberdade interior, de foro íntimo.

---

[10] O presente ponto tratará da liberdade de comunicação, que compreende a liberdade de comunicação em sentido estrito e a liberdade de meios de comunicação, de acordo com a classificação apresentada no item 1.3. Após, será exposta a solução da colisão de liberdades por meio da proporcionalidade e os limites à liberdade de comunicação, que serão apresentados, em cada uma das espécies, de forma exemplificativa.

[11] Dessa forma na Alemanha, conforme HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, página 275.

[12] Conforme BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1994, página 517 e 530, em que afirma: "Ontem, quando havia separação entre Estado e Sociedade, o Estado liberal era o Estado da legalidade; agora que essa separação inexiste ou já não pode existir, o liberalismo somente há de sobreviver num Estado social de legitimidade."

[13] Os dispositivos transcritos nesse ponto estão conforme CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 20ª edição. Saraiva: 1998.

[14] A liberdade de consciência está prevista no artigo 5º, inciso VI: *"É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias."* Tal liberdade de consciência não será tratada de forma específica pois não faz parte diretamente da comunicação, ainda que pressuposto para exteriorização de uma mensagem. Sobre a importância da liberdade de consciência, mas que de nada vale sem a liberdade de manifestação, ver MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1 de 1969.* Rio de Janeiro: Forense, 1987, página 154.

Tendo em vista que é a primeira forma de liberdade, que consta desde a Constituição de 1824, não se destacam muitas polêmicas atuais acerca de seu conteúdo. A manifestação do pensamento também corresponde à liberdade de comunicar os pensamentos, sendo que o dispositivo constitucional relativo à liberdade de criação intelectual, artística e científica[15], ao incluir a comunicação, pode significar esta correspondência com a liberdade de manifestar ou comunicar pensamentos.

2.1.1.2 A liberdade de criação intelectual, artística, científica e de comunicação

Tal liberdade integrante da liberdade de comunicação está prevista no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Brasileira de 1988, nos seguintes termos:

> *"É livre a expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença."*

A expressão intelectual pode ser entendida como a manifestação de pensadores pertencentes a uma classe que se diferencia pela instrução, capacidade técnica ou competência, que são capazes de indicar aos homens novos caminhos[16] ou apenas como toda a cogitação em que está presente o raciocínio do homem, vale dizer, de qualquer homem, pois no campo do espírito[17].

Ademais, a Constituição de 1988 reservou um capítulo específico à comunicação social, em que se reforça a liberdade de expressão com proibição de censura, de forma clara e até redundante, conforme o artigo 220:

> *"A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta constituição."*

Também foram repetidas disposições do artigo 5º no seguintes dispositivos do artigo 220:

> Artigo 220, Parágrafo 1º: *"Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV";*

---

[15] Conforme artigo 5º, inciso IX da Constituição Brasileira de 1988.

[16] Conforme MIGUEL, Jorge. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Atlas, 1989, página 130.

[17] Conforme CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, volume I, página 255.

Artigo 220, Parágrafo 2º: *"É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística";*
Artigo 220, Parágrafo 6º: *"A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade".*

Censura é toda forma de exame prévio de uma obra a fim de verificar se seu conteúdo corresponde ao respeito a certos princípios[18]. A *censura* posterior é repressão[19].

2.1.1.3 A liberdade de informação

A Constituição de 1988 transformou a liberdade de prestação de informação sem sujeição à censura da ordem anterior em uma liberdade mais ampla, prevista no artigo 5º, inciso XIV:

> *"É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".*

Esse dispositivo abrange: a) a liberdade de informar, ou seja, de o jornalista buscar e divulgar informações; b) direito de o jornalista invocar o sigilo de sua fonte, de forma a garantir o exercício profissional; c) a liberdade de o público em geral ser informado adequadamente e d) a liberdade de o público ter condições de buscar a informação, isto é, de se informar[20]. Tais liberdades são essenciais para o desenvolvimento do princípio democrático, pois de nada adiantaria o cidadão poder manifestar seu pensamento ou opinião se tal não fosse formado a partir do livre acesso à informação[21].

Outro aspecto da liberdade de informação está previsto no artigo 5º, inciso XXXIII:

> " Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado."

---

[18] Nesse sentido, FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1995, volume 7º, página 253. Também essa a idéia, que se mantém válida, de MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1 de 1969.* Rio de Janeiro: Forense, 1987, página 161, que acrescenta que não há dois direitos à censura, pois uma vez feita a censura não é possível mais censurar.

[19] Advertência de GONÇALVES, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1990, volume 1, página 35.

[20] Segundo DOTTI, René Ariel. Liberdade de Informação. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná.* Curitiba, 1994, volume 24, página 39, a liberdade de informação inclui o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado.

[21] Nesse sentido, DOTTI, René Ariel. Liberdade de Informação. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná.* Curitiba, 1994, volume 24, página 41, afirma que a liberdade de informação é pré-requisito para a própria formação da opinião. Também LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, página 196, compartilha a idéia de que a divulgação de informações deve servir para formação da consciência política, cultural e social dos indivíduos.

A liberdade de informar está relacionada à liberdade profissional prevista no artigo 5º, inciso XIII, da constituição, na medida em que a lei estabelece as qualificações para os profissionais da área da comunicação social. Ademais, relaciona-se ao disposto no artigo 5º, inciso V, referente ao direito de resposta, sempre que houver incorreção da informação, e também ao direito de o agravado propor ação indenizatória, no caso de informação que constitua dano material, moral ou à imagem.

Destaca-se a distinção[22] entre a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de informação. Na manifestação de pensamento não há, necessariamente, compromisso com a veracidade das idéias, por que a todos é dado se manifestar. Ao contrário, a transmissão de informação deve ser exata e verificável, inclusive com divulgação das fontes, eis que o sigilo é exceção que só se coaduna com a necessidade profissional.

Por fim, a proteção à informação envolve: a) a colheita das informações ou armazenamento; b) a proteção do material reunido; c) o acesso, que inclui arquivamento adequado, que facilite a busca e d) a divulgação pública da informação[23].

2.1.2 A liberdade dos meios de comunicação

2.1.2.1 Princípios relativos ao rádio e à televisão

Os princípios que as emissoras de rádio e televisão devem seguir estão previstos no artigo 221 da Constituição Brasileira de 1988:

> " A produção e a programação da emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:
>
> I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
>
> II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
>
> III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
>
> IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família."

Os princípios apontados nesse dispositivo[24] têm a força de atribuir, à sociedade, direito difuso à uma programação de rádio e televisão que estejam de acordo com esses

---

[22] Distinção baseada em MORAES, Alexandre. Liberdade de Imprensa e Proteção à Dignidade Humana. *Boletim IBCCRIM*, 1997, volume 58, página 15.

[23] Conforme destacado por CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, página 283.

[24] Esses são princípios impositivos, de caráter finalístico, conforme PONTES, Helenilson Cunha. A Liberdade de Informação, a livre iniciativa e a Constituição Federal de 1988. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, volume 22, página 166.

princípios[25]. A conseqüência de tal entendimento é que será possível, ao Ministério Público e a entidades civis arroladas na Lei da Ação Civil Pública, ingressarem em juízo no caso de descumprimento de algum desses princípios, o que poderá ser uma forma de incitar também o Judiciário a configurar as liberdades de comunicação e de meios de comunicação.

2.1.2.2 Propriedade dos meios de comunicação

A propriedade dos meios de comunicação, no aspecto da atividade econômica[26], deve ser interpretada segundo os dispositivos constitucionais referentes ao princípio do Estado Democrático de Direito (artigo 1º), da livre iniciativa (artigo 170, caput), e da função social da propriedade (artigo 5º, inciso XXIII).

Não é possível interpretar que a propriedade dos meios de comunicação é absolutamente livre, pois mesmo o direito à propriedade é restringido, na Constituição Brasileira de 1988, pela função social. Nesse sentido, a propriedade dos meios de comunicação pode sofrer conformação pelo legislador, que explicitará a dimensão do direito de propriedade dos meios de comunicação.

É nesse enfoque que se deve compreender o artigo 222 da Constituição Brasileira de 1988:

> "A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais caberá a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual.
> Parágrafo 1º - É vedada a participação de pessoa jurídica no capital social da empresa jornalística ou de radiodifusão, exceto a de partido político e de sociedades cujo capital pertença exclusiva a nominalmente a brasileiros.
> *Parágrafo 2º - A participação referida no artigo anterior só se efetuará através de capital sem direito a voto e não poderá exceder a trinta por cento do capital social."*

A exploração dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa da União, mas tais serviços podem ser explorados por particulares, nos termos dos dispositivos supra citados[27].

---

[25] Essa a idéia de PONTES, Helenilson Cunha. A Liberdade de Informação, a livre iniciativa e a Constituição Federal de 1988. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, volume 22, página 172, com base no conceito constitucional de direito difuso como aquele direito transindividual, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato.

[26] Adverte PONTES, Helenilson Cunha. A Liberdade de Informação, a livre iniciativa e a Constituição Federal de 1988. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, volume 22, página 163, que a informação, neste final de século, é mercadoria cuja exploração econômica tem sido livre no mercado.

[27] Conforme BASTOS, Celso. A Liberdade de Expressão e a Comunicação Social. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, volume 20, página 50.

As limitações à propriedade de meios de comunicação são comuns em outras legislações, como demonstra Vera Maria Lopes[28], que exemplifica com formas nos ordenamentos do Japão, Argentina e Itália.

Por exemplo, a legislação do Japão proíbe a propriedade simultânea de canais de TV e rádio, a da Argentina, proíbe que uma mesma pessoa detenha mais de uma concessão de serviço de radiofusão, e a da Itália proíbe concessão de canal de televisão de alcance internacional a quem possui veículo de mídia impressa com 16% de tiragem no mercado ou canal de televisão de alcance nacional a quem possui jornal impresso com mais de 8% de tiragem diária.

2.1.2.3 Regime de concessão, permissão e autorização para radiofusão

Pela importância dos meios de comunicação para o desenvolvimento do princípio do Estado Democrático de Direito, a propriedade dos meios de comunicação é por tempo determinado, sob forma de concessão, e é regido por uma sistema de complementaridade entre sistema privado e público. Nesses termos, o artigo 223 da constituição:

> "Compete ao Poder Executivo outorgar renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.
>
> Parágrafo 1º - O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do artigo 64, parágrafos 2º e 4º, a contar do recebimento da mensagem.
>
> Parágrafo 2º - A não-renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso nacional, em votação nominal.
>
> Parágrafo 3º - O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso nacional, na forma dos parágrafos anteriores.
>
> Parágrafo 4º - O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.
>
> Parágrafo 5º - O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze anos para as de televisão."

O regime legal das concessões, permissões e autorizações está previsto pela Lei nº 4.117, de 27.08.1962, nos dispositivos relativos à radiofusão que não foram revogados

---

[28] Conforme LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, página 278.

pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que é a nova Lei de Telecomunicações. Não serão examinadas as normas infraconstitucionais relativas às concessões e permissões a fim de não desviar o objetivo principal deste trabalho.

2.2 A solução da colisão pela proporcionalidade

2.2.1 A proporcionalidade como critério na constituição brasileira

A utilização do princípio da proporcionalidade com os três critérios (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) definidos para resolução de casos em que há colisão entre duas normas (princípios) de direitos fundamentais é decorrência da opção constitucional pela proteção dos direitos fundamentais e instituição do Estado Democrático de Direito. Ademais, pelo caráter correspondente com o princípio da razoabilidade, a proporcionalidade está expressamente permitida pela Constituição Brasileira de 1988 no art. 5º, inciso LIV, que consagra o devido processo legal[29].

Até onde foi visto, não há na doutrina brasileira muitas menções sobre a resolução prática dos problemas decorrentes de colisões de direitos de liberdade, principalmente envolvendo as liberdades de comunicação em sentido estrito e de meios de comunicação[30].

A proporcionalidade deve ser utilizada como critério prático para resolução de casos em que há colisão entre as liberdades de comunicação e de meios de comunicação e as liberdades que as limitam e que também constam de normas constitucionais. É o caso dos exemplos citados logo a seguir relativos aos limites às liberdades de comunicação em sentido estrito e de meios de comunicação, pois uma vez que a colisão entre as liberdades que serão mencionadas ocorra na prática, é possível solucionar o problema por meio da proporcionalidade.

Em vários casos em que se requer a aplicação de normas de direitos fundamentais, pode-se estar diante de aparente colisões entre normas. Pode ocorrer colisão de normas referente a direitos fundamentais idênticos como por exemplo:

a) a liberdade de reunião de dois grupos distintos que desejam se reunir no mesmo local;

---

[29] Segundo BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1994, página 395, o princípo da proporcionalidade existe no sistema brasileiro como norma esparsa no texto constitucional, infere-se de outros princípios, como o da igualdade, e flui do espírito do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição de 1988.

[30] Tratam do tema os trabalhos de STUMM, Raquel. *Princípio da Proporcionalidade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; STOFFEL, Roque. *Colisão entre Direitos de Personalidade e Direito à Informação.* Dissertação no curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, abril de 1999; MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdades de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. In *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, 1994, número 122, página 17 e seguintes; e HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais.* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, página 176 e seguintes.

b) o direito fundamental de dois titulares, em que apenas um poderá ser preservado - no caso de proteção à integridade de um refém em poder de seu detentor e à integridade desse detentor;

c) a liberdade de confessar uma crença e a de não confessar nenhuma crença, em um mesmo local em que hajam pessoas com interesses religiosos diversos - caso em que há colisão entre o lado negativo e positivo de um mesmo direito;

d) o mesmo direito, dependendo do titular, deve ter analisado o lado jurídico e fático, como no caso do pagamento de custas judiciais[31].

De outro lado, normas referentes a direitos fundamentais diferentes, atribuídos a titulares diversos, podem colidir na aplicação, como é o caso da liberdade de livre manifestação do pensamento e do direito à honra das pessoas envolvidas na manifestação do pensamento[32].

A fim de possibilitar a resolução dos problemas de colisão, diante da distinção ente regras e princípios, pode-se concluir que as normas de direitos fundamentais não são apenas regras, mas também têm atrás de si ou ao lado, a concepção de princípios.

Para resolução da colisão, utiliza-se a ponderação, que se chega pela análise do peso dos direitos, obtido ao utilizar a proporcionalidade em sentido estrito. Antes da análise da proporcionalidade em sentido estrito, examina-se os critérios da necessidade e da adequação.

Portanto, em caso de colisão entre normas diversas de direito fundamental, uma não pode ser afastada sob pretexto de invalidade, como no caso das regras, mas ponderada em relação à outra. Dessa forma, a partir do caso concreto em que estão em colisão dois direitos fundamentais e que deve ser resolvido, analisa-se as normas no plano dos princípios e procura-se identificar uma lei de colisão que as utilize da forma mais ampla possível concomitantemente[33].

Dessa forma, pelo caráter de princípio das normas de direitos fundamentais e pela forma característica de resolução de colisões entre princípios, as colisões entre normas de direitos fundamentais se resolvem pela *ponderação*. Utiliza-se a ponderação, por meio do peso entre os princípios.

---

[31] Conforme ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Tradução Luís Afonso Heck. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998. In: *Revista de Direito Administrativo*, Jul/Set 1999.

[32] Conforme ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Tradução Luís Afonso Heck. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998. In: *Revista de Direito Administrativo*, Jul/Set 1999.

[33] A referência à formulação dessa lei de colisão, inclusive com exemplos da jurisprudência, está exposta em ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 90 a 98.

Acrescenta-se a concordância prática[34], aplicável principalmente em relação à proporcionalidade em sentido estrito, mas também à necessidade e à adequação, no sentido de procurar uma coordenação entre os princípios, mantendo a eficácia ótima, sem sacrificar de todo nenhum dos princípios em análise[35].

A mesma tarefa de resolução de colisões na aplicação de direitos fundamentais, apenas que no sistema do *comon law*, é feita pelo princípio da razoabilidade, baseado no *due process of law* substancial. Sendo assim, a razoabilidade tem correspondência com o princípio da proporcionalidade, que no direito alemão, é derivado do princípio do estado de direito e, com isso obtém hierarquia constitucional[36].

2.2.2 A forma de aplicação da proporcionalidade

Como em toda colisão efetiva de direitos fundamentais resulta limitação de pelo menos um dos direitos fundamentais, para verificar se a limitação é constitucional, aplica-se o princípio da proporcionalidade.

Para exemplificar o modo de aplicação deste princípio serão utilizadas as expressões princípio 1 e princípio 2 para identificar duas normas de direitos fundamentais envolvidas na colisão, analisando-se então os três critérios[37].

O primeiro critério é o da adequação. Examina-se se a intervenção estatal realizada em nome do princípio 2 é adequada para proteger o bem jurídico ao qual se destina. Isto é, se a intervenção que impede a plena aplicação do princípio 1 será realmente efetiva para proteger o bem jurídico referente ao princípio 2.

Nesse caso, se a intervenção não for adequada à proteção do princípio 2, deve ser afastada, pois não há uma real colisão entre aplicação dos princípios, devendo ser aplicado o princípio 1 não restringido. Ao contrário, se a intervenção é realmente efetiva para proteger o bem jurídico referente ao princípio 2, deve-se verificar a intervenção sob o segundo critério de proporcionalidade.

---

[34] Conforme HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, página 66.

[35] Conforme HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, página 66: *"bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nascem colisões não deve, em 'ponderação de bens' precipitada ou até 'ponderação de valor' abstrata, um ser realizado à custa de outro. Antes, o princípio da unidade da Constituição põe a tarefa de uma otimização: a ambos os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar à eficácia ótima.Os traçamentos dos limitesdevem, por conseguinte, no respectivo caso concreto ser proporcionais".*

[36] Nesse sentido, ver HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, página 159.

[37] Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 110 e seguintes.

O segundo critério é o da necessidade. Examina-se se não há meio menos gravoso, isto é, intervenção menos gravosa, que também pudesse proteger o bem jurídico referente ao princípio 2.

Dessa forma, se houver outra forma de intervenção menos gravosa, então esta deve ser utilizada. Se não houver outra forma de intervenção que proteja o bem jurídico referente ao princípio 2, deve-se examinar, então, esta intervenção à luz do terceiro critério.

Segundo este terceiro critério, verifica-se a proporcionalidade em sentido estrito, entre a intervenção e a proteção com ela almejada pelo princípio 2. Como corolário deste terceiro critério, pode-se dizer que quanto mais grave a intervenção, mais justificável deve ser o motivo.

Nesse sentido, deve ser evitada, na maior medida possível, a intervenção que determinar a não-aplicação integral do princípio 1 em nome do princípio 2, como forma de atender à concordância prática.

Diante de um caso de colisão de direitos, aplicando-se da forma como foi exposto o princípio da proporcionalidade, será possível, na prática, resolver a colisão.

A aplicação do princípio da proporcionalidade é tarefa do legislador, ao conformar os direitos expressos na Constituição, bem como de todos os demais poderes estatais.

2.2.3 Casos de aplicação da proporcionalidade

Inicialmente refira-se que o objetivo do presente trabalho não é análise jurisprudencial, com o que seria necessário uma dedicação exclusiva a tal fim. Ao contrário, os casos de aplicação da proporcionalidade que serão tratados visam ilustrar a aplicação do princípio. Da mesma forma, exemplos teóricos não serão apresentados tendo em vista que não seria adequado à finalidade do trabalho.

Os casos mais comuns de aplicação do princípio da proporcionalidade são, de um lado, aqueles em que o legislador[38], ao cumprir sua tarefa legislativa, deve ponderar as restrições que serão impostas a determinado direito, em razão de outro direito igualmente protegido. Dessa forma, ao cumprir, por exemplo a tarefa de legislar nos termos do artigo 220 da Constituição Brasileira, deve ser procedida uma análise no sentido da proporcionalidade.

Do mesmo modo, a regulamentação de restrições à liberdade de informação relativa a processos judiciais, deve ser precedida da análise da proporcionalidade. O legislador, ao estabelecer restrições para que as pessoas que têm acesso aos autos judiciais não divulguem informações à imprensa relativas a processo judicial antes do respectivo trânsito em julgado, deverá examinar a proporcionalidade de tal restrições de acordo com a liberdade de imprensa.

---

[38] Ver para mais, FARIAS, Edimilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Fabris, 1996, página 138.

De outro lado, a utilização da proporcionalidade está relacionada também à aplicação do direito. Como já foi mencionado, há poucas referências à aplicação da proporcionalidade na jurisprudência brasileira, mas pode-se destacar, o caso CM *versus* A Gazeta[39], que trata da violação do direito à honra de um magistrado pela divulgação, na imprensa, de informação relativa à prisão de seu filho, ocorrido no Estado do Mato Grosso, em meados de 1995. Nesse caso, foi decidido que a menção dos pais do acusado não tinha cunho jornalístico ou mesmo informativo, mas relacionava-se à curiosidade dos leitores e ao aumento da circulação do jornal.

O caso Cláudio *versus* Arte Nova Filme Ltda.[40] relaciona-se a filme retratando a história real de uma jovem assassinada, envolvida com tráfico de drogas. O direito à imagem da falecida, reclamado por seus pais colidia com a liberdade de informação. Nesse caso, decidiu-se que prevalece o direito à informação, eis que, após apuração de prova técnica, verificou-se que não havia referência explícita à imagem da falecida e o filme continha cunho informativo aos jovens, na busca da prevenção às drogas.

Todavia, mesmo nesses casos, a proporcionalidade não foi utilizada no sentido de examinar os três critérios um a um (da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito).

2.3 Os limites à liberdade de comunicação

Cumpre examinar o aspecto relativo às restrições - ou também chamados limites - dos direitos fundamentais. A restrição é dirigida ao bem jurídico protegido pela norma de direito fundamental e é considerada como norma que restringe posições de direito fundamental[41].

A primeira característica para uma norma de restrição de direito fundamental é que seja constitucional[42]. E, para que seja constitucional, deve a norma de restrição estar de acordo com as normas de competência ou constar expressamente da configuração da norma de direito fundamental. Mesmo as restrições determinadas por normas de direto de nível inferior à constituição, são consideradas restrições constitucionais indiretas, pois devem estar autorizadas pela constituição por meio de cláusulas de reserva explícitas.

---

[39] Caso referido por STOFFEL, Roque. *Colisão entre Direitos de Personalidade e Direito à Informação.* Dissertação no curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, abril de 1999, página 89 e seguintes.

[40] Caso referido por STOFFEL, Roque. *Colisão entre Direitos de Personalidade e Direito à Informação.* Dissertação no curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, abril de 1999, página 84 e seguintes.

[41] Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 272.

[42] Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 280.

Deve-se distinguir as restrições aos direitos fundamentais das normas de legislação que configuram direitos fundamentais.

As normas de restrições se referem a mandados e proibições, e as normas de configuração são normas de competência[43]. Essas normas de configuração são aquelas de organização jurídica das condições de vida e âmbitos de vida que os direitos fundamentais devem garantir e são tarefa do legislador por encargo expresso da constituição ou independente de tal encargo[44]. Por exemplo, as normas de direito civil acerca da sucessão em caso de morte apenas configuram o direito fundamental de herança, previsto na constituição.

Portanto, um direito fundamental pode ser limitado por seu próprio alcance material ou por uma norma restritiva adicional contida no enunciado de direito fundamental da constituição.

Ademais, pode haver limitação instituída por outra norma jurídica que, nesse caso, também está vinculada à constituição, eis que a norma restritiva aponta a limitação já traçada pela constituição. Tais normas limitadoras podem se referir a limites só sob determinados pressupostos ou para determinados fins, com o que a norma limitadora deve ser uma *lei geral*, não podendo haver norma individual restritiva de direitos fundamentais[45].

Tendo em vista que a norma limitadora de um direito fundamental pode colidir com a norma de direito fundamental em si mesma e tendo em vista que ambas as normas são princípios, também se utiliza a proporcionalidade, com seus três critérios para verificar se a norma limitadora do direito fundamental é proporcional e, portanto, constitucional.

Assim, a limitação a ser imposta deve ser *adequada* para produzir a proteção do bem jurídico que pretende; deve ser *necessária* para tal, no caso de haver limitação menos gravosa; e ainda a limitação deve ser *proporcional em sentido estrito*, ou seja, guardar relação adequada com o peso e a importância do direito fundamental envolvido[46].

2.3.1 Limites estabelecidos nas normas constitucionais de liberdade de comunicação

A Vedação ao anonimato[47]

---

[43] Conforme ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 321 a 324.

[44] Conforme HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, página 247.

[45] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, página 252.

[46] Conforme HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, página 256.

[47] A norma relativa à liberdade de manifestação do pensamento, que faz parte da liberdade de comunicação em sentido estrito, veda o anonimato, conforme artigo 5º, inciso IV da Constituição Brasileira de 1988.

A vedação do anonimato não abrange os editoriais de jornais ou algumas matérias jornalísticas, que embora não contenham assinatura do escritor, são identificáveis os responsáveis[48]. Também não é proibido o pseudônimo[49].

Sigilo da Fonte[50]

A regra é que a fonte das informações deve ser revelada, pois é a partir da sua análise que se poderá verificar a veracidade das informações. A exceção é que se pode manter o sigilo das fontes, que deve ser justificado pormenorizadamente, a fim de não se utilizá-lo como forma de divulgar falsas informações.

Direito de resposta e veracidade da informação[51]

Em relação à liberdade de informação, as pessoas têm o direito de ser informadas adequada e veridicamente. Senão, não seria necessário o direito de resposta. O direito de resposta abrange todos os meios de comunicação, rádio, televisão e jornal, por exemplo e tem amplitude inclusive em relação a outras formas de comunicação como a manifestação em uma assembléia[52].

Proibição de monopólio e oligopólio[53]

Monopólio significa a existência de apenas uma empresa (pública ou não) responsável pelos meios de comunicação, diante do número indeterminado dos sujeitos receptores de informações. Oligopólio significa a existência de um número reduzido de empresas responsáveis pelos meios de comunicação, que podem acordar em relação às decisões do mercado fornecedor de informações[54]. Ademais, por conseqüência da proibição de monopólio e oligopólio, de forma direta ou indireta, não se permite a exclusão de direitos de empresa de nenhuma das organizações de meios de comunicação em atividade e que tal vedação também impõe ao legislador que legisle positivamente para possibilitar o desenvolvimento de organizações minoritárias no mercado das comunicações, por exemplo.

A propaganda comercial de produtos potencialmente nocivos[55]

---

[48] Conforme BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1997, página 190.

[49] Conforme FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1996, página 257.

[50] O sigilo da fonte está previsto no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Brasileira de 1988, com a ressalva de que será resguardado o sigilo da fonte apenas quando necessário ao exercício profissional.

[51] O direito de resposta está previsto na Constituição Brasileira de 1988 no artigo 5º, inciso V.

[52] Conforme BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1997, página 190.

[53] A vedação do monopólio ou do oligopólio estabelecida no artigo 220, parágrafo 5º, é dirigida a todos os meios de comunicação social: *"Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio."*

[54] Conceitos elaborados a partir das idéias de FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1995, volume 7º, página 256, e CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, volume VIII, página 4510.

[55] O parágrafo 4º do artigo 220 da Constituição Brasileira de 1988 dispõe que: *"A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita às restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso."*

Esse dispositivo não quer significar que outros produtos não arrolados não possam sofrer restrições de publicidade e venda, desde que justificadamente. A relação de objetos de restrição constante neste dispositivo constitucional é exemplificativa.

2.3.2 Limites estabelecidos pela ordem constitucional adotada

O exemplo mais clássico de limitação da liberdade de comunicação e em relação à liberdade da vida privada, constante no artigo 5º, inciso X:

> *" São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. "*

Pode-se mencionar que os jornalistas concorrentes têm direito igual na busca de informações e em sua veiculação. Seria contrariar o princípio da igualdade, que se apresenta no caput do artigo 5º da constituição, o estabelecimento de distinções entre profissionais ou entre meios de comunicação.

Considere-se ainda que o artigo 216, parágrafo 1º, dispõe que:

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

Sendo assim, não é possível divulgar idéias e opiniões que visem à destruição de patrimônio cultural brasileiro, eis que o dispositivo mencionado protege e obriga a participação da comunidade, vale dizer, de todos, na preservação do patrimônio.

Por fim, destaca-se, como exemplo de limitação decorrente da ordem constitucional adotada, o direito de antena. O artigo 17, parágrafo 3º da constituição prevê que:

> "Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e á televisão, na forma da lei."

O direito de antena se refere à prerrogativa de utilização gratuita de espaços em rádio e televisão, reservados a certas categorias ou instituições por sua importância social.

Na Constituição brasileira de 1988 só há previsão expressa para direito de antena em relação aos partidos políticos[56].

Os exemplos mencionados tratam de algumas limitações às liberdades de comunicação em sentido estrito e de meios de comunicação decorrentes do regime constitucional adotado, o que não exclui a possibilidade de outros limites.

---

[56] Ao contrário, em outros ordenamentos, como na Constituição Portuguesa, no seu artigo 40, prevê direito de antena a outras instituições, como organizações sindicais. Ver, para mais, FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995, volume 7º, página 249.

2.3.3 Limites relativos às leis gerais e conformação pelo legislador

É possível uma lei de hierarquia inferior à constituição estabelecer normas relativas à liberdade de comunicação. Essa é a questão mais polêmica, principalmente tendo em vista aqueles que crêem em liberdades ilimitadas, sem qualquer regulação, em uma concepção liberal clássica. Todavia, veja-se que a Constituição Brasileira de 1988 não adotou tais postulados, pois a aceitação da livre iniciativa significa apenas um dos aspectos do Estado Democrático de Direito, que é o princípio formador do Estado brasileiro.

A constituição, expressamente, exigiu a intervenção legislativa para conformar as liberdades de comunicação em sentido estrito e de meios de comunicação nos seguintes casos, por exemplo, do artigo 220, parágrafo 3º:

> Compete à lei federal:
> I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
> II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos 'saúde e ao meio ambiente."

Todavia, não é apenas quando a constituição prevê expressamente a elaboração de lei que tal é possível, pois a tarefa do legislador é conformar as disposições constitucionais, especialmente os direitos fundamentais.

Veja-se que não há norma, no Brasil, que proíba a propriedade simultânea de meios de comunicação, a fim de evitar a formação de oligopólios, como há em outros ordenamentos[57]. É uma questão a ser suscitada, a da possibilidade de norma que vise conformar a proibição de oligopólios prevista na Constituição de 1988.

Dessa forma, a partir da possibilidade de leis infraconstitucionais conformadoras de liberdades, examina-se as leis gerais. A expressão lei geral está relacionada com a da idéia de igualdade entre os destinatários da norma, isto é, leis gerais são leis que têm incidência ampla. Significa também que a norma destinada a proteger outro bem jurídico não poderá limitar a liberdade de comunicação[58]. Pode-se exemplificativamente referir como leis federais que conformam as liberdades de comunicação e de meios de comunicação a Lei 9.294, de 15.07.1996, autorizada expressamente pelo artigo 220, parágrafo 4º, da constituição e a que trata da organização dos serviços de telecomunicações.

---

[57] Conforme LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, página 290.

[58] Exposição baseada na doutrina alemã conforme PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, tomo IV, página 421.

Exemplo de dispositivo que, mesmo sem referência direta no texto constitucional, atende ao requisito de lei geral é o artigo 2º, inciso VI da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe que o usuário de serviços de telecomunicações tem direito à não-divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso. Isso porque o legislador, em lei específica que dispõe sobre comunicação, está conformando a liberdade de informação, ao proibir, em certo caso, a divulgação de dados.

CONCLUSÃO

A liberdade de comunicação é protegida na Constituição de 1988 em suas várias formas: a) liberdades em sentido estrito, quais sejam: liberdade de manifestação de pensamento, liberdade de criação intelectual, artística, científica e de comunicação, e liberdade de informação e b) liberdade dos meios de comunicação.

Em caso de colisão entre alguma das liberdades de comunicação e outras liberdades ou entre as próprias espécies de liberdade de comunicação, deve-se utilizar a ponderação de princípios, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

Por fim, as espécies de liberdade de comunicação podem ser limitadas, no sentido de conformação jurídica. Podem ser limitadas por outras normas constitucionais relativas à comunicação, pela ordem constitucional adotada em outros aspectos ou por leis gerais. Fica assente, portanto, que as liberdades em sentido estrito e a liberdade dos meios de comunicação não são ilimitados e para determinar-se a constitucionalidade dos limites adotados deve-se aplicar a proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Tradução Luís Afonso Heck. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998. In: *Revista de Direito Administrativo*, Jul/Set 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BASTOS, Celso. A Liberdade de Expressão e a Comunicação Social. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, volume 20, p. 50.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1994.

STUMM, Raquel. *Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

CAZENUVE, Jean. *Guia Alfabético das Comunicações de Massas.* Lisboa: Edições 70, 1996.

CRETELLA Jr., José. *Liberdades Públicas.* São Paulo: Bushatsky, 1974.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, volume I e VIII.

DOTTI, René Ariel. Liberdade de Informação. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná.* Curitiba, 1994, volume 24.

FARIAS, Edimilson Pereira de. *Colisão de Direitos.* Porto Alegre: Fabris, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1990, volume 1, página 35.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais.* 2ª ed São Paulo: Saraiva.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1995, volume 7°.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais.* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, página 275.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdades de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. In *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, 1994, número 122, página 17 e seguintes.

MIGUEL, Jorge. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Atlas, 1989.

MORAES, Alexandre. Liberdade de Imprensa e Proteção à Dignidade Humana. *Boletim IBCCRIM,* 1997, volume 58, p. 15.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, tomo IV.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1 de 1969.* Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PONTES, Helenilson Cunha. A Liberdade de Informação, a livre iniciativa e a Constituição Federal de 1988. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,* volume 22.

STOFFEL, Roque. *Colisão entre Direitos de Personalidade e Direito à Informação.* Dissertação no curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, abril de 1999.

A Declaração de Inconstitucionalidade sem Redução de Texto[1]

Luís Henrique Martins dos Anjos

Advogado da União;
Procurador Regional da União na 4ª Região;
Mestre e Doutorando em Direito Público (UFRGS);
Professor Universitário em disciplinas de
Direito Constitucional e de Direito Administrativo.

INTRODUÇÃO

Os atuais desafios da Jurisdição Constitucional no Brasil envolvem um novo pensar sobre as eficácias da declaração de inconstitucionalidade, bem como a utilização de outras técnicas para a realização do controle de constitucionalidade além da tradicional declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Em relação a este último aspecto, a prática do STF tem exigido dos juristas uma exata compreensão da chamada declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Analisaremos o tema em duas partes. Em um primeiro momento, trataremos da noção da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, partindo de seu conceito, natureza e fundamento até apontarmos os seus requisitos e limites de admissibilidade. Após, analisaremos a sua eficácia no sistema brasileiro em sede de ADIn e de ADC.

1 NOÇÃO DO INSTITUTO

O tema da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto costuma ser tratado em conjunto com a interpretação conforme a Constituição e até como sinônimos. Agora esses institutos não são formas de interpretação hermenêutica. A natureza jurídica de ambos institutos esta situada como técnica de julgamento em uma modalidade de controle de constitucionalidade e não como regra de interpretação do direito.

---

[1] Abreviaturas e siglas utilizadas: ADC: Ação Declaratória de Constitucionalidade; ADC-QO: Questão de Ordem em Ação Declaratória de Constitucionalidade; ADIn: Ação Direta de Inconstitucionalidade; ADPF: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental; EC: Emenda Constitucional; LEX (JSTF): Coletânea LEX - Jurisprudência do STF; Rp.: Representação; Rps.: Representações; RTDCCP: Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política; RTJ: Revista Trimestral de Jurisprudência do STF; STF: Supremo Tribunal Federal.

As regras de interpretação do direito podem ser utilizadas por qualquer jurista no sentido de declarar uma norma aplicável ou não, seja num parecer, numa petição, ou numa sentença. Já, da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, enquanto técnica de julgamento de controle de constitucionalidade, resulta uma delimitação do âmbito de abrangência do programa normativo do ato impugnado, seja pela simples redução deste pela utilização solitária da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, seja pela utilização conjunta da interpretação conforme a Constituição. De qualquer modo, teremos fixada a interpretação da CF o que é realizado precipuamente pelo STF nos termos do art. 102 da CF. O Supremo é o guardião da Constituição. O mesmo pode dar-se perante o Tribunal de Justiça em face do controle abstrato da Constituição Estadual, conforme os termos da respectiva norma constitucional estadual.

1.1 Conceito, natureza e fundamento

Quando se estuda a tipologia das inconstitucionalidades, os tipos de inconstitucionalidade, verifica-se que pode haver uma inconstitucionalidade *parcial* ou *total*. A parcial pode ser *quantitativa* ou *qualitativa*. O tipo parcial quantitativo reduz o texto do ato impugnado, sacando fora do mundo jurídico aquela expressão escrita que contraria a Constituição. Já a inconstitucionalidade parcial qualitativa retira do mundo jurídico determinada hipótese de incidência da norma sem alterar nada do que esteja escrito no texto do ato impugnado. Caso a declaração não seja parcial, estaremos diante de outra situação, implicando ser declarada a inconstitucionalidade de toda norma, logo, de todo o ato impugnado.

Esta técnica de controle de constitucionalidade que é a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto dá-se em casos de inconstitucionalidade parcial qualitativa, porque não vai ser retirado nada do texto pela declaração de inconstitucionalidade. A declaração vai apenas referir-se a um trecho do complexo normativo que é implícito, retirando-o do enunciado do ato impugnado, devendo sempre ser parcial, pois, na medida em que a declaração não irá modificar a estrutura do texto da lei, conseqüentemente restará alguma parte do complexo normativo que estará de acordo com a Constituição. Nesse ponto, cumpre distinguirmos duas situações. Uma hipótese é quando o ato normativo em questão possui apenas uma interpretação possível, mas a sua redação é abrangente de dois ou mais dispositivos autônomos, porém sem que estejam todos expressamente escritos no texto da norma, sendo que a inconstitucionalidade não recai sobre todos os dispositivos contidos implicitamente no ato normativo.[2] Outro caso é quando o ato normativo em questão possui um único dispositivo que pode ser interpretado de mais de um modo, porém nem todas as incidências da norma serão inconstitucionais. Dentre as diversas possíveis, haverá ao menos uma que será constitucional em razão de uma interpretação[3]. Assim, no primeiro grupo de

---

[2] Ver RTJ v. 137, p. 90 (ADIn 491-AM) e DJU Nº 23, de 03 de fevereiro de 1997, seção 1, p. 507 (ADIn 1.553-DF), que serão analisados na próxima Seção.

[3] Ver comentários a seguir: LEX (JSTF) v. 205, pp. 21-43; RTJ v. 163, pp.95-102; LEX (JSTF) v. 230, pp. 82-89; LEX (JSTF) v. 229, pp. 93-98.

casos, aplica-se solitariamente a inconstitucionalidade sem redução de texto para excluir aqueles dispositivos autônomos previstos implicitamente pela redação do texto, que estejam em desacordo com a Constituição sem a necessidade de lançar mão do mecanismo da interpretação conforme a Constituição, restando assim naturalmente no complexo normativo os demais dispositivos autônomos como constitucionais. No segundo grupo de casos, aplicam-se necessariamente em conjunto, ambas as técnicas para que resulte não só a exclusão das interpretações desconformes, mas também a fixação daquela interpretação constitucional.

Dessa forma, este tipo de controle está associado ao da interpretação conforme a Constituição, só que no sentido inverso. Não há no texto normativo uma parte a ser cortada do mundo jurídico, portanto, o que vai ser declarado inconstitucional é uma interpretação admissível que está sendo dada ao texto, porém inconstitucional. É o sentido inverso da interpretação conforme a Constituição.

Nesse tipo de declaração o que é certo é que a interpretação em questão não é constitucional, ou seja, é inconstitucional, e isso é o que está em discussão, esse é o objeto. Aqui vai ser uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto porque não existe algo do texto para ser retirado, ele vai ficar escrito da mesma forma, só a interpretação que havia por trás é que não poderia prosperar, sendo declarada inconstitucional. Esta interpretação é a que está motivando a discussão.

O STF, no nosso modo de ver, tem dado sinais bem claros de que a interpretação conforme a Constituição e a declaração da inconstitucionalidade sem redução de texto são instrumentos de controle de constitucionalidade distintos um do outro.

A declaração da inconstitucionalidade sem redução de texto é um procedimento inserido no controle de constitucionalidade, exercido com precipuidade pelo STF em caso de inconstitucionalidade parcial qualitativa da norma.

O que leva a existir a declaração da inconstitucionalidade sem redução de texto são os mesmos motivos que levam a existir a interpretação conforme a Constituição. É aproveitar os atos normativos, bem como a presunção de constitucionalidade. Tem a mesma natureza da estudada interpretação conforme a Constituição. Dá-se no mesmo tipo de controle, só que é uma técnica diferente, ainda que tendo a mesma natureza, ou seja, são procedimentos de controle de constitucionalidade devido, ou à presunção de que as normas são constitucionais, ou ao melhor aproveitamento dos atos normativos. Os motivos que levam a existir a declaração da inconstitucionalidade sem redução de texto são os mesmos da interpretação conforme a Constituição. O que diferencia o conceito de uma técnica para outra, é que a declaração da inconstitucionalidade sem redução de texto vai implicar a inconstitucionalidade de determinado complexo normativo e a interpretação conforme a Constituição vai implicar a constitucionalidade.

Assim, enquanto na mencionada interpretação conforme obtém-se a declaração de constitucionalidade com a interpretação conferida, aqui a declaração expressa a exclusão por inconstitucionalidade de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo, sem qualquer alteração quantitativa, ou seja, sem mudança expressa no texto.

A diferenciação dos institutos traz maior segurança jurídica, sob pena de não se saber quais as interpretações que implicitamente foram consideradas desconformes com a Constituição.

Por outro lado, na via difusa e concreta de controle, as interpretações que os juízes venham a fazer de uma questão constitucional não podem ser consideradas como equivalentes a técnica em análise, pois o juiz monocrático ou o órgão fracionário de tribunal não possuem competência para declarar a inconstitucionalidade do ato (art. 97 da CF), mas sim com fundamento nessa interpretação constitucional, afasta o ato do caso concreto para aplicar a Constituição. Conforme a posição tradicional de nossa doutrina, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, ocorre no âmbito do juízo abstrato de constitucionalidade de normas.

No nosso entender, a técnica em análise tem sua natureza de ser sempre em que a questão constitucional esteja sendo apreciada destacadamente de uma causa concreta, justamente com o fito de fixar a orientação do tribunal a respeito de uma específica interpretação da Constituição em face de ato normativo infraconstitucional. Essa análise da questão constitucional destacada do caso concreto não ocorre somente pela via direta de controle de constitucionalidade. Assim, além das hipóteses das ações diretas (ADIn, ADC, ADPF), é o caso da apreciação pelo STF do recurso extraordinário, principalmente agora com sua nova feição posteriormente a EC 45/04, onde a prevalência para a admissibilidade do extraordinário é o das questões constitucionais que o Supremo considere relevante para interpretação da ordem constitucional (repercussão geral) e não o interesse da parte de ter julgada a sua causa (§3º do art. 102 da CF). Esse entendimento sempre foi válido também, ao nosso ver, para o incidente de inconstitucionalidade julgado pelo órgão especial ou pleno de Tribunal local, pois mesmo que ele faça coisa julgada *inter partes* e vá incidir diretamente sobre o recurso ordinário do qual ele foi incidente, é inegável que essa decisão gera efeito vinculante para os órgãos fracionários do Tribunal e para a jurisdição de primeiro grau abrangida pelo Tribunal prolator da decisão. Não chegamos a ter o efeito vinculante *erga omnes* da decisão do STF, mas temos um efeito vinculante *ultra partes* daquele recurso.

O que justificaria a existência desta técnica? Temos dois entendimentos doutrinários que se contrapõem, não obstante tratarmos como dois fundamentos que se somam, fazendo parte de um terceiro.

Um entendimento diz que a declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa existe em razão do Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Normas. Logo, se as normas são elaboradas de forma constitucional e, como existe esta presunção, temos sempre que procurar demonstrar num primeiro momento um entendimento que aponte o maior espectro de constitucionalidade do ato impugnado. O primeiro comportamento da Corte Suprema é fazer a interpretação daquele ato normativo de forma a adequá-lo o máximo possível à Constituição, evitando a sua total inconstitucionalidade. O motivo para a utilização da declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa é o memso da interpretação conforme

a Constituição, qual seja, a da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, baseada no direito norte-americano.[4]

Outro entendimento traz a idéia de que essa declaração sem redução de texto justifica-se no sentido de que é feita em respeito ao *Princípio da Economia do Ordenamento*, que é o mesmo *Princípio do Máximo Aproveitamento dos Atos Jurídicos Normativos*, fundamento este que tem como origem o direito continental europeu.[5] Economia do ordenamento significa exatamente aproveitar o máximo da ordem jurídica. Não é uma questão de presunção ou não-presunção, esta interpretação é feita para dar a máxima utilidade ao ato jurídico. Vamos procurar salvar este ato jurídico o máximo possível, salvar, no sentido de que primeiro deve ser buscada a compreensão que coadune o programa normativo do texto à Constituição, ao invés de já declarar que é totalmente inconstitucional.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (inconstitucionalidade parcial qualitativa) é princípio que se situa originariamente no âmbito do controle de constitucionalidade em tese. É procedimento ou regra própria da fiscalização abstrata da constitucionalidade das normas que, por fim, podemos fundamentar na lição de Hesse, enquanto síntese desta análise. Hesse fundamenta a interpretação conforme a Constituição no Princípio da Unidade da Ordem Jurídica, por conseqüência a técnica da declaração sem redução de texto também encontra sua base aqui.[6] Desse modo, podemos compreender tanto a presunção de constitucionalidade como a economia do ordenamento jurídico como dois componentes desse mesmo fundamento.

1.2 Admissibilidade: limites e requisitos

A admissibilidade para utilização da técnica de julgamento da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto obedece os requisitos aplicáveis no emprego da interpretação conforme a Constituição, ou seja, devemos observar:

1) Os Princípios e normas do Instituto Jurídico que está em questão;

2) Princípio da Razoabilidade; e

3) Princípio da Aplicação Restritiva.

Em síntese, podemos definir esses requisitos comuns para a aplicação da declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa e da interpretação conforme a Constituição do modo como a seguir abordaremos.

---

[4] Nesse sentido: BITTENCOURT, C. A. Lúcio. Rio de janeiro: Forense, 2ª edição, 1968, pp. 91-96; MENDES, Gilmar Ferreira. São Paulo: Saraiva, 1ª edição, 1996, p. 270.

[5] Nesse sentido: MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo II. Coimbra: Coimbra, 2ª edição, 1988, pp. 232 e 233.

[6] HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 72.

a) Deve ser respeitado o instituto jurídico que está em questão. Normalmente, o ato questionado vai estar envolvido com alguma matéria de um instituto jurídico, e os princípios deste instituto jurídico devem ser respeitados. Se for uma lei sobre tributos, por exemplo, o instituto dos tributos tem toda uma principiologia, implicando o respeito à natureza do instituto que está em discussão.

b) Deve ser respeitado o Princípio da Razoabilidade, isto é, há que ser uma interpretação razoável, não se podendo forçar uma interpretação. Deve ser uma interpretação auto-sustentada e sem artificialismos.

c) Também há que se respeitar o Princípio da Aplicação Restritiva, ou seja, quando houver dúvidas, não se faz apenas a abordagem qualitativa. Se houver dúvidas, deve ser declarada a inconstitucionalidade total do ato impugnado.

Devemos observar estes mesmos requisitos de Admissibilidade da interpretação conforme a Constituição, só que adequados, no sentido de ser reconhecida apenas a inconstitucionalidade parcial qualitativa, ao invés de declarar-se a totalidade da inconstitucionalidade do complexo normativo impugnado.

Quanto aos limites de utilização da declaração sem redução de texto no que se refere à observação da interpretação literal, gramatical, vale aqui os mesmos comentários feitos sobre os limites do uso da interpretação conforme[7]:

> O STF, quando realiza sua função no âmbito do controle de constitucionalidade, atua, no máximo, como legislador negativo, logo não pode criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo.
>
> Quando o Supremo realizar uma interpretação para aquele ato normativo questionado, não pode aviltar o que está escrito, não pode ser claramente contrário ao que está escrito no ato. Temos aqui uma limitação gramatical. Se estiver escrito "não", ele não vai poder interpretar "sim". Então, há um limite do texto escrito. A interpretação que o Supremo vai apresentar não vai poder criar um outro ato normativo, porque ele não é o legislador do ato, e sim apenas o interprete do ato. O STF terá que respeitar os limites do contorno gramatical do que está escrito no texto do ato impugnado. Se, para poder salvar o texto, o Supremo tiver que aviltar tanto o que está escrito a ponto de transformar o ato, então não é caso de salvar o texto e sim o caso de declarar a sua total inconstitucionalidade.

---

[7] ANJOS, Luís Henrique Martins dos. *A Interpretação conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento do Supremo Tribunal Federal, in* Debates em Direito Público, Revista de Direito dos Advogados da União, n.3, 2004, p. 130.

Da mesma forma, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto não poderá se dar em caso de inconstitucionalidade por omissão, formal[8], superveniente[9] e de inconstitucionalidade total.

Destaca-se que a interpretação conforme a Constituição e a declaração da inconstitucionalidade sem redução de texto são semelhantes, mas não são iguais, porque na declaração da inconstitucionalidade sem redução de texto é caso de inconstitucionalidade parcial qualitativa e a interpretação conforme a Constituição implica a total constitucionalidade do complexo normativo se aplicado naqueles termos da interpretação dada aos fundamentos da sentença do Supremo. Logo, são institutos diferentes, embora tenham a mesma natureza, os mesmos motivos, os mesmos requisitos, a mesma admissibilidade. São técnicas diferentes, aplicadas a casos diferentes.

Nada impede, contudo, que esses casos distintos ocorram simultaneamente em nossa realidade jurídica, exigindo que o STF em uma mesma ação, em um mesmo acórdão, aplique ambas as técnicas em conjunto. Tal evento até é normal que aconteça, pois são mecanismos de controle da constitucionalidade que possuem o mesmo fundamento, natureza, bem como os mesmos limites e requisitos de admissibilidade, apenas apontados para vetores opostos, isto é, a interpretação conforme a Constituição indica qual dentre aquelas opções do programa normativo é constitucional, ao passo que a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto indica qual é contrária à Constituição.

Examinando o julgamento da ADIn. Nº 234-1/600-RJ[10], em 22 de junho de 1995, que teve como relator o Ministro Néri da Silveira, identificamos a aplicação da interpretação conforme a Constituição conjuntamente com declaração de inconstitucionalidade parcial quantitativa e qualitativa, em que pese não ter o acórdão feito expressa referência à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Essa ação direta tem como objeto dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que tratam da competência dos Poderes Executivo e Legislativo para criação, fusão ou extinção de empresas públicas e sociedade de economia mista, e, no que se refere à última, para venda de ações pertencentes ao Estado. O respectivo acórdão estabeleceu o que segue:

> (...) por unanimidade de votos, julgar procedente ação e declarar a inconstitucionalidade do inciso XXXIII do art. 99 e do parágrafo único do art. 69, ambos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. E, por maioria de votos, julgar procedente, em parte, a ação com relação ao *caput* do art. 69, para dar-lhe interpretação conforme a Constituição, segundo a qual a

---

[8] Inconstitucionalidade formal entendida nos exatos termos que nós a sustentamos como restrita as hipóteses de descumprimento do processo legislativo em sentido estrito, portanto não abrangendo o desrespeito das normas de repartição de competência tanto entre os Entes federados quanto entre os Poderes – *v. g.* vício de iniciativa, que nos tratamos como inconstitucionalidade orgânica.

[9] No âmbito da ADPF, é possível o emprego da técnica em razão de uma inconstitucionalidade superveniente.

[10] LEX (JSTF) v. 205, pp. 21-43. DJU Nº , de 15 de setembro de 1995, p. 29628. Questão de ordem retificando trecho do dispositivo do acórdão foi publicado no DJU Nº 87, de 09 de maio de 1997, p. 18126.

> autorização legislativa nela exigida há de fazer-se por lei formal específica, mas só será necessária, quando se cuidar de alienar o controle acionário da sociedade de economia mista.

Assim, observando o que consta da primeira parte do dispositivo do acórdão, entendeu o STF, que da impugnação total feita pela ação relativamente a três dispositivos, devia ser julgada procedente a demanda em relação a dois, declarando a inconstitucionalidade quantitativa somente deles, portanto, julgando pela inconstitucionalidade parcialmente, frente à totalidade da impugnação, excluindo aqueles dois dispositivos do nosso ordenamento jurídico.

Na segunda parte do dispositivo, que traz o dado mais relevante para a análise em curso, consta que a ação foi julgada parcialmente procedente, com relação ao outro dispositivo impugnado para dar-lhe interpretação conforme a Constituição, no sentido de que, quando estabelece a citada Constituição Estadual no *caput* do art. 69 que "As ações de sociedades de economia mista pertencentes ao Estado não poderão ser alienadas a qualquer título, sem autorização legislativa.", essa exigência só é cabível quando implicar perda do controle acionário do capital votante da companhia. Pergunta-se, se a intenção da Alta Corte fosse somente fixar a interpretação constitucional, porque não julgar, como foi feito em outros precedentes[11], improcedente a ADIn? É que nesse momento, o STF estava convencido de que nenhuma outra interpretação do dispositivo poderia vigorar e quis, além de fixar a interpretação constitucional, manifestar-se explicitamente pela exclusão do complexo normativo do texto impugnado dessas outras hipóteses que, no caso, seria justamente a exigência de autorização normativa para toda e qualquer alienação de ações das sociedades de economia mista. Por isso, o dispositivo do acórdão fez referência à procedência da demanda, para justamente expulsar a interpretação desconforme, mas a procedência devia ser apenas parcial, porque não poderia excluir toda a norma, pois, pela interpretação fixada pelo acórdão, esta era compatível com a Constituição, daí a referência à procedência parcial ser relativa à inconstitucionalidade parcial qualitativa. O que faltou no dispositivo do acórdão para melhor precisar o seu julgamento foi justamente a referência expressa da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto que foi a técnica efetivamente empregada em conjunto com a interpretação conforme a Constituição.

2 EFICÁCIA

2.1 Em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade

A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto implica a procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade com eficácia declaratória da nulidade parcial qualitativa, ou seja, na procedência parcial da ação, gerando sempre efeitos *ex tunc* e *erga omnes*. Com

---

[11] Rp. Nº 1.454, *in* RTJ v. 125, pp.997-1004; Rp. 1.389-RJ, *in* RTJ v. 126, pp. 514-536.

a edição da Lei 9.868/99, temos também a possibilidade de ser fixado, por exceção (quorum de 2/3) efeitos *ex nunc* imediatos ou diferidos no tempo (art. 27). Pelo parágrafo único do art. 28 do mesmo diploma legal, passa também a produzir efeitos vinculantes o que poderia ser considerado inconstitucional quando obtido em sede de ADIn em razão da EC 3/93 ter referido o chamado efeito vinculante expressamente como conseqüência apenas da ADC. De qualquer forma, considerando a natureza dúplice da ADIn e da ADC, o STF já admitiu o efeito vinculante de ADIn cujo ato declarado inconstitucional era federal, pois em tese caberia ADC. Contudo restaria a possibilidade de ser inconstitucional a atribuição, por força de lei ordinária, de efeito vinculante à decisão em ADIn cujo ato declarado inconstitucional fosse estadual. Todavia, em face da nova redação dada pela EC45/04 ao §2º do art. 102 da CF, nos parece que o STF fixará o entendimento que sempre haverá efeito vinculante das decisões em ADIn o que, ao nosso ver, já deveria ser o entendimento desde a edição da CF de 1988 em razão do *caput* do seu art. 102 que conferiu ao STF a interpretação precípua da Constituição. Reconhecida a constitucionalidade do efeito vinculante, teremos a legitimidade para a propositura de Reclamação diretamente ao STF em caso de aplicação da norma nos termos da interpretação dada como inconstitucional pela Suprema Corte.

O Ministro Moreira Alves, novamente de modo inovador em nossa Jurisdição Constitucional, na condição de relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 491-AM[12], aplicou os fundamentos da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto para conceder em parte, qualitativamente, medida cautelar em acórdão do dia 13 de junho de 1991, prolatado por unanimidade. As razões do voto do relator foram nesses termos:

> (...) a inconstitucionalidade argüida quanto ao parágrafo único do artigo 86 da Constituição do Estado do Amazonas visa apenas à extensão, que ele determina, implicitamente, que se faça ao Ministério Público, do inciso V do artigo 64 da mesma Carta Magna. Implicitamente, porque essa extensão decorre dos termos «IV a XIII» que integram a remissão feita pelo primeiro desses dispositivos.
>
> No caso, portanto, como não se pode suspender a eficácia de qualquer expressão do dispositivo impugnado, pois este não alude ao inciso V do artigo 64 senão implicitamente por meio da expressão abrangente («IV a XIII»), impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar «para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal», que, se feita, abarcaria normas autônomas, e, portanto, cindíveis, que não são atacadas como inconstitucionais.
>
> Essa técnica se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade «sem redução do texto» em decorrência de este permitir «interpretação conforme a Constituição».

---

[12] RTJ v. 137, pp. 90-100.

> Ora, esta Corte, ao julgar, afinal, a ação direta de inconstitucionalidade, pode - utilizando-se da técnica da «interpretação conforme a Constituição» - declarar que a norma impugnada só é constitucional se lhe der a interpretação que este Tribunal entende compatível com a Constituição Federal, o que implica dizer que as demais interpretações que se lhe queiram dar serão inconstitucionais. É por isso, que na técnica da Corte Constitucional alemã, quando ela se utiliza da «interpretação conforme a Constituição» julga a argüição de inconstitucionalidade parcialmente procedente, pois há procedência quanto à inconstitucionalidade das interpretações que não há admitida pelo Tribunal (há, aí, uma declaração de inconstitucionalidade «sem redução de texto» atacado, pois o que se reduz é o seu alcance que fica restrito ao decorrente da interpretação admitida como constitucional).
>
> (...)
>
> No caso, embora a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade «sem redução do texto» não resulte de exclusão de aplicação dele com interpretações admissíveis mas inconstitucionais, e isso porque ela decorre da exclusão pleiteada de uma das remissões implícitas em expressão abrangente de outras não atacadas, há identidade de razão para se adotar técnica semelhante à que decorre da «interpretação conforme a Constituição». (grifo nosso)

Neste mesmo sentido, mais recentemente, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Sepúlveda Pertence, em acórdão de 6 de janeiro de 1997, apreciando pedido cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.553-2/DF[13], proposta pelo Governador contra decreto legislativo da Câmara distrital, que susta decreto do Poder Executivo que regulamenta lei distrital, estabelecendo teto de vencimentos e proventos, a qual é matéria constitucional.

O exame acurado do Presidente aponta que apenas dois dos artigos do decreto regulamentar devem efetivamente ser sustados pelo decreto legislativo, na medida em que adentram na competência prevista constitucionalmente para lei. Todavia, os restantes quatro dispositivos do decreto regulamentar não devem ser sustados pelo decreto legislativo, pelo contrário, pois são normas fundamentais para dar execução à lei distrital do teto. Diante deste impasse, aplicou o Supremo Tribunal Federal a técnica ora em estudo, julgando a ação parcialmente procedente, declarando a inconstitucionalidade do decreto legislativo de sustação, mas sem redução do seu texto, pois continuava imprescindível a sustação de dois artigos do decreto regulamentar.

---

[13] O despacho do Presidente Relator *ad referundum* do Tribunal foi publicado no DJU Nº 23, de 03 de fevereiro de 1997, seção 1, pp. 507-510. A decisão de 06 de março de 1997 que, por unanimidade, confirmou a concessão da cautelar pelos fundamentos do citado despacho teve como Relator o Ministro Marco Aurélio e foi publicada no DJU Nº 53, de 19 de março de 1997, seção 1, p. 8011.

Assim, quantitativamente, o decreto legislativo permanece idêntico à sua redação anterior à declaração de inconstitucionalidade, sendo que foi retirada qualitativamente de seu complexo normativo a sustação referente aos demais dispositivos autônomos do decreto regulamentar que diziam respeito ao âmbito de sua competência constitucional. Logo, neste caso, a procedência parcial da Ação Direta de Inconstitucionalidade implicou a eficácia declaratória de inconstitucionalidade qualitativa sem redução de texto.

Notamos, do exame desses dois acórdãos, a efetiva importância em distinguirmos as técnicas da interpretação conforme a Constituição da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e até mesmo da possibilidade da aplicação solitária de uma e de outra técnica. Assim, quando se trata da exclusão de dispositivo implícito referido em expressão abrangente na qual não importa em dar interpretação ao sentido que a literalidade da redação do texto impugnado comporta, é caso de tão somente declarar a inconstitucionalidade sem redução de texto, pois, por exemplo, não havia dúvidas de que a intenção do constituinte do Amazonas era estender ao Ministério Público também o referido no citado inciso V. Na hipótese, se fossemos aplicar a limitação estudada quanto a não contrariar o sentido que objetivamente brota do texto atacado, que é referente a técnica da interpretação conforme a Constituição, jamais poderíamos utilizar a declaração de inconstitucionalidade qualitativa. Logicamente, no caso, não cabe tal perquirição, justamente, porque se trata de dispositivo autônomo, mas implícito, tal como a norma de sustação contida no referido decreto legislativo abrangia dispositivos autônomos do decreto regulamentar que estivessem literalmente expressos. Também não haveria necessidade da utilização da interpretação conforme, uma vez que, claramente, a intenção objetiva dos termos do ato era sustar todo o decreto regulamentar, quando na verdade apenas parte dele é inconstitucional.

Nesses casos, podemos lembrar por analogia das razões pertinentes a interpretação conforme a Constituição, pois ambas técnicas possuem a mesma natureza e fundamentos, tal como faz os analisados acórdãos, porém a lembrança dessas razões serve apenas para comprovar a semelhança das técnicas e não sua confusão, ou necessária aplicação conjunta em todas as situações.

Essa afirmação não afasta o fato de que, nos recentes julgados pelo STF, na grande maioria das vezes houve a necessidade de aplicação conjunta das técnicas de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e da interpretação conforme a Constituição, na medida em que se tratava de situações em que um determinado dispositivo legal atacado por inconstitucional tinha um sentido normativo constitucional, mas também tinha outro sentido normativo inconstitucional, não sendo, portanto, o caso de dispositivos autônomos implícitos.

Assim, o Ministro Octavio Gallotti, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.557-DF[14], com acórdão de 20 de março de 1997 referente a pedido cautelar, utilizou conjuntamente ambas as técnicas, mesmo que se tenha referido expressamente apenas a

[14] RTJ v. 163, pp.95-102.

inconstitucionalidade parcial sem redução de texto para fins de concessão da suspensão parcial da eficácia do texto através da medida liminar, nos termos da interpretação que fixou no dispositivo do acórdão.

Trata essa ação direta de impugnação proposta pela Associação Nacional de Procuradores de Estado – ANAPE – contra a redação dada ao art. 57, entre outros, da Lei Orgânica do Distrito Federal, através da Emenda Nº 9/96. O *caput* do citado dispositivo prevê que "O Poder Legislativo será representado por seu Presidente e, judicialmente, pela Procuradoria-Geral da Câmara Legislativa." Entendeu o STF, por unanimidade, acompanhando o voto do Min. Gallotti, que seria constitucional o ato atacado, desde que aplicado através da interpretação fixada, qual seja, a de que aquela representação judicial só poderia dar-se nos casos em que aquele órgão do Poder Legislativo, portanto, sem personalidade jurídica, estivesse em juízo em nome próprio, naquelas hipóteses restritas em que a lei processual admite a chamada pessoa formal. Assim, o eminente julgador, mesmo sem referir expressamente no acórdão, deixou claro ao longo da fundamentação de seu voto que estava utilizando a técnica da interpretação conforme a Constituição para determinar qual a interpretação constitucional e, portanto, declarando-a, produzindo em parte a eficácia de validade do ato normativo.

Por outro lado, o texto do dispositivo do acórdão deixa nítido a adoção de outra técnica, a da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, através da qual se produziu a eficácia da nulidade parcial qualitativa, referentemente às hipóteses de aplicação da norma impugnada, naqueles casos em que, mesmo havendo ligação temática de uma demanda judicial com o Poder Legislativo, seja na verdade o Distrito Federal quem deva estar em juízo, como, por exemplo, para efetuar a cobrança judicial das dívidas para com a Câmara Legislativa. Desse modo, a eficácia da sentença retirou do complexo normativo do ato impugnado essas hipóteses de incidências, sem qualquer alteração da redação literal do texto atacado.

Da mesma forma, já havia o STF assim procedido, isto é, em que pese aplicar ambas as técnicas, fazer apenas referência expressa a da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, em acórdão que, por unanimidade, deferiu em parte exatamente em razão dessa técnica, a medida liminar requerida na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.443-9-CE[15], em 6 de novembro de 1996, nos termos dos fundamentos do voto do Ministro Relator Marco Aurélio.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.556-7-PE[16] proposta pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR impugnou, entre outros textos normativos, a expressão "e emolumentos" constante do §4º do artigo 26 da Lei Nº 11.404,

---

[15] LEX (JSTF) 227, pp. 98. Em decisão de 26 de junho de 1999, o STF julgou prejudicada essa ADIn em razão das alterações na CF produzida pela Emenda Nº 19/98, nos termos da publicação do DJU Nº 146-E, de 2 de agosto de 1999, seção 1, item 1009, p. 45.

[16] LEX (JSTF) v. 230, pp. 82-89.

de 19 de dezembro de 1996, do Estado de Pernambuco, cujo parágrafo dispõe genericamente sobre recursos provenientes de taxas, custas judiciais e emolumentos, estabelecendo uma destinação específica, vedando o seu uso para remuneração de pessoal. No julgamento do pedido de medida liminar dessa ação, por unanimidade, o STF avançou mais ainda em sua técnica de Jurisdição Constitucional, no momento em que o Relator Ministro Moreira Alves, nas razões de seu voto, que fundamentam o acórdão de 17 de abril de 1997, faz expressa referência à aplicação necessariamente conjunta de ambas as técnicas estudadas quando se quiser fixar uma interpretação como constitucional e ao mesmo tempo dar procedência parcial à demanda para excluir do ordenamento jurídico outras hipóteses de incidência do ato normativo atacado sem alterar o seu texto literal:

> (...) para que não reste dúvida, a cautelar deve ser deferida por meio de interpretação conforme à Constituição, e, por tanto sem redução do texto. É o que diz respeito à restrição da aplicação ou da utilização dos emolumentos constante no §4º do artigo 26 da Lei estadual impugnada. Pela redação genérica desse dispositivo, tem-se que os emolumentos, classificados em contas próprias, devem ser exclusivamente aplicados ou utilizados em despesa de capital e investimento, bem como em treinamento de pessoal, conservação, reforma e aquisição de bens móveis e imóveis dos Órgãos do Poder Judiciário, vedada a sua destinação a outras despesas correntes, inclusive gastos com pessoal. Ora, como essa Lei trata, também, dos emolumentos cobrados pelos serviços notarial e de registro por parte dos delegados do Poder Público, e como esses emolumentos, como decorre do artigo 236, §2º, da Constituição, são devidos, a título de remuneração, aos tais delegados, esse texto deve ser entendido como não aplicável a esses emolumentos para ficar em conformidade com o texto constitucional.

Em outro acórdão, de 19 de junho de 1997, também apreciando pedido liminar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.620/UF[17], o Relator Ministro Sepúlveda Pertence apontou expressamente no respectivo dispositivo sentencial a adoção conjunta das técnicas de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto com a interpretação conforme a Constituição. A ação foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores contra o *caput* do art. 54 da chamada Lei Darcy Ribeiro que estabeleceu as Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96).

O citado dispositivo estabeleceu a possibilidade de que, através de lei, um estatuto jurídico especial dispusesse, relativamente às Universidades mantidas pelo Poder Público, sobre "peculiaridades da sua estrutura, organização e financiamento pelo Poder Público, assim como dos seus planos de carreira e do regime jurídico de seu pessoal". A contrariedade

---

[17] LEX (JSTF) v. 229, pp. 93-98. DJU Nº , de 15 de agosto de 1997, p. 37035.

com a Constituição está em ser ferida a regra do regime jurídico único, então previsto no art. 39 da CF[18], pois permitiria a nova lei o estabelecimento de regras específicas aos servidores de universidades, em razão da dita peculiaridade, afastando-os do regime jurídico único dos servidores públicos federais. A interpretação conforme a Constituição seria para, se fosse já o julgamento definitivo, declarar constitucional em parte (parcialmente improcedente o pedido) o dispositivo legal, no sentido de que assim o será, se entendido como sendo "peculiaridades" para adoção de regras específicas sobre o "regime jurídico de seu pessoal" somente aquele regime jurídico único previsto para o magistério no art. 206, V, da CF.[19]

E para não deixar dúvidas, o dispositivo do acórdão julgou parcialmente procedente a medida cautelar requerida para suspender, sem redução de texto, a aplicação do dispositivo legal através daqueles outros conteúdos normativos possíveis, distintos da interpretação conforme a Constituição que fixa, o de se permitir o estabelecimento de regras peculiares ao restante do pessoal das universidades que não professores, implicando um novo regime de pessoal, distinto do regime jurídico único dos servidores em geral ao qual estão submetidos esses demais servidores universitários. Assim, o STF, mantida aquela orientação e o ordenamento jurídico da época, julgaria o caso em análise, aplicando simultaneamente a técnica da interpretação conforme a Constituição para declarar a constitucionalidade parcial do ato impugnado, quando aplicado através da interpretação que fixa, e a da declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa (sem redução de texto) para excluir do programa normativo possível todas as demais aplicações do ato impugnado, que não seja através daquela interpretação fixada.

2.2 Em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade

Por seu turno, para se prolatar a mesma declaração de inconstitucionalidade sem redução da literalidade do texto, no caso apontado como constitucional, por via da Ação Declaratória de Constitucionalidade, deverá a demanda constitucional ser parcialmente procedente, pois o texto do ato normativo permanecerá intacto, mesmo que o dispositivo do acórdão não fixe a interpretação conforme a Constituição em decorrência de a situação questionada não o ensejar, como nas hipóteses examinadas, em relação a dispositivos autônomos, mas implícitos em uma expressão abrangente.

Ter-se-á a mesma eficácia e efeitos já citados, ou seja, decretação da nulidade parcial qualitativa e efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, acrescidos do efeito vinculante que é decorrência direta da norma constitucional acrescida pela EC 3/93, além da previsão da lei ordinária já citada. Contudo, a nosso ver, a existência do efeito vinculante das decisões do STF no exercício da Jurisdição Constitucional é decorrência natural de sua competência precípua (art. 102, *caput*, da CF). Como conseqüência do efeito vinculante, temos a legitimidade para

[18] Trata-se da redação anterior a Emenda Constitucional Nº 19/98.
[19] Trata-se da redação anterior a Emenda Constitucional Nº 19/98.

a propositura de Reclamação diretamente ao STF em caso de aplicação da norma nos termos da interpretação dada como inconstitucional pela Suprema Corte. Também em razão da Lei 9.868/99, há a possibilidade de ser fixado, por exceção (quorum de 2/3), efeitos *ex nunc* imediatos ou diferidos no tempo (art. 27).

Aqui, da mesma forma, podemos ter a aplicação conjunta das técnicas da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e da interpretação conforme a Constituição, o que implicará ser a demanda parcialmente procedente no que se refere à interpretação fixada, e parcialmente improcedente em relação às demais que foram excluídas. Nesse caso, o juízo do STF deverá obedecer a todos requisitos e limites estudados em relação à interpretação conforme.

CONCLUSÃO

Podemos concluir que a técnica de julgamento da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto possui a mesma natureza, fundamento, requisitos e limites para a sua admissibilidade do que a da interpretação conforme a Constituição, contudo são institutos muito próximos, mas autônomos, com conceitos e vetores distintos, que implicam a utilização das técnicas ora conjuntamente, ora de modo isolado. É porque nem sempre estaremos diante de um ato normativo que possui um enunciado tal que pode incidir de várias maneiras em razão das várias possibilidades interpretativas do mesmo conteúdo (dispositivo) do programa normativo. Nestes casos, aplica-se conjuntamente ambas as técnicas citadas. Porém, em outras hipóteses, o ato normativo impugnado possuirá uma única possibilidade interpretativa, não havendo dúvidas quanto a isso. O problema aqui é outro. É que no âmbito da norma há diferentes dispositivos, mas nem todos estão expressos no texto, e a inconstitucionalidade recai justamente neste em que não há um texto do enunciado para ser eliminado. Assim, só há que se aplicar a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Sindicabilidade Judicial das Políticas Públicas

Cynthia Candomil Dandolini

INTRODUÇÃO

O tema que será tratado na presente pesquisa é de extrema relevância para a comunidade científica e aplicadores do Direito. Discutir-se-á a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Se de um lado a Administração Pública pode agir com discricionariedade na implantação de políticas públicas que visem à concretização dos direitos fundamentais, também é verdade que ela está vinculada a determinadas diretrizes. Tais diretrizes devem ser aquelas traçadas pelo Constituinte e mesmo pelo legislador infraconstitucional, quando as normas criadas por este estiverem em harmonia com a Constituição Federal.

Trata-se de tema instigante, capaz de trazer à tona antigas discussões. Dentre elas, a crítica à chamada "Politização do Poder Judiciário" e mesmo à rigidez da chamada "Teoria da Separação dos Poderes".

Merecerá maior ênfase, no entanto, o estudo das denominadas "Políticas Públicas". Ou seja, o estudo de metas coletivas que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público.

Será abordado o atual estágio de desenvolvimento da cultura jurídica e a missão do Judiciário como Poder inserido em um Estado Social de Direito. Por essa razão, será demonstrada a imprescindibilidade da reorganização estatal em função de finalidades coletivas.

Dentre os princípios que constituem o Estado de Direito, quais sejam, a legalidade, a igualdade e a justicialidade, será dada maior ênfase a este último. Isto possibilitará trazer à baila a questão da exigibilidade de implantação de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Serão discutidos os limites a que está adstrito o Poder Judiciário na implantação de políticas públicas. Para isso, será examinada a separação de poderes como premissa do Estado de Direito.

Serão analisados os caracteres marcantes do Estado Liberal em contrapartida ao Estado Social. Dessa forma o leitor poderá vislumbrar as diretrizes postas pela Constituição sob a ótica da justiça social e do indivíduo inserido na coletividade.

Pretender-se-á com a presente pesquisa trazer à luz, para que sejam refletidas, algumas das questões mais instigantes do Direito Constitucional da atualidade. Dentre elas, o papel do Poder Judiciário frente à implementação de políticas públicas.

1 O ESTADO SOCIAL DE DIREITO

1.1 O Estado de Direito e o Atual Papel do Judiciário na Sociedade Brasileira

A Constituição Federal de 1988 representou um marco na redefinição do papel das instituições relacionadas à atividade jurisdicional. Neste novo cenário ampliou-se o espaço de atuação dos intérpretes e agentes políticos que passaram a desempenhar seu papel frente a uma "função social do Direito".[1]

Erigida sob o manto de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF/88), a Constituição Federal de 1988 pauta-se nos princípios da igualdade, legalidade e judicialidade.[2] Este último, o qual merecerá aqui especial relevo, pressupõe a separação de poderes, tema que será tratado mais adiante.

No Estado de Direito, o Direito abandona sua função de mero regulador das atividades entre os homens para tornar-se instrumento de implantação de políticas públicas garantidas pela Constituição. É a Constituição que limita o poder e, portanto, nenhum órgão, por maior que seja a sua hierarquia detém qualquer poder que não o que advém da própria Constituição. Esse Estado, constituído para garantir os direitos, procede por meio de leis, gerais, impessoais e iguais para todos, às quais se submetem seus próprios órgãos.[3]

O princípio da judicialidade[4], ou seja, que todo litígio deva ser submetido a um juiz, consagrou-se e arraigou-se no Direito Inglês da "common law". Neste sistema, havia uma sucessão de decisões judiciais, no qual a jurisdição e a legiferação confundiam-se nos mesmos órgãos. Foi tendo em vista este contexto que Montesquieu, inclusive, dedicou sua obra "Do Espírito das Leis" especialmente à Constituição da Inglaterra no que se refere à "Separação de Podres".[5]

---

[1] ENGELMANN, Fabiano. A "judicialização da política" e a "politização do Judiciário" no Brasil – Notas para uma abordagem sociológica. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul , Porto Alegre, vol. 22, p. 193-202, set. 2002.

[2] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de Direito e Constituição. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 23.

[3] FERREIRA FILHO, op. cit., p. 4.

[4] Conforme será referido no item 2.3.

[5] FERREIRA FILHO, op. cit., p. 36.

No Estado de Direito, o Judiciário está comprometido com a efetividade da Constituição, não podendo, no entanto, ultrapassar certos limites, sob pena de violar os postulados do próprio Estado de Direito. Cabe assim indagar: até onde a Constituição Federal de 1988 garante efetividade aos direitos sociais?

Significa dizer que ao Judiciário é possível determinar a implantação e dar efetividade às políticas públicas previstas na ordem constitucional. São elas desde já exigíveis judicialmente, cabendo ao juiz verificar, na hipótese de omissão do Poder Público, se o direito exigido é compatível com o que seria razoável de se esperar do Poder Público.[6] Mais ainda, ao Judiciário é possível exigir do Poder Público que implante políticas públicas, ainda que, progressivamente, para atender aos interesses da sociedade brasileira, quando, apesar de previstas no texto constitucional, houver indubitável escassez de recursos.[7]

Não se olvide que para garantir efetividade aos direitos assegurados pela Constituição Federal são necessárias condições materiais propícias[8] para por em prática os programas de direitos básicos formalmente postos na Constituição Federal. Eis o grande dilema do Estado Social de Direito: compatibilizar a amplitude dos direitos sociais postos na Constituição Federal com a precariedade dos recursos estatais disponíveis.

Há, portanto, uma verdadeira redefinição do papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário na sociedade brasileira face à nova ordem constitucional estabelecida a partir de 1988. Está o Judiciário comprometido com a efetividade das políticas públicas, criando uma nova dogmática constitucional, na qual as mesmas não representem meras promessas e, sim, possuam um mínimo de força normativa.

1.2 O Estado Social versus o Estado Liberal – Novas Atribuições

O Estado Liberal foi marcado pelo dualismo entre Sociedade e Estado.[9] Dessa forma, contra eventuais acometidas do Estado contra a liberdade e a propriedade, nascem os direitos fundamentais, de linhagem individualista.[10]

---

[6] CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Boletim Científico ESMPU, Brasília, ano 2, n. 8, p. 151/161, jul./set. 2003.

[7] CLÈVE, op. cit., p. 151-161.

[8] Conforme será referido no item 2.3.

[9] Conforme CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 77, o dualismo Estado-Sociedade significa que: "A força normativa da Constituição traduz-se na sua pretensão de regular juridicamente o estatuto organizatório dos órgãos do Estado separado da sociedade (dualismo Estado-Sociedade)".

[10] WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. São Paulo: Lumen Juris, 2004.

Dentro da Sociedade Liberal, os direitos fundamentais eram, essencialmente, os direitos da liberdade, traçados por uma ótica individualista, pertinente à liberdade pessoal, à propriedade, à inviolabilidade de domicílio e da correspondência, às liberdades de opinião, assembléia, reunião, crença religiosa, etc.[11] Após o término da Primeira Grande Guerra Mundial, o liberalismo cede lugar ao Estado Social, pondo fim ao Estado abstencionista. Ao invés de um Estado passivo em que a condução da sociedade e da economia flui, naturalmente, como ocorre no Estado Liberal, no Estado Social busca-se harmonia através de planejamento por parte do Estado. O Estado torna-se provedor das necessidades dos indivíduos. Dá-se ao Estado um conteúdo econômico e social, servindo a política de instrumento para refazer o mundo.[12] O Estado passa a ter como meta corrigir as desigualdades sociais. Há uma interação entre Estado e Sociedade. Este é o Estado Social.[13]

No Estado Social a missão primordial passa a ser a garantia das condições básicas da existência, buscando, assim, realizar a justiça material, compatibilizando liberdade e igualdade.[14] Afasta-se a linha que separa o Estado da Sociedade. O Estado torna-se onipresente, devendo realizar prestações de modo concreto, portando-se como administrador diligente e enérgico. É por isso, predominantemente, administrativo.[15]

Importante assinalar que, na estrutura do Estado Dirigente[16], a lei perde a sua majestade de expressão da soberania popular e torna-se mero instrumento de governo. A grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro das políticas governamentais, deixando de lado a função de declarar direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, para assumir a função de solucionar questões de conjuntura, direcionar atividades privadas e regular procedimentos na ceara administrativa. [17]

---

[11] WEICHERT, op. cit.

[12] DOBROWOLSKI, Sílvio. A expansão do poder no estado social – Aspectos – Idéias para contê-la. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 82, v. 295, p. 145-154, jul./ago./set. 1986.

[13] DOBROWOLSKI, op. cit., p.145.

[14] DOBROWOLSKI, op. cit., p. 147.

[15] DOBROWOLSKI, op. cit., p. 147.

[16] Conforme CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p.13, ao dissertar sobre a sua idéia de Constituição, a da modernidade, por ele antes denominada de "Constituição Dirigente": "Trata-se de um documento escrito concebido como produto da razão que organiza o mundo, iluminando-o e iluminando-se a si mesma, pretendia-se também converter a lei escrita (= lei constitucional) em instrumento jurídico de constituição de sociedade. É conjunto normativo ativo e finalístico, regulador da sociedade." Já para a pós-modernidade, continua Canotilho (p. 14): " (...) a Constituição deixa de inserir-se no processo histórico de emancipação da sociedade (quer como "texto" de garantias individuais e arranjos organizatórios de tipo liberal, quer como "programa dirigente" de carriz marxizante). Concebe a Constituição como "um estatuto reflexivo que através de certos procedimentos, do apelo a auto-regulações de sugestões no sentido da evolução político-social permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos, a garantia da mudança através da construção de rupturas".

[17] COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 86, n. 737, p. 11-22, mar. 1997.

Com a ampliação das atribuições inerentes ao Estado Social, surge um gigante administrador levando-nos a um novo desafio, qual seja, o de identificar, na medida do possível, os limites dessa nova visão de Estado. Nessa esteira, passa o Poder Judiciário a desempenhar seu papel de controle em relação a esses limites.[18]

Entretanto, diferentemente do que ocorreu com a Constituição Portuguesa, que em seu texto original previu em seu art. 2°[19] o objetivo de assegurar a transição para o socialismo, a atual Constituição brasileira não possui orientação socializante de matriz Marxista. Não se deve confundir, pois, o Estado Social com o Estado Socialista.

A Constituição do Estado de Direito Social baseia-se nos seguintes princípios: a) princípio do compromisso conformador ou constitutivo, cabendo ao Estado intervir na sociedade para melhor assegurar as formas de existência social; b) princípio da democratização da sociedade que obriga a intervenções de caráter econômico e social tendentes à prossecução do princípio da igualdade; c) princípios do Estado de Direito Formal racionalizadores e limitadores das medidas intervencionistas (princípio da liberdade).[20] Já a Constituição do Estado Socialista, está calcada nos seguintes princípios: a) Caráter classista do Estado; b) princípio do Estado máximo, que exige o controle e propriedade, pelos Poderes Públicos, dos principais meios de produção; c) princípio da não-neutralidade, impondo-se ao Estado tarefas de transformação econômica, social e cultural.[21]

Não basta, porém, que uma Constituição tipifique um Estado Social. Isto por si só não resolve a questão da implementação dos direitos sociais. Isto porque no Estado Social já não se mostra suficiente que a Constituição estipule objetivos e deveres do Estado, mas, muito mais que isso, é necessário que existam ações ativas, positivas do Poder Público, aí incluídas as políticas públicas, a fim de darem eficácia aos direitos sociais proclamados na Constituição.[22]

---

[18] CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. Revista de Processo, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 110-117, out./dez. 1990.

[19] Conforme FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65-69: "A expressão presente no art. 2° da Constituição Portuguesa, de acordo com a primeira revisão feita em 1982, qual seja, "Estado de Direito Democrático" baseia-se em um Estado que objetiva assegurar a transição para o socialismo por meio da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.As diretrizes fixadas na Constituição Portuguesa teriam orientação socializante, de inspiração Marxista e o Poder Político estaria preso à realização do socialismo. Essa idéia, no entanto, está muito distante da idéia de Direito clássico, ainda remanescente nas democracias de derivação liberal. A transição para o socialismo estava expressamente prevista no art. 2° da Constituição Portuguesa de 1976, que procedimento de revisão foi eliminada do texto fundamental português. "Art. 2°: A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democráticas, que tem por objetivo assegurar a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural, e o aprofundamento da democracia participativa"."

[20] CANOTILHO, op. cit., p. 77.

[21] CANOTILHO, op. cit., p. 78.

[22] WEICHERT, op. cit.

Não há no atual estágio do Estado Social espaço para qualquer doutrina que se proponha a recusar força normativa aos preceitos que fixam deveres positivos ao Estado e à sociedade no cumprimento dos objetivos sociais.[23] As ordens econômica e social inseridas na Constituição Federal de 1988 apontam para um Estado Social[24], o qual persegue a Justiça Social, ou seja, aquela dirigida à consecução do bem comum, conforme se extrai dos arts. 170, "caput" e 193.[25] O direito à saúde[26], por exemplo, previsto no art. 196[27] da Constituição Federal de 1988, é um típico direito de justiça social.

A Constituição Federal de 1988, por exemplo, ao referir a promoção, proteção e recuperação da saúde, adota um conceito amplo de saúde não apenas referente a um corpo e a uma mente sem doenças, como também a condições de vida e a um meio ambiente equilibrado.[28] Nesse sentido, basta que se faça uma leitura do art. 3º da Lei n. 8.080/90, o qual dispõe que: "A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País".

Assim, mais do que um conteúdo meramente semântico, o referido artigo 3º da Lei n. 8.080/90 vincula a atividade legiferante e administrativa da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Esses, por sua vez, deverão orientar suas políticas sociais e econômicas na mesma direção da proteção ao direito à saúde. [29] O direito à saúde, portanto, engloba a exigibilidade de políticas públicas econômicas e sociais. Tais políticas, no entanto, devem observar para que não haja retrocesso na promoção, proteção e recuperação da saúde, buscando acelerar a consecução de suas finalidades.[30]

---

[23] WEICHERT, op. cit.

[24] Conforme BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 336: "A Constituição de 1988 é basicamente uma constituição do Estado Social. A Constituição do Estado liberal diferencia-se da Constituição do Estado Social. A primeira é uma constituição anti-governo, a segunda uma constituição refratária ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder". E segue o autor (p. 338): "Em substituição ao clássico Estado de Direito, surgiram o Estado Social e o Estado Socialista. O Estado social brasileiro não apenas concede direitos sociais básicos, mas os garante, a fim de torná-los efetivos".

[25] "Art. 170, "caput",: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:." "Art. 193: A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais."

[26] Conforme será referido no item 2.3.

[27] "Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

[28] WEICHERT, op. cit.

[29] WEICHERT, op. cit.

[30] WEICHERT, op. cit.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 A Separação de Poderes e o Controle Judicial do Agir do Estado

A divisão de poderes, mais do que uma técnica de redução e limitação dos poderes, decorrente de sua distribuição por diferentes forças políticas e sociais, constitui uma técnica de defesa da liberdade política do cidadão no Estado. Trata-se de poderes que se delimitam, colaboram e se controlam reciprocamente.[31]

Havia um abuso dos órgãos jurisdicionais, uma verdadeira intromissão na tomada das decisões políticas daí porque segundo a teoria da Separação de Poderes, de Montesquieu[32], o Poder Judiciário deveria permanecer nulo como poder, devendo limitar-se à mecânica, inanimada aplicação da lei. Faltava, portanto, um poder capaz de assegurar o respeito à Constituição por parte do grupo político.[33]

Na França pré-revolucionária, por exemplo, os "parlamentos" constituíam um último reduto defensor das reivindicações dos privilegiados. Órgãos jurisdicionais semi-profissionalizados, os "parlamentos" eram, ou pelo menos pretendiam ser, não apenas tribunais, mas também órgãos legislativos. Reclamavam face ao soberano o poder e o dever de examinar todas as leis e decretos que lhe fossem submetidos, atestando da sua conformidade com as leis fundamentais do reino. Esta teoria da "heureuse impuissance" do monarca legislador impedia-o de decretar aquilo que hoje chamaríamos de leis inconstitucionais. Mas apesar dessa invocação de limites ao poder real, o monarca, através da "demande en cassation", sempre conseguiria lançar mão de um meio de garantir a supremacia da sua vontade. Através desse pedido, a decisão de um "parlamento" podia ser desafiada e trazida perante o "Conseil des Parties", dotado, por sua vez, de poderes de anulação da decisão precedentemente tomada, com base na violação de ordenanças reais.[34]

Apesar da existência deste check, os "parlamentaires" adquiriram a reputação de interferirem com demasiada freqüência nas atividades dos outros órgãos. Por essa razão foram acusados de abuso arbitrário do poder, o que, em larga medida, contribuiu para transformar os juízes em meros aplicadores da letra da lei a casos individuais, de forma puramente mecânica e de modo algum criativa, o que ia ao encontro da teoria da Separação de Poderes de Montesquieu.[35]

---

[31] QUEIROZ, Cristina M. M.. Os actos políticos no Estado de Direito – O problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

[32] MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Martin Claret: São Paulo, 2002, Livro XI, Capítulo VI, ps. 165/175.

[33] CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea. Revista de Processo, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 110-117, out./dez. 1990.

[34] QUEIROZ, op. cit.

[35] QUEIROZ, op. cit.

O Constitucionalismo Moderno, que hoje tem tomado proporções e tendências universais, abandona a rígida separação de poderes (separation des pouvoirs) aliada à não interferência e supremacia incontrolada do poder político. Dessa forma, visa a afirmar a idéia de um recíproco controle e equilíbrio dos poderes.[36]

A Constituição Federal de 1988 encontra-se na vanguarda de uma tendência evolutiva contemporânea, qual seja, abandona a rígida separação de poderes para dar lugar a uma "sharing of powers", desaparecendo, portanto, um poder político ilimitado e imune a qualquer forma de controle.[37] O Poder Judiciário passa a exercer o importante papel de controle das normas constitucionais como órgão suficientemente independente e imparcial, respeitados os titulares do poder político, assim como o papel do juiz toma proporções gigantescas, cabendo-lhe a responsabilidade de controlar a respeito da finalidade, limites e modalidades do agir do Estado.[38]

No Estado de Direito, o juiz está diretamente adstrito à constituição do seu país, sendo que sua responsabilidade perante a sociedade decorre do compromisso com a preservação dos seus fundamentos. Isto, no entanto, não quer dizer que o juiz no Estado Democrático possa sofrer perda de sua liberdade decisória.[39]

A atividade do juiz, portanto, de descoberta do direito, não é neutra, mas também não é discricionária. Deve ser adotada em função das regras e princípios implícitos e explícitos determinados pelo sistema, de tal sorte que a decisão, ainda que inovadora, mantenha coerência com o ordenamento jurídico vigente, que não perde por isso a sua identidade. [40]

2.2 A Discricionariedade do Administrador Público na Implantação das Políticas Públicas

Primeiramente, cumpre esclarecer o que sejam políticas públicas, aqui tratadas. Poder-se-ia defini-las como metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público.[41] Ainda definindo políticas públicas, poder-se-ia dizer que são uma espécie de padrão de conduta ("standard") que assinala uma meta a alcançar, em

---

[36] CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. Revista de Processo, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 110-117, out./dez. 1990.

[37] CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. Revista de Processo, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 110-117, out./dez. 1990.

[38] CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea. Revista de Processo, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 110-117, out./dez. 1990.

[39] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. STJ - Dez anos a serviço da Justiça - Doutrina – Edição Comemorativa, Brasília, p. 323-347, 1999.

[40] AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 332-333.

[41] GARCIA, Maria. Políticas Públicas e atividade administrativa do Estado. Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 4, n. 15 , p. 64/67, abr./jun. 1996.

geral uma melhoria econômica, política ou social da comunidade, podendo esta meta ser negativa no sentido de que determinada característica deve ser protegida.[42]

Ao Administrador cabe implementar as políticas públicas discriminadas na ordem constitucional social, não havendo que se falar em discricionariedade para deliberar sobre a conveniência e oportunidade de sua implementação. Isto porque tal já restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador infraconstitucional que elaborou as normas de integração.[43] Nesse sentido, a Constituição deixa de ser vista como mera proclamação de intenções político-filosóficas e se afirma hoje como norma jurídica, vinculante e superior à lei ordinária.[44]

A própria legitimidade do Estado Social está ligada à realização de políticas públicas que se caracterizam por todas as formas de intervenção do Estado, seja como provedor, gerenciador ou fiscalizador.[45] É inadmissível que no atual estágio do Estado Social qualquer doutrina se recuse a dar força normativa aos preceitos que fixam deveres positivos ao Estado e à sociedade no cumprimento dos objetivos sociais.

Ao operador do Direito incumbe a retirada da máxima eficácia e mais imediata aplicabilidade dessas normas, ainda que vinculadas na forma de princípios programáticos. No mínimo essas normas vinculam a atividade legiferante, impondo ainda nítidos limites negativos à atuação estatal, que não poderá desenvolver-se contrariamente ao definido pelo programa constitucional. [46]

O Administrador deverá levar em conta a razoabillidade, a proporcionalidade[47] e a motivação na implementação de políticas públicas. Não é lícito ao administrador valorar situações concretas à luz dos seus "standards" pessoais, mas sim à luz de princípios gerais, segundo os valores do homem médio. Ou seja, as decisões administrativas deverão estar atreladas à razoabilidade e às necessidades da coletividade, bem como à economicidade, isto é, à relação de custos e benefícios.[48]

---

[42] COMPARATO, op. cit., p. 11-22.

[43] FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas públicas – A responsabilidade do Administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 95.

[44] CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. Revista de Processo, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 110/117, out./dez. 1990.

[45] GARCIA, op. cit., p. 64-67.

[46] WEICHERT, op. cit.

[47] Conforme BONAVIDES, Paulo.Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 357, o princípio da proporcionalidade é: "A relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso". Segue o autor, referindo que o princípio da proporcionalidade impõe a necessidade de equilíbrio entre o Legislativo e o Judiciário.

[48] FIGUEIREDO. Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do

A motivação, por sua vez, apresenta-se como a pedra de toque para o controle da discricionariedade na implantação das políticas públicas. Sem a motivação não há possibilidade de serem aferidas as razões utilizadas para a tomada de decisão do administrador, se baseadas em "standards" pessoais ou no que é Direito aqui e agora na comunidade.[49]

Segundo a teoria do "mobile politique" da França do Segundo Império, por exemplo, os atos do governo seriam todos aqueles em relação aos quais bastaria apenas o Executivo invocar, em tribunal, a "causa" ou "móbil" que o havia inspirado, para que sua decisão fosse considerada insindicável. A teoria do "móbil político" havia declarado como insindicáveis determinados atos do Poder Executivo pela simples invocação de um motivo de oportunidade política. Tratava-se, portanto, de teoria de cunho subjetivista que estabelecia uma separação entre governo e jurisdição.[50]

A Constituição traduz os valores fundamentais, a idiossincrasia de um povo, o seu processo de vida em comum, sendo o texto escrito a sua garantia. Além disso, assegura a unidade do ordenamento jurídico, formado a partir de tensões e contradições e em meio a diferentes "verdades". Seus valores não são simples retórica sem valor normativo de aplicação, mas decisões políticas fundamentais.[51]

A Constituição Federal de 1988 traçou as diretivas e os princípios gerais das políticas públicas, decidindo pelo Estado Social, pela democracia, pelos direitos fundamentais, etc. Objetivou a construção de uma vida social e política como processo ordenado, conformado, previsível nos seus momentos e aspectos fundamentais.[52]

Confunde-se "direção política" com "direção da política", sendo que aquela diz respeito às linhas constitucionais traçadas e esta, à atividade concretizadora pelo governo de tais linhas. No Estado de Direito a política pertence a um domínio constitucional, sendo que o Direito não substitui a política, mas serve de fundamento para esta tornando-a previsível e mensurável ao comum dos cidadãos. [53]

Se é certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções do Poder Judiciário a atribuição de formular e implantar políticas públicas, também é certo que, embora em bases excepcionais, poderá o Judiciário assumir tal incumbência. Tal hipótese será possível se e quando os órgãos estatais competentes descumprirem seus encargos políticos-jurídicos, comprometendo a eficácia dos direitos integrantes da ordem constitucional.

---

planejamento. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 11, p. 5-20, jul./set. 1995.

[49] FIGUEIREDO, op. cit, p. 16/17.

[50] QUEIROZ, op. cit., p. 108-109.

[51] QUEIROZ, op. cit., p. 138-139.

[52] QUEIROZ, op. cit., p. 138-139.

[53] QUEIROZ, op. cit., p. 138-139.

2.3 A Sindicabilidade Judicial das Políticas Públicas - Limites

Um efetivo sistema de controle judicial mostra-se incompatível com regimes antilibertários e autocráticos, fato esse que pode ser confirmado pelo seu desenvolvimento em vários continentes, e mais freqüentemente na América Latina e África. Nesta, a título de ilustração, ocorreu uma crise constitucional em 1950, justamente no momento em que o Judiciário declarou inconstitucionais certas promulgações do Parlamento Sul Africano. A crise culminou com a adoção da Constituição Sul Africana de 1961, a qual negava ao Judiciário qualquer autoridade para revisar a validade dos atos legislativos.[54]

Ainda que discordemos e até lutemos contra determinadas decisões judiciais ou contra certos entendimentos judiciais em matéria constitucional, um século e meio de história continental está aí para demonstrar que solução alternativa é pior. Ou seja, na ausência de um controle judicial, facilita-se a que o poder político seja pervertido, indo até mesmo contra a proteção de nossas liberdades.[55]

A Justicialidade[56] está expressa no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Este princípio foi explicitado pela primeira vez pela Constituição de 1946, no seu art. 141, § 4º, que, no entanto, não se referia à ameaça de lesão, sendo mais tarde previsto na Constituição de 1967 (art. 150, §4º) e na Emenda n. 1/69 (art. 153, §4º), a qual procurou sujeitar essa garantia a um condicionamento. [57]

Deve ser afastada a clássica idéia de que o Judiciário não tem competência para julgar questões políticas, tendo em vista o princípio da separação de poderes. Em nossa Constituição de 1934, havia uma regra (art. 68) que vedava ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas. Significava que se negava o poder de julgar determinados atos, considerados discricionários, das Câmaras Legislativas ou de Chefes do Poder Executivo. Na verdade, tratava-se de pobre hermenêutica, uma vez que tais atos não deveriam ficar imunes ao juízo de compatibilidade com as regras especificamente postas pela Constituição.[58]

Uma vez positivados os direitos sociais e suas garantias, o problema da judicialização de tais direitos não é de substituição do Executivo pelo Judiciário. Trata-se, isto sim, de cumprimento da Constituição e de interpretação das normas constitucionais e legais e ainda de observância aos limites da discricionariedade da administração.[59]

---

[54] CAPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da "Justiça Constitucional". Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 20, p. 266, out. 2001.

[55] CAPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da "Justiça Constitucional". Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 20, p. 286, out. 2001.

[56] Conforme exposto no item 1.1.

[57] FERREIRA FILHO, op. cit., p. 116.

[58] COMPARATO, op. cit., p. 11-22.

[59] FRISCHEISEN, op. cit., p. 95.

Entre os que entendem que o Judiciário não pode exigir o cumprimento de Políticas Públicas, sob pena de substituir-se ao administrador, e os que entendem que o Judiciário tudo pode, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio. Ao mesmo tempo que o juiz está comprometido com a efetividade da Constituição, não pode, no entanto ultrapassar certos limites sob pena de colocar em risco certos postulados do Estado de Direito. O que se discute, portanto, não é a possibilidade do controle judicial sobre as políticas públicas, mas a sua medida.

A intensidade do controle não depende do Tribunal, mas da Constituição. A Constituição Federal de 1988 prevê, por exemplo, em seu art. 208, inciso I[60], o direito à educação, especialmente no que concerne ao ensino fundamental, constituindo-se este em direito público subjetivo exigível pelo Poder Judiciário, que, por sua vez, ordenará ao Poder Público as providências cabíveis para a sua concretização.[61]

Outro exemplo é o direito à saúde[62], que foi regulamentado pelo legislador infraconstitucional. Neste caso, a Constituição conferiu ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e da medida em que o direito deve ser assegurado, o chamado "livre espaço de conformação". Portanto, o Poder Judiciário, não poderá substituir-se a outro Poder em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de prestação e organização a não ser que haja uma violação evidente e arbitrária do legislador em relação a sua incumbência constitucional.[63]

Dessa forma, poder-se-ia dizer que o Poder Judiciário age como delegado do Poder Constituinte. Nessa qualidade, zela pela observância dos direitos fundamentais, protegendo a maioria permanente (constituinte) contra a maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura).[64]

Afirme-se, portanto, que à luz da Constituição Federal de 1988, o legislador deverá satisfazer os princípios, objetivos e direitos fundamentais estabelecidos pelo Constituinte. Ao Judiciário, por sua vez, cabe a concretização das disposições constitucionais, em virtude da ação do Executivo, ao qual incumbe desenvolver políticas públicas realizadoras de direitos.[65]

Impõe-se ao Judiciário que assuma seu papel como instrumento de efetivação dos direitos previstos pelo constituinte dentro de determinados limites. Tais limites serão aqueles impostos pela ordem constitucional, especialmente os limites orçamentários, devendo atentar para o respeito aos recursos estatais disponíveis[66].

---

[60] "Art. 208: O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria."

[61] CLÈVE, op. cit., p. 151-161.

[62] Conforme referido no item 1.2.

[63] CLÈVE, op. cit., p. 151-161.

[64] CLÈVE, op. cit., p. 151-161.

[65] CLÈVE, op. cit., p. 151-161.

[66] Conforme referido no item 1.1.

CONCLUSÃO

É tempo de concluir. O moderno estado social de direito pressupõe a idéia de um Direito não separado da sociedade e intimamente ligado às suas necessidades, suas demandas.

A Constituição Federal de 1988 garante o exercício do poder do Judiciário ao mesmo tempo em que o limita, buscando harmonizá-lo em relação ao exercício dos Poderes Administrativo e Legislativo.

Ao Poder Público, especialmente ao Poder Executivo, cumpre implementar as políticas públicas previamente deliberadas pelo constituinte e pelo legislador infraconstitucional, segundo critérios valorativos impostos por estes, independentemente de "standards" pessoais do Administrador.

A razoabilidade, a proporcionalidade e a motivação devem guiar o agir do Administrador Público na implantação das políticas públicas delineadas no ordenamento jurídico, a elas não podendo negar eficácia normativa, sob o argumento de não passarem de meras promessas sem um mínimo de eficácia vinculante do agir do Estado.

É preciso derrubar a idéia de violação ao princípio da separação de poderes, quando o Judiciário exige do administrador a implementação de políticas públicas, adaptando o referido princípio à realidade de um Estado Social.

Mister se faz que o Judiciário assuma seu papel como instrumento de efetivação dos direitos previstos pelo constituinte, dentro dos limites impostos pela ordem constitucional, especialmente os limites orçamentários, respeitando os recursos estatais disponíveis.

Entretanto, a escassez de recursos com a qual convive a sociedade brasileira não pode apresentar-se como óbice à implementação pelo Administrador, ainda que progressiva, de políticas públicas. Por outro lado, deve ser reservado ao próprio Administrador o juízo de razoabilidade da exigência de determinado direito, assim como a ponderação das necessidades preeminentes da coletividade em contrapartida aos custos e benefícios na prestação do direito. Mais ainda, deve ser reservada ao Administrador a definição dos meios racionalmente possíveis e adequados para atingir o direito.

No Estado Social de Direito deve haver a reorganização da atividade estatal em função de suas finalidades coletivas, de modo que o indivíduo seja atendido em suas demandas enquanto integrante da sociedade.

É na Constituição Federal de 1988 e na ordem legal que deve ser encontrado o fundamento para a exigibilidade da implantação das políticas públicas, não podendo o Judiciário refutar-se da nobre missão de zelar pelo respeito ao ordenamento jurídico, tampouco ultrapassar os exatos limites por este mesmo impostos.

Nessa esteira, pode-se dizer, parafraseando Montesquieu,[67] que a medida do controle judicial das políticas públicas não é aquela que o juiz determinar, tampouco aquela que o poder público achar a mais conveniente ou oportuna, senão aquela descoberta pelo intérprete em sua atividade criativa, porém vinculada, ainda que não mecânica ou inanimada, incrustada na ordem constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. Revista de Processo, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 110-117, out./dez. 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da "Justiça Constitucional". Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, vol. 20, p. 266, out. 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. Boletim Científico ESMPU, Brasília, ano 2, n. 8, p. 151-161, jul./set. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 86, n. 737, p. 11-22, mar. 1997.

DE AGUIAR JÚNIOR, RUY ROSADO. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. STJ - Dez anos a serviço da Justiça - Doutrina – Edição comemorativa, Brasília, p. 323-347, 1999.

DOBROWOLSKI, Sílvio. A expansão do poder no Estado Social – Aspectos – Idéias para contê-la. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 82, v. 295, p. 145-154, jul./ago./set. 1986.

ENGELMANN, Fabiano. A "judicialização da política" e a "politização do Judiciário" no Brasil – Notas para uma abordagem sociológica. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, vol. 22, p. 193-202, set. 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado de Direito e Constituição. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 11, p. 5-20, jul./set. 1995.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas públicas. A responsabilidade do Administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GARCIA, Maria. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado. Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 4, n.15, p. 64-67, abr./jun. 1996.

MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2002.

QUEIROZ, Cristina M. M. Os actos políticos no Estado de Direito – O problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990.

WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e federação na Constituição Brasileira. São Paulo: Lumen Juris, 2004.

---

[67] Conforme MONTESQUIEU.Do espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 172: "Os juízes da nação não são mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor".

Advocacia da União e Estado de Justiça

Marcus Ronald Carpes

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elegeu expressamente a Advocacia-Geral da União como Função Essencial à Justiça, consagrando-lhe a missão de, no plano contencioso, representar a União, judicial e extrajudicialmente, aí compreendidos os três Poderes, rompendo com a tradição de atribuir essa tarefa ao Ministério Público Federal. Previu, ainda, o legislador constitucional, a função de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Nada obstante a relevante função da defesa do patrimônio do povo, à Advocacia-Geral da União não foram asseguradas garantias constitucionais necessárias ao pleno e independente exercício de suas funções. O objetivo do presente estudo, assim, é a investigação do papel desempenhado pela Advocacia Pública na defesa do interesse da sociedade, notadamente do patrimônio público, bem como a sua importância para a efetiva e permanente observância dos Princípios Constitucionais.

Para tanto, visando ao aprimoramento do trabalho, será necessário limitar o campo de pesquisa à atuação da Advocacia-Geral da União, sem embargo do resultado traçar linhas gerais aplicáveis, por analogia, às outras esferas da Advocacia Pública.

Assim, a partir de uma análise da evolução histórica do Estado, notadamente dos fatos que deflagraram os movimentos político-sociais que conduziriam ao Estado Democrático, este trabalho pretende investigar as razões que levaram o legislador a inserir no texto da Constituição Federal as chamadas *Funcões Essenciais à Justiça*, com destaque para a criação da Advocacia-geral da União.

Nessa linha, a pesquisa pretende averiguar, também, a cadeia de relacionamento entre as Funções Essenciais à Justiça, o papel de cada uma das instituições e as garantias constitucionais previstas para a Advocacia-Geral da União.

1 O ITINERÁRIO ATÉ O ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO

1.1 Antecedentes Históricos

A denominação *Estado*, segundo Dallari[1], é adotada pela maioria dos autores para designar todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros.

A concepção de *Estado Democrático* tem origem no final do século XVII, consubstanciada na afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana. A proteção de tais valores, balizou a forma de organização e funcionamento do Estado. Partindo-se do princípio de que a base do conceito de Estado Democrático é a noção de *governo do povo*, relevante que se faça algumas anotações, ainda que breves, acerca dos antecedentes históricos que levaram à supremacia da preferência pelo governo popular[2].

Nesse sentido, no curso de sua evolução, o Estado assumiu formas que variaram de acordo com as contingências temporais e locais da sociedade. Na Idade Média, prevaleceu a idéia de que a autoridade dos governantes se fundava num contrato com os súditos: o *pactum subjectionis*. Por força disso, o povo se sujeitava a obedecer ao príncipe que, de sua parte, se comprometia a governar com justiça, ficando Deus como árbitro e fiel do cumprimento do contrato. Violada, pelo príncipe, a obrigação de justiça, exoneravam-se os súditos da obediência devida, pela intervenção do Papa, representante da divindade sobre a Terra. No século XVII, Hobbes, no *Leviatã*, e Locke, no segundo *Tratado do governo civil*, desenvolveram a concepção de que a própria sociedade se funda num pacto fixado, ainda que de forma tácita, entre os homens. Posteriormente, às vésperas da Revolução Francesa, a mesma idéia seria difundida por Rosseau, no *Contrato Social*. Tais doutrinas, o presente estudo irá demonstrar mais detalhadamente, resultaram na concepção de que o poder decorre da vontade dos homens e tem um estatuto fixado por estes, que se impõe aos governantes e visa a assegurar a paz (único objetivo para Hobbes) e os direitos naturais (objetivo principal para Locke e Rousseau)[3].

As características da sociedade política medieval[4], a luta contra o absolutismo, deflagraram três grande movimentos político-sociais que conduziriam ao Estado de Direito.

---

[1] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51-52.

[2] DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 145.

[3] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 6.

[4] SOUZA JÚNIOR refere que o Reino Medieval Feudal adotado pela monarquia inglesa dos séculos XII e XIII pode ser descrito apontando-se duas características políticas fundamentais. A primeira e mais visível, era a *fragmentação territorial e social do poder político* entre extensões independentes chamadas *feudos*, porções de terras doadas pelo Imperador aos guerreiros, nobres e validos que se tornavam senhores quase

O primeiro desses acontecimentos é a Revolução Inglesa cuja expressão mais significativa é o *Bill of Rights*, Declaração de Direitos, formulada na Inglaterra em 1689, como decorrência da chamada Revolução Gloriosa de 1688. Sua glória, registre-se, está no fato de que foi uma Revolução feita no espaço das instituições, sem derramamento de sangue, mediante um amplo consenso político alcançado no Parlamento[5]. Introduz-se, com isso, a idéia de representação em oposição a Hobbes, que defende o Estado forte para garantir a segurança.

O segundo, foi a revolução Americana, cujos princípios resultaram na Declaração de Independência das treze colônias, em 1776. Enquanto os textos ingleses, tiveram por finalidade limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia do Parlamento, as Declarações de Direito americanas importaram em limitações ao Poder Estatal, calcadas na existência de direitos humanos naturais e imprescritíveis[6]. O terceiro evento histórico de destaque foi a Revolução Francesa, que, em relação aos demais acontecimentos, destaca-se por universalizar os seus princípios por intermédio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789[7]. As condições políticas da França eram diferentes das existentes na América, o que resultou em dessemelhanças entre uma e outra orientação. A existência de uma grande instabilidade interna na França e a conseqüente necessidade de busca por uma unidade resultou no surgimento de uma idéia de *nação* como centro unificador de vontades e de interesses. As divergências entre Igreja e Estado, de outra parte, ensejaram a Universalização da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, diversamente do que ocorrera na Inglaterra e Estados Unidos[8].

A partir de tais ideais, portanto, consolidou-se a idéia de Estado de Direito como aspiração suprema, sintetizada em três pontos fundamentais: "Supremacia da vontade popular, preservação da liberdade e igualdade de direitos." Tais preceitos, registre-se, influiram diretamente nas transformações do Estado durante o século XIX e primeira metade do século XX, servindo, também, de limite a qualquer objetivo político. A preocupação primordial esteve

---

onipotentes, exercendo sobre as pessoas que nelas viviam as funções de administrador e de juiz. A segunda característica do Reino Medieval, era a *hierarquização da sociedade política* que, em seu conjunto de feudos, apresentava uma estrutura escalonada, de forma piramidal, tecida em uma imensa rede de contratos, pactos e compromissos, escritos e costumeiros, todos, em seu âmago, exprimindo relações de cunho pessoal. No Reino Medieval, nenhum órgão, nenhuma pessoa, exercia propriamente um função legislativa. Não havia lei, na acepção técnica da palavra. O direito emanava espontaneamente nas unidades locais, pela via de práticas, costumes e pactos que refletiam e reforçavam as diferenças e hierarquias sociais existentes. Disso decorria a extrema desigualdade e diversidade do Direito na monarquia medieval, que variava de região, de feudo a feudo, *dificultando as relações inter e supra feudais*. (SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder*: uma nova teoria da divisão dos Poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 20-21 e p. 24).

[5] SOUZA JUNIOR, *O Tribunal Constitucional como poder*, p.46.

[6] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed.. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 142.

[7] DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 147.

[8] DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 150.

sempre centrada na participação do povo na organização do Estado, na formação e na atuação do governo, por se considerar implícito que o povo, expressando livremente sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e a igualdade[9]. Adquire-se, assim, uma compreensão de que o poder decorre do povo e a sua existência se justifica na preservação da liberdade individual e na busca do bem comum. Ferreira Filho[10] anota que, ao Direito, descendente direto e imediato do iluminismo, é confiada, pelo liberalismo, a tarefa de limitar, instituir, organizar e disciplinar a atuação do Poder, sempre resguardando-se o fundamental, aí compreendidos a liberdade e os direitos do homem. O Estado, assim, submetido ao império do Direito, veio a ser chamado, já no século XVIII, de Estado de Direito.

1.2 Estado de Direito Liberal

Fixadas as bases de um Estado de Direito, há uma solução de continuidade com os postulados que vigoravam desde a Idade Média, ensejando a prevalência do império da lei, o Estado de Direito na concepção moderna. Essa supremacia do Direito sobre o público, anota Souza Júnior[11], reside fundamentalmente na tripartição dos poderes, notadamente na independência dos Juízes frente ao Poder Executivo e frente ao Poder Legislativo. Surge o denominado *Estado de Polícia,* cuja função era policiar e cuidar para que os cidadãos respeitassem o patrimônio alheio. Nesse modelo Liberal, ressalta o fato de que o Estado restringia-se a garantir a liberdade contratual de fazer e não fazer o que bem entendesse a sociedade, desde que a lei não fosse violada.

Durante o apogeu do Estado Liberal, ao longo do Século XIX, prevalece a utilização do constitucionalismo como forma de limitar o poder político, resultando no reconhecimento de que o homem é detentor de direitos que são anteriores e superiores ao Estado, e que devem ser respeitados pelo mesmo. Sob a ótica dos sujeitos passivos do Poder, assim, existe um Direito superior, consubstanciado num feixe de liberdades, que preexistem à sua declaração solene e "recobrem o campo da autonomia da conduta individual. Autonomia que é a regra, a qual apenas sofre as restrições estritamente necessárias ao convívio social"[12].

Consagra-se a igualdade de todos os homens, independentemente de credo, posição social ou de outras características. O advento de um Estado-Nação forte e pleno, enseja o fortalecimento da noção de soberania nacional. Surgem os partidos políticos, o sistema de governo representativo e o parlamentarismo. Substitui-se "a instável autoridade do príncipe pela estável autoridade da lei"[13], com a conseqüente subordinação do Estado ao princípio da legalidade e o fortalecimento das garantias individuais frente ao Estado. Ocorre a superação do

---

[9] DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado,* p. 151.
[10] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3-4.
[11] SOUZA JUNIOR, *O Tribunal Constitucional como poder,* p.62.
[12] FERREIRA FILHO, *Estado de direito e Constituição,* p. 4.
[13] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2005, p. 17.

arbítrio pelo direito, originando a clássica distinção dos dois elementos de contenção característicos do Estado de Direito: a *limitação* e o *controle*, impostos ao poder estatal[14]. As normas legais, com o advento do Estado de Direito, ganham essa dupla função: a de *limitar* e a de *controlar o poder do Estado*, de modo a garantir os indivíduos e os grupos secundários por eles instituídos, em face dos excessos e desvios praticados no exercício do poder político[15].

1.3 O Estado Democrático de Direito Contemporâneo

Ocorre que, a partir de meados do Século XIX, o liberalismo, aliado à Revolução Industrial, acabou por gerar imensas desigualdades sociais, o desamparo dos menos favorecidos economicamente. A concepção do Estado como simples espectador dos fenômenos econômicos e sociais, com efeito, permitiu o crescimento de *pólos de poder irrefreados* na sociedade, comprometendo a igualdade de oportunidades entre os indivíduos[16].

Tal situação, resulta no aparecimento do chamado Estado Social de Direito, ou Estado de Bem-Estar Social(*Welfare State)*, ou Estado Intervencionista, como uma busca pela efetiva realização de direitos e garantias até então assegurados somente de maneira formal aos indivíduos. Há um clamor social pela concretização de direitos, observância de normas, que, até então, limitavam-se ao plano formal.

Como alternativa ao *Estado de Polícia*, assim, despontam duas novas formas de organização política: o *Estado socialista*, que, objetivando a igualdade, ainda que com o sacrifício da liberdade, concentra na máquina estatal todos os poderes, visando à dominação dos processos econômicos e sociais; e o *Estado do bem-estar social*, que limita-se a estabelecer mecanismos corretivos, de intervenção e de controle sobre as atividades privadas, "procurando conciliar esta ação com o mínimo de sacrifício das liberdades fundamentais e com as conquistas juspolíticas alcançadas pelo Estado de Direito"[17].

O Estado Social de Direito, conquanto tenha atendido aos anseios das classes oprimidas economicamente, também acabou por gerar distorções, ensejando o aparecimento de alguns regimes políticos totalitários de que são exemplos típicos a Alemanha, a Itália, e, até mesmo, o Brasil no Estado Novo. O Estado de Direito, no século XX, transforma-se num mero *Estado Legal*, que recusa a subordinação do Estado a um Direito a ele superior, ao mesmo tempo que identifica Direito como o comando do Estado[18]. Para este *Estado Legal*, os direitos do homem são os direitos que o Estado lhe quiser reconhecer, sendo irrelevante cogitar acerca do conteúdo de justiça ou injustiça nas leis que são feitas pelo Estado. A Constituição não passa de uma lei, mais alta que as outras, que se estabelece por um

---

[14] MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo*, p. 18.
[15] MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo*, p. 18.
[16] MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo*, p. 18.
[17] MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo*, p. 18.
[18] FERREIRA FILHO, *Estado de direito e Constituição*, p.41.

procedimento mais complexo do que o ordinário. Prevalece, neste *Estado Legal*, o princípio de que a lei dita a conduta dos particulares, é condição e limite de atuação dos órgãos público e instrumento para a realização de objetivos politicamente definidos[19]. No *Estado Legal*, o princípio da legalidade é um mero princípio de disciplina, a condição de legalidade se resume à sujeição ao comando do "legislador". A legalidade se desvincula da justiça, fica adstrita a um objetivo de governo e a supremacia da lei não tem relação com o seu conteúdo, mas sim com a autoridade do órgão que a edita.

Tais fatos, dentre outros, resultaram no declínio do Estado Social e na conseqüente busca de um novo ponto de equilíbrio, prevalecendo o modelo do Estado Democrático de Direito, com a devolução do poder, concentrado no Estado, à sociedade, "consciente de seus interesses e organizada para promovê-los e defendê-los"[20]. Para Lobo Torres[21], o que caracteriza o Estado Democrático de Direito é o fato de "que concilia o Estado Social, podado em seus aspectos de insensibilidade para a questão financeira, com as novas exigências para a garantia dos direitos fundamentais e sociais."

Nesse contexto, a Constituição de 1988, consagrando o *Princípio da Legitimidade*[22], fixa que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição, e estabelece que a República Federativa do Brasil constitui Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político[23].

De outra parte, a Constituição Federal fixa que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário[24], e estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação[25].

---

[19] FERREIRA FILHO, *Estado de direito e Constituição*, p.41.

[20] LOBO TORRES, Ricardo. A metamorfose dos direitos sociais e mínimo existencial. In: DIREITOS fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro; São Paulo, 2003, p.25.

[21] LOBO TORRES, A metamorfose dos direitos sociais e mínimo existencial, p.25-26.

[22] MANOEL GONÇALVES FEREIRA FILHO observa que a legitimidade do governo está em haver sido ele estabelecido de conformidade com a opinião predominante na sociedade sobre a quem cabe o poder. Com efeito, não se confunde, a legitimidade, com a mera legalidade, porquanto o fato de haver sido o governo estabelecido de acordo com as leis vigentes não impede que essas sejam ilegítimas em face do consensus. Nessa linha, é de fato o poder que não tem por si a legitimidade, ainda que revestido de legalidade. O poder se torna de direito, quando alcança a legitimidade. (FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional*, p. 23-24)

[23] Art. 1º, caput, incisos e parágrafo único da Constituição Federal.

[24] Art. 2º da Constituição Federal

[25] Art. 3º, caput e incisos, da Constituição Federal.

2 AS FUNÇÕES DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO

2.1 A Separação das Funções

Segundo Moreira Neto[26], o Estado pode ser definido como sendo uma instituição juspolítica que detém o poder e o exerce sobre pessoas e bens em seu território e onde alcance sua ordem jurídica, para realizar sua destinação.

Por óbvio, não há, nem pode haver, Estado sem poder. O Estado, refere Bobbio[27], assim como qualquer sociedade organizada onde exista uma esfera pública, é caracterizado por relações de subordinação entre governantes e governados, entre detentores do poder de comando e destinatários do dever de obediência, em relações entre desiguais, decorrentes da dicotomia público/privado. O exercício desse poder, contudo, pode ser estruturado de formas diferentes, concentrado nas mãos de um só órgão ou distribuído entre vários órgãos.

A concentração de Poderes, alerta Ferreira Filho[28], vai de encontro à segurança do indivíduo e não se presta a servir a liberdade individual, valor básico da democracia representativa. Exemplo clássico disso é a Monarquia Absolutista. A divisão de Poderes, assim, é um dos processos técnicos mais eficazes na prevenção ao arbítrio.

Os Poderes de Estado, compreendidos como estruturas internas destinadas à execução de certas funções, foram concebidos por Montesquieu no clássico *O Espírito das Leis*[29] que ensejou a chamada Tripartição dos Poderes, concebida como um necessário equilíbrio visando a evitar a supremacia de qualquer deles sobre o outro. Não se trata, pois, de separação de Poderes com divisão absoluta de funções, mas sim, distribuição das funções estatais precípuas entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento.

Hodiernamente, conquanto haja opiniões que consideram superado o conceito clássico de tripartição de poderes, dentre outros motivos pelo surgimento de órgãos constitucionalmente autônomos[30], prevalece na doutrina a concepção de que há uma trilogia de funções no Estado: a legislativa, a administrativa(executiva) e a jurisdicional. Tais funções estão distribuídas entre três blocos orgânicos, denominados "Poderes", os quais absorveriam, senão com exclusividade, ao menos com manifesta predominância, as funções correspondentes a seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e Judiciário[31].

---

[26] MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo*, p. 21.

[27] BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 11. ed.. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 15-16.

[28] FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional*, p.132.

[29] MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis:* as formas de governo: a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo, Saraiva, 1987, p. 164 et seq.

[30] MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo*, p. 22.

[31] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 28-29.

Dentre os critérios utilizados para caracterizar as funções do Estado, podemos destacar dois: a) critério *orgânico* ou *subjetivo*, que identifica a função a partir do sujeito que a produz; b) critério *objetivo* que leva em conta a atividade desenvolvida. Este segundo critério, a seu turno, subdivide-se em dois: 1) critério *material* ou *substancial* - reconhece a função a partir de elementos intrínsecos a ela, que estejam diretamente relacionados com a atividade característica da função[32]; 2) critério *formal* – independentemente da semelhança material existente, as atividades, as funções, podem ser identificadas a partir do tratamento normativo que lhes é dado[33].

Partindo de um conceito *objetivo formal*, tem-se que a função *legislativa* é aquela exercida com exclusividade pelo Estado, visando a inovar a ordem jurídica, por intermédio de normas gerais, geralmente abstratas, com fulcro imediato na Constituição[34]. Função *jurisdicional*, a seu turno, é aquela exercida pelo Estado, também com exclusividade, consubstanciada no ato de decidir controvérsias com força de *coisa julgada*[35]. A função *administrativa* é exercida, de regra, pelo Poder Executivo e seus sujeitos auxiliares e, excepcionalmente, por órgãos de outros Poderes. É a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce mediante comportamento infralegal, ou, excepcionalmente, infraconstitucional, ambos sujeitos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário[36].

Tecendo críticas à classificação tradicional das funções do Estado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho[37] afirma:

> Em realidade, essa tripartição não tem o rigor necessário para ser acatada como científica. De fato, é fácil mostrar que as funções administrativa e jurisdicional têm no fundo a mesma essência, que é a aplicação da lei a casos particulares. A distinção entre ambas pode estar no *modo*, no acidental, portanto, já que substancialmente não existe. Por outro lado, a função legislativa não esgota a edição de regras gerais e impessoais. Tradicionalmente inclui-se na função administrativa o estabelecimento de regulamentos, cujo conteúdo são também regras gerais e impessoais. Cientificamente, parace preferível a classificação de Burdeau (v. Traité, v. 4, n. 186) função *governamental* – consistente em introduzir por primeira vez uma questão no domínio do Direito(manifestação de poder só condicionado pela

---

[32] v.g.: a atividade característica da função legislativa é a expedição de atos gerais e abstratos, ao passo que a atividade administrativa (executiva) se caracteriza por ser *prática* ou *concreta*.

[33] v.g.: a função legislativa pressupõe o poder de, com base na Constituição, inovar a ordem jurídica.

[34] MELLO, *Curso de direito administrativo*. p.33-34.

[35] MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.34. O atributo da *coisa julgada*, registre-se, é caraterística das decisões de última instância, ou, ainda, daquelas contra as quais não tenha havido interposição de recurso

[36] MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.34.

[37] FERREIRA FILHO, 2005, p.134-135.

Constituição) e função *administrativa* (consistente em tomar decisões subordinas em relação àquela). Essa classificação, como se vê, repousa no grau de intensidade do poder estatal manifestado.[38]

2.2 Governo, Funções Política e Administrativa

Alguns autores aludem à existência da denominada *função política*. Tal assertiva tem origem na constatação de que determinados atos não se enquadram, de forma satisfatória, em nenhuma das tradicionais funções do Estado. O professor Moreira Neto[39], todavia, adverte que em vez de se reconhecer a existência autônoma de uma quarta função jurídica do Estado, é preferível que se compreenda essa atividade como uma *qualidade*, ou conteúdo, das "altas escolhas de governo, que poderá existir em maior ou menor grau, qualificando qualquer das três funções." Cuida-se, em síntese, de atos de superior gestão estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõe, sobretudo, decisões eminentemente políticas[40].

É bem de ver, contudo, que os atos em questão, ainda que estejam diretamente relacionados com uma chamada "função política" ou de "governo", em um Estado Democrático, não são imunes ao controle jurisdicional e devem obediência ao Princípio da Legalidade. Vale dizer: conquanto essa escolha de governo tenha uma considerável amplitude, ainda assim, estará *vinculada* ao ordenamento constitucional. A Administração Pública, na forma do Artigo 37 da Constituição Federal, deve obediência ao Princípio da *Legalidade*, diretriz básica do administrador público. Bandeira de Mello observa que o princípio da legalidade importa na completa submissão da Administração às leis. Ao administrador, assim, cabe tão-somente obedecer e cumprir as leis.

O Princípio Administrativo da Legalidade é resultado de séculos de evolução política e tem direta relação com a criação do Estado de Direito, ou seja do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei[41].

---

[38] FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional*, p. 132-133.

[39] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, São Paulo, 2005, p. 25.

[40] MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.35. Como exemplo de atos revestidos dessa *qualidade*, podemos destacar a declaração do estado de sítio, a decretação de calamidade pública.

[41] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 12-13.

Conforme destaca Hely Loppes Meirelles[42] em clássica comparação:

> Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "poder fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim".
>
> Tema muitas vezes tortuoso, notadamente à vista dos interesses envolvidos, o estudo da relação Governo/Administração - atividades que andam juntas e muitas vezes são confundidas - é essencial para que se delimite, na medida do possível, as regras, que devem reger a relação entre os que foram *escolhidos pelo povo para governar* e aqueles encarregados de gerir a *coisa pública*, com responsabilidade técnica e legal.

Assentado na convicção de que Governo e Administração expressam conceitos diversos nos vários aspectos em que se apresentam, Meirelles destaca que, em sentido de comparação, podemos afirmar que governo é atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. Governo é conduta independente; administração é conduta hierarquizada. O Governo comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução; a Administração executa sem responsabilidade constitucional ou política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução. A administração é o instrumento de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo. A Administração tem poder de decisão somente na área de suas atribuições e nos limites legais de sua competência executiva, só podendo opinar e decidir sobre assuntos jurídicos, técnicos, financeiros ou de conveniência e oportunidade administrativas, sem qualquer faculdade de opção política sobre a matéria.[43]

Em emblemático exemplo de que o tema de há muito é controvertido, o Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, ao tratar *das relações da administração com os poderes do Estado,* na sua obra premiada e aprovada por Resolução Imperial de 09 de fevereiro de 1861 para uso das aulas da Faculdade de Direito do Recife e São Paulo - Direito Administrativo Brasileiro, assevera com absoluta atualidade:

> Quanto ao Poder Executivo Governamental, tão intimamente entranhadas são as suas relações com a administração, que muito árduo se torna traçar entre êles a linha divisória. Com efeito, exercidos ambos, em parte, pelos mesmos funcionários, sendo como que o desenvolvimento ou o prolongamento um do outro, a sua ação e influência se entrelaçam e mesclam a ponto de confundirem-se freqüentemente.

---

[42] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 19. ed.. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 82-83.
[43] MEIRELLES, 1994, p. 61.

Em teoria é fácil discriminar as funções políticas e administrativas dos agentes do Poder Executivo (Cap. 1º, § 2º huj.tít.); mas na prática nem sempre se pode determinar quando êles exercem umas ou outras, quando governam ou administram.

Ao govêrno, como poder governamental ou político, compete indicar a direção, inspirar o pensamento geral e imprimir o impulso a todo funcionalismo administrativo, tanto nas relações internacionais como nas internas.

A missão da administração, pelo contrário, é por assim dizer tôda material ou mecânica; compete-lhe organizar os meios práticos, e pô-los em ação, para a realização do pensamento governamental.

Ela deve, pois, ser um instrumento dócil e seguro nas mãos do governo, enquanto êste obra dentro da sua esfera própria. Assim, não deve imprimir nos serviços públicos um impulso contrário ou diverso daquele que o govêrno lhe quer dar; não pode ter um pensamento, uma vontade, que não seja o pensamento e a vontade do govêrno, enquanto este se limita às suas funções de iniciativa, de apreciação e de direção geral.

Aqui, porém, deve parar a subordinação e começar a sua independência.

Quando a administração trata de organizar os serviços públicos, não deve postergar as vantagens dele em atenção às predileções ou antipatias ; quando se ocupa com a execução do preceito legislativo, não deve sofisticá-lo, torcê-lo, ou iludí-lo para comprazer ao sistema preferido pelo govêrno. Quando se acha em presença dos cidadãos, dos seus direitos e obrigações, deve, como verdadeira magistratura, fazer respeitar esses direitos e cumprir essas obrigações, colocando a sua retidão e imparcialidade acima de tôdas as considerações da política.[44]

---

[44] RIBAS, A. J. *Direito administrativo brasileiro.* Brasília: Ministério da Justiça, 1968, p. 55-58.Grifo ausente no original. Anota, ademais, que [...] O sistema de absoluta subordinação da administração à política, entre outros males, traz o de tornar necessária a completa inversão no País oficial, todas as vezes que a mudança de pensamento se faz sentir nas altas regiões do poder. Esta inversão, que é freqüente na União Anglo-Americana e nos países que obedecem aos governos absolutos das democracias puras, repugna com o princípio de estabilidade e permanência, que é uma das bases do regime monárquico, embora modificado pelo elemento representativo nacional.
As destituições em massa dos funcionários e empregados administrativos, além de afetar dolorosamente a sua sorte e a de suas famílias, são prejudiciais ao serviço público, que perde os seus mais experimentados agentes e passa a ser confiado a outros novatos, cujo título principal não é a aptidão profissional, e sim a opinião política."

Administrar, refere Souza Junior[45], é função de serviço. É cuidar de um interesse de que não se é propriamente dono. A administração serve aos três poderes e ao governo do dia. Todavia, está a serviço, antes e acima de tudo, do interesse público que, da mesma forma, deve orientar os demais poderes políticos. A função administrativa, na sua essência, caracteriza-se pela: permanência (ou continuidade), profissionalidade, tecnicidade, imparcialidade, apartidariedade.[46]

2.3 Interesse público

A Administração, em um Estado Democrático, esse compreendido como uma instituição que ao mesmo tempo que cria o direito deve sujeitar-se a ele, alicerçado no fato de que o poder decorre do povo e a sua existência se justifica na preservação da liberdade individual e na busca do bem comum, deve ter presente que está a serviço do interesse público, que é superior aos do governo do momento. O Estado Democrático, necessariamente, há de ter normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua ação, estabelecendo limites às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, bem assim, nas relações com os governados.

A doutrina italiana divide interesse público entre primário e secundário[47]. O interesse público primário, compreendido como o interesse da coletividade, pode ser identificado com o da sociedade, do bem geral, ou da observância da ordem jurídica a título de bem tratar o interesse da coletividade. O interesse público secundário, de outra parte, é aquele do Estado enquanto administração. Com efeito, independentemente do fato de ser encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, que encarnam no Estado enquanto pessoa[48]. Nem sempre o primeiro coincide com o segundo. Caso haja incompatibilidade entre eles, os interesses públicos secundários não são atendíveis. Os interesses secundários do Estado[49], "só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários", isto é, com os interesses públicos propriamente ditos[50].

---

[45] SOUZA JUNIOR, *O Tribunal Constitucional como poder*, p. 89.

[46] SOUZA JUNIOR, *O Tribunal Constitucional como poder*, p. 90.

[47] MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.57-58.

[48] MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.57.

[49] Exemplo do interesse público secundário, consiste na conduta de cobrar tributos indevidos, hipótese que resulta no dever de indenizar, porquanto contrária à ordem jurídica, nada obstante o interesse do governante em sentido contrário. Ao agente público não é dado optar entre interesse público primário ou secundário, na medida em que está adstrito, vinculado, ao interesse público primário.

[50] MELLO, *Curso de direito administrativo*, p.57.

A propósito da necessária[51] prevalência dos interesses primários, públicos propriamente ditos, anota Bandeira de Mello:

> [...] o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles.[52]

O *primado do* público, ensina Bobbio[53], "se funda sobre a contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e sobre a necessária subordinação, até à eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como sobre a irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais." O ilustre filósofo e jurista italiano salienta, a propósito, que, conquanto não se possa colocar no mesmo plano histórico e político todas as teorias acerca do primado do público, a "todas elas é comum a idéia que as guia, resolvível no seguinte princípio: o todo vem antes das partes"[54]. O primado do público, assim, importa em renúncia do indivíduo à própria autonomia, a favor do ente coletivo. Não se cuida de teoria recente:

> Trata-se de uma idéia aristotélica e mais tarde, séculos depois, hegeliana (de um Hegel que nesta circunstância cita expressamente Aristóteles); segundo ela, a totalidade tem fins não reduzíveis à soma dos fins dos membros singulares que a compõem e o bem da totalidade, uma vez alcançado transforma-se no bem das suas partes, ou, com outras palavras, o máximo bem dos sujeitos é o efeito não da perseguição, através do esforço pessoal e do antagonismo, do próprio bem por parte de cada um, mas da contribuição que cada um juntamente com os demais dá solidariamente ao bem comum segundoas regras que a comunidade toda, ou o grupo dirigente que a representa (por simulação ou na realidade), se impôs através de seus órgãos, sejam eles órgãos autocráticos ou órgãos democráticos.[55]

Com efeito, a supremacia do interesse público sobre o privado, o reconhecimento da superioridade do interesse da coletividade, é um pressuposto de uma ordem social estável.

---

[51] Humberto Ávila, em análise crítica do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular anota que: Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.(ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Diálogo Jurídico,* Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 2 ago. 2005).

[52] MELLO, *Curso de direito administrativo,* p. 57.

[53] BOBBIO, *Estado, governo e sociedade,* p. 24.

[54] BOBBIO, *Estado, governo e sociedade,* p. 24.

[55] BOBBIO, *Estado, governo e sociedade,* p. 24.

3 AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO

3.1 A Busca por um Estado de Justiça

Nada obstante a relevância da inovação trazida pelo Constituinte de 1988, a doutrina nacional, conforme destaca Moreira Neto[56], na sua maioria, não se apercebeu do importante trajeto percorrido no *iter* em busca da realização do valor justiça, essa entendida como síntese da *licitude*, da *legitimidade* e da *legalidade*. Nesse sentido, a evolução histórica do conceito de Estado aponta para três conquistas representadas pela sujeição do Estado: à Lei(Princípio da Legalidade) – a *doma do Leviatã* - consubstanciada na transição do Estado Absolutista para o Estado de Direito; à vontade popular(Princípio da Legitimidade); e, por fim, à moral(Princípio da Licitude). Ainda está por vir, contudo, uma efetiva subordinação do Estado à moral: o princípio da licitude, garantia do primado da moralidade na vida pública, conjugado com os demais, é o aperfeiçoamento que falta para a realização do *Estado de Justiça*.

A legalidade e a legimitidade, assim, aliadas ao princípio da licitude, conduzem ao *Estado de Justiça*[57], no ensinamento de Moreira Neto, "aspiração mais ambiciosa do que a realização de um Estado Democrático de Direito, que naquela se contém e com ela se supera"[58]. Às tradicionais funções legislativa, executiva e judiciária, portanto, se alinham aquelas denominadas pela Constituição de *Essenciais à Justiça*.

A observância desse princípio, pressupõe a existência de um sistema tal capaz de materializar a *justicialidade*[59] por intermédio de Instituições legítimas e consolidadas, respeitada, por óbvia, a premissa de que deve haver a maior separação ou especialização possível entre jurisdição, legislação e administração, com inegável vinculação entre a clássica separação de poderes e o Estado de Direito[60]. Bem por isso, rompendo com o Estado ditatorial até então vigente, o constituinte de 1988 consagrou o denominado Estado Democrático de Direito, assentado em uma estrutura organizacional e diretrizes de atuação da administração expressamente previstas na Constituição Federal.

---

[56] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 1, 2001, p.46.

[57] MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p.46.

[58] MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p.48.

[59] Observa FERREIRA FILHO: *Num Estado submetido ao Direito, a atuação do Poder tem como pauta a lei. Obedece ao princípio da legalidade. Entretanto, da legalidade decorre como princípio também a igualdade. E ambos legalidade e igualdade, estão sob o crivo de uma justiça, daí o terceiro princípio, garantidor dos demais, o princípio da justicialidade [...]* (conforme será visto no item 3.3)

[60] FERREIRA FILHO, *Estado de direito e Constituição*, p. 35.

Com efeito, a Constituição Federal, conquanto refira-se ao Estado brasileiro como *Estado Democrático de Direito*, de onde se destacam a *legitimidade* e a *legalidade*, invocando a *licitude*, denota, em mais de um dispositivo, a busca por um *Estado de Justiça*. Nesse sentido, Moreira Neto destaca que: "logo nos Princípios Fundamentais, em seu Título I, se estabelece, entre os "objetivos fundamentais", a construção de uma "sociedade livre, justa e solidária e, no âmbito das relações internacionais, a "prevalência dos direitos humanos e a 'defesa da paz'". Dito isso, destaca, entre outros, os seguintes artigos da Constituição Federal: 1º, III (dignidade humana), 5º, LXXIII (moralidade administrativa); 55, II (perda de mandato parlamentar por procedimento indecoroso); 101 (reputação ilibada como requisito de escolha para o STF); (Artigo Citado, p. 47.)

A busca por esse *Estado de Justiça*, é bem de ver, requer um Estado contemporâneo, mais aberto e dinâmico que seus antecessores, "já não mais é uma torre de marfim, intangível e distante; na qual os três Poderes dividiam entre si as responsabilidades do Governo, *lato sensu*, quando não o *dictat* da juridicidade"[61].

3.2 O Posicionamento Constitucional

Nessa linha, a Constituição Federal previu, no Título IV (arts. 44 a 135), a organização dos Poderes em quatro capítulos assim distribuídos:

Capítulo I – Do Poder Legislativo(arts. 44 a 135);

Capítulo II – Do Poder Executivo(arts. 76 a 91);

Capítulo III – Do Poder Judiciário(arts. 92 a 126);

Capítulo IV – Das funções essenciais à Justiça (arts. 127 a 135).

Assim, com prudente adequação histórica, às três funções tradicionais do Estado foram acrescentadas funções públicas autônomas, independentes e *destacadas* das estruturas dos três Poderes do Estado, denominadas funções essenciais à justiça[62]. É bem de ver que as "funções essenciais à justiça não estão reguladas no Título que trata da Organização do Estado (Título III), ficando, assim, previstas na Organização dos Poderes e não como parte integrante de nenhum deles especificamente"[63].

---

[61] MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p. 51.

[62] MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo*, p. 31.

[63] Em relação ao Ministério Público, dentre as função essenciais à Justiça, há uma ruptura com a tradição de incluí-lo dentro de um dos Poderes. Nesse sentido, a Constituição de 1967, alterando a posição adotada em 1946 colocou o Ministério Público dentro da estrutura do Poder Judiciário (Capítulo VIII – Do Poder Judiciário – Seção IX – Do Ministério Público); posteriormente, por força da Emenda Constitucional nº 1, de 1969 e pela Emenda Constitucional nº 7 de 1977, o Ministério Público foi inserido no Poder Executivo(Capítulo VII – Do Poder Executivo – Seção VII – Do Ministério Público).

Essencialidade à justiça, ensina Moreira Neto, deve ser entendida no sentido mais amplo que se possa atribuir à expressão. Não se trata, portanto, tão-somente de essencialidade à *justiça formal*, prestada pelo judiciário. No conceito, com efeito, estão compreendidas todas as atividades de orientação, de fiscalização, de promoção e de representação judicial necessárias à "zeladoria, provocação e defesa de todas as categorias de interesses protegidos pelo ordenamento jurídico"[64]. A expressão "Justiça" empregada pelo legislador constituinte, para qualificar a essencialidade das funções previstas nos artigos 127, 131, 133 e 134 da Constituição Federal, há de ser interpretada em acepção ampla, para significar não só a atividade típica exercida pelo Poder Judiciário, como também "a justiça abrangente da equidade, da legitimidade, da moralidade"[65].

Nesse escopo - tendo presente que a legalidade e a legimitidade, aliadas ao princípio da licitude, conduzem ao Estado de Justiça[66], indissociável do Estado Democrático de Direito, forçoso concluir - *colocando entre parênteses os pré – juízos*[67], que às tradicionais funções legislativa, executiva e judiciária, se alinham aquelas denominadas pela Constituição de Essenciais à Justiça.

A propósito do tema, discorrendo acerca da isonomia entre carreiras jurídicas, Mário Bernardo Sesta[68] afirma:

> A simples situação dessas carreiras na topologia da constituição, de forma inteiramente nova no constitucionalismo brasileiro, e sua qualificação como 'funções essenciais à Justiça', está a significar que participam da essência da atividade de realização da Justiça.

---

[64] MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo*, p. 31.

[65] FERREIRA, Sérgio A. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1991, v. 3., p.12 apud MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p.49.

[66] MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p.46.

[67] LENIO LUIZ STRECK, ante a constatação de que hoje há uma crise de paradigmas que obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição , afirma: *[...] o sentido da Constituição não pode continuar velado (isto porque, passados mais de treze anos desde sua promulgação, grande parte de seu texto continua inefetivo, portanto, não descoberto). Por isso, para interpretar a Constituição (entendida como o novo, o "estranho" para o jurista dogmático), é necessário, primeiro, tornar transparente a própria situação hermenêutica para que o estranho ou diferente (sinistro) do texto (jurídico-constitucional) posssa valer antes de tudo, isto é, sem que nossos pré-juízos não esclarecidos(tradição inautêntica do direito) exerçam aí sua despercebida dominação e assim escondam o específico do texto. (GRONDIN, 1999, p. 165; GADAMER, 1998, p. 14). Não podemos esquecer, como diz Gadamer (1996, p. 415 et seq.), que toda compreensão começa com o fato de que algo nos interpela. Ou seja, para compreender, temos de pôr entre parênteses os pré – juízos.* (A crise da hermenêutica e hermenêutica da crise: a necessidade uma nova crítica do direito(NCD), (STRECK, Lênio Luiz. A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte, 2003, p. 108-109.)

[68] SESTA, Mário Bernardo. Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas. *Revista Jurídica da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 1, 2001, p.72.

Que significa, afinal, dizer-se que tais ou quais funções são essenciais à Justiça? Significa por certo que, sem seu concurso, justiça não haverá, pressuposto e decorrência que são da escolha constitucional de um perfil moderno de Estado Democrático. Significa a sobrevalorização do interesse público, que se busca alcançar já não só pela pacificação vinculativa na solução das lides, mas ainda por uma especial valorização da custódia da lei; da impessoalidade no aconselhamento preventivo e no patrocínio judicial dos interesses do Estado; na franquia do acesso ao amparo da ordem jurídica em favor dos desvalidos da fortuna.

A enumeração da Advocacia de Estado entre as funções essenciais à justiça é conseqüência das premissas definidoras do Estado de Direito, acolhidas pela Constituição Federal, dando especial relevo ao caráter participativo do modelo democrático[69].

3.3 As quatro funções essenciais à justiça e a sua Natureza

A Constituição Federal, no título IV, capítulo IV, prevê quatro funções essenciais à justiça: a) Ministério Público; b) Advocacia Pública; c) Advocacia Privada; e, d) Defensoria Pública.

A *advocacia privada* é desempenhada por profissionais de direito, legalmente habilitados junto à Ordem dos Advogados do Brasil, mediante contrato, e tem por objeto, ainda que não exclusivamente, a defesa dos interesses individuais, coletivos e difusos da sociedade. A *advocacia pública*, a seu turno, é exercida por profissionais do direito que, além de inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, devem estar investidos em Cargo Público acessível mediante Concurso Público de provas e títulos. Aos Advogados Públicos, incumbe a tutela do interesse público, bem como dos interesses individuais, coletivos e difusos que a ordem jurídica lhe cometer. A Constituição prevê três tipos institucionais de procuraturas, atribuindo a cada uma delas funções consultivas e postulatórias definidas no texto constitucional[70].

Qual a natureza dessas funções? Onde estão situadas na dinâmica dos três Poderes? Toda e qualquer posição que se venha adotar, desde já registre-se, não será pacífica, dada a controvérsia acerca da matéria.

---

[69] SESTA, Mario Bernardo. Advocacia de Estado: posição institucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 30, n. 117, 1993, p. 199.

[70] MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p. 54-55.

Moreira Neto[71], atento ao aperfeiçoamento constitucional que representam a evolução da participação política e as funções essenciais à justiça, demonstra a convergência de tais acontecimentos para a *realização de um Estado de Justiça*. Nessa linha, com brilhante compreensão do momento histórico em que foi gestada a Constituição Federal afirma:

> De um lado, os três Poderes tradicionais, principalmente o Poder Judiciário, têm a seu cargo a correção, e de outro, as funções essenciais à Justiça e à sociedade, cuidam da fiscalização e da provocação. Trata-se de um novo esquema de distribuição de poderes, que, embora mantenha nos Poderes orgânicos o seu mais importante centro de decisão sobre a juridicidade, descentraliza, nas funções essenciais à justiça, nos indivíduos, nas empresas, nas associações e nas instituições privadas, em geral, inúmeras funções de fiscalização e de provocação. Sobretudo, e em última análise, devolve-se ao povo, a fração politicamente ativa da sociedade, a decisão final sobre a legitimidade e a moralidade, pelo exercício da participação democrática.

De outra parte, ao tratar dos Princípios do Estado de Direito, Ferreira Filho[72] destaca a importância do *princípio da Justicialidade*[73] anotando:

> O campo de preferência da justicialidade é a aferição de legalidade. Toda questão de legalidade deve ser resolvida segundo um procedimento litigioso e perante um "juiz". Isto é alguém que há de dizer o direito.[...]
>
> Também se inclui no âmbito da justicialidaede o exame do respeito aos princípio da igualdade. De fato, a verificação de legalidade já de per si importa na tutela da generalidade da lei, o que bem entendido já compreende a igualdade. Mas – insista-se – sendo a isonomia um dos elementos básicos do Estado de Direito, merece tanta garantia quanto a legalidade.

O Juiz, assim, deve aferir se a lei atende às exigências do Princípio da Igualdade, ou seja, se, com justiça, trata igualmente os casos iguais, desigualmente os desiguais. Isonomia, é princípio que também há de ser observado em relação ao Estado, tendo presente que em um regime democrático, diversamente do Estado totalitário onde há oposição, haverá interação entre o ente estatal e a sociedade civil, complementariedade na relação[74].

---

[71] MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p.46.

[72] FERREIRA FILHO, *Estado de direito e Constituição* p. 23, 32-33.

[73] Conforme item 3.1.

[74] RIBEIRO DA SILVA, Walküre Lopes. Institucionalização dos órgãos de advocacia pública. *Advocacia Pública e Sociedade*, São Paulo, v. 2, n. 2, [s.d.], p. 295.

4 AS PROCURATURAS CONSTITUCIONAIS

4.1 Classificação

Para a perfectibilização do Estado de Direito e de Justiça, é imprescindível a existência de uma defesa técnica, porquanto defesa promovida por leigo é o mesmo que ausência de defesa. Nesse sentido, Salvatore Scoca[75] destaca que:

> A concepção de estado de direito como é o Estado moderno, que desenvolve toda a sua atividade no seu campo de atuação e com observância às normas que ele mesmo elaborou e que se sujeita à jurisdição, ordinária ou especial, em igualdade aos cidadãos comuns e das entidades públicas ou privadas, os quais reclamam de terem sido lesados em um dos seus direitos ou legítimo interesse em razão das atividades desenvolvidas pelos órgãos executivos do mesmo Estado, impõe a necessidade de promover adequadamente a sua defesa em juízo.

Partindo da constatação de que, ao longo do tempo, houve uma pluralização de *categorias jurídicas de interesses*[76], como reflexo jurídico da pluralização das fontes e das sedes de poder[77], com a devolução do poder à sociedade, Moreira Netto conclui que multiplicaram-se e especializaram-se as "funções de controle: preventivas e repressivas, fiscalizatórias, postulatórias e corretivas, parlamentares, administrativas e judiciárias"[78]. Como resposta a essa nova e complexa conjuntura, visando a preservar os princípios da igualdade, plenitude do direito de defesa e devido processo legal, houve uma extensão do princípio da *defesa técnica. Defesa técnica*, tenha-se presente, é elemento necessário e inafastável da ampla defesa.

Com efeito, toda e qualquer controvérsia envolvendo interesses que coloquem em jogo a moralidade, a legitimidade e a legalidade, juridicamente protegidas e consideradas *relevantes à justiça* (no sentido amplo da expressão), deve expressar-se *tecnicamente*, na forma legalmente prescrita, "pois só assim a defesa desses interesses se fará em nível aceitável de eficiência,igualando os interessados perante a lei e o Estado[79]." A existência de uma defesa técnica, dessarte, é um pressuposto lógico do respeito ao Princípio da *Justicialidade*, garantia do Estado de Direito, porquanto, conforme o já mencionado escólio

---

[75] SCOCA, Salvatore. A advocacia do estado. *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n.1, 2001, p. 153.

[76] Destaque-se aí a distinção estabelecida, v.g., entre interesses coletivos e os interesses difusos.

[77] MOREIRA NETO anota que, segundo BOBBIO e REALE, essa *pluralização* marca o conceito de *democracia social*, substituindo a idéia de "socialização da propriedade" pela da "socialização do poder". (MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p. 52)

[78] MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p.52.

[79] MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p.52.

do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sendo a isonomia um dos elementos básicos do Estado de Direito, merece tanta garantia quanto a legalidade. Resulta daí que:

> [...] as funções essenciais à Justiça se constituem num conjunto de atividades políticas preventivas e postulatorias através das quais interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais.[80]

A custódia do *interesse público*, nas suas variadas facetas, adequando-se às necessárias especificações e capacitações técnicas, visando a preservar o Estado de Direito e alcançar o Estado de Justiça, desdobrou-se no que Moreira Neto definiu como sendo as *Procuraturas Constitucionais*. Nesse sentido, o referido doutrinador salienta que a constituição cria três tipos institucionais de procuraturas, todas encarregadas das funções essenciais à justiça, e cada uma delas, com atribuições consultivas e postulatórias definidas no ordenamento constitucional (artigos 127, 129, 131, 132, 133 e 134, CF) e infraconstitucional (Constituições estaduais e respectivas leis orgânicas), voltadas a três conjuntos de interesses caracterizados. A partir dos interesses tutelados, portanto, define-se a procuratura constitucional encarregada, dentre as seguintes: "advocacia da sociedade; advocacia do Estado; advocacia dos necessitados."

O primeiro conjunto de interesses engloba, basicamente, dois subconjuntos de relevância: os interesses difusos da defesa da ordem jurídica e do regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput, da constituição), detalhados em rol de funções (art. 129, CF), em relação aberta que pode ser acrescida de outras compatíveis com a finalidade institucional (art. 129, IX). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia da sociedade, e a procuratura que a tem a seu cargo é o Ministério Público, em seus ramos federais, distrital federal e estaduais. O segundo conjunto de interesses são os interesses públicos, assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao Estado, em seus desdobramentos políticos (União, Estados e Distrito Federal). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia do Estado (art. 131, para a União, e 132, para os Estados e Distrito Federal) e as procuraturas que têm a seu cargo são a Advocacia Geral da União (órgão coletivo) e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (órgãos singulares). Por fim, a Constituição prevê um terceiro conjunto de interesses, individuais, coletivos e até difusos, todos qualificados pela insuficiência de recursos daqueles que devam ou queiram defende-los: são os interesses dos necessitados (artigo 5º, LXXIV, da Constituição). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia dos necessitados e a procuratura que a tem a seu cargo é a Defensoria Pública, Federal, distrital federal e estadual (artigo 134, CF).[81]

---

[80] MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p. 52-53.

[81] MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. p. 55.

4.2 Igualdade entre as funções essenciais à justiça

Conquanto as referidas *procuraturas constitucionais* representem, em princípio, conjuntos de interesses que, aparentemente denotam qualificações distintas, há que se ter presente que, nos três casos, estamos diante do mesmo *constituinte*: o interesse primário, público propriamente dito. Essas três procuraturas, assim, estão a serviço da sociedade nas variadas formas que pode assumir. Sociedade e Estado "atuam como dois momentos necessários, separados mas contíguos, distintos mas interdependentes, do sistema social em sua complexidade em sua articulação"[82] . O Estado que se faz Sociedade conduz ao Estado *sem sociedade*, totalitário; a sociedade que se faz Estado nos leva a uma *sociedade sem Estado*, resulta na extinção do Estado[83]. Se é certo que Estado e Sociedade são conceitos diferentes, não é menos correto afirmar que sempre deverá haver compatibilidade dos interesses daquele (interesses públicos secundários) com os da sociedade (interesses primários).

Nesse sentido, desde já se mostra relevante destacar a inexistência de hierarquia entre as funções essenciais à justiça, gozando todas elas do mesmo *status* constitucional, dada a igual importância conferida à defesa dos interesses públicos estabelecidos em lei e cometidos ao Estado (Procuratura da Advocacia Pública) dos interesses difusos, da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis(Procuratura do Ministério Público), e dos interesses individuais, coletivos e até difusos, caracterizados pela insuficiência de recursos econômicos daqueles que os titularizam (Procuratura da Defensoria Pública). Não existe, é importante ressaltar, monopólio da defesa do interesse público.

A Constituição Federal fixou o tratamento isonômico e determinou à legislação infraconstitucional a observância dessa igualdade, dada a essencialidade dessas funções para a existência do Estado Democrático de Direito, consubstanciada na representação judicial e extrajudicial do Estado e consultoria e aconselhamento jurídico da atividade administrativa, garantias contra eventuais arbitrariedades da ação estatal. Não há falar, pois, em maior ou menor relevância, dentre as funções eleitas pela Constituição Federal como essenciais à Justiça. Qualquer manobra neste sentido, aliás, vai de encontro ao Estado Democrático de Direito e um ideal de Estado de Justiça. As funções essenciais à justiça são Órgãos de Estado, identificados com o perfil democrático, participativo, adotado pela Constituição Federal de 1988.

---

[82] BOBBIO, *Estado, governo e sociedade*, p. 52.
[83] BOBBIO, *Estado, governo e sociedade*, p.51.

4.3 Prerrogativas de cada uma das Procuraturas Constitucionais

Com efeito, se desempenham funções essenciais à justiça e estão encarregadas da representação da sociedade nas várias formas que pode assumir, devem contar com as mesmas garantias constitucionais no desempenho das atividades que lhes são próprias. A análise do texto constitucional, todavia, demonstra que, nesse aspecto, houve tratamento diferenciado entre as *Procuraturas*. Nesse sentido, a partir de cada uma das garantias previstas na Constituição Federal, iremos traçar um quadro comparativo a fim de verificar em que condições foi regulada a matéria.

Autonomia Funcional e Administrativa – Essa prerrogativa institucional, inicialmente, foi assegurada tão-somente ao Ministério Público (art. 127, § 2º, da Constituição Federal). Por força da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, foi prevista a autonomia funcional e administrativa às Defensorias Públicas Estaduais (art. 134, § 2º). A Advocacia Pública e a Defensoria Pública da União não contam com esta garantia.

Vitaliciedade - Aos membros do Ministério Público é garantida a vitaliciedade (art. 128, I, *a*, da Constituição Federal), ou seja, a previsão de que somente poderão perder seu cargo por decisão judicial transitada em julgado. Não existe prerrogativa deste teor para os membros da Advocacia Pública e da Defensoria Pública.

Inamovibilidade - Os membros do Ministério Público (art. 128, I, *b*, da Constituição Federal) e da Defensoria Pública (art. 134, § 1º, da Constituição Federal) somente podem ser removidos por iniciativa própria ou interesse público. Não há dispositivo legal na Constituição Federal prevendo esta garantia para os Advogados Públicos.

Dentre as garantias constitucionais, poderíamos destacar, ainda, a irredutibilidade de subsídio que consta expressamente, em relação ao Ministério Público, no art. 128, I, *c*, da Constituição Federal. No que pertine à Advocacia Pública e à Defensoria Pública, conquanto não haja disposição que trate em particular destas carreiras, ao que tudo indica, a irredutibilidade decorre do art. 37, XV, da Constituição Federal.

Uma rápida análise do tema demonstra, à evidência, que à Advocacia Pública não foram asseguradas garantias essenciais para o desempenho de sua função. Ressalta, aliás, o fato de que não houve tratamento lógico e sistemático no trato da matéria. Se essenciais são todas as funções previstas na Constituição como tal, por óbvio, devem contar com as mesmas garantias. Não se justifica o tratamento desigual dado a funções que detém, tanto quanto o Ministério Público, a tutela do interesse público. As evidências de que interesses outros que não o do bem comum, da sociedade, estão a pautar a condução desse assunto ressaltam, por exemplo, do fato de que a autonomia funcional e administrativa da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias do Estado e da Defensoria Pública da União, não constaram no texto final da Emenda Constitucional nº 45. No caso da Defensoria Pública, a omissão é ainda mais patente se levarmos em conta que a prerrogativa só alcança a esfera estadual.

5 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

5.1 Procuratura do Estado e defesa do interesse público

Dentre as funções essenciais à justiça, optou-se por um estudo mais detalhado da Advocacia-Geral da União. O Advogado Público exerce um mandato legal que tem suporte nos princípios que vinculam todas as funções do Estado aos legítimos interesses da Sociedade[84]. A evolução histórica da Advocacia de Estado é reflexo da evolução das instituições estatais, do absolutismo ao Estado Democrático social contemporâneo[85].

No que pertine à Advocacia-Geral da União, releva notar que se trata de inovação[86] levada a efeito pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 131, rompendo com a tradição de a representação judicial da União ser exercida pelo Ministério Público Federal. Conquanto isso possa denotar que a Advocacia Pública surge *a partir* do Ministério Público, uma análise dos aspectos históricos das duas Instituições demonstra que, no que diz respeito à atividade de defesa do Estado, há primasia histórica, tanto da atividade quanto da instituição, em favor da primeira. Nesse sentido, a propósito, o escólio de Mário Bernardo Sesta:

> E não é só isso: é absolutamente inequívoco que o Ministério Público, segundo o ensinamento de seus melhores doutrinadores, decorre de uma especialização da Advocacia do Estado; é filho da Advocacia de Estado, tendo merecido maior destaque em face da incorporação de valores institucionais inerentes ao legado da Revolução Francesa.
>
> Na tradição institucional luso-brasileira, não há a menor dúvida, essa afirmação pode ser feita com base na doutrina do próprio Ministério Público, de que a origem da instituição reside nos "Procuradores da Coroa", erigidos à instância de órgãos permanentes a partir de 1289, sob o reinado de D. Afonso III.

---

[84] MURICY, Marília. O Procurador do Estado e a ética profissional. *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 1, 2001, p.131.

[85] SESTA, Advocacia de Estado: posição institucional, p.190.

[86] Antes da promulgação da Constituição da República de 5 de outubro de 1988 a representação judicial da União (Administração Direta) estava a cargo da Procuradoria-Geral da República e as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo estavam confiadas à Advocacia Consultiva da União, que tinha como instância máxima a Consultoria-Geral da República e era composta pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (no Ministério da Fazenda), pelas Consultorias Jurídicas (nos demais Ministérios, Estado-Maior das Forças Armadas e Secretarias da Presidência da República), pelos órgãos jurídicos dos Gabinetes Militar e Civil da Presidência da República, pelas Procuradorias-Gerais e departamentos jurídicos das autarquias e das fundações federais, e pelos órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União. Exercia parcialmente a representação extrajudicial da União a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, como órgão do Ministério da Fazenda. A representação judicial da União esteve afeta à Procuradoria-Geral da República até o advento da Lei Complementar nº 73, de 11 de fevereiro de 1993, com exceção daquela referente às causas de natureza fiscal que passaram à antiga Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desde a promulgação da Carta Política, por força do art. 29, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT(VALENTE, Maria Jovita Wolney. *Advocacia-Geral da União*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/agu.htm> Acesso em 28 jul. 2005)

> E o que eram os "Procuradores da Coroa"? Eram, antes de tudo, Advogados de Estado. Competia-lhes precipuamente a defesa dos interesses da Coroa, e, ancilarmente, o exercício da acusação pública, quando, desta, pudessem resultar cominações capazes de reverter em benefício do erário real.
>
> Em toda a tradição portuguesa, a defesa judicial do interesse público tem sido organizada juntamente e durante séculos com nítida prevalência da Advocacia de Estado sobre a acusação pública.[87]

No mesmo sentido, José Afonso da Silva anota que foi a Constituição de 1934 que institucionalizou a Advocacia Pública da União, embora com a denominação de Ministério Público, salientando que este, no Império, já exercia as funções de Advocacia Pública, mas, então, as atribuições típicas de Ministério Público, ou seja, de custos legais e da *persecutio criminis*, preponderam sobre as de defesa judicial dos interesses da Fazenda. Na República Federativa, todavia, essa equação se alterou fundamentalmente. A competência penal e sobre interesses privados indisponíveis passou para as Justiças Estaduais e, conseqüentemente, para o Ministério Público dos Estados. Descentralizaram se as funções de Ministério Público, de tal sorte que o Ministério Público Federal se tornou fundamentalmente um órgão de defesa dos interesses da União em Juízo. Não foi sem razão que os membros da instituição se chamaram Procuradores da República. Com a criação de Justiças Federais Especiais, Eleitoral, do Trabalho, pela Constituição de 1946, surgiram ramos do Ministério Público da União junto dessas Justiças, mas o ramo chamado Ministério Público Federal continuou sendo tipicamente Advocacia Pública da União, embora acumulasse também atividades típicas de Ministério Público, especialmente depois da recriação da Justiça Federal de primeira instância.[88]

Conforme destacou Gilmar Ferreira Mendes[89], à Advocacia Pública cabe "operar na redefinição do interesse público sob um paradigma democrático"[90]. Para tanto, afirma que se é o direito a forma própria de manifestação dos atos dos representantes populares, compete à Advocacia Pública oferecer a alternativa técnica para a imaginação institucional e a conseqüente transformação da sociedade brasileira[91]. A propósito disso, Walküre Lopes Ribeiro da Silva observa que apesar de atuar na esfera do Estado, a Advocacia Pública detém informações, conhecimentos úteis não apenas ao Estado mas também à sociedade. Via de conseqüência, o "efeito desejado é a realização do interesse público, não do interesse dos governantes do momento ou de indivíduos ou grupos existentes no meio social." Por ser necessariamente

---

[87] SESTA, Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas, p. 82-83.

[88] SILVA, José Afonso da. A advocacia pública. *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 1, 2001, p.11.

[89] Advogado-Geral da União no período de 31/01/2000 20/06/2002 e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal.

[90] FERREIRA MENDES, Gilmar. Discurso de abertura. In: ENCONTRO NACIONAL DOS PROCURADORES DA AGU, 5., Cuiabá, 2001. [Anais...] Cuiabá, 2001.

[91] FERREIRA MENDES, Discurso de abertura.

ético, objetivando a defesa de valores essenciais, ainda que implícitos nas normas constitucionais ou infraconstitucionais, o papel da Advocacia assume relevância na definição do interesse público[92].

De qualquer sorte, nos parece que o mais importante é o fato de que a Constituição Federal optou por dividir a instituição incumbida da tutela judicial do interesse público. Essa partição de funções, fixemos, é resultado de uma busca pelo melhor aparelhamento da tutela do interesse público. Trata-se, como já afirmado, de uma adequação às necessárias especificações e capacitações técnicas, consubstanciada nas *Procuraturas Constitucionais,* visando a preservar o Estado de Direito e alcançar o Estado de Justiça. Assim, repetindo experiências já adotadas com sucesso em nível estadual[93], a Constituição Federal, por influência do modelo italiano, atribuiu à "Advocacia da União" a *atividade institucional originária,* ou seja, a tutela do interesse público naquilo que diz respeito com os interesses do Estado, remanescendo ao Ministério Público, em suma, as competências acusatória e fiscalizadora herdadas do *modelo francês,* a que se acrescentou a título revitalizador, a tutela dos chamados interesses difusos[94].

A Advocacia-Geral da União é, em síntese, a defensora do patrimônio público, do patrimônio do povo brasileiro, e, como tal, vem desempenhando importante papel para a Nação. Como Função essencial à Justiça que é, consoante já referido, não pode, não deve, estar enquadrada dentro de um dos Poderes. Trata-se de função pública autônoma, independente e *destacada* das estruturas dos três Poderes do Estado, nos termos da Constituição Federal. Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 127:

> [...] A União e os Estados-membros não se confundem e nem se reduzem à dimensão pessoal e político-jurídica do Presidente da República e dos Governadores Estaduais.
>
> O Governador do Estado não pode tomar para si, patrimonializando-se como mera projeção pessoal do Chefe do Poder Executivo, um órgão público concebido pela Constituição local como depositário da magna prerrogativa de representar, em juízo, o próprio Estado – pessoa jurídica de direito público interno. (grifo nosso)

---

[92] RIBEIRO DA SILVA, Institucionalização dos órgãos de advocacia pública, p. 296.

[93] No Rio Grande do Sul, já a Constituição de 1967 previa existência da então chamada "Consultoria –Geral do Estado"(cf. SESTA, Advocacia de Estado, p. 189)

[94] SESTA, Advocacia de Estado, p. 189.

Todavia, na realidade de um País em que o Executivo é o Poder que efetivamente governa, nas palavras de Ferreira Filho[95], é o *árbitro da vida social*, lamentavelmente, a Advocacia-Geral da União vem sendo submetida ao jugo do Poder Executivo. Tome-se como exemplo a atividade de consultoria jurídica que consubstancia garantia de controle interno da legalidade ao mesmo tempo que serve de instrumento visando a coibir a ação de agentes públicos que importem em desrespeito a direitos fundamentais ou lesão ao erário e que, no mais das vezes, só chegam, quando chegam, a ser responsabilizados por intermédio de medidas judiciais repressivas que, não raro, têm se revelado tardias, insuficientes para reparação do patrimônio público, reforçando a sensação de impunidade. À evidência, portanto, se trata de função que demanda independência funcional, na medida em que, conforme o ensinamento de Moreira Neto, vincula[96] a Administração.

Nada obstante, antes de se prestar a reforço da independência, ironicamente, a função de consultoria e aconselhamento ao Poder Executivo vem sendo utilizada como justificativa para o *laço mais forte* existente entre a Advocacia-Geral da União e aquele Poder[97].

---

[95] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, dando destaque à hipertrofia do Poder Executivo, refere: *Essa extensão de tarefas trouxe aumento de prestígio, especialmente porque nas repúblicas o Executivo se tornou desde cedo a cúpula do partido ou da coligação majoritária. Daí resultou que, embora a estrutura constitucional não se modificasse, ainda que o Legislativo conservasse uma preeminência aparente, o centro real do poder político se deslocou para o Executivo. De fato, este se tornou o motor da vida política, a mola do governo, o que, em última análise, veio repercutir no próprio campo legislativo, com a legislação delegada etc.* Mais ainda, tendo em mãos a vida econômica, pelo controle de câmbio, dos meios de pagamento, do fisco, veio o Executivo a transformar-se no árbitro da vida social, cujas opções governam a tudo e todos (FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional*, p.220).

[96] MOREIRA NETO anota que é: Distintamente, observe-se, a consultoria jurídica é uma atividade essencial à justiça, porquanto nela o advogado tem a decisão técnico-jurídica a seu cargo e sob sua plena responsabilidade, direta e pessoal. O consultor jurídico do Poder Público emite uma vontade estatal, como órgão do Estado que é, vinculando-o de tal forma que, se a Administração não seguir o ditame, deverá motivar porque não o faz, sob pena de nulidade do ato (princípio da motivação – art. 5º, LIV e LV, 93, X). Seus pronunciamentos têm, por isso, uma eficácia própria, que é a eficácia do parecer jurídico, no exercício das funções de fiscalização da juridicidade dos atos do Estado, embora possam alguns pender de um visto ou de qualquer outro ato de assentimento para cobrarem exeqüibilidade. Os órgãos da Administração Pública, que têm na ordem jurídica não só o fundamento como os limites de sua atuação, não podem ignorar os pareceres regularmente emitidos pelas consultorias jurídicas dos órgãos da procuratura constitucional que sobre elas atuem, embora possam deixar de segui-los, motivadamente, mas sempre a seu inteiro risco, jurídico e político. (MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p.54)

[97] No site da Advocacia-Geral da União consta anotação da Secretária-Geral de Consultoria, Maria Jovita Wolney Valente do seguinte teor "Teve o Constituinte o cuidado de situar a Advocacia-Geral da União fora dos três Poderes da República, não para que formasse um "quarto poder", mas para que pudesse atender, com independência, aos três Poderes, tendo presente que a representação judicial da União, confiada à nova Instituição, envolveria os três Poderes da República. Também deixou claro que a Advocacia-Geral da União

5.2 A Autonomia e as Garantias Constitucionais como requisito para o pleno exercício de função essencial à Justiça

A Advocacia-Geral da União exerce função essencial à justiça e sua missão institucional pressupõe o exercício de uma Advocacia de Estado, uma Advocacia a serviço da sociedade. Tal como, de resto, toda a Advocacia Pública, a Advocacia-Geral da União não serve ao patrocínio de interesses particulares, não é patrimônio[98] do governante de plantão. Trata-se de uma conquista da sociedade, resultante de sua evolução histórica; garantia da busca por um Estado de Justiça.

Ainda assim, não há uma correta compreensão acerca da importância dessa Instituição. As causas, são variadas, assumindo destaque as seguintes: Em um País que teve Estado, antes de ter tido território e antes de ter tido povo[99], ao observador ressalta uma tendência, muitas vezes estimulada pela mídia, ainda que involuntariamente, a se compreender o Estado como algo completamente desligado da sociedade; um ser autônomo e que, em vez de garante da liberdade, no melhor estilo contratualista, tem função meramente restritiva de direitos; esse ser que habita o imaginário popular não é identificado com o patrimônio público. Trata-se, também, de uma conseqüência dos períodos em que estivemos sob um regime totalitário, época em que o Estado se fez Sociedade conduzindo ao Estado *sem sociedade*. A superação dessa distorcida imagem da Advocacia Pública, portanto, passa por uma constante busca por canais de comunicação com a sociedade; a construção de pontes que despertem a percepção correta desse instrumento de realização do Estado de Justiça, cujo mandato legal, repita-se, tem suporte nos princípios que vinculam todas as funções do Estado aos legítimos interesses da Sociedade.

---

ficaria responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos apenas do Poder Executivo. Portanto, o laço mais forte a unir a Advocacia-Geral da União ao Poder Executivo decorre desses serviços que lhe presta, com exclusividade. Texto extraído do site http://www.agu.gov.br/agu.htm, em 28.07.2005.

[98] Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 127: [...] A União e os Estados-membros não se confundem e nem se reduzem à dimensão pessoal e político-jurídica do Presidente da República e dos Governadores Estaduais. O Governador do Estado não pode tomar para si, patrimonializando-se como mera projeção pessoal do Chefe do Poder Executivo, um órgão público concebido pela Constituição local como depositário da magna prerrogativa de representar, em juízo, o próprio Estado – pessoa jurídica de direito público interno.

[99] SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre, 2002, p. 11.

A despeito das funções exercidas e dos poderosos interesses[100] que muitas vezes tem de confrontar, a Advocacia-Geral da União, carece de garantias mínimas ao exercício de sua missão constitucional. O exercício de tão relevante função exige que aos seus Membros sejam asseguradas garantias e prerrogativas, essenciais ao pleno e independente exercício de suas funções. Essas garantias podem ser divididas em garantias institucionais e garantias aos membros.

A questão das garantias da Advocacia-Geral da União demanda um estudo aprofundado da matéria. Os limites a que se propõe o presente trabalho, todavia, não permitem uma análise a contento com a importância do assunto. Ainda assim, já encaminhando a finalização do presente estudo, não poderíamos deixar de ressaltar alguns aspectos que dizem respeito à autonomia administrativa e funcional, à inamovibilidade, e, por fim, à proibição de se manifestar acerca dos processos que estão sob sua responsabilidade.

No que se refere às garantias institucionais, ressalta a necessidade de que lhe seja assegurada Autonomia Administrativa e Financeira, visando a assegurar a possibilidade de elaboração de sua própria proposta orçamentária, bem como a gestão e aplicação dos recursos que lhe forem destinados. O orçamento centralizado nas mãos do governante do dia, não há como negar, é forte instrumento de pressão sobre os membros da carreira. Não bastasse isso, resulta, como tem demonstrado a realidade, em incalculável prejuízo para a sociedade, na medida em que os cargos deixam de ser preenchidos por força de desmandos governamentais que tornam pouco atrativo o exercício da Advocacia, se comparado com o vencimento pago às demais funções essenciais à justiça. Da mesma forma, a ausência de autonomia administrativa e financeira resulta em falta de capacidade material para acompanhar a constante expansão da Justiça Federal e do Ministério Público.

No campo das garantias dos membros da Advocacia-Geral da União, da mesma forma, uma análise rápida do texto constitucional evidencia que não houve preocupação mínima com as condições de exercício dessa função essencial. Tanto é assim, que nem mesmo a *inamovibilidade* restou assegurada. Não bastasse isso, por força de Ação Direta de Inconstitucionalidade[101] promovida pela Procuradoria-Geral da República, o Supremo Tribunal Federal suspendeu dispositivo da Constituição do Paraná que previa a inamovibilidade dos Procuradores daquele Estado, ao argumento de que o preceito legal em questão fere prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de dispor sobre a movimentação de agentes públicos *no interesse da Administração*. Tal decisão, s.m.j., vai de encontro ao interesse público, razão e fundamento das Instituições democráticas. Explica-se: o Advogado Público,

---

[100] Consta da Mensagem enviada pela Presidência da República ao Congresso Nacional na abertura da 2ª Sessão Legislativa Ordinária da 52ª Legislatura: A atuação judicial da AGU tem sido importante para o equilíbrio da situação econômico financeira do País, à medida que tem obtido substanciais vitórias em ações judiciais movidas contra a União perante diversos Tribunais, uma vez que, em apenas três ações, a AGU evitou um gasto de aproximadamente R$111 bilhões aos cofres públicos.

[101] ADIN 1246-1/PR.

no exercício de suas funções, sempre estará balizado pelo respeito e defesa do interesse público primário, compreendido como o interesse da coletividade, o interesse da sociedade, o interesse do bem geral, ou da observância da ordem jurídica a título de bem tratar o interesse da coletividade. Por óbvio, não pode estar sujeito a eventuais pressões da Administração. O Advogado Público, como bem salienta Sesta[102], no exercício de sua função básica, não fala *ao* administrador *para assessorá-lo*, fala *pelo Estado no processo* em que este for parte, vinculando-o. Via de conseqüência, a *inamovibilidade*, assim como aos integrantes do Ministério Público[103] deve ser garantia dos membros da Advocacia Pública, sujeita tão-somente ao *interesse público*. A Advocacia Pública não atende a interesses setorizados, de determinados grupos, mas interesse que é comum a toda a sociedade e, nessa condição, se sobrepõe aos demais[104].

Causa espécie, outrossim, o fato de que aos membros da Advocacia-Geral da União é defeso prestar esclarecimentos à sociedade acerca do trabalho que estão a desenvolver na defesa do patrimônio público. Isso decorre do artigo art. 28 da LC nº 73/93 (Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências) que estabelece: "Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado [...] III - manifestar-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções, salvo ordem, ou autorização expressa do Advogado-Geral da União."

A carga repressora do dispositivo legal em questão, não bastasse o fato de que contraria evidentemente o art. 133 da Constituição Federal, denota com lamentável evidência, a visão equivocada que ainda está a obstaculizar o efetivo desempenho da Advocacia-geral da União como função essencial à justiça e instrumento na busca pelo *Estado de Justiça*. A Advocacia-Geral da União é uma instituição destinada a, dentro do Estado, servir a sociedade. Essa tarefa, com efeito, pressupõe a capacidade de interagir com a sociedade civil, prestando-lhe conta do trabalho desenvolvido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após essa breve análise, impende sejam feitas algumas considerações, cumprindo destacar, em primeiro lugar, que o estudo das funções essenciais à justiça, sua origem, evolução histórica, posicionamento na Constituição Federal de 1988, demonstra que não existe monopólio da defesa do interesse público; esse é um papel a ser desempenhado por três Procuraturas Constitucionais: Advocacia Pública, Defensoria Pública e Ministério Público.

---

[102] SESTA, Advocacia de Estado, p. 197.
[103] Art. 128, § 5º, I, da C.F.
[104] RIBEIRO DA SILVA, Institucionalização dos órgãos de advocacia pública, p. 296

Nesse sentido, é bem de ver que a evolução histórica da Advocacia de Estado, e a conseqüente previsão da Advocacia-Geral da União no patamar constitucional de função essencial á justiça, ao lado das demais funções do Estado, é reflexo da evolução das instituições estatais, do necessário aprimoramento da tutela do interesse público, em atenção ao princípio da igualdade e visando a preservar o Estado de Direito e alcançar o Estado de Justiça.

Todavia, conquanto exerça funções essenciais ao Estado de Direito, a Advocacia-Geral da União carece de garantias mínimas ao exercício de sua missão constitucional. A concessão de garantias à instituição e seus membros, é providência que vem ao encontro da sociedade, porque é em nome dela que os Advogados da União falam, representando o Estado.

A Advocacia-Geral da União, infelizmente, ainda é muitas vezes confundida com Advocacia do Governo, quando, na realidade, exerce a representação do Estado, fala em nome do ente estatal e vincula a Administração. A superação dessa quadro passa por uma constante busca por canais de comunicação com a sociedade, visando a superar uma equivocada visão de Estado como um ser autônomo, sem relação direta com a sociedade. Há que se trilhar os caminhos necessários ao encontro da sociedade, a fim de despertar a percepção correta desse instrumento de realização do Estado de Justiça, cujo mandato legal, repita-se, tem suporte nos princípios que vinculam todas as funções do Estado aos legítimos interesses da Sociedade.

Na defesa do patrimônio público, a despeito do quadro acima referido, a Advocacia-Geral da União vem desempenhando importante papel para a Nação. Trata-se, pois, de instituição com *crédito*, que já demonstrou sua importância, e que poderá representar ainda melhor o interesse da sociedade no momento em que for dotada de todas as garantias e poderes necessários ao exercício de sua função. A realização de um *Estado de Justiça*, portanto, certamente passa por essa transformação institucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 2 ago. 2005.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 11. ed.. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, São Paulo: Malheiros, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional.* 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. _____. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA MENDES, Gilmar. Discurso de abertura. In: ENCONTRO NACIONAL DOS PROCURADORES DA AGU, 5., Cuiabá, 2001. *[Anais...]*/Cuiabá, 2001.

LOBO TORRES, Ricardo. A metamorfose dos direitos sociais e mínimo existencial. In: DIREITOS fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro; São Paulo, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 19. ed.. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis:* as formas de governo: a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo, Saraiva, 1987.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul,* Porto Alegre, n. 1, 2001.

_____. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2005.

MURICY, Marília. O Procurador do Estado e a ética profissional. *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul,* Porto Alegre, n. 1, 2001.

RIBAS, A. J. *Direito administrativo brasileiro.* Brasília: Ministério da Justiça, 1968.

RIBEIRO DA SILVA, Walküre Lopes. Institucionalização dos órgãos de advocacia pública. *Advocacia Pública e Sociedade,* São Paulo, v. 2, n. 2, [s.d.].

SCOCA, Salvatore. A advocacia do estado. *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul,* Porto Alegre, n.1, 2001.

SESTA, Mario Bernardo. Advocacia de Estado: posição institucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 30, n 117, 1993.

_____. Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas. *Revista Jurídica da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul,* Porto Alegre, n. 1, 2001.

SILVA, José Afonso da. A advocacia pública. *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul,* Porto Alegre, n. 1, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional positivo.* 9. ed.. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil.* Porto Alegre, 2002.

_____. *O Tribunal Constitucional como poder:* uma nova teoria da divisão dos Poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.* Belo Horizonte, 2003.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. *Advocacia-Geral da União.* Disponível em: <http://www.agu.gov.br/agu.htm> Acesso em 28 jul. 2005

A Reforma do Sistema Eleitoral e Questões Subjacentes

Augusto Tergolina Salton

INTRODUÇÃO

A reforma política é um assunto bastante debatido no Brasil atualmente. Estão inseridas nesse debate diversas questões, desde a fidelidade partidária, o financiamento público das campanhas eleitorais ou a extensão do voto facultativo, até a mudança no sistema de governo[1]. Dentre essas matérias, destaca-se uma que tramita no Congresso Nacional há alguns anos e é objeto de inúmeras Propostas de Emenda à Constituição (PECs): a reforma do sistema eleitoral.

Os sistemas eleitorais são o conjunto de regras que disciplinam as eleições, determinando a organização territorial, o procedimento de votação, os critérios de apuração, os requisitos para a designação do ou dos candidatos eleitos[2]. Utilizando-se este ou aquele sistema, uma mesma composição de votos pode produzir resultados muito diferentes. Os critérios que levam os votos populares a eleger esses ou aqueles candidatos são o cerne dos sistemas eleitorais.

Analisando-se as propostas, que em sua esmagadora maioria restringem-se à composição da Câmara dos Deputados, percebe-se que duas são as principais idéias debatidas: a adoção de um sistema distrital ou misto e a manutenção do sistema proporcional. Propostas de menor impacto defendem a mudança da composição da Câmara de Deputados, aconselhando a adoção do sistema majoritário para todo o Poder Legislativo federal. Salienta-se, porém, a discussão entre a idéia distrital e a idéia proporcional. Esse confronto leva a diversas questões, algumas meramente técnicas, outras axiológicas e, até mesmo, ideológicas.

---

[1] Apenas a título ilustrativo, citam-se as Propostas de Emenda à Constituição que tramitam no Senado Federal sob os nºs 31/99, 44/99, 14/2003 – relativas ao voto facultativo – e a de nº 07/2004, propondo a adoção do Sistema Parlamentarista. (Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 9.mar.2005.)

[2] Nesse sentido, SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 367-368.

O objetivo do presente trabalho é analisar criticamente as idéias subjacentes às Propostas de Emendas à Constituição da República que alteram o sistema eleitoral. Para isso, é necessário estudar os diversos sistemas eleitorais. Inicialmente, serão abordados os dois sistemas eleitorais clássicos: o proporcional e o majoritário. Esse primeiro ponto será desenvolvido em três partes: o funcionamento dos sistemas, o teor da PECs que sobre eles versam e um registro das indagações às quais eles levam.

Num segundo momento, será analisado o grupo dos sistemas distritais, no qual se inclui o sistema misto. Também serão abordados o funcionamento desse sistema, o conteúdo das propostas de sua adoção e as questões a ele relacionadas. Por fim, num terceiro tópico, serão sintetizados e analisados os problemas que se antepõem à escolha dos sistemas eleitorais e as questões que decorrem da escolha de um sistema eleitoral.

1 SISTEMA PROPORCIONAL E SISTEMA MAJORITÁRIO

1.1 Conceitos e idéias centrais

O Sistema Majoritário, ou Sistema de Representação Majoritária, tem como critério para definir o candidato eleito o número de votos recebidos por concorrente. Tanto pode ser utilizado em eleições de um só, por exemplo prefeito municipal, nas quais é o candidato mais votado que se elege, como em eleições de vários, por exemplo, para o Senado Federal, em que se elegem os três mais votados de cada ente da Federação[3].

Por sua vez, o Sistema Proporcional, também conhecido como sistema de representação das opiniões[4], só se aplica às eleições para mais de uma vaga[5], como é o caso das casas legislativas. Esse sistema visa a conferir a cada partido um número de cadeiras proporcional ao número de votos obtidos[6], independentemente do número de votos que cada um de seus candidatos receba individualmente. Bastante ilustrativa é a diferenciação elaborada por Paupério:

---

[3] De forma semelhante, SILVA, Curso de direito constitucional positivo, p. 369.

[4] BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 250.

[5] Ferreira Filho salienta, com razão, que o sistema proporcional é inviável inclusive para eleições de poucos. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentário à Constituição brasileira de 1988. e. ed. atual. e reformulada. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 281, e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional 9. ed. ampl. e atual. e reformulada. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 101.)

[6] Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria geral do estado. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 179; DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 191-192.

> É muito comum comparar o governo com uma torta. No sistema majoritário, se a maioria é constituída de 4/7 do total do eleitorado e a minoria de 3/7, fica a maioria com a torta inteira. Não parece justo. Por isso, acham muitos que, nesse caso, deve ser a torta dividida em sete partes, ficando a maioria com quatro e a minoria com três. É o sistema proporcional.[7]

O Sistema de Representação Proporcional possui inúmeras variações nos critérios de proporção e de aproveitamento das chamadas 'sobras eleitorais'. Isso será visto no item seguinte.

Já o sistema majoritário possui apenas duas variações: o majoritário simples, de maioria relativa ou de um só turno, em que basta que o candidato seja mais votado que os outros, independentemente do tamanho da superioridade; e o majoritário de dois turnos ou de maioria absoluta, no qual, caso nenhum candidato obtenha mais que a metade dos votos válidos, realiza-se um segundo turno apenas entre os dois mais votados, ocasião na qual qualquer superioridade será suficiente[8].

O sistema majoritário simples é aplicado nas eleições para senador e para prefeitos de cidades com até duzentos mil eleitores (art. 29, inciso II, da Constituição da República). Nas eleições para presidente da República, governador e prefeito de municípios com mais de duzentos mil eleitores, adota-se o sistema de maioria qualificada (arts. 29, inciso II, 28, caput, e 77 da Constituição da República).

O fundamento do sistema majoritário é que, em decisões democráticas, a vontade da maioria deve prevalecer. E isso é perfeitamente coerente com as eleições para um só, especialmente aquelas em que se exige maioria absoluta ou dois turnos. Entretanto, esse sistema, por vezes, se contradiz quando a eleição é para mais de um cargo ou ocorre em apenas um turno. Partindo do exemplo do Senado Federal, muitas vezes – para não dizer na maioria das vezes – os senadores são eleitos com votos que representam uma parcela do eleitorado menor que a parcela que votou nos outros candidatos, em outras palavras, a minoria se impõe sobre a maioria.

Além disso, o sistema majoritário dificulta aos pequenos partidos a obtenção de cadeiras. Candidatos de agremiações menores não conseguem tantos votos, individualmente, quanto os de agremiações maiores. Acaba que a divisão das cadeiras entre partidos grandes e partidos pequenos se dá de forma desproporcional ao tamanho de seus eleitorados, em prejuízo dos menores. Conforme salientam Streck e Morais, bem como Vicente Barreto, muitas vezes, no sistema majoritário, as minorias ficam sem representação[9].

---

[7] PAUPERIO, A. Machado. Teoria geral do Estado. 6. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 1971, p. 237.

[8] Da mesma forma, FERREIRA, Luís Pinto. Teoria geral do Estado. 2. ed. rev. ampl. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2, p. 647.

[9] STRECK e MORAIS, 2003, p. 178; BARRETO, Vicente. Voto e Representação, in Curso de introdução à ciência política, 1984, p.50.

Basicamente com a intenção de corrigir essa distorção, foi desenvolvido o sistema proporcional, cujo principal objetivo é permitir a representação às minorias[10], não só às minorias, mas a todas as parcelas que tenham força numérica suficiente para participar[11].

1.2 Modalidades de sistemas proporcionais e a solução das sobras

É possível conceber um sistema eleitoral proporcional de diversas formas. Muitas modalidades foram desenvolvidas, dentre as quais se citam: o sistema do voto limitado, formulado por Dobraniki, adotado na Inglaterra (1867-1885), na Itália (1882-1891) e em diversos outros países, inclusive no Brasil (1875-1889); o sistema de voto cumulativo, formulado por Barthélemy-Duez e Esmein; o sistema preferencial, de Hare e Andrae; o sistema de concorrência de listas, divulgado por Hagenbach, Esmein e outros; o sistema automático, de Kaisenberg; o sistema de cociente eleitoral, exposto por Duguit[12].

De todas as modalidades de sistema proporcional, duas se destacam: o sistema do quociente eleitoral e o sistema do numero uniforme. Pelo sistema do quociente eleitoral, que é o adotado no Brasil, o número de vagas a ser preenchido é dividido pelo número de votos válidos. O resultado dessa divisão é o quociente eleitoral. Por esse critério, cada partido elege tantos candidatos quantas vezes sua votação atingir o quociente eleitoral.[13] Nesse sistema, o quociente só é conhecido após o término da votação, pois devem ser descontados os votos inválidos.

O sistema do número uniforme, ou sistema do quociente fixo ou do número único, funciona da mesma forma: a votação de cada partido é dividida pelo quociente e o resultado é o numero de vagas.[14] A diferença, apenas, é que o quociente é estabelecido previamente à eleição. Daí a denominação de número uniforme ou quociente fixo. Conforme já mencionado, o Brasil adota o sistema proporcional de quociente eleitoral por força do disposto no art. 106 da Lei nº4.737/65 – Código Eleitoral.

Independentemente da modalidade adotada, quase sempre sobram votos válidos não aproveitados e pelo menos uma cadeira não preenchida. Eis o problema dos restos ou das sobras.[15] Inicialmente, nas eleições nacionais em que os votos são computados em

---

[10] Nesse sentido, BONAVIDES, Ciência Política, 2003, p. 250-251; STRECK e MORAIS, 2003, p. 179; FERREIRA, 1975, p. 648; DALLARI, 1998, p. 192;

[11] Com a mesma posição, BONAVIDES, citando Prélot e Jeanneau, Ciência Política, 2003, p. 250; AMADO, Gilberto. Eleições e representação. Brasília: Senado Federal, 1999, p. 58 e p. 61-62; FERREIRA FILHO, 1997, p. 281;

[12] MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. 24. ed. rev. e atual. / pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto – São Paulo: Saraiva, 1998, p. 224.

[13] BONAVIDES, Ciência Política, 2003, p. 253.

[14] FERREIRA, op. cit., p. 650.

[15] Corroboram essa afirmação BONAVIDES, Ciência Política, 2003, p. 253-254; e FERREIRA, 1975, p.650-651.

circunscrições – como é o caso das eleições para a Câmara dos Deputados, no Brasil – poder-se-iam adotar dois critérios para computar os restos: somar as sobras de todas as circunscrições e resolvê-las nacionalmente, ou resolvê-las dentro de cada circunscrição.[16] No Brasil, a resolução das sobras ocorre dentro das circunscrições.

Independentemente do espaço geográfico no qual processar as sobras (nacional ou local), faz-se necessário um método para preencher as cadeiras restantes com os votos válidos não aproveitados. As principais técnicas são duas: a do Maior Resto e a da Melhor Média.

Pelo método do Maior Resto, também conhecido como 'Sistema Hagenbach', a cadeira restante irá para o partido que apresentar maior resto.[17] Em outras palavras, ganhará a cadeira aquela agremiação para a qual faltarem menos votos para atingir novamente o quociente eleitoral.

A técnica de Melhor Média computa os votos restantes em favor do partido que tiver a melhor média entre o número de votos recebidos e o número de cadeiras obtidas. Ela teve sua manifestação clássica na fórmula matemática desenvolvida por Hondt, que consiste num complexo cálculo que permite num só cálculo dividir as cadeiras proporcionalmente já aproveitando os restos.[18]

Entretanto, existem outras formas de calcular as melhores médias, como a fórmula adotada no Brasil, pela qual para cada partido se divide o número de votos válidos recebidos pelo número de cadeiras por ele obtidas mais uma,[19] repetindo-se essa operação para as demais cadeiras restantes. Isso está disposto no artigo 109 do Código Eleitoral.

Outros critérios e métodos podem ser desenvolvidos. O fato é que nenhum critério é imune a críticas porque, forçosamente, acabará por salientar um ou outro lado de alguma antinomia – partido *versus* território, partidos pequenos *versus* partidos grandes.[20]

Ainda que existam propostas em tramitação no Congresso Nacional que visem a alterar o funcionamento do sistema proporcional[21], sem, contudo, alterar sua essência, analisar suas particularidades foge da temática deste trabalho no âmbito em que é proposta. Compreendidos, em essência, os sistemas proporcional e majoritário, oportuno analisá-los de forma mais detalhada, a começar pelos projetos que tramitam no Congresso Nacional.

---

[16] BONAVIDES, op. cit., p. 254.

[17] SOUZA, Sully Alves de, Sistemas Eleitorais, in Curso de introdução à ciência política, 1984, p. 82.

[18] BONAVIDES, op. cit., p. 254. Para compreender a fórma de Hondt, consultar CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Teoria do Estado. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958, p. 334 e FERREIRA, op.cit., p. 652.

[19] SOUZA, Sully Alves de, op. cit., p. 81; e BONAVIDES, op. cit., p. 254)

[20] Sobre isso, ler BONAVIDES, Ciência Política, 2003, p. 254.

[21] Citam-se os projetos de Lei Ordinária de nºs 2887/00, 2946/00, 3428/00 e 3949/00, que propõem o voto em listas, em tramitação na Câmara dos Deputados. Disponível em <www.camara.gov.br> Acesso em: 9.mar.2005.

1.3 Propostas de Emenda Constitucional. Alterações propostas e motivação

1.3.1 Propostas de adoção de um sistema majoritário

Tramitam na Câmara dos Deputados as Propostas de Emenda à Constituição de números 108/95, 294/00 e 133/03, pelas quais as eleições para a Câmara dos Deputados passariam a realizar-se pelo sistema majoritário simples, não mais pelo sistema proporcional. A última dessas propostas – PEC 133/03 – indica a mesma alteração na composição da Câmara de Vereadores.

O principal motivo apresentado por essas propostas é as distorções que ocorrem no sistema proporcional. Na forma atual, muitas vezes candidatos de determinado partido são eleitos recebendo menos votos que candidatos de outros partidos que não são eleitos. Outra distorção apontada é que, em alguns Estados, os candidatos precisam de muito mais votos para se eleger do que em outros.

Os partidários do sistema majoritário também defendem que o sistema proporcional desvirtua os partidos políticos quando esses passam a buscar candidatos não mais por suas opiniões, isto é, pela sua coerência com o programa partidário, mas por sua provável votação[22].

1.3.2 Propostas de manutenção de um sistema proporcional

Por outro lado, os partidários do sistema proporcional submeteram à Câmara dos Deputados os Projetos de Lei nº 1137/2003 e 493/03 – aquela em tramitação, essa arquivada – e as PECs de números 179/95, 170/99, 195/00, 196/00 e 485/02 – todas em tramitação. No Senado Federal tramita a PEC 50/99. Todas essas propostas defendem a manutenção do sistema proporcional; elas apenas visam a corrigir as distorções do sistema atual, sem, contudo, alterar sua orientação, ou seja, sua sistemática proporcional. Pretendem corrigir problemas técnicos, mas sem alterar questões substanciais e ideológicas.

Uma análise mais acurada demonstra que o confronto entre esses dois sistemas esconde outras questões além das já apresentadas.

1.4 Questões que surgem do confronto entre o sistema proporcional e o sistema majoritário

Conforme foi visto no ponto anterior, a principal questão que surge do confronto entre o sistema proporcional e o sistema majoritário é a distorção quanto ao número de votos necessários para se eleger.

a) Distorção entre Estados. A primeira distorção causada pelo sistema proporcional é a existência de Estados em que o candidato precisa de muito mais votos para

---

[22] PEC 133/03. Disponível em <www.camara.gov.br> Acesso em: 9.mar.2005.

se eleger do que em outras unidades da Federação. De fato, o sistema proporcional na forma em que se encontra provoca essa deturpação da representatividade[23]. Conforme salientado por autores como Magalhães[24], isso fere a igualdade de voto, positivada no artigo 14, caput, da Constituição da República.

Deve-se, contudo, distinguir dois aspectos da igualdade de voto. De um lado, existe a igualdade formal, facilmente visualizada, que é a afrontada pelo sistema atual. Trata-se da igualdade numérica, absoluta, pela qual, se um candidato de um Estado, por exemplo, precisa de trinta mil votos para se eleger ao Congresso Nacional, não é justo que um candidato de outro Estado precise de, pelo menos, noventa mil votos. Essa distorção faz com que o povo de estados mais populosos seja menos representado que o povo de estados menores; os votos daqueles eleitores valem menos que os votos desses eleitores.

A outra faceta da igualdade, muito mais sutil, é a igualdade na força final do voto, a igualdade na eficácia[25]. Essa igualdade, igualdade substancial, só é obtida pelo sistema proporcional, que permite que todos os grupos sejam representados no tamanho de suas forças, fato que não ocorre no sistema majoritário.

Então, simplesmente substituir o sistema atual por um sistema majoritário significa resolver um problema e criar outro; significa promover a igualdade formal e prejudicar a igualdade substancial do voto. De qualquer forma, para corrigir essa distorção não se faz necessário abandonar o sistema atual, basta aperfeiçoá-lo. E essa é uma questão muito mais técnica (matemática) do que jurídica.

b) Distorção entre candidatos. A outra distorção apontada diz respeito ao fato de candidatos se elegerem tendo recebido muito menos votos que candidatos que não se elegem[26]. De fato isso ocorre. Se o partido A atingiu quatro vezes o quociente eleitoral e um de seus candidatos sozinho trouxe mais da metade dos votos, é bem provável que a quarta cadeira desse partido vá para um candidato que tenha tido uma votação pessoal muito pequena. Paralelamente, é possível que um candidato do partido B tenha uma alta votação, maior que a do quarto eleito pelo partido A, mas seu partido não atinja o quociente eleitoral e ele não se eleja.

---

[23] STRECK, Luiz Streck. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 35.

[24] 'O outro fato importante consiste em lembrarmos a imperfeição do modelo adotado de representação dos Estados na Câmara Federal de Deputados, onde se estabeleceu como número mínimo de representantes por Estados, oito deputados, o número máximo, setenta deputados. Este dispositivo constitucional não permite o cumprimento de princípio constitucional de igualdade jurídica, que se estende aos direitos políticos em sentido restrito para significa[sic] um eleitor um voto. Ao se estabelecer a circunscrição por Estado e se estabelecer número mínimo e máximo sem nenhum critério matemático de proporcionalidade ou de peso de voto, temos que o voto do eleitor de Estado muito populosos[sic] como São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Bahia, vale muito menos que o voto dos eleitores de Rondônia, Roraima, Amapá, Acre, Sergipe.' (MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Debates de direito eleitoral. Belo Horizonte: Movimento Editorial Faculdade de Direito da UFMG, 1997, p. 50)

[25] Essa igualdade é bem desenvolvida por BONAVIDES, Ciência Política, 2003, p. 250-251.

[26] Com a mesma afirmação, MAGALHÃES, 1997, p. 44.

Quanto a essa questão, é oportuno transcrever as palavras do então senador Tancredo Neves:

> Ninguém deve se impressionar com o fato de que, no regime presidencial um deputado tenha 200, 300, 500.000 votos, e outros sejam eleitos com 30.000, 20.000 e até por 10.000 votos, como tem acontecido na vida pública brasileira. Por quê? Porque esse voto pertence ao partido. O partido tem o direito de distribuí-lo. E a lei e o regulamento, de maneira a mais feliz, fazem com que esse voto, que é do partido, seja pelo partido distribuído realmente entre os seus adeptos, entre os candidatos que sob sua legenda pleitearam o voto popular. E não há prejuízo para ninguém. Esses votos, se não fossem realmente subdividos entre os diversos companheiros de chapa do altamente eleito, estariam esterilizados, o que seria uma injustiça, uma calamidade pública [sic].[27]

c) Representação de minorias. Intimamente ligada às questões anteriores está a representação das minorias, ou, de uma forma melhor, a representação das parcelas significativas do eleitorado. Conforme já exposto no item 2.1., o sistema majoritário peca por prejudicar a participação de parcelas menores da população.

Interessante notar, antes de mais nada, que alguns opositores mais afoitos combatem a representação proporcional sob o argumento de que, mesmo que as minorias se façam presentes, a decisão sempre caberá à maioria[28]. Essa assertiva é correta, porém está formulada de um modo por demais simplificado.

Ainda que as questões políticas demandem, forçosamente, uma decisão simplesmente majoritária (Seria um absurdo adotar 70% de uma proposta e 30% da contraproposta), a presença de minorias, de oposição, permite que as questões sejam debatidas com maior profundidade. Presentes, as minorias não podem impor a sua vontade, mas podem debater, negociar, influenciar; ausentes, não podem nada.[29]

Então, pode-se dizer que a discussão teórica acerca da igualdade de voto, em seus dois aspectos formal e material, produz resultados práticos. Porém, a representação de todas as parcelas significativas do eleitorado tem seu custo. Um efeito direto do sistema proporcional é a multiplicidade de partidos, efeito que vai se refletir no funcionamento do governo.

d) Número de partidos. As leis de Duverger. De grande valia foi a observação feita pelo francês Maurice Duverger, tanto que a maioria dos autores a ela se reporta quando

---

[27] Seminário sobre modelos alternativos de representação política no Brasil: realizado na UnB em setembro de 1980, por Afonso Arinos e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. Discurso do então senador Tancredo Neves, p. 133-134.

[28] VEDEL, citado por BONAVIDES, Ciência Política, 2003, p. 252 e DALLARI, 1998, p. 192.

[29] Com posicionamento semelhante, Sully Alves de Souza, Sistemas Eleitorais, in Curso de introdução à ciência política, 1984, p. 80.

trata dos efeitos do sistema eleitoral sobre o número de partidos. Basicamente, o primeiro dos postulados de Duverger ensina que, sob um sistema majoritário de um único turno, a tendência dos partidos é de se organizarem em duas grandes agremiações.[30] Ou seja, eleições majoritárias de um só turno facilitam a concentração de partidos, facilitam o bipartidarismo. Isso é bastante plausível pois, numa eleição dessas, como já foi visto, os pequenos têm muito pouco espaço, muito poucas chances de vitória, e tendem a se agrupar antes mesmo da disputa eleitoral.

Ainda sobre eleições majoritárias, agora de dois turnos, o ensinamento de Duverger (terceira lei) é de que, nessa situação, os partidos terão liberdade para existir em grande número no primeiro turno, mas acabarão por se coligar no segundo turno[31]. De fato, na busca por cargos eletivos, a derrota no primeiro turno não significa frustração total porque associações com outros partidos para o segundo turno podem garantir a participação no governo.

Já sob um sistema proporcional, conforme a segunda lei de Duverger, a organização partidária tende ao multipartidarismo[32]. Isso vai ao encontro do supra exposto, uma vez que, bastando que o partido tenha força eleitoral suficiente (número de eleitores maior que o quociente eleitoral) ele ocupará cadeiras; não há maior necessidade de se coligar. Assim, nesse contexto, é realmente fácil que partidos sejam criados[33].

Muitos autores transmitem a idéia de que o sistema proporcional provoca, necessariamente, uma multiplicação de partidos. Entretanto, como bem salienta Nicolau em estudo minucioso[34], as regras de Duverger devem ser interpretadas como relações de probabilidade ou tendências, não como relações de causalidade absoluta. Prossegue esse estudioso afirmando que, no sistema proporcional, ao contrário do majoritário, os partidos não são levados a se coligar. Assim, havendo outras condições favoráveis e não havendo a barreira do sistema majoritário, os partidos, *provavelmente*, diversificar-se-ão.[35]

Em que pesem as divergências quanto à causalidade necessária ou simplesmente provável, o fato é que, ao observarem diversos países, muitos autores confirmam a validade dessas regras[36]. A facilidade ou a dificuldade para a criação de partidos, as tendências para o multipartidarismo ou para a concentração de partidos e o bipartidarismo acarretam diversos efeitos, seja diretamente, seja indiretamente.

---

[30] Explicando as leis de Duverger, BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de teoria do estado e ciência política. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 135-136.

[31] Conforme exposto por BASTOS, op. cit., p. 135-136.

[32] BASTOS, op. cit., p. 136.

[33] Nesse sentido, BONAVIDES, Ciência Política, 2003, p. 251.

[34] NICOLAU, Jauro Marconi. Multipartidarismo e democracia: um estudo sobre o sistema partidário brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1996. p. 45.

[35] NICOLAU, op. cit., p. 48.

[36] Como exemplo, FERREIRA, 1975, p. 657-658.

Conforme notado por Bonavides[37], facilitado o multipartidarismo, facilitado está o surgimento de novas idéias, mais fáceis são a inovação, a reformulação de idéias e a revisão de conceitos. Outro aspecto trazido por esse autor é que, num sistema proporcional, pela facilidade de criação de partidos políticos, não há muito sentido em grupos ideológicos se manterem na clandestinidade, exercendo pressão dissimulada, pois facilmente podem participar e lutar por cadeiras.[38]

Entretanto, a facilidade de criação de partidos pode levar a situações indesejadas, não só pela possibilidade de, no jogo político, partidos pequenos assumir importância e influência desproporcional à sua representatividade[39], como pela possibilidade de institucionalização de partidos de ideologias extremistas, fundamentalistas, detentores de opiniões que beirem a inconstitucionalidade[40].

Um ponto sobre o qual a organização partidária exerce relevante influência é a governabilidade, assunto que merece um maior aprofundamento.

e) Governabilidade. A existência de poucos ou muitos partidos interfere de diversas formas na vida política de um país. Inúmeras questões inter-relacionadas surgem quando se analisam o bipartidarismo (ou concentração de partidos) e o pluripartidarismo.

Dentre tantas questões destaca-se a influência do número de partidos no funcionamento do governo. Autores referem que, uma vez inclinado à existência de poucos partidos ou o simples bipartidarismo, o sistema majoritário produz governos estáveis, com visíveis e sólidas maiorias, o que facilitaria muito o funcionamento do governo[41]. Em contrapartida, o sistema proporcional, pela multiplicidade de partidos, dificultaria a atividade do governo, tornando as negociações mais complexas, mais morosas.[42]

Entretanto, essas observações não devem ser consideradas como absolutas. Não só porque a organização partidária (entenda-se, aqui, número de partidos) depende também de muitos outros fatores, que não só o sistema eleitoral, como também pelo fato de que a

---

[37] BONAVIDES, Ciência Política, 2003, p. 251.

[38] BONAVIDES, op.cit., p. 251.

[39] A respeito disso, BONAVIDES, op.cit., p. 252.

[40] Sobre isso, BASTOS, 1995, p. 113.

[41] BONAVIDES, op. cit., p. 248

[42] Conforme Azambuja: 'Os Parlamentos eleitos pela R.P. [representação proporcional] segundo as fórmulas mais tecnicamente perfeitas, são Parlamentos sem maiorias, o que torna o governo difícil e a elaboração das leis morosa e desordenada, impossibilitando muitas vezes a adoção de medidas necessárias e de uma orientação definida na atividade dos poderes públicos. Quando, em uma nação, há somente dois ou três grandes partidos políticos, a R.P. funciona com vantagem distribuindo entre eles as vagas sem esfacelar politicamente o Parlamento. Quando, porém, há seis ou oito partidos, o Parlamento se torna um fator de instabilidade, de indecisão e até de perigo para o Estado, cujo governo não dispõe nunca de uma força que o apóie, e fica à mercê de todas as manobras para enfraquecê-lo e derrubá-lo.' (AZAMBUJA, Darcy. Teoria geral do Estado. 42. ed. São Paulo: Globo, 2002, p.342) Também nesse sentido, BONAVIDES, Ciência Política, 2003, p. 252; CAVALCANTI, 1958, p.333-334, e, especialmente, FERREIRA FILHO, 2003, p. 137-139.

qualidade de um governo não se mede apenas por sua agilidade. De qualquer forma, aspectos positivos acompanham a multiplicidade de partidos. Ulysses Guimarães, além de afirmar que o surgimento de partidos num sistema proporcional se dá em número razoável[43], apontava que, existindo opiniões divergentes – e de fato existiam e ainda existem –, muito melhor que participem, tenham voz, do que assumam 'formas subversivas mais perigosas'[44].

Um aspecto negativo é que, se participam do governo muitos partidos, torna-se extremamente difícil identificar a opinião do eleitorado e a orientação ideológica que deveria ser seguida pela maioria que dá o suporte ao governo, bem como manter uma linha política coerente.[45] Nesse aspecto, o sistema majoritário, com sua tendência ao bipartidarismo, facilita a definição da política a ser adotada e, assim, a responsabilização dos governantes pela coerência ou incoerência de seus atos.[46]

Esse problema e outras questões, tais como o comportamento dos partidos, sua estabilidade, sua imagem, demandam um estudo muito mais aprofundado do que cabe no presente artigo. Aliás, a reforma política, que está em discussão, além de abordar o sistema eleitoral, aborda toda a organização partidária.

f) Candidato *versus* partido. Uma outra questão que surge do confronto entre o sistema majoritário e o sistema proporcional é a preponderância do partido ou do candidato na opinião, no desejo do eleitor.

No sistema majoritário, evidentemente, a tendência é que o eleitor se preocupe muito mais com o candidato do que com o partido. Eleito será o candidato, que trará o partido, não o inverso[47].

Já no sistema proporcional, como o voto num candidato de determinado partido ajuda a todos os candidatos do mesmo partido, a propensão é de que os eleitores se preocupem mais com o partido do que com o candidato, ou, pelo menos, dêem muito mais atenção ao partido nesse sistema[48].

Dessa relação entre candidato e partido, derivam outras questões. No sistema proporcional, se, de um lado, o partido passa a ter mais peso, de outro, ele próprio, como um todo, passa a depender mais de seus candidatos. Explica-se: no sistema majoritário, todos os

---

[43] Seminário sobre modelos alternativos de representação política no Brasil: realizado na UnB em setembro de 1980, por Afonso Arinos e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. Discurso do então deputado Ulysses Guimarães, p. 142.

[44] Seminário sobre modelos alternativos de representação política no Brasil: realizado na UnB, em setembro de 1980, por Afonso Arinos e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. Discurso do então deputado Ulysses Guimarães, p. 140.

[45] Nesse sentido, FERREIRA FILHO, 1998, p. 102-103; DALLARI, 1998, p. 192.

[46] Conforme DALLARI, op. cit., p. 191.

[47] Nesse sentido, BONAVIDES, Ciência Política, 2003, p. 248-249.

[48] Da mesma forma, MAGALHÃES, 1997, p. 43; Bastos, 1995, p. 113.

candidatos concorrem entre si, de modo que os partidos, jamais lançam mais que um candidato, porque um prejudicaria o outro; em oposição, no sistema proporcional, quanto mais candidatos o partido tiver, e quanto maior for a votação dos seus candidatos, mais o partido ganha. Assim, num primeiro momento, os candidatos de um mesmo partido concorrem juntos, como uma equipe, contra os candidatos dos outros partidos; apenas num segundo momento – abstratamente falando – é que vão disputar entre si.

Esse fenômeno leva a duas situações: de um lado, permite que os partidos elejam "certas personalidades ou certos técnicos, destituídos de clientela eleitoral, mas cuja investidura é de interesse partidário"[49]; de outro, pode levar os partidos a buscarem candidatos de grande votação, que 'puxarão' os outros, mas que não têm afinidade com a ideologia partidária.[50]

1.5 Síntese do confronto entre os sistemas eleitorais proporcional e majoritário

No embate entre o sistema proporcional e o sistema majoritário destaca-se a questão do papel e da importância dos partidos políticos. Essa é a questão de fundo da qual derivam as demais.

Conforme exposto no item "f", o sistema majoritário, especialmente se de um único turno, tende a reduzir o número de partidos políticos, ao passo que o sistema proporcional favorece o surgimento e a conservação dos mais diversos partidos. Em decorrência, o primeiro dificulta a representação de minorias ideológicas, mas favorece o ato de governar; em oposição, o segundo permite a participação de um maior número de correntes políticas, mas sob o risco de prejudicar a governabilidade.

2 SISTEMA DISTRITAL: MÉRITOS E DEMÉRITOS DESSA CONCEPÇÃO

O sistema distrital acrescenta um aspecto novo na configuração do sistema eleitoral: o aspecto geográfico. Se, até então, a questão girava em torno dos critérios de eleição, maior número de votos ou número suficiente de votos, agora, passa a importar *onde* se dá o voto.

O sistema distrital não necessariamente se opõe aos sistemas majoritário e proporcional (esses, sim, opostos); soma-se a eles. Vigorando o sistema distrital, os eleitores estão vinculados a áreas geográficas delimitadas, os distritos, só podendo votar em candidatos dessas áreas. Em outras palavras, "o colégio eleitoral é dividido em distritos, devendo o eleitor votar apenas no candidato de seu respectivo distrito".[51]

---

[49] BONAVIDES, op. cit., p. 251.
[50] De forma semelhante, MAGALHÃES, op. cit., p. 43-44.
[51] DALLARI, 1998, p. 192.

Uma distinção deve ser feita entre voto distrital e sistema distrital, para que não se utilize uma mesma expressão para objetos diversos.[52] Sob o regime do voto distrital, os eleitores só podem votar nos candidatos inscritos numa determinada área territorial, os distritos.

No sistema distrital, além de o voto ser distritalizado, cada um dos distritos tem um número certo de cadeiras a receber, independentemente do resultado da eleição.[53] A vantagem do sistema distrital é que os distritos não correm o risco de ficar sem representantes.

O simples voto distrital, desacompanhado do sistema distrital, dependendo do resultado, pode deixar distritos sem representação, simplesmente porque os candidatos mais votados dos partidos proporcionalmente mais votados podem estar concentrados em poucos distritos.

Atualmente, as eleições para o congresso Nacional submetem-se ao regime do sistema distrital (voto distrital + sistema distrital). Os eleitores só podem votar nos candidatos inscritos em seu Estado (distrito), e cada unidade da Federação possui um número de cadeiras independentemente do resultado da eleição.[54]

As PECs que defendem o sistema misto, pretendem intensificar a divisão territorial, dividindo os Estados em distritos eleitorais menores. Pode-se dizer que o atual sistema distrital implantado é fraco porque não atinge seus objetivos. Por essa razão, é comum falar (ainda que erroneamente) que não existe sistema distrital no Brasil. Existe, sim, mas apenas nas eleições para o Congresso Nacional e com distritos muito amplos – os estados-membros.

Conforme Magalhães, o sistema distrital transfere o poder político para as bases locais, aproxima os representantes dos representados e evita a concentração de poder em determinados grupos.[55] Outra vantagem desse sistema é o menor custo da campanha.[56] Por sua vez, para os detratores desse sistema[57], no âmbito restrito dos distrito seria muito mais fácil aos poderosos economicamente exercer sua pressão. A pessoa dos candidatos se beneficiaria em detrimento dos partidos[58] e facilitaria a perpetuação de 'caciques políticos' ou 'oligarquias locais' no poder.[59]

---

[52] Essa distinção é trazida por CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O que é voto distrital. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 13 e p. 50.

[53] CUNHA, op.cit., p. 13.

[54] Para facilitar a leitura, serão utilizadas as expressões "voto distrital", para significar esse regime de votação desacompanhada de sistema distrital, e "sistema distrital", para significar o voto distrital conjugado com o sistema distrital.

[55] MAGALHÃES, 1997, p. 47-49. Segundo Cunha, estando mais próximos representantes e representados, em tese, seria mais fácil policiar a corrupção. (1991, p. 33)

[56] DALLARI, 1998, p. 194.

[57] Conforme mencionam DALLARI, op. cit., p. 194; Seminário sobre modelos alternativos de representação política no Brasil: realizado na UnB em setembro de 1980, por Afonso Arinos e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. Discurso do então senador Tancredo Neves, p. 135; BONAVIDES, Teoria do Estado. 4. ed. rev. e ampl.São Paulo: Malheiros, 2003, p. 259.

[58] BONAVIDES, op. cit., p. 259

[59] CUNHA, 1991, p.24 e ss.; DALLARI, op. cit., p. 194; BONAVIDES, op. cit., p. 259.

2.1 Possibilidades oferecidas pela idéia distrital

Ao se acrescentar o elemento territorial nos sistemas eleitorais, pode-se propor três novas sistemáticas de realização das eleições: o simples voto distrital, o sistema distrital puro e o sistema distrital misto. [60]

2.1.1 Voto Distrital

O simples voto distrital – em que o número de representantes de cada distrito dependerá do resultado da eleição – é defendido por Sérgio Sérvulo da Cunha. Como menciona o autor, a adoção dessa sistemática é suficiente para aproximar o eleitor do candidato, tornar a eleição menos dispendiosa e diminuir a competição interna nos partidos. Sem falar que não inviabiliza um sistema proporcional, permitindo a eleição de minorias.[61]

Entretanto, o defeito potencial desse sistema é exatamente o bandeira dos defensores dos sistemas distritais. Por mais que haja uma maior vinculação entre os candidatos e os eleitores, não há garantias de que cada distrito efetivamente eleja ao menos um representante. Os candidatos mais votados dos partidos que conquistam as cadeiras podem estar concentrados em poucos distritos. Ao que tudo indica, o voto distrital perde sentido quando contraposto ao sistema distrital misto, antes, porém, cabe abordar o sistema distrital puro.

2.1.2 Sistema Distrital

A principal razão de se acrescentar o aspecto territorial na sistemática das eleições é o fato de que muitas regiões, seguidamente, ficam sem representantes a elas diretamente vinculados.

Na configuração do sistema distrital, pode-se estabelecer que os distritos elegerão, cada um, apenas um candidato, ou, ao inverso, cada um, dois ou mais candidatos. Os primeiros são os chamados 'distritos uninominais', que estão representados por apenas um candidato; os segundos são os 'distritos plurinominais', com mais de um representante.

Evidentemente, sob distritos uninominais, a eleição só poderá se dar pela forma majoritária. Nesse caso, estarão presentes os defeitos intrínsecos do sistema majoritário, principalmente a dificuldade de representação de minorias ideológicas.[62] Sob distritos

---

[60] Em termos teóricos, podem-se conceber oito configurações de sistemas eleitorais: voto não-distrital e sistema majoritário; voto não-distrital e sistema proporcional; voto distrital e sistema não-distrital e sistema majoritário; voto distrital e sistema não-distrital e sistema proporcional; voto distrital e distritos uninominais com sistema majoritário; voto distrital e distritos plurinominais com sistema majoritário; voto distrital e distritos plurinominais com sistema proporcional; voto misto. Neste trabalho são abordadas apenas as configurações que têm sentido prático e possuem defensores.

[61] CUNHA, 1991, p. 15-18 e 24.

[62] Nesse sentido: DALLARI, 1998, p. 195; CUNHA, 1991, p. 16 e 24 e ss.

plurinominais, em tese, seria possível o sistema proporcional. Entretanto, conforme já visto (item 2), o sistema proporcional não atinge seu objetivo principal, que é universalizar a representatividade, se forem poucos os cargos a eleger. Tanto é assim que as propostas de emenda constitucional que defendem o sistema distrital defendem-no conjugado com o sistema majoritário, não com o proporcional.

Entretanto, conforme já referido, distritos plurinominais são pouco viáveis. Em primeiro lugar, porque tornam a eleição muito complexa e trabalhosa; segundo, porque há um conflito entre a proporcionalidade e a representatividade territorial. Para que possibilitem um sistema proporcional efetivo, os distritos têm de ser muito grandes, o que permite que cidades dos distritos fiquem sem representantes, diminuindo os benefícios da distritalidade.

Assim, na maioria das vezes em que se fala em sistema distrital, subentendem-se distritos uninominais. Porém, esses distritos não dificultam o sistema proporcional. Eles o impedem por completo. Com base nisso, desenvolveu-se a idéia do sistema distrital misto.

2.1.3 Sistema Misto

Tendo em vista que o sistema distrital puro inviabiliza o sistema proporcional, desenvolveu-se um híbrido, que misturasse o sistema distrital com o sistema proporcional. Eis o sistema misto, ou sistema distrital misto. O grande mérito desse sistema é permitir a coexistência do sistema proporcional com o sistema distrital. Dessa forma, supostamente, estaria garantida a representatividade de todas as parcelas ideológicas, bem como das parcelas territoriais dos eleitores.

Por esse sistema, uma parte das cadeiras é distribuída entre os distritos individualmente e a outra é mantida para toda a circunscrição eleitoral, os distritos conjuntamente.[63] Ocorre uma mistura do voto/sistema distrital com o voto/sistema não distrital. Assim, o eleitor passa a ter dois votos: um para candidatos de seu distrito, que se elegerão pelo sistema majoritário; outro para candidatos comuns a todos os distritos, que se elegerão pelo sistema proporcional. Conjugados assim estariam todos os sistemas eleitorais, no intuito de preservar os benefícios de cada um.[64]

Essa modalidade de sistema distrital é objeto do maior número de Propostas de Emenda à Constituição.

2.2 Propostas de Emenda à Constituição que adotam a idéia distrital

a) Sistema distrital puro: o sistema distrital em sua forma simples é objeto do Projeto de Lei 493/2003, que tramita na Câmara dos Deputados. Na mesma casa, encontram-se duas Propostas de Emenda à Constituição, sob os números 443/97 e 498/02, com a mesma matéria.

---

[63] MAGALHÃES, 1997, p. 51; SILVA, 2004, p. 375.

[64] Teoricamente, ainda seria possível conceber um sistema misto com distritos plurinominais. Entretanto, não é uma idéia a ser levada a sério porque não colhe os benefícios de um sistema nem do outro.

O Projeto de Lei 493/2003 propõe a adoção de circunscrições – distritos – com oito deputados, eleitos sob o sistema proporcional. Pretende subdividir as atuais circusncrições estaduais que já possuem mais que oito deputados. Em suas razões, esse projeto firma seu compromisso com o sistema proporcional e argumenta com a facilidade que haverá nas campanhas políticas em que as distâncias a serem percorridas pelos candidatos serão menores.

Se, por um lado, essa proposta pode viabilizar o sistema proporcional, por outro, dado o tamanho dos "distritos", ela permitirá que regiões de um distrito fiquem sem representantes diretos.

b) Sistema distrital misto: juntamente com as propostas que mantêm o sistema proporcional, esse sistema é objeto do maior número de Propostas de Emenda à Constituição.

Estão arquivadas no Senado as PECs de números 43/96, 42/98 e 47/99; na Câmara, as de números 16/89, 27/91, 89/91, 168/93 e 433/96, bem como o Projeto de Lei número 4/95.

Tramitam, apenas na Câmara dos Deputados, as propostas de números 10/95, 28/95, 168/95, 181/95 e 289/95, todas defendendo um sistema misto com parte das cadeiras escolhidas sob o sistema majoritário em distritos uninominais e parte sob o sistema proporcional.

É possível conceber, teoricamente, outras configurações de sistema misto, entretanto, na prática, perderiam seu sentido de ser. Qualquer sistema misto em que as cadeiras relativas à circunscrição comum a todos os distritos não sejam preenchidas pelo sistema proporcional simplesmente não tem sentido prático. Adotar o sistema proporcional em distritos e na circunscrição comum, além de tornar muito complexo e esbarrar na pouca compatibilidade do sistema distrital com o proporcional, tiraria a necessidade do voto misto, posto que o sistema proporcional já seria adotado.

Por óbvio, então, quando se fala em sistema misto, entende-se voto majoritário nas circunscrições, e proporcional nos distritos. E o principal argumento encontrado nas propostas em tramitação é a soma dos benefícios dos sistemas distrital e proporcional.

2.3 Síntese do embate entre as três idéias distritais

O ponto pacífico entre as três modalidades distritais é a aproximação dos eleitores com os candidatos. E isso está no alcance de todas elas.

Entretanto, há uma defesa muito forte para não apenas aproximar candidato e eleitor, mas também vincular cada candidato a uma região geográfica, a um distrito. Em outras palavras, são bons os argumentos para assegurar participação eleitoral a todas as áreas territoriais. Com isso, busca-se garantir representatividade a todas as parcelas do eleitorado. Porém, enquanto o sistema proporcional divide o eleitorado em grupos ideológicos, o sistema distrital divide-o em regiões território (uma ou mais cidades).

Esse segundo estádio, de representatividade efetiva das parcelas territoriais, só estará garantido quando além do voto distrital, adotar-se o sistema distrital.

Contudo, o sistema distrital entra em cena ofuscando o sistema proporcional. Estabelece-se um novo conflito: representatividade das parcelas ideológicas do eleitorado *versus* representatividade das parcelas regionais do eleitorado. Essa é, no entendimento deste estudo, a grande questão a ser decidida na reforma do sistema eleitoral.

Oportuno, agora, revisar a reforma do sistema eleitoral como um todo.

3 DA ESCOLHA DA PROPOSTA DE REFORMA DO SISTEMA ELEITORAL

Da reforma política que tramita no Congresso Nacional, a parte que diz respeito à reforma do sistema eleitoral de composição da Câmara dos Deputados concentra-se sobre quatro grupos de Propostas de Emenda à Constituição da República.

Num primeiro grupo estão as proposições que defendem reparos nos sistema atual, porém mantêm a proporcionalidade na atribuição de cadeiras; um segundo grupo, visivelmente minoritário, sugere a adoção de um sistema majoritário, nos moldes do adotado para o Senado Federal; o terceiro grupo, também minoritário, abrange as propostas de adoção de um sistema distrital puro; por fim, o quarto grupo, maior e mais forte, propõe um sistema distrital misto.

Se o sistema eleitoral não influenciasse nem sofresse influência de outras questões da reforma política e pudesse ser escolhido de forma individualizada, o problema não seria muito difícil de resolver; bastaria resolver duas questões fulcrais.

A primeira delas é sobre a necessidade ou não da adoção de critérios proporcionais, em outras palavras, dimensionar o valor do sistema proporcional. Tendo-se por imprescindível essa sistemática, restringem-se as opções de escolha à manutenção do sistema atual ou ao sistema misto; relativizando-o, abrem-se as vias do sistema distrital puro e do sistema majoritário.

No que diz respeito à idéia distrital – a segunda questão –, é necessário debater os benefícios da divisão territorial, e, com isso, dimensionar o valor da distritalização.

Da ponderação dos resultados das avaliações, resultará a indicação de uma da propostas existentes. A partir daí, restariam apenas questões técnicas de operacionalidade e equilíbrio do sistema eleitoral.

Entretanto, a escolha deste ou daquele sistema influencia e é influenciada por inúmeras outras questões. Dessas questões, uma aparenta ser prejudicial – no sentido processual de ter de ser resolvida por primeiro – a qualquer abordagem sobre o sistema político. Trata-se da natureza do mandato político, ou, em outras palavras, do papel e do fundamento da representação, que pode variar de casa para casa e é diferente entre os poderes. Inicialmente,

isso remete à velha dicotomia entre mandato imperativo e mandato livre, que, atualmente, seria mais coerentemente apresentada como uma diferenciação gradativa entre a maior e a menor liberdade de atuação do representante perante a vontade do eleitor. Isso vai refletir diretamente noutro ponto discutido na reforma política: a revogação dos mandatos.

Ainda no que diz respeito ao mandato político, cabe definir se o voto do eleitor é dado à pessoa do candidato ou ao partido do candidato; cabe definir se quem tem direito à cadeira é o candidato ou o partido. Esse ponto literalmente influencia e é influenciado pela escolha do sistema proporcional. Por sua vez, relaciona-se intimamente com outro ponto da reforma política, a chamada 'fidelidade partidária'.

Superada essa questão, cabe definir o alcance do disposto no art. 45 da Constituição da República, ao definir os deputados como representantes do povo. Cada deputado representaria o povo como um todo indistinto, ou o conjunto de deputados representa o povo por inteiro, mas cada deputado está mais relacionado a uma fração do povo[65]? A resposta a essa questão irá dizer se os deputados federais representam os interesses nacionais ou locais, o que é fundamental para se determinar a validade de um sistema com critérios distritais.

Também deve ser questionado se os grupos de eleitores a serem representados devem ser identificados por suas ideologias ou por suas localizações geográficas.

Por fim, resta outra questão relevante: os partidos. A começar pela identidade dessas agremiações políticas. Assunto corrente, a reforma partidária passa por uma definição das reais diferenças ideológicas dos partidos e de suas efetivas propostas políticas. Novamente é uma questão intimamente ligada ao tema desse trabalho, pois, conforme já visto, os sistemas eleitorais influenciam no número de partidos existentes.

As questões expostas e a relação existente entre elas evidenciam a necessidade de uma abordagem ampla e cuidadosa da reforma do sistema eleitoral, a qual considere os outros aspectos do sistema político. Tanto melhor será o desfecho da reforma política e do sistema eleitoral quanto mais claras e coerentes forem as respostas dadas aos problemas citados.

O número de partidos e o grau de liberdade dos representantes frente aos eleitores e seus partidos influenciam diretamente o funcionamento do governo, a governabilidade[66]. Mas, mais do que isso, a sensação de estar representado e a efetiva participação política dos eleitores são a melhor garantia de estabilidade social.

---

[65] Relacionado com uma parcela do povo não só de fato, como já o é, mas também de direito.

[66] Sobre a relação entre partidos políticos, ver, especialmente capítulo três, de SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha de. Consenso e Tipos de Estado no Ocidente. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.

CONCLUSÃO

Dois são os sistemas eleitorais clássicos.

Pelo primeiro, baseado na sistemática da tomada de decisões, vencem os candidatos com maiores votações. Trata-se do sistema majoritário.

No segundo, em que o objetivo é garantir representatividade à todas as parcelas (ideológicas) significativas do eleitorado, as cadeiras são distribuídas entre os partidos na proporção de suas votações, sendo que não necessariamente os candidatos mais votados é que se elegem. Eis o sistema proporcional.

Um terceiro fator pode ser acrescentado: a divisão do território em distritos eleitorais. Seja por simples vinculação dos eleitores aos candidatos de seu distrito (simples voto distrital), seja por garantir um número de cadeiras a cada distrito (sistema distrital puro), ou, ainda, por atribuir uma parte das cadeiras individualmente aos distritos e outra ao conjunto como um todo (sistema distrital misto).

A escolha de um sistema eleitoral, se pudesse ser realizada isoladamente, começaria pela permanência ou abandono da idéia de proporcionalidade e acabaria na valoração da representação vinculada a parcelas da população territorialmente distintas.

Entretanto, o sistema eleitoral está intimamente relacionado diversos fatores, condicionando-os e sendo condicionado por eles. Assim, a definição do sistema eleitoral deve vir acompanhada de uma visão do todo político, a reforma no sistema eleitoral deve harmonizar-se com os institutos políticos atuais ou vir acompanhada de um projeto geral e sistemático de reforma política. O sistema eleitoral não pode, de modo algum, ser escolhido de forma isolada e não sistemática.

O sistema político, no qual se insere o sistema eleitoral, é como uma complexa engrenagem, em que o ajuste de uma mola pode desregular outra ou emperrar o mecanismo se não for acompanhada do ajuste de outras peças e da constante manutenção do todo.

A opinião do autor

A reforma política, encarada em seu conjunto total, deve ter dois objetivos fundamentais: a) procurar conferir maior legitimidade política aos representantes e à atuação como representantes, isto é, tornar a democracia ainda mais democrática no sentido de maior legitimidade; b) melhorar o funcionamento do sistema, tornando-o mais eficaz, de modo a propiciar uma governabilidade mais produtiva e eficiente.

Os pontos específicos da reforma política dirigem-se mais a um ou a outro dos objetivos fundamentais. A uma primeira vista, a reforma do sistema eleitoral, objeto deste estudo, está mais relacionada com a legitimidade da representação política. Entretanto, ainda que as questões específicas se atenham mais a esse determinado ponto, nenhuma delas pode desconsiderar o necessário equilíbrio entre legitimidade e operacionalidade.

Apesar das conclusões atingidas pelo presente trabalho, pelas quais se evidenciou que a reforma do sistema eleitoral está tão relacionada a outras questões que não se pode pretender decidi-la isoladamente, faz-se necessária a tomada de um posicionamento em relação ao presente estudo, como forma de iniciar o debate da reforma política.

Sem pretensões de definitividade e ciente das opiniões divergentes de renomados autores, sugere-se o sistema distrital puro, com distritos uninominais e sistema majoritário de dois turnos para a composição da Câmara de Deputados e das Assembléias Legislativas. Esse posicionamento fundamenta-se em três motivos.

Primeiro, a falácia do sistema proporcional na conjuntura hodierna.[67] Propagandeado como meio de acesso às minorias, ele serve muito mais aos partidos como agremiações de interesses do que às supostas minorias ideológicas. Explica-se: atualmente, os partidos políticos não possuem uma identidade ideológica clara e definida. Paralelamente, na complexidade das questões atuais, é difícil adotar uma ideologia, ou melhor, é difícil formular uma corrente ideológica que se aplique a questões tão diversas como aborto, relações homoafetivas, política macroeconômica, relações exteriores. Posição ideológica clara e coerente, atualmente, só é possível de uma forma muito ampla e vaga. Então, os partidos não só não representam correntes ideológicas coesas e precisas como dificilmente conseguirão isso. A chamada 'representatividade das minorias' no sistema proporcional mais parece um pretexto para facilitar a obtenção de cadeiras pelos grupos de interesses. Assim, o sistema proporcional não é o grande instrumento da democracia, como alguns afirmam.

Segundo, a descrença na eficácia do sistema distrital misto. Combinar o sistema proporcional com o sistema distrital, elegendo metade das cadeiras por um e metade por outro, não parece ser a solução ideal. É bem sabido que, para o bom funcionamento daquele sistema, é necessário o maior número de cargos a eleger; outrossim, esse tem mais utilidade quanto maior for o número de distritos. O equilíbrio entre ambos pode significar a inefetividade de ambos.

Por fim, os méritos do sistema distrital, que o levam a vencer o confronto com o sistema proporcional. O maior de todos é conferir efetiva representatividade ao povo, ou seja, só o sistema distrital permite que todas as parcelas dos eleitores tenham representantes. Não se está falando em parcelas ideológicas, o que é uma ficção, mas em parcelas territoriais, em conjuntos de pessoas com interesses pessoais geograficamente próximos. Com isso, consegue-se um maior poder nas mãos do eleitor e um maior controle sobre o representante, pois um deputado vinculado a uma cidade tem a sua atuação facilmente controlada. Assim, desagradando a maioria dos eleitores de seu distrito, não será reeleito. Até mesmo as questões de fundo mais ideológico passam a ser decididas de forma democrática, mais efetivamente ligada à real opinião do povo.

---

[67] Esse motivo é a principal premissa da defesa do sistema distrital puro. Não aceita essa premissa, fácil é rejeitar a conclusão – posicionamento.

Entretanto, tanto mais efetivo é o sistema distrital quanto menores forem os distritos e, quanto maior for a quantidade, menor será o tamanho. Também por isso é que é desaconselhável o sistema misto.

Por fim, defende-se a sistemática de dois turnos para, de um lado, permitir a existência de vários partidos e, de outro, conferir maior legitimidade ao representante, para que não fique como alguns senadores que representam toda a população de um Estado, tendo recebido votos de uma ínfima parcela da população.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Gilberto. Eleições e representação. Brasília: Senado Federal, 1999.

AZAMBUJA, Darcy. Teoria geral do Estado. 42. ed. São Paulo: Globo, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Teoria do Estado. 4. ed. rev. e ampl.São Paulo: Malheiros, 2003.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Teoria do Estado. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O que é voto distrital. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

Curso de introdução à ciência política. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984. v.4. (Voto e representação, Vicente Barreto) (Sistemas Eleitorais, Sully Alves de Souza)

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA, Luís Pinto. Teoria geral do Estado. 2. ed. rev. ampl. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1988. 2. ed. atual. e reformulada. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 9. ed. ampl. e atual. de acordo com as Emendas Constitucionais e a Revisão Constitucional pelo autor. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Debates de direito eleitoral. Belo Horizonte: Movimento editorial Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. 24. ed. rev. e atual. / pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto – São Paulo: Saraiva, 1998.

NICOLAU, Jauro Marconi. Multipartidarismo e democracia: um estudo sobre o sistema partidário brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1996.

PAUPERIO, A. Machado. Teoria geral do Estado. 6. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 1971.

Seminário sobre modelos alternativos de representação política no Brasil: realizado na UnB, em setembro de 1980, por Afonso Arinos e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Consenso e Tipos de Estado no Ocidente. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 200.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria geral do estado. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Projetos de Lei e Propostas de Emenda à Constituição no Senado Federal: disponíveis em <www.senado.gov.br> Acesso em 9.mar.2005.

Projetos de Lei e Propostas de Emenda à Constituição na Câmara dos Deputados: disponíveis em <www.camara.gov.br> Acesso em 9.mar.2005.

O Direito à Moradia e à Regularização Fundiária nos Assentamentos Urbanos Informais

Cintia Maria Scheid

INTRODUÇÃO

OBJETIVO DO TRABALHO

O grave problema da moradia nos assentamentos urbanos informais, com o qual nos deparamos atualmente, é resultado de décadas de desenvolvimento urbano irregular, como conseqüência da busca pela moradia urbana por parte da população de baixa renda. Ao mesmo tempo em que esses assentamentos se concretizaram à revelia das determinações urbanísticas dos planos diretores e das leis pertinentes (como a Lei 6.766/79, conhecida pela inviabilidade prática de suas disposições até a edição da Lei 9.785/99, que a modificou), o Poder Público, de uma forma geral, não se sensibilizou a ponto de tomar, oportunamente, medidas acautelatórias e preventivas que evitassem a situação consolidada e caótica em que hoje se encontram os grandes centros urbanos. Como conseqüência, às pessoas que vivem nos assentamentos urbanos informais não foram garantidas as condições para uma moradia digna.

Impõe-se que essa situação de precariedade habitacional seja enfrentada, em função de suas conseqüências sociais, econômicas, urbanísticas e ambientais, que afetam a cidade como um todo. É o caso, por exemplo, dos assentamentos que se dão em área de preservação ambiental.

O objetivo do presente trabalho é desenvolver, a partir do estudo dos instrumentos legais existentes, a apresentação de alternativas jurídicas para que os Municípios possam promover a regularização dos assentamentos urbanos informais consolidados a fim de garantir o direito à moradia. Para tanto, o trabalho foi dividido em dois capítulos.

No primeiro capítulo, com base na edição do Estatuto da Cidade (ECid) em 2001, são colocados alguns aspectos importantes acerca do mesmo, tais como: a sua origem, a sua relação com o direito à moradia, o plano diretor como veículo de sua aplicação pelos Municípios. São apresentados, brevemente, os instrumentos previstos no ECid para a implementação das políticas públicas municipais na área da habitação a fim de efetivar o direito à moradia.

O segundo capítulo trata da regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais para garantia do direito à moradia. Parte-se da premissa de que a regularização fundiária é um instrumento de garantia do direito à moradia de caráter curativo que não é capaz de reverter, por si só, o quadro deficitário habitacional. Logo, a regularização fundiária deve integrar uma política urbana macro, onde devem ser conjugados os instrumentos de regularização fundiária e os instrumentos de política urbana disponíveis na legislação brasileira (tratados no capítulo primeiro deste trabalho) como instrumentos preventivos, principalmente após o advento do ECid (Lei 10.257/01). São então abordados os instrumentos de regularização fundiária, previstos no Estatuo da Cidade e na Lei 6.766/79 (Lei de parcelamento do solo urbano), com as modificações introduzidas pela Lei 9.784/99, como instrumentos que podem ser aplicados por todos os Municípios brasileiros, conforme a realidade urbanística de cada um[1].

Foram utilizados métodos de coleta de dados e informações, organização, análise e interpretação, mediante pesquisa legislativa, bibliográfica, jurisprudencial e de casos concretos de regularização fundiária.

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O DIREITO À MORADIA

O direito à moradia foi inicialmente protegido, na esfera do direito internacional, como direito humano[2], através do artigo 25 da Declaração de Direitos Humanos e no artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[3]. Como direito fundamental, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à moradia passou a ser positivado a partir da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, constando do rol dos direitos sociais previstos no artigo 6º da CF/88.

---

[1] Inicialmente foi considerada a inclusão, neste trabalho, da chamada "desapropriação judicial", novidade prevista no artigo 1.228, §4º e §5º, do Código Civil de 2002, como instrumento de regularização fundiária. Todavia, dado o caráter controvertido que ainda pesa sobre esse instituto, e o objetivo desse trabalho constituir-se na apresentação de instrumentos que efetivamente promovam e facilitem a regularização fundiária, se optou, ao final, por não incluí-lo.

[2] Ingo Wolfgang Sarlet diferencia direito humano de direito fundamental da seguinte maneira: *"... o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional..."* in A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004, pp. 35/36.

[3] "Artigo 25º. 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. Declaração Universal dos Direitos Humanos, Resolução 217-a (III), de 10 de dezembro de 1948, e ratificada pelo Brasil em 24 de dezembro de 1948".
"Art. 11 - 1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim

Antes dessa inclusão expressa do direito à moradia no artigo 6º da CF/88, a sua proteção constitucional se dava de forma indireta, como, por exemplo, o artigo 7º, IV, da CF/88, que refere que o salário mínimo do trabalhador urbano e rural deve ser capaz de atender, entre outras necessidades vitais, a da moradia[4].

A base do direito à moradia, que foi incluído expressamente como direito social na CF/88 a partir da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, reside, essencialmente, na dignidade da pessoa humana e na cidadania, fundamentos do Estado Democrático de Direito[5]. Esses princípios estão previstos, respectivamente, nos incisos III e II do artigo 1º da CF/88.

O princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, III, da CF/88, é o que norteia o tratamento e a forma de abordagem de todos os direitos e garantias fundamentais, na medida em que preexiste ao direito[6]. Não obstante, deve-se ressaltar que, em alguns casos, haverá maior intensidade na vinculação entre a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental correspondente[7]. É o que ocorre com o direito à moradia, pois as pessoas têm o direito de ter um padrão de vida digno, com uma moradia adequada, que é aquela que possui os elementos básicos, mínimos de habitabilidade, tais como a segurança jurídica da posse, custo de moradia condizente, saneamento básico e equipamentos públicos[8].

Já o fundamento do direito à moradia na cidadania, prevista no artigo 1º, II, da CF/88, está em poder de exigir do Estado que atue para concretizar os direitos do cidadão, como é o caso da moradia[9].

---

como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Decreto Legislativo nº 56, de 19/04/1995".

[4] SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004, p. 323.

[5] SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 145.

[6] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 2000, pp. 180/181.

[7] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p. 82.

[8] SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Revista do Direito do Consumidor nº 46. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 213.

[9] LOPES, José Reinado de Lima. Cidadania e Propriedade: Perspectiva Histórica do Direito à Moradia. Revista de Direito Alternativo nº 2. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 136.

CAPÍTULO I

POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS PARA A HABITAÇÃO SEGUNDO O ESTATUTO DA CIDADE

1 ESTATUTO DA CIDADE – Lei 10.257 de 10 de julho de 2001

O Estatuto da Cidade - Lei 10.257/2001 (ECid), surgiu em atenção à exigência constitucional de regulamentação da política urbana (artigos 182 e 183 da CF/88). A CF/88 determinou, no artigo 182, "caput", que fosse editada lei nacional para estabelecer diretrizes gerais para a execução da política de desenvolvimento urbano por parte dos Municípios.

A competência para a edição dessa lei, portanto, é da União, conforme dispõe o artigo 24, I, § 1º, da CF/88. Ocorre que a União não exerceu esta competência desde a promulgação da CF/88 até o ano de 2001, ano em surgiu o ECid. Nesse interim, os Estados e Municípios brasileiros exerceram a competência legislativa suplementar que lhe confere a CF/88 no § 3º do artigo 24, construindo uma nova ordem legal urbana a partir das Constituições e legislações estaduais, Leis Orgânicas dos Municípios, planos diretores e legislações urbanísticas disciplinadoras da política urbana a ser desenvolvida pelos Municípios[10]. Exemplo disso é o Município de Porto Alegre, que, na sua Lei Orgânica, já dispunha acerca das diretrizes de desenvolvimento urbano no artigo 201, e acerca dos instrumentos de política urbana nos artigos 202 e 204.

Com o advento do ECid, o direito urbanístico passou a contar com uma base-mestra, na medida em que este diploma estabelece as normas gerais de direito urbanístico[11]. Os Municípios, por sua vez, seguem, por força dos artigos 24, § 2º, e 18, da CF/88, com competência suplementar para legislar sobre questões urbanísticas.

O ECid, cuja finalidade principal é regular o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos, procurando, ainda, o equilíbrio ambiental (artigo 1º, parágrafo único, do ECid), se configura um verdadeiro marco na legislação urbanística brasileira. Suas disposições são inovadoras, e possibilitam o desenvolvimento de uma política urbana que atenda os anseios urbanos, sociais e políticos das cidades[12], especialmente no que se refere à efetivação do direito à moradia.

Com efeito, uma das principais características do processo de urbanização no Brasil tem sido a proliferação de processos informais de desenvolvimento urbano, em que milhões de brasileiros só têm tido acesso ao solo urbano e à moradia através de processos e mecanismos informais e ilegais. Essa situação se deve, em grande parte, ao padrão excludente dos

---

[10] SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 206.

[11] Op. cit., p. 206.

[12] Op. cit., p. 209.

processos de desenvolvimento, planejamento, legislação e gestão das áreas urbanas, onde mercados de terras especulativos, sistemas políticos clientelistas e regimes jurídicos elitistas não proporcionam condições suficientes e adequadas de acesso à terra urbana e à moradia para as pessoas hipossuficientes[13].

Através do ECid é reconhecido o direito à moradia dos grupos sociais que ocupam os assentamentos urbanos informais, na medida em que oferece uma série de instrumentos hábeis para intervir nesse processo de exclusão social. Desta maneira, busca-se garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana e a efetivação o direito à moradia[14].

2 PLANO DIRETOR E O DIREITO À MORADIA

Plano diretor é o instrumento de que dispõem os Municípios para implementar os objetivos da política urbana estabelecidos pela CF/88 no "caput" do artigo 182. Esses objetivos consistem em ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes[15].

É o plano diretor que estabelecerá os critérios para que os Municípios possam se valer dos instrumentos trazidos pelo ECid, definindo as metas e diretrizes da política urbana, os critérios de aferição do cumprimento da função social da propriedade e as normas condicionadoras do exercício do direito da propriedade. Com isso, visa-se o cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade, a fim de garantir a moradia a quem necessita[16].

Nessa esteira, para que o Município possa se valer dos instrumentos de indução de desenvolvimento urbano, previstos no § 4º do artigo 182 da CF/88[17], regulamentado nos artigos 5º, 7º e 8º do ECid, bem como dos instrumentos de política urbana para fins de habitação (artigo 4º, V, "l", "m", "n", "o" e "p", e artigo 46 do ECid) e de regularização fundiária (artigo 4º, V, "f", "g", "h", "j" e "r", do ECid), deve o plano diretor prever esses

---

[13] Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar. Instituto Polis (Coordenação Executiva). São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002, p. 12.

[14] Op. cit., p. 12.

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

[16] ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 43.

[17] "Art. 182. (...) § 4º. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais."

instrumentos e estabelecer as diretrizes para a aplicação dos mesmos[18]. O plano diretor é, portanto, peça fundamental no exercício da competência municipal de execução de política de desenvolvimento urbano[19].

Será obrigatório, nos termos dos artigos 182, § 1º, da CF/88 e 41, I, do ECid, para os Municípios que contam com mais de vinte mil habitantes. E, nos termos do artigo 41, II, III, IV e V, do ECid, o plano diretor também é obrigatório nas seguintes hipóteses: cidades que integram regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; cidades em que o Poder Público municipal pretende utilizar os instrumentos previstos no § 4º do artigo 182 da CF/88; cidades que integram áreas de especial interesse turístico; e, finalmente, cidades que estão inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

O ECid estabeleceu, no seu artigo 50, que o prazo final para elaboração do plano diretor nas cidades com mais de vinte mil habitantes ou integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, e que ainda não o possuem, será outubro de 2006. O prefeito que não providenciar a aprovação do plano dentro do prazo exigido incorre no crime de improbidade administrativa, conforme dispõe o artigo 52, VII, do ECid.

O plano diretor deve ser discutido e aprovado pela Câmara Municipal de Vereadores e sancionado pelo prefeito de cada Município. O resultado, formalizado como lei municipal, é a expressão do pacto firmado entre a sociedade e os poderes Executivo e Legislativo, diante da garantia de participação da população no processo de sua elaboração bem como na fiscalização de sua implementação. O plano diretor é, então, ato administrativo complexo, pois a sua aprovação se dá por lei municipal, portanto, pelo Legislativo (art. 182, §1º, CF), mas é o Executivo que o elabora. [20]

O artigo 42 do ECid exige que o plano diretor tenha um conteúdo mínimo[21]. No restante, o conteúdo do plano respeitará as especificidades locais, o que justifica a competência municipal para sua elaboração e implementação[22].

O plano diretor é um forte mecanismo de efetivação do direito à moradia. Através dele, os Municípios poderão se valer dos instrumentos que melhor atendam às suas necessidades para garantir o direito à moradia digna dos que vivem informalmente.

---

[18] Op. cit., p. 43.

[19] Op. cit, p. 43.

[20] FREITAS, José Carlos de. Plano Diretor como Instrumento da Política Urbana. Disponível em: http://www.mpdft.gov.br/Orgaos/Promotorias/Prourb/pl_dir_instr_pol_urb_.htm. Acesso em: 05 abr. 2005

[21] "Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo: I - a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5º desta Lei; II - disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei; III -sistema de acompanhamento e controle."

[22] Nesse sentido: JOSÉ AFONSO DA SILVA, in Direito Urbanístico Brasileiro. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 62.

3 INSTRUMENTOS DO ESTATUTO DA CIDADE PARA A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS NA ÁREA DA HABITAÇÃO PARA GARANTIA DO DIREITO À MORADIA

Os instrumentos de que dispõem os Municípios para implementar a política urbana na questão específica da habitação, e com isso garantir o direito à moradia da população de baixa renda, estão previstos nos artigos 4º, V, e 46 do ECid, e são: o direito de superfície ("l"); o direito de preempção ("m"); a outorga onerosa do direito de construir ("n"); a transferência do direito de construir ("o"); as operações urbanas consorciadas ("o"); e o consórcio imobiliário (artigo 46).

Na presente exposição, o objetivo não é aprofundar os institutos referidos propriamente ditos, e sim a sua aplicação como instrumento de política pública municipal na área da habitação para fins de efetivação do direito à moradia.

3.1 Direito de superfície

O direito de superfície é novidade trazida pelo ECid[23], e está previsto no artigo 21 do referido diploma legal. Caracteriza-se como direito real autônomo, que se distingue da propriedade. É estabelecido por prazo determinado ou não, de forma onerosa ou gratuita, e é transmissível. Este direito confere ao seu titular, denominado superficiário, o uso e o gozo do terreno urbano de outrem, para nele construir, conferindo-lhe a propriedade da construção separada da propriedade do solo, durante o prazo em que vigorar.

Independentemente do valor (se maior ou menor que 30 salários mínimos)[24], deverá ser realizado por escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis. O direito de superfície poderá abranger a utilização do solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno urbano, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística própria. Assim, se a propriedade superficiária incide sobre o solo, deve incluir o que foi construído, possibilitando o uso do direito de superfície não só nos imóveis urbanos não edificados, mas também nos imóveis edificados.

---

[23] O direito de superfície também está previsto no Código Civil Brasileiro de 2002, como direito real limitado, nos artigos 1.369 a 1.377. No entanto, para aplicação como instrumento da política pública urbana municipal, prevalecem as normas do EC sobre o CCB. Nesse sentido, Jornada STJ 93: *"As normas previstas no Código Civil sobre o direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do ECid (Lei n. 10257/2001), por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano."* Além disso, o CCB, no artigo 1.377, dispõe, *verbis*: *"O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial."* A lei especial a que se refere o artigo é o ECid.

[24] "Art. 108 CCB/02.Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País."

O § 4º do artigo 21 do ECid permite a transferência do direito de superfície a terceiros, ao dispor que *"o direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo"*. Na hipótese do plano diretor considerar que determinado imóvel não atende a sua função social, em face de sua inutilização, subutilização ou não edificação, e a lei municipal definir que a forma de atender à função social seja a sua destinação à habitação de interesse social, o proprietário do imóvel, para atender a exigência, pode conceder o direito de superfície ao Poder Público. Este, por sua vez, com base no § 4º do artigo 21, poderá transmitir à população carente de habitação, depois de realizado o projeto habitacional de interesse social[25]. Desta forma, o direito de superfície é aplicado em prol do direito à moradia e da função social da propriedade, implementando política pública urbana de caráter preventivo[26].

3.2 Direito de preempção

O direito de preempção também é novidade trazida pelo ECid, e está previsto no artigo 25 do referido diploma legal. Nos termos deste artigo, *"o direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares"*.

Para tanto, lei municipal, baseada no plano diretor, delimitará as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará prazo de vigência, não superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência (artigo 25, § 1º, ECid). Segundo o § único do artigo 26 do ECid, essa mesma lei deverá enquadrar cada área em que incidirá o direito de preempção em uma ou mais das finalidades enumeradas no referido artigo 26. Nada impede, no entanto, que o próprio plano diretor delimite as áreas urbanas em que incidirá o direito de preempção[27].

O que se verifica, no direito de preempção, é a primazia do interesse coletivo na regulação do direito de propriedade privada[28]. O direito de preempção em favor do Poder

---

[25] SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, pp. 302/303.

[26] O direito de superfície também pode ser usado pelo município como forma de regularizar determinada área de assentamento informal em bem público, ou seja, também pode ser usado para política urbana corretiva quando o assentamento tiver ocorrido em área pública. Com efeito, o Dr. Armando Antônio Lotti, Procurador de Justiça do RS, e coordenador do Centro de Apoio Operacional da Ordem Urbanística e Questões Fundiárias, em aula de direito civil sobre direito de superfície, ministrada na manhã do dia 27/05/2005, na escola Verbo Jurídico, em Porto Alegre, RS, defendeu que, em razão da inexistência de vedação expressa, o direito de superfície não é incompatível em face dos entes públicos, desde que devidamente autorizados por lei. O Município de Pontão, RS, foi pioneiro em utilizar o direito de superfície para regularização fundiária, e o fez em área pública, através das leis complementares nº 04, de 08/11/2002, e nº 06, de 02/12/2002. Disponível em http://www.cidades.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=114. Acesso em 14/06/2005.

[27] Op. cit., p. 296.

[28] OSORIO, Leticia Marques e SOSO, Patrícia Helena. Direito de Preempção, ECid e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pp. 196/197.

Público municipal se justifica em razão da política urbana do Município, que deve buscar o atendimento da função social da propriedade.

No que diz respeito à moradia, dentre as finalidades mencionadas no artigo 26 do ECid encontra-se, no inciso II[29], a execução de programas e projetos habitacionais de interesse social. Assim, se pode priorizar a aquisição de áreas para atender à demanda de moradia da população de baixa renda como política urbana de combate à falta de habitação digna[30].

Por último, importa salientar que, de acordo com os artigos 51 e 52, III, do ECid, o prefeito e o governador distrital incorrem em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, quando utilizarem áreas obtidas por meio do direito de preempção em desconformidade com a finalidade declarada.

3.3 Outorga onerosa do direito de construir

O instituto da Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado), antes de ser positivado no ECid, já havia sido formulado com a Carta de Embu[31] [32]. Esta estabelecia que o criador de solo deveria oferecer a coletividade às compensações necessárias ao reequilíbrio urbano reclamado pela criação de solo adicional. Para tanto, através de lei municipal, o Poder Público estabeleceria um coeficiente único de edificação, e o que excedesse a esse coeficiente seria considerado solo criado.[33]

No ECid, o instrumento da outorga onerosa do direito de construir está previsto no artigo 28, e se caracteriza pela possibilidade do plano diretor *"fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário"*.

Entende-se por coeficiente de aproveitamento, conforme o § 1º do artigo 28 do ECid, a relação entre a área edificável e a área do terreno. A outorga onerosa do direito de construir diz respeito, então, a toda área edificável além do coeficiente de aproveitamento básico,

---

[29] "Art. 26. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para: II - execução de programas e projetos habitacionais de interesse social;"

[30] SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, pp. 296/297.

[31] O instituto da Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado) vem sendo estudado e debatido em nosso país desde a década de 1970, culminando com a publicação da Carta de Embu, em 1976, onde grupo de estudiosos do Urbanismo e do Direito estabeleceram os parâmetros do instituto. DORNELAS, Henrique Lopes. Aspectos jurídicos da outorga onerosa do direito de construir. Solo criado. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 128, 11 nov. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4483>. Acesso em: 06 abr. 2005.

[32] Ver íntegra da Carta de Embu na RT nº 504, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, pp. 11 /12.

[33] DORNELAS, Henrique Lopes. Aspectos jurídicos da outorga onerosa do direito de construir. Solo criado. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 128, 11 nov. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4483>. Acesso em: 06 abr. 2005.

legalmente fixado, hipótese em que o proprietário somente terá o direito de construir além do coeficiente básico se adquirir do Município, nas condições gerais que a lei dispuser. No caso, o plano diretor é que vai dispor sobre o assunto, na forma do artigo 28, "caput" e § 3º, do ECid.

Há, portanto, dois tipos de coeficiente: o coeficiente de aproveitamento básico (aquele potencialmente explorável pelo particular independentemente de outorga pelo Poder Público) e os coeficientes de aproveitamento decorrentes da outorga onerosa do direito de construir (dos quais resulta o solo criado), até os limites máximos previstos no plano diretor municipal[34].

Para o proprietário de um terreno ter direito à construção acima do coeficiente, deverá ocorrer a contrapartida de sua parte para com o Poder Público municipal. Esta contrapartida poderá ser mediante pagamento, realização de obras ou construções, conforme estabelecer o Poder Público municipal em lei específica (artigo 30 do ECid)[35].

Os recursos obtidos pelo Poder Público municipal em virtude de outorga onerosa devem ser aplicados conforme as finalidades do artigo 26, I a IX do ECid (artigo 31 do ECid), sob pena de o prefeito e o governador distrital incorrerem em improbidade administrativa, consoante o disposto nos artigos 51 e 52, IV, do ECid.

Assim, no que diz respeito à moradia, os recursos obtidos com a outorga onerosa devem ser destinados para atender o direito à moradia dos ocupantes dos assentamentos urbanos informais, no sentido de melhorar as condições de vida dessas pessoas, seja promovendo melhorias nas habitações já ocupadas, seja promovendo a realização de habitação para quem não tem. Isso ocorre em Porto Alegre, onde a outorga onerosa funciona como forma de financiamento de obras viárias e de habitação de interesse social[36].

3.4 Transferência do direito de construir

A transferência do direito de construir é novidade trazida pelo artigo 35 do ECid. O uso deste instrumento dá ao Poder Público municipal respaldo legal para subordinar o

---

[34] Op. cit, disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4483>. Acesso em: 06 abr. 2005.

[35] SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p.313.

[36] "Desde 1994, a outorga onerosa é feita a partir do estabelecimento de um limite construtivo máximo por quarteirão, na área de ocupação intensiva, que varia de 08 a 30%. A possibilidade de compra de potencial construtivo adicional é ofertada ao conjunto de proprietários de um grupo de quarteirões em leilão. São realizados leiloes de três em três meses, ocasião em que são definidos os potenciais de construção a serem oferecidos e os preços mínimos em cada área. Além destes mecanismos de leilão de potencial adicional, é possível comprar até 100m2 como 'ajuste do projeto' quando o projeto ultrapassa os parâmetros estabelecidos pelo zoneamento até este valor. Esta compra é feita através de guia paga na Secretaria da Fazenda e anexadas às plantas, quando da aprovação do projeto".DORNELAS, Henrique Lopes. Aspectos jurídicos da outorga onerosa do direito de construir. Solo criado. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 128, 11 nov. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4483>. Acesso em: 06 abr. 2005.

exercício individual do direito de construir a uma necessidade social ou ambiental através da transferência do exercício deste direito para outro local[37].

Para tanto, determina o "caput" e o § 2º do artigo 35 do ECid, que lei municipal baseada no plano diretor poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano público ou privado a exercer em outro local ou alienar o direito de construir, quando o imóvel atender a uma das finalidades expressas nos incisos do referido artigo 35[38]. Nesta hipótese, deverá estabelecer as condições relativas a essa transferência, inclusive no que tange à finalidade a ser atendida.

No que se refere à moradia, o inciso III do artigo 35 do ECid prevê, como uma das possibilidades da transferência do direito de construir, quando o imóvel em questão for considerado necessário para *"servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social"*. Assim, poderá o Município definir as áreas ocupadas pela população de baixa renda como zona especial de interesse social e nelas aplicar este instrumento, a fim de poder utilizá-las para garantir o direito de moradia da população que vive nesse local[39].

3.5 Operações urbanas consorciadas

Novidade trazida pelos artigos 32 a 34 do ECid. Este instrumento de política urbana municipal *"tem por finalidade a promoção de intervenções urbanas, visando a alcançar transformações urbanísticas e estruturais na cidade, que alterem a realidade urbana, como a revitalização de regiões centrais da cidade, mediante parcerias entre o Poder Público e o setor privado"*.[40]

O artigo 32 do ECid determina que para aplicação deste instrumento é necessário que sua instituição ocorra através de lei municipal específica, que deverá estar em consonância com o plano diretor, devendo, portanto, decorrer da estratégia estabelecida no plano diretor. Este identificará a área onde ocorrerá e o que se pretende alcançar com as transformações urbanísticas.

Os artigos 51 e 52, inciso IV, do ECid, estabelecem que o prefeito e o governador distrital incorrem em improbidade administrativa quando aplicarem os recursos auferidos

---

[37] ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 121.

[38] "Art. 35 (...) I - implantação de equipamentos urbanos e comunitários; II - preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; III - servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social".

[39] SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 326.

[40] ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 128.

com operações urbanas consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do artigo 33[41] do ECid. Assim, fica configurada a improbidade administrativa quando os recursos oriundos da operação urbana consorciada não forem utilizados nos termos da lei municipal que instituiu a operação.

Para que seja efetivado o direito à moradia, é importante que este instrumento de operação consorciada não seja dirigido para onde já exista um grande interesse do mercado imobiliário. Se assim ocorrer, se estará investindo mais em áreas que já concentram os maiores investimentos em detrimento das áreas de assentamentos informais que demandam uma operação para melhoria de suas condições de habitabilidade[42].

3.6 Consórcio imobiliário

O consórcio imobiliário também é novidade do ECid. É instrumento de política urbana previsto no respectivo artigo 46, e poderá ser usado quando o proprietário de um imóvel, declarado pelo Poder Público municipal como subutilizado, não utilizado ou não edificado (artigo 5º do ECid), optar, quando do cumprimento da obrigação de que trata o artigo 5º, em realizar um consórcio com o Poder Público municipal.[43] Seu fundamento encontra-se no artigo 182, § 4º, da CF/88[44].

Este consórcio consiste na cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada para urbanizar áreas que tenham carência de infra-estrutura e serviços urbanos nos imóveis declarados como subutilizados, não utilizados ou não edificados. Através do consórcio, o Poder Público realiza as obras de urbanização e o proprietário da área recebe uma quantidade de lotes urbanizados, correspondente ao valor total das áreas antes da execução das obras (artigo 46, § 2º, do ECid). Os demais lotes ficam com o Poder Público, que poderá destiná-los para atender a população que necessita de habitação[45], efetivando o direito à moradia.

---

[41] "Art. 33. Da lei específica que aprovar a operação urbana consorciada constará o plano de operação urbana consorciada, contendo, no mínimo: (...) VI - contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I e II do § 2º do art. 32 desta Lei; § 1º Os recursos obtidos pelo Poder Público municipal na forma do inciso VI deste artigo serão aplicados exclusivamente na própria operação urbana consorciada".

[42] ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, pp. 81 e 86.

[43] "Art. 5º Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação".

[44] "Art. 182. (...) § 4º. É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais."

[45] ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 125.

CAPÍTULO II

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NOS ASSENTAMENTOS URBANOS INFORMAIS PARA GARANTIA DO DIREITO À MORADIA

1 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

Os processos informais que ocorrem durante a urbanização resultam em várias formas de irregularidade fundiária: favelas, ocupações, loteamentos clandestinos ou irregulares, cortiços. A diferença básica, nessas formas de irregularidade fundiária, reside no modo como ocorreu a aquisição da posse, e na maneira como se consolidaram esses assentamentos, na maioria das vezes espontâneos e informais, e alheios ao planejamento urbanístico do Poder Público.[46]

O objetivo da regularização fundiária é possibilitar a legalização da permanência de populações de baixa renda em áreas urbanas ocupadas irregularmente, a fim de que sejam integradas ao espaço urbano e tenham melhores condições de vida[47]. A regularização fundiária é, portanto, conforme conceito de Betânia Alfonsin: [48]

> "o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária".

Assim, a regularização fundiária encerra dois objetivos: o reconhecimento da segurança da moradia e a integração sócio-espacial daquela parcela urbana até então marginalizada pela sua irregularidade jurídica e urbanística. No primeiro caso, a regularização fundiária possibilita o título de posse ou propriedade àquele indivíduo ocupante da área irregular; no segundo, integra as áreas irregulares na estrutura das cidades, através das melhorias na infraestrutura, como, por exemplo, vias de acesso.

É inegável, portanto, que as dimensões jurídica e urbanística devem ser enfrentadas em um processo de regularização. Se alguma delas for esquecida ou negligenciada, corre-se o risco de não se atingir plenamente os objetivos desse processo.[49]

---

[46] Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar. Instituto Polis (Coordenação Executiva). São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002, p. 14.

[47] ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 153.

[48] AFONSIN, Betânia de Moraes. Direito à Moradia - Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária nas Cidades Brasileiras. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas: IPPUR:FASE, 1997, p. 24.

[49] Op. cit., p. 24.

Quanto à dimensão jurídica da regularização fundiária, objeto do presente trabalho, importa ressaltar alguns aspectos.

O primeiro deles diz respeito à segurança inerente à legalização da moradia, ou seja, a garantia da posse ou propriedade individual através de título amparado por lei. É a segurança da pessoa de que não será despejada ou desapossada repentinamente pelo proprietário do terreno.[50]

O segundo aspecto é o econômico. De acordo com o economista peruano Hernando de Soto, os programas de regularização jurídica podem ter impactos significativos sobre a política econômica geral, na medida em que direcionam o crescimento informal da economia "extralegal" para a economia formal. Isso ocorre porque as pessoas precisam se sentir seguras de suas condições de posse para começar a investir na melhoria de sua casa. Para tanto, a segurança da posse e o acesso ao crédito devem ser providos por meio da legalização da ocupação informal, e a maneira de se legalizar é garantindo a posse individual através da outorga de títulos de posse ou de propriedade.[51]

O terceiro aspecto diz respeito ao investimento feito por parte do Poder Público. Com efeito, há necessidade do Poder Público se acautelar ao dotar os assentamentos (objeto da regularização) das melhorias necessárias, já que a falta de regularização jurídica (ausência de titulação dos terrenos em nome dos moradores) pode gerar futuros despejos e, conseqüentemente, desperdício de dinheiro público[52].

2 INSTRUMENTOS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

Os instrumentos de regularização fundiária têm natureza essencialmente curativa[53], não se prestando para reverter, isoladamente, o déficit habitacional. Para que isso ocorra, a medida mais adequada é combinar os instrumentos de regularização fundiária com os instrumentos de política urbana, previstos no ECid, como forma de ampliar as oportunidades de acesso à moradia aos grupos sociais hipossuficientes[54], e garantindo, ao mesmo tempo, a

---

[50] Op. cit., p.25.

[51] DE SOTO, Hernando. La Arquitectura Oculta del Capitalismo. Disponível em http://www.elcato.org/special/friedman/desoto/arquitecturacapitalismo.html.. Acesso 18 de abril de 2005.

[52] AFONSIN, Betânia de Moraes. Direito à Moradia - Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária nas Cidades Brasileiras. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas: IPPUR:FASE, 1997, p. 25.

[53] FERNANDES, Edésio. Política Nacional de Regularização Fundiária. Revista de Direito Imobiliário – IRIB - nº 56. Ano 27. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 252.

[54] SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 344.

moradia nas situações de irregularidade já consolidadas. A política urbana de habitação é, portanto, o projeto macro, que abrange tanto instrumentos de política urbana (capítulo I), como os instrumentos de regularização fundiária[55].

Os assentamentos urbanos informais trazem diferentes impactos em cada cidade, e em cada caso de irregularidade. Com efeito, não existe um modelo único de regularização que seja válido e eficaz para toda e qualquer situação de irregularidade[56].

É fundamental, então, compreender a natureza e a dinâmica dos processos que resultaram nos assentamentos urbanos informais, para que se possa formular e implementar programas de regularização efetivos no combate à falta de moradia digna para cada caso específico[57]. Para tanto, o Poder Público municipal poderá se valer do mapeamento das áreas irregulares, que ajudarão a construir critérios para as diferentes necessidades de regularização que se apresentarem, além de fornecerem informações fundamentais para a criação de estratégias de regularização, como, por exemplo, a extensão de cada situação de irregularidade, a quantidade de famílias envolvidas e suas condições sócio-econômicas[58].

Cada Município deve estabelecer critérios de regularização segundo as suas vocações, necessidades e interesse local, devendo incluir no plano diretor, quando este for obrigatório, ou em legislação municipal, as regras para aplicação dos instrumentos de regularização fundiária.

2.1 Instrumentos de regularização fundiária no Estatuto da Cidade

Os instrumentos de regularização fundiária previstos no ECid possibilitam a legalização das áreas ocupadas por populações de baixa renda, áreas estas que não lhes pertenciam legalmente[59]. Para tornar efetiva a proteção ao direito à moradia, o ECid ampliou as possibilidades de regularização fundiária, contemplando, além dos instrumentos que já existiam nas legislações federal, estadual e municipal, novas alternativas.

---

[55] Nesse sentido: Edésio Fernandes, in Política Nacional de Regularização Fundiária. Revista de Direito Imobiliário – IRIB - nº 56. Ano 27. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 252 e 348; Betânia de Moraes Alfonsin, in Direito à Moradia - Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária nas Cidades Brasileiras. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas: IPPUR:FASE, 1997, pp. 22/23; Nelson Saule Junior, A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, pp. 343/344.

[56] Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar. Instituto Polis (Coordenação Executiva). São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002, p. 14.

[57] Op. cit, p. 15.

[58] Op. cit., pp. 29/30.

[59] ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 151.

O ECid arrola[60], como instrumentos da política de regularização fundiária, as zonas especiais de interesse social, a concessão de direito real de uso, a concessão de uso especial para fins de moradia, o usucapião especial de imóvel urbano, e a assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos[61].

2.1.1 ZEIS (Zonas Especiais de Interesse Social)

As ZEIS estão previstas no artigo 4º, V, "f", do ECid, e visam, primordialmente, garantir o direito à moradia das pessoas de baixa renda, através da manutenção da permanência dos assentamentos urbanos informais consolidados, e da reserva de áreas ainda não ocupadas para que sejam destinadas ao uso habitacional para população de baixa renda.

As ZEIS podem ser classificadas em função de suas características de uso e de ocupação da área urbana. Dessa forma, pode-se classificar as ZEIS em quatro espécies:[62]

A primeira se refere aos terrenos públicos ou particulares ocupados por população de baixa renda, em favelas ou em assentamentos assemelhados, em relação aos quais haja interesse público em promover a urbanização ou a regularização jurídica da posse da terra[63]. Com efeito, as ZEIS têm sido o instrumento mais utilizado na regularização das favelas[64].

A segunda diz respeito aos loteamentos irregulares, conferindo eficácia à Lei nº 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano[65]. O Poder Público Municipal destinará os recursos necessários para a regularização fundiária desses loteamentos, assegurando os direitos inerentes às condições de vida da população que vive nos bairros da periferia e que enfrentam o problema da carência dos equipamentos e serviços urbanos em virtude da irregularidade do loteamento[66] [67].

---

[60] Artigo 4º, inciso V, alíneas "f", "g", "h", "j" e "r".

[61] Op. cit., p. 164.

[62] Op. cit., p. 189.

[63] Op. cit., p. 189.

[64] Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar. Instituto Polis (Coordenação Executiva). São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002, p. 78.

[65] ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 189.

[66] Op. cit., p. 190.

[67] Segundo Nelson Saule Junior, "A irregularidade do loteamento ocorre quando o loteador obtém a aprovação do projeto de loteamento pelos órgãos competentes do Município, efetua o registro do loteamento no Cartório de Registro de Imóveis, porém não executa as obras de infra-estrutura necessárias que constam do projeto de loteamento aprovado. O loteamento é irregular em razão das irregularidades físicas ou urbanísticas, quais sejam, as que tocam à questão da ausência de infraestrutura e de áreas públicas, e as irregularidades jurídicas, concernentes aos obstáculos existentes para o registro do loteamento. (...) Os loteamentos irregulares são parcelamentos do solo urbano que obtiveram aprovação do Poder Público municipal, mas que não foram executados conforme o ato administrativo de aprovação.", in A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 353.

A terceira espécie de ZEIS refere-se aos terrenos não edificados, subutilizados ou não utilizados, necessários à implantação de programas habitacionais de interesse social. Para tanto, se faz a destinação social desses terrenos que não estão cumprindo a sua função social[68].

A quarta espécie de ZEIS tem a ver com os cortiços. São aquelas áreas com concentração de habitação coletiva precária de aluguel, em que há interesse público de promover programa habitacional para a população ocupante da região em questão[69].

O artigo 4º, § 1º, do ECid, refere que os instrumentos mencionados nesse dispositivo regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto no ECid. No caso das ZEIS, cuja única previsão no ECid é a do artigo 4º, V, "f", é o plano diretor, ou lei municipal específica, que vai regular a aplicação desse instrumento[70].

Por fim, importa ressaltar que as ZEIS garantem a permanência da população de baixa renda nos assentamentos urbanos sobre os quais incidem. Isso porque as ZEIS gravam a área do assentamento regularizado como sendo de interesse social, ou seja, a destinação do terreno objeto das ZEIS será de habitação social, independentemente de quem esteja vivendo ali. Essa restrição diminui o interesse da especulação do mercado imobiliário, impedindo que o morador desse terreno seja assediado para vender sua propriedade regularizada por preço irrisório e termine, novamente, sem moradia.[71]

2.1.2 Concessão de direito real de uso

A concessão de direito real de uso (CDRU) está prevista no artigo 4º, V, "g", do ECid. Trata-se de instituto que já existia, no plano federal, antes da publicação do ECid. Foi instituído através do Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967[72], permitindo-se, a partir de então, que o instituto da CDRU fosse aplicado em terrenos públicos ou particulares para o assentamento da população de baixa renda ou para legalizar aquelas situações já consolidadas nesses terrenos[73]. Com efeito, antes da previsão expressa no ECid acerca da

---

[68] ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 190.

[69] Op. cit., p. 190.

[70] SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 372.

[71] AFONSIN, Betânia de Moraes. Direito à Moradia - Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária nas Cidades Brasileiras. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas: IPPUR:FASE, 1997, p. 270.

[72] ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 189.

[73] AFONSIN, Betânia de Moraes. Direito à Moradia - Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária nas Cidades Brasileiras. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas: IPPUR:FASE, 1997, p. 77.

CDRU, os Municípios já dispunham acerca deste instrumento através de lei municipal[74], como é o caso do Município de Diadema[75].

Segundo Hely Lopes Meirelles, a CDRU *"é o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social"*[76]. Este é o conceito trazido pelo artigo 7ª, "caput", do decreto-lei 271/67. O ECid, no § 2º do artigo 4º, prevê expressamente a possibilidade de aplicação deste instrumento de forma coletiva.

A CDRU se caracteriza como direito real resolúvel porque se a pessoa beneficiada pela concessão der destinação (no caso da regularização é a moradia) diversa da estabelecida pela lei ou pelo instrumento como condição da concessão, esta poderá ser revogada pelo Poder Público[77]. A CDRU, então, não transfere a propriedade para o particular, mas é importante destacar que o artigo 48 do ECid preconiza que os contratos de CDRU terão, para todos os fins, caráter de escritura pública e que constituirão título de aceitação obrigatória em garantia de contratos de financiamento, o que possibilita ao beneficiário da concessão melhorar ou ampliar as condições de habitabilidade de sua moradia.

Outra característica importante da CDRU é que ela depende de anuência do Poder Público, não se caracterizando um direito subjetivo das pessoas que vivem no terreno que pode ser objeto desta concessão, como ocorre na concessão de uso especial para fins de moradia. Nesta, uma vez preenchidos os requisitos legais, o Poder Público deve outorgar a concessão[78].

Cabe destacar, por fim, que a concretização da CDRU está condicionada à autorização legislativa, à avaliação prévia e à licitação, na modalidade de concorrência. No entanto, a avaliação e a concorrência pública ficam dispensadas no caso de concessões destinadas à habitação popular, conforme Artigo 17, I, "f", da lei 8.666/93 (Lei de Licitações), com redação dada pela Lei 8.883/94, que alterou dispositivos da Lei 8.666/93.

---

[74] Op. cit., p. 78.

[75] "A Concessão de Direito Real de Uso (CDRU) foi utilizada para garantir a posse da terra por parte da população que ocupava áreas públicas em Diadema. A CDRU consolidou-se como lei municipal em Diadema em 1985. Em Diadema, a CDRU só é outorgada para ocupações em processo de urbanização, ou seja, contando com todas as melhorias básicas prioritárias: lotes demarcados em metragem padrão, vielas projetadas, rede de esgoto instalada, espaço para centros comunitários, construção de escadarias se necessário. Em 1985, 19 áreas municipais foram desafetadas com fins de Concessão de Direito Real de Uso para as populações residentes nessas áreas. Em 1988, mais 32 áreas foram desafetadas." Disponível em http://www.estatutodacidade.org.br/cgi-local/experiencias-mostrar.cgi?03&0065, acessado em 19/04/2005.

[76] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 17ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 439.

[77] "Decreto-lei 207/67: Art. 7º. (...) § 3º. Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza".

[78] ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 179.

2.1.3 Concessão de uso especial para fins de moradia

O ECid prevê como instrumento de regularização fundiária a concessão de uso especial para fins de moradia no artigo 4º, V, "h". Pretendia disciplíná-la nos artigos 15 a 20, mas estes artigos restaram vetados pelo Presidente da República[79].

Em substituição aos artigos vetados, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001, que regulamenta a concessão de uso de que trata o § 1º do artigo 183 da CF/88[80], e tem sua vigência garantida pelo artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001[81]. A Medida Provisória 2.220/01 regulamenta o artigo 183, § 1º, da CF/88, que reconheceu o direito especial de uso para fins de moradia.

Dispõe o artigo 1º da referida MP 2220/01 que *"aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinqüenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural"*.

O fundamento da concessão de uso especial para fins de moradia se justifica na proibição de usucapião de imóveis públicos. Na medida em que é vetado usucapir imóveis públicos, conforme dispõe o § 3º do artigo 182 da CF/88[82], a concessão de direito especial de uso para fins de moradia é o instrumento hábil para a regularização fundiária desses imóveis informalmente ocupados pela população de baixa-renda[83].

A limitação temporal ressalvada no artigo 1º da MP 2.220/01, ao referir que a concessão somente será outorgada àquelas pessoas que preencherem os requisitos até 30 de junho de 2001, se justificativa nas razões do veto do Presidente da República, que ponderou que *"o projeto não estabelece uma data-limite para a aquisição do direito à concessão de uso especial, o que torna permanente um instrumento só justificável pela necessidade imperiosa de solucionar o imenso passivo de ocupações irregulares gerado em décadas de urbanização desordenada"*. Assim, a concessão de uso especial para fins de moradia aplica-se somente a situações pretéritas, o que evidencia o caráter curativo deste instrumento de regularização fundiária.

---

[79] Razões do veto: "MENSAGEM Nº 730, DE 10 DE JULHO DE 2001 (DOU 11.07.2001)".

[80] "Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil".

[81] "EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32, DE 11 DE SETEMBRO DE 2001. Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional."

[82] "Art. 183. § 3º. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião".

[83] OLIVEIRA, Régis Fernandes. Comentários ao ECid. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 77.

Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro[84], a concessão de uso especial para fins de moradia, uma vez preenchidos os requisitos legais, configura-se direito subjetivo do possuidor, não podendo o Poder Público recusar o título respectivo.

Assim, a concessão de uso deixa de ser uma faculdade do Poder Público para efeito de promover a regularização fundiária das áreas ocupadas pela população de baixa renda para caracterizar-se como direito subjetivo do possuidor, sendo seu direito declarado por via administrativa ou pela via judicial mediante provocação dos interessados, nos termos do 6° da MP 2.220/01. De acordo com este artigo, o título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública[85] ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial, mediante sentença na qual o juiz declarará o direito à Concessão Especial de Uso para Fins de Moradia, que poderá ser registrada como título no Cartório de Registro de Imóveis nos termos dos parágrafos 3° e 4° do artigo 6° [86]. Esta concessão pode ser feita de forma individual ou de forma coletiva.

A forma individual, prevista no artigo 1° da MP 2.220/01, tem como requisitos que o possuidor esteja no imóvel de até 250 m² há pelo menos cinco anos, de forma ininterrupta e sem oposição, e que não seja proprietário ou concessionário, sob qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. Este direito será outorgado de forma gratuita e reconhecido ao homem, à mulher ou a ambos, independentemente de seu estado civil.

O direito à concessão de uso especial para fins de moradia não será reconhecido ao mesmo possuidor por mais de uma vez. Pelo § 3° do artigo 1° o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

O artigo 2° da MP 2.200/01 prevê a possibilidade da concessão de uso especial para fins de moradia na forma coletiva. Será possível esta forma de concessão quando, além dos requisitos do artigo 1°, o imóvel tiver área superior a 250 m² e não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor.

---

[84] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, in Adilson Abreu Dallari (coord.) e Sérgio Ferraz (coord.). ECid: comentários à Lei 10.257. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 165.

[85] Em janeiro de 2002, a Prefeitura Municipal de Bertioga utilizou a MP 2.220/2001 e o ECid como forma de reduzir o déficit habitacional do Município, calculado em cinco mil moradias. Para que os assentamentos passassem por uma nova fase, e para melhorar as condições de vida dos moradores, antes da entrega do termo de concessão de uso especial para fins de moradia, a equipe técnica da Secretaria de Habitação, Planejamento e Desenvolvimento Urbano, criada em 2001, iniciou o trabalho de avaliação de áreas públicas invadidas, que com o tempo foram se transformando em núcleos habitacionais irregulares, visando a elaboração de projetos urbanísticos que garantissem a implantação de melhorias nestes locais, sendo que "Ilha 4" foi o primeiro assentamento a receber o projeto de urbanização após a titularidade. Disponível em http://www2.uol.com.br/jbaixada/hab.htm, Acesso em 18 de maio de 2005.

[86] ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 179.

Para computar o período de posse de cinco anos ininterruptos exigido pelo artigo 2º, o § 1º deste dispositivo possibilita ao possuidor acrescer ao seu prazo o de seu antecessor, desde que ambos períodos sejam contínuos. A importância desta norma é fundamental para garantir o direito à moradia das pessoas que se encontram na posse do imóvel, ao levar em consideração as peculiaridades da posse nessas situações, como é o caso da rotatividade existente nas favelas. Assim, na hipótese de um possuidor ter ocupado um imóvel por dois anos, e o atual possuidor estar na posse deste mesmo imóvel há três anos, sem interrupção, poderá computar a posse antiga para fins de concessão.

Para o reconhecimento do direito à concessão de uso especial coletiva, por via administrativa ou por via judicial, é preciso delimitar a fração ideal de terreno de cada possuidor, que não poderá ser superior a 250m² (artigo 2º). Isso porque na área ocupada coletivamente não é possível identificar os terrenos de cada um, havendo duas maneiras possíveis de se atribuir a fração ideal do terreno: na primeira, será atribuída igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe; na segunda, com base em acordo escrito entre os ocupantes, serão atribuídas frações ideais diferenciadas.

O título outorgado não resulta na obtenção do domínio da área pública, como ocorre no reconhecimento do usucapião urbano. Portanto, não se trata de usucapião de imóvel público visando à obtenção do domínio deste imóvel (o que está proibido no texto constitucional)[87].

Não obstante, é possível a transferência desse domínio, seja por ato *inter vivos* ou *causa mortis* (artigo 7º da MP 2.220/01), que tem publicidade, de caráter declaratório, com o registro no Cartório de Registro de Imóveis (artigo 166, I, nº 37, da Lei 6.015/79, com a redação dada pela MP 2.220/01). Além disso, com o título registrado, o beneficiário da concessão de uso especial para fins de moradia, seja individual ou coletiva, poderá solicitar, individualmente, financiamento para melhorar ou ampliar as condições de habitabilidade de sua moradia.[88]

Finalmente, a fim de que seja garantido o direito à moradia através deste instrumento de regularização fundiária, poderá o Poder Público, excepcionalmente, na forma dos artigos 4º e 5º da MP 2.220/01, conceder o uso especial de moradia em outro local que não aquele onde o possuidor exerceu a sua posse. Assim, em qualquer das hipóteses dos artigos 4º e 5º da MP 2.220/01, o Poder Público deverá reconhecer o direito subjetivo do morador à ocupação, devendo oferecer alternativas para reassentá-lo dignamente na hipótese de o local ser totalmente inadequado à moradia, ou ser necessário dar-lhe outra destinação por razões urbanísticas[89].

---

[87] ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 180.

[88] Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar. Instituto Polis (Coordenação Executiva). São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002, p. 102.

[89] ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 182.

2.1.4 Usucapião especial de imóvel urbano

O usucapião especial de imóvel urbano[90] está previsto no artigo 183 da CF/88, e é regulamentado pelos artigos 9º a 14 do ECid. De acordo com o artigo 183 da CF/88, é assegurado o domínio pelo usucapião para aquele que possuir, como sua, área urbana de até 250m², por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

O usucapião especial de imóvel urbano cumpre, ao mesmo tempo, duas finalidades: constituir-se em um instrumento de regularização fundiária que assegura o direito à moradia para a população que vive em assentamentos urbanos informais; e garantir o cumprimento da função social da propriedade por meio da promoção de uma política de regularização fundiária[91].

O usucapião é forma originária de aquisição do direito de propriedade pelo exercício da posse com *animus domini*[92], legalmente dada ao possuidor que ocupa áreas de terras como sendo suas e sem oposição, pelo prazo de 05 anos ininterruptos (artigo 9º do ECid). Deverá ser declarada em Juízo[93], em requerimento do possuidor ou matéria de defesa (artigo 13 do ECid).

Outras regras a serem observadas com base no artigo 183 se referem ao título de domínio (a ser conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil), à proibição de ser reconhecido aos mesmos possuidores mais de uma vez, e ao impedimento dos imóveis públicos serem adquiridos por usucapião (§ 1º, § 2º e § 3º, do artigo 183 da CF/88).

Segundo o ECid, o usucapião especial de imóvel urbano pode ser individual ou coletivo.

O usucapião especial de imóvel urbano individual está previsto no artigo 9º do ECid, e também no artigo 1.240 da Lei 10.406, de 12 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro)[94].

---

[90] Segundo Nelson Nery Junior, "A usucapião pode ser; A) ordinária (CC 1238); b) extraordinária (CC1242); c) especial rural (CC 1239); d) especial urbana (CF 183; CC 1240; ECid 9º e 10)".in Código Civil Anotado e Legislação Extravagante. 2ª ed. NERY JUNIOR, Nelson. São Paulo: editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 598.

[91] ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 165.

[92] BRASIL. Código Civil Anotado e Legislação Extravagante. 2ª ed. NERY JUNIOR, Nelson. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 598.

[93] Op. cit., p. 165.

[94] Em Porto Alegre, em 12.08.2003, houve o ingresso da ação de usucapião através da Equipe de Assistência Jurídica, órgão da PGM (Procuradoria Geral do Município), dentro do Programa de Regularização Fundiária de Porto Alegre, tendo sido distribuída para a 4ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre, processo nº 114077937, e que ainda se encontra em tramitação. A demanda foi proposta com fulcro no artigo 183 da CF/88 e no artigo 9º dd ECid.

A inovação trazida pelo ECid em relação ao disposto no artigo 183 da CF/88 diz respeito ao reconhecimento da posse do antecessor pelo herdeiro, desde que este já estivesse morando no imóvel quando do falecimento de seu antecessor (§ 3º do artigo 9º do ECid). De resto, as disposições do artigo 9º do ECid e do artigo 1240 do CCB coincidem com o que preconiza o artigo 183 da CF/88.

O usucapião especial de imóvel urbano coletivo está previsto no artigo 10 do ECid, e tem como requisitos que áreas urbanas com mais de 250 m² sejam ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não seja possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, e desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. Segundo o § 1º do artigo 10 do ECid, o possuidor, para fins de contagem do prazo de cinco anos exigidos para o usucapião coletivo, poderá computar a posse de seu antecessor, o que se justifica, conforme já comentado no item referente à forma coletiva de concessão de uso especial para fins de moradia (2.1.3), pela rotatividade existente nos assentamentos urbanos informais, configurando-se norma de importância fundamental para garantir o direito à moradia das pessoas que se encontram na posse do imóvel.

Nos termos do § 2º do artigo 10, o usucapião especial coletivo de imóvel urbano será declarado pelo juiz, mediante sentença, que servirá de título para registro no Cartório de Registro de Imóveis, com atribuição de frações ideais. O § 3º do referido artigo estabelece duas alternativas ao juiz quanto às frações ideais para a prolação da sentença de usucapião: na primeira, se estabelecem frações ideais iguais para os possuidores, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe; na segunda, o juiz atribui frações ideais diferenciadas a cada possuidor com base em acordo escrito por eles firmado. Não obstante, os § 4º e § 5º do artigo 10 do ECid referem que a sentença de usucapião criará um condomínio especial, de natureza indivisível, que somente poderá ser extinto, após a sentença de usucapião, desde que por decisão favorável de, no mínimo, 2/3 dos condôminos.

Quanto à questão da metragem do usucapião especial de imóvel urbano coletivo, há que se atentar para o limite máximo de 250m² por possuidor, já que um dos requisitos constitucionais para o usucapião urbano (artigo 183 CF/88) é que a metragem máxima de área urbana possuída a ser usucapida seja de até 250 m² individualmente considerada[95].

O artigo 12, § 2º, estabelece que o autor da ação de usucapião *"terá os benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuita, inclusive perante o cartório de registro de imóveis"*.

Por último, importante destacar que o rito processual a ser seguido pelo usucapião especial de imóvel urbano é o sumário[96], o que significa uma importante redução dos prazos

---

[95] ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001, p. 169.

[96] "Art. 14. Na ação judicial de usucapião especial de imóvel urbano, o rito processual a ser observado é o sumário".

processuais do procedimento ordinário aplicável aos demais tipos de usucapião. Essa disposição vem ao encontro do espírito da lei, no sentido de dar efetividade máxima ao direito de moradia para a população de baixa renda que vive em assentamentos urbanos informais.

2.1.5 Assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos

A assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos encontra-se prevista no artigo 4º, V, "r", do ECid. Seu fundamento constitucional está no artigo 5º, LXXIV, CF/88[97].

Este instituto funciona como instrumento de regularização fundiária na medida em que serve para possibilitar ao cidadão ocupante de assentamento urbano irregular o acesso, de forma gratuita, aos meios de regularização fundiária da área que ocupa, seja no âmbito judicial, seja no âmbito extrajudicial[98]. Assim, para garantir o direito à moradia dessas pessoas ocupantes de assentamentos urbanos irregulares, a prestação da assistência técnica e jurídica gratuita deve direcionar-se à promoção das medidas administrativas e judiciais para obtenção do reconhecimento do direito à moradia daquelas pessoas, como, por exemplo, pedido de concessão de uso especial para fins de moradia, seja na via administrativa, seja na via judicial; ação ou contestação para fins de reconhecimento de usucapião urbano ou coletivo[99]. São destinatários o indivíduo, grupo de indivíduos necessitados ocupantes de assentamento urbano irregular, e a associação de moradores de uma comunidade carente[100].

Ressalte-se, ainda, que, embora atualmente haja previsão expressa na lei do ECid acerca da competência do Município em promover a assistência técnica e jurídica para as pessoas carentes ocupantes de áreas urbanas irregulares, nem sempre foi assim, o que não impedia o Município de proporcionar esse serviço. Com efeito, o Município de Porto Alegre já havia criado a Assistência Jurídica Municipal antes do advento do ECid, através da Lei 7.344/94, referindo o artigo 3º da lei que *"a assistência jurídica municipal é o órgão responsável pela orientação jurídica e defesa dos direitos individuais e coletivos em qualquer esfera ou grau de jurisdição, das pessoas e entidades do Município comprovadamente necessitadas, nas questões atinentes à regularização fundiária urbana"*.

---

[97] "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;"

[98] Nesse sentido, Walter Piva Rodrigues in Proposta de Alteração da Lei de Assistência Judiciária, Cinqüentenário da Lei de Assistência Judiciária. Revista do Advogado, nº 59. São Paulo, Junho/2000, p. 20.

[99] SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 431.

[100] Op. cit., p. 430.

2.2 Leis 6.766/79 e 9.785/99

Com o objetivo de reverter a situação de deterioração das áreas urbanas, foi instituída, em 1979, a Lei 6.766 - Lei do Parcelamento do Solo Urbano. Esta lei dispõe sobre o parcelamento do solo urbano; estabelece os padrões urbanísticos mínimos para implantação de loteamento urbano, tais como sistema viário, equipamentos urbanos e comunitários, áreas públicas, bem como as responsabilidades dos agentes privados (proprietários, loteadores, empreendedores) e do Poder Público; e tipifica os crimes urbanísticos[101].

Os objetivos do parcelamento do solo urbano são o ordenamento territorial e a expansão da cidade[102]. Esse parcelamento pode ocorrer sob as modalidades de loteamento ou de parcelamento[103], de acordo com o artigo 2º da Lei 6.766/79, devendo, para tanto, serem observadas as disposições dessa lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

A Lei 9.785/99[104] alterou a Lei 6.766/79 com o objetivo de constituir instrumentos destinados à proteção do direito à moradia através da regularização dos assentamentos urbanos informais[105], com a constituição de conjuntos habitacionais e loteamentos populares

---

[101] SAULE JUNIOR, Nelson. Nova Lei do Parcelamento do Solo Urbano e as funções sociais da cidade. Disponível em http://www.polis.org.br/artigo_interno.asp?codigo=89. Acesso em 26 de maio de 2005.

[102] SAMBURGO, Beatriz Augusta Pinheiro; TAMISO, Cláudia Helena; FREITAS, José Carlos de. Comentários à Lei 9.785, de 29 de janeiro de 1999, sobre as alterações introduzidas na Lei 6.766/79. Disponível em http://www.mp.sp.gov.br/caouma/doutrina/urb/coment%C3%A1rios%20%-C3%A0%20lei%209785-99.htm, Acesso em 21 de maio de 2005.

[103] "Art. 2º. § 1º. Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes. § 2º. Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes".

[104] Altera o Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 (desapropriação por utilidade pública) e as Leis nºs 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (registros públicos) e 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (parcelamento do solo urbano).

[105] Em Porto Alegre (RS), o provimento nº 28/04 da Corregedoria Geral de Justiça do RS estabelece regras simplificadas para a regularização de loteamentos urbanos em benefício dos moradores, o chamado "Projeto More Legal III". O primeiro desses projetos se deu anteriormente à modificação da Lei 6.766/79 pela Lei 9.785/99, chamado, originariamente, de "Projeto More Legal", instituído pelos Provimentos 39/95 e 1/98. Esses Provimentos foram atualizados com base na Lei Federal nº 9.785/99, dando origem ao "Projeto More Legal II", através do Provimento 17/99. Agora, com o Provimento 28/04, atualizado em virtude da edição das Leis 10.257/01(ECid) e 10.931/04, vigora o "Projeto More Legal III". O "Projeto More Legal" reduz a documentação necessária para o registro dos loteamentos que se encontram na clandestinidade jurídica (é exigido somente o título de propriedade ou a certidão de matrícula, certidão negativa de ação e ônus real do imóvel, planta e respectiva descrição, emitidas ou aprovadas pela Prefeitura Municipal); prevê a regularização na forma coletiva; reconhece as situações consolidadas; permite que a autoridade judiciária proceda ao registro de parcelamento mesmo sem o atendimento dos requisitos urbanísticos previstos na Lei 6.766/79 e com base nas diretrizes municipais; e facilita o registro dos contratos pelos adquirentes após o registro do parcelamento. O pedido de regularização será apresentado ao Oficial de Registro de Imóveis, onde será protocolado e autuado, e uma vez verificada sua regularidade quanto aos princípios registrais, será remetido ao Judiciário. O procedimento judicial será regido pelas normas que regulam a jurisdição voluntária.

destinados à população de baixa renda[106]. Essas alterações, então, têm impacto notadamente sobre os Municípios, seus principais aplicadores[107], principalmente porque o grande benefício trazido pelas modificações foi respeitar a competência dos Municípios quanto à regularização dos parcelamentos do solo feitos de forma irregular dentro de seus territórios[108].

Pela Lei 6.766/79, o loteador é obrigado a elaborar projeto de loteamento, pedir sua aprovação à prefeitura e depois registrá-lo no competente Cartório de Registro de Imóveis, além de ser obrigado a realizar obras de infra-estrutura do loteamento[109]. Todavia, com relativa freqüência, deixa de fazê-lo no todo ou em parte. Ao identificar o não cumprimento de qualquer destas obrigações, o Município, em razão de denúncia dos moradores, ou por meio de vistoria ou levantamento do órgão responsável pela fiscalização dos loteamentos, deve iniciar o processo de regularização mediante notificação ao loteador para regularizar a área. Essa notificação, judicial ou extrajudicial (art. 49, Lei nº 6.766/79, por Cartório de Registro de Títulos e Documentos da Comarca da situação do imóvel ou de quem deve recebê-las), é a primeira etapa no processo de regularização de qualquer loteamento irregular ou clandestino[110], e pode ser promovida pelo morador, pelo Ministério Público ou pelo Município através da Procuradoria Geral[111].

As alterações havidas na Lei 6.766/79 trouxeram medidas importantes para os Municípios.

A primeira medida diz respeito à legalização das moradias dos parcelamentos populares feitos em áreas desapropriadas pelo Poder Público, destinadas à população de baixa renda[112]. O

---

[106] Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar. Instituto Polis (Coordenação Executiva). São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002, p. 123.

[107] SAMBURGO, Beatriz Augusta Pinheiro; TAMISO, Cláudia Helena; FREITAS, José Carlos de. Comentários à Lei 9.785, de 29 de janeiro de 1999, sobre as alterações introduzidas na Lei 6.766/79. Disponível em http://www.mp.sp.gov.br/caouma/doutrina/urb/coment%C3%A1rios%20%-C3%A0%20lei%209785-99.htm, Acesso em 21 de maio de 2005.

[108] SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 361.

[109] Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar. Instituto Polis (Coordenação Executiva). São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002, p. 64.

[110] Segundo Betânia de Moraes Alfonsin, a diferença entre loteamento irregular e clandestino é: "O loteamento *irregular* é aquele que, embora promovido sobre o imóvel matriculado no registro de imóveis, vem a ser executado em desconformidade com o respectivo memorial descritivo. O loteamento *clandestino* é aquele privado até mesmo do registro da matrícula da área de que é objeto. Tanto quanto outro encontram sanção na Lei 6.766/79,..." in Direito à Moradia - Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária nas Cidades Brasileiras. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas: IPPUR:FASE, 1997, p. 58.

[111] Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar. Instituto Polis (Coordenação Executiva). São Paulo: Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos, 2002, p. 64.

[112] SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, pp. 358/360.

artigo 18, no seu §4º, que foi inserido pela Lei nº 9.785/99, dispensa a apresentação de título de propriedade de imóvel quando o Poder Público submeter o registro do projeto de loteamento onde está o conjunto habitacional, desde que haja processo de desapropriação judicial em curso e declaração provisória de posse. Assim, o Município não precisa aguardar o término do processo judicial de desapropriação para iniciar o processo de regularização na condição de proprietário da área, bastando o registro da imissão provisória na posse no Cartório de Registro de Imóveis[113] para que o Município possa ceder a posse às famílias residentes.

A segunda medida é o caráter de escritura pública atribuído aos instrumentos particulares de cessão da posse entre o Poder Público e os moradores dos parcelamentos populares, conforme dispõe o novo § 3º do artigo 26 da Lei 6.766/79. O novo § 4º deste dispositivo refere, ainda, que "*A cessão da posse referida no § 3º, cumpridas as obrigações do cessionário, constitui crédito contra o expropriante, de aceitação obrigatória em garantia de contratos de financiamentos habitacionais*". [114]

A terceira medida diz respeito ao reconhecimento das regularizações e de assentamentos de interesse público, conforme disposição do artigo 53-A da Lei 6.766/79, introduzido pelo pela Lei 9.784/99[115]. Assim, os conjuntos habitacionais executados pelo Poder Público que apresentem irregularidades com relação ao parcelamento, uso e ocupação do solo poderão ser regularizados somente com a documentação mínima e indispensável aos registros nos cartórios competentes[116], agilizando-se o processo de regularização em prol da efetivação do direito à moradia das pessoas que residem nesses locais.

CONCLUSÃO

1. O que se verifica nos centros urbanos é a existência de duas cidades dentro de uma só: a cidade formal/regular e a cidade informal/irregular. As condições de moradia não são as mesmas para todos os habitantes, de maneira que aquela grande parte da população urbana que não tem acesso à cidade formal/regular é obrigada a ocupar, informal e irregularmente, áreas muitas vezes de risco, sem qualquer infra-estrutura e saneamento, em condições de vida ínfimas, numa flagrante violação do direito fundamental à moradia e dos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

---

[113] Art. 167, § 36, Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), alterado pela lei nº 9.785/99, permite o registro provisório de posse concedido à União, estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades quando o propósito for a execução de parcelamento popular com finalidade urbana.

[114] SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 361.

[115] Op. cit., p. 362.

[116] Op. cit., p. 362.

2. A moradia adequada é um dos elementos mínimos que o indivíduo necessita para ter uma vida digna, na medida em que a sobrevivência na cidade começa no acesso à moradia regular. A moradia regular é, portanto, um direito básico da cidadania, e está estritamente ligada à dignidade da pessoa humana.

3. Com a promulgação da CF/88, que contou com um capítulo específico sobre política urbana (artigos 182 e 183); com o reconhecimento do direito à moradia como um direito social (Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000), e, em 2001, com a aprovação do Estatuto da Cidade e com a edição da MP 2.220, surgiu uma nova ordem jurídica urbanística. Esta nova ordem apóia principalmente os Municípios na busca das soluções das questões urbanas, já que são eles quem detém a competência exclusiva para implementação da política urbana, e já vinham buscando alternativas para o estabelecimento de políticas nas cidades que garantissem o direito à moradia.

4. A regularização fundiária traz a segurança da posse, através da obtenção do título. Ademais, regularizada a sua situação, o indivíduo poderá fazer investimentos no imóvel, com a facilidade de obtenção de financiamento. E, ainda, a regularização fundiária insere o indivíduo na economia formal da cidade.

5. A regularização fundiária é um instrumento de garantia do direito à moradia de caráter curativo, que estará regulamentada no plano diretor, obrigatório para determinados Municípios, nos termos da CF/88 e do ECid, ou na legislação municipal. Esses são os meios que transportarão as medidas jurídicas existentes no plano legal para o plano da realidade urbana.

6. O Estatuto da Cidade é um excelente avanço no ordenamento jurídico na questão da moradia, estabelecendo diretrizes, normas e instrumentos para que os Municípios possam atuar de forma legítima na implementação de sua política urbana. No entanto, somente cumprirá a sua missão e terá ingerência sobre a realidade urbana brasileira se os Municípios souberem utilizar o arsenal de instrumentos que o novo ordenamento urbanístico brasileiro oferece, através de planejamento, implementação, monitoração dos instrumentos com a correção daquilo que eventualmente não funcionou.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSIN, Betânia de Moraes. Direito à Moradia - Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária nas Cidades Brasileiras. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas: IPPUR:FASE. 1997.

DE SOTO, Hernando. La Arquitectura Oculta del Capitalismo. Disponível em http://www.elcato.org/special/friedman/desoto/arquitecturacapitalismo.html.. Acesso 18 de abril de 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, in Adilson Abreu Dallari (coord.) e Sérgio Ferraz (coord.). ECid: comentários à Lei 10.257. São Paulo: Editora Malheiros. 2003.

DORNELAS, Henrique Lopes. Aspectos jurídicos da outorga onerosa do direito de construir. Solo criado. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 128, 11 nov. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4483>. Acesso em: 06 abr. 2005.

FERNANDES, Edésio. Política Nacional de Regularização Fundiária. Revista de Direito Imobiliário – IRIB - nº 56. Ano 27. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FREITAS, José Carlos de. Plano Diretor como Instrumento da Política Urbana. Disponível em: http://www.mpdft.gov.br/Orgaos/PromoJ?Prourb?pl_dir_instr_pol_urb_.htm. Acesso em: 05 abr. 2005.

LOPES, José Reinado de Lima. Cidadania e Propriedade: Perspectiva Histórica do Direito à Moradia. Revista de Direito Alternativo nº 2. São Paulo: Editora Acadêmica. 1993.

Manual: regularização da terra e moradia – o que é e como implementar. Instituto Polis (Coordenação Executiva), Publicação Caixa Econômica Federal, Instituto Pólis, FASE, Cidadania e Direitos Humanos, COHRE – Centro pela Moradia contra Despejos. São Paulo. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 17ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros. 1997.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora Limitada. 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. Código Civil Anotado e Legislação Extravagante. 2ª ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais. 2003.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. Comentários ao ECid. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais. 2005.

OSORIO, Leticia Marques e SOSO, Patrícia Helena. Direito de Preempção, ECid e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002.

ROLNIK, Raquel e SAULE JUNIOR, Nelson (coord.). Estatuto da Cidade, guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

SAMBURGO, Beatriz Augusta Pinheiro; TAMISO, Cláudia Helena; FREITAS, José Carlos de. Comentários à lei 9.785, de 29 de janeiro de 1999, sobre as alterações introduzidas na Lei 6.766/79. Disponível em http://www.mp.sp.gov.br/caouma/doutrina/urb/coment%C3%A1rios%20%C3%A0%20lei%209785-99.htm. Acesso em 21 de maio de 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2004.

_____ Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2001.

_____ O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Revista do Direito do Consumidor nº 46. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Urbanos Irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2004.

_____ Nova Lei do Parcelamento do Solo Urbano e as funções sociais da cidade. Disponível em http://www.polis.org.br/artigo_interno.asp?codigo=89. Acesso em 26 de maio de 2005.

SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros. 2000.

A Uniformização das Decisões pela Súmula Vinculante - A Realização dos Valores Constitucionais: Segurança, Liberdade e Igualdade

Adriana Barzotto Rispoli

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, texto da Reforma do Judiciário, foi tema de ampla discussão na sociedade brasileira. Alguns pontos da Reforma foram aprovados apesar da polêmica causada e da oposição de diversos operadores do Direito. Entre eles, a Súmula Vinculante, tema central deste trabalho.

A relevância do tema está na dificuldade encontrada no universo jurídico brasileiro, gerada por decisões conflitantes entre juízes e tribunais diversos e, muitas vezes, dentro da mesma corte judicial. Situações semelhantes são julgadas de forma díspares, o que gera insegurança jurídica nos mais diversos segmentos da sociedade.

Há um excesso de processos que tratam do mesmo tema e que entram todos os anos na Justiça. Estes casos lotam os Tribunais, consomem os recursos do Estado, conseqüentemente dos cidadãos, dificultam, quando não impossibilitam, a vida dos jurisdicionados e aumenta a instabilidade jurídica brasileira, contribuindo para um ambiente de incerteza que inibe e retrai investimentos.

Este estado de incerteza com relação aos julgamentos afeta nossa vida econômica e social. Quando não se pode prever as consequências dos próprios atos, pela falta de uniformidade das decisões judiciais, não se pode garantir valores constitucionais de um Estado Democrático de Direito, entre eles, a segurança, a liberdade e a igualdade.

A Súmula Vinculante tende a devolver ao Judiciário a credibilidade, no momento em que causas semelhantes, ínumeras vezes postas em litígio, forem decididas da mesma maneira, o que traz coerência e estabilidade ao sistema jurídico.

O presente trabalho pretende analisar a Súmula Vinculante, na forma normatizada pela Emenda Constitucional nº 45. Inicialmente, será realizada uma breve análise que como eram as Súmulas de jurisprudência antes da Emenda. Serão então feitas algumas observações sobre a modificação do sistema jurídico brasileiro ocorrido com a introdução do artigo 103-A na Constituição Federal, que trata especificamente da Súmula Vinculante.

No segundo capítulo, será tratado o tema central deste trabalho: analisar o papel da uniformização da jurisprudência resultante da Súmula Vinculante na realização dos valores constitucionais da segurança, liberdade e igualdade.

1 SÚMULA VINCULANTE

A expressão "Súmula Vinculante" trata-se da redução da terminologia "Súmula da jurisprudência predominante do tribunal, com efeito vinculante".[1]

As Súmulas são enunciados que tratam da jurisprudência predominante dos Tribunais e resumem o posicionamento reiterado das Cortes sobre a interpretação do conteúdo das leis. No caso do Supremo Tribunal Federal, elas são formadas quando dos incidentes de uniformização de jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal instituiu a Súmula da Jurisprudência Predominante no seu Regimento Interno em 28.08.1963, a fim de compendiar as teses jurídicas firmadas nos seus posicionamentos. A Súmula nº 1 foi aprovada em sessão plenária de 13.12.1963.[2] O atual Regimento Interno, em vigor desde 1º.12.1980, trata da matéria, especificamente, no art. 102 e seus parágrafos.

A origem da Súmula Vinculante encontra-se na Common Law. A principal fonte do Direito neste sistema são as decisões judiciais (precedents). Nos Estados Unidos, o ordenamento jurídico está baseado no stare decisis, princípio pelo qual os juízes e tribunais devem observar a orientação fixada pelo órgão mais alto, a Suprema Corte.[3]

---

[1] TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. As tendências do direito público no limiar de um novo milênio. São Paulo: Saraiva, 2000, fl. 172.

[2] Site: http://www.stf.gov.br, acessado no dia 28.06.2005.

[3] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A democracia no limiar do século XXI. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 136.

1.1 A Súmula antes da Emenda Constitucional Nº 45, De 2004

Antes da Emenda, assim como ainda é hoje, as Súmulas são produto de reiteração das decisões num mesmo sentido, criadas por Tribunais de segunda instância, pelos Tribunais Superiores e pelo Supremo Tribunal Federal. A elaboração segue os artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil, que trata do incidente de uniformização de jurisprudência, além do Regimento Interno de cada Tribunal.

Barbosa Moreira frisa que o mecanismo uniformizador de jurisprudência, construído nos artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil, é pouco eficiente na prática. Ausente o efeito vinculante, as disposições relativas à uniformização da jurisprudência quase nenhum efeito prático têm.[4]

Este incidente de uniformização de jurisprudência (preconizado pelos artigos 476 a 479) têm o efeito de homogeneizar a jurisprudência apenas dentro do mesmo Tribunal, que pode, inclusive, ser diversa de Súmula do Supremo.[5] Já a uniformização implantada pela Emenda Constitucional nº 45 tem um efeito unificador do direito brasileiro, pois vincula todos os tribunais.

Antes da Emenda Constitucional nº 45, o papel da Súmula já era de grande aplicação, como um dos critérios para conhecer recursos no juízo de admissibilidade, e como orientação das decisões dos magistrados submetidos ao Tribunal que editou a Súmula.[6] Outros efeitos relevantes: a citação da Súmula pelo seu número, dispensa, perante o Supremo Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido (art. 102, § 4º do Regimento Interno); o ministro relator pode arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal, consagrada na Súmula (art. 38, da Lei nº 8.038/90).[7]

Além disso, desde a Emenda Constitucional nº 3/93, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade são vinculantes. Através da Lei nº 9868/99, este efeito também foi conferido à Ação Direta de Inconstitucionalidade. Os julgamentos nessas ações possuem força obrigatória geral, pois sendo o Supremo o intérprete maior da compatibilidade abstrata do ordenamento jurídico com as normas constitucionais, estas decisões vinculam o legislador, todos os tribunais e todas as decisões das autoridades administrativas.[8]

---

[4] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 7 e 28.

[5] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 13.

[6] Neste sentido: TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. As tendências do direito público no limiar de um novo milênio. São Paulo: Saraiva, 2000, fl. 173; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Uniformização de Jurisprudência – Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25.

[7] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 26.

[8] MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais – garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 273.

Dessa forma, a decisão em Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade, obrigatoriamente, deverá servir de parâmetro para a solução dos casos concretos apresentados ao Judiciário. Assim como as autoridades administrativas, que não poderão aplicar a norma declarada inconstitucional ou deixar de respeitar as normas declaradas constitucionais, e deverão pautar suas condutas pela interpretação dada pelo STF.[9]

Sendo assim, tanto mais razão conferir efeito vinculante às Súmulas de jurisprudência consolidada, pois o assunto sumulado, que trata necessariamente de matéria constitucional, deve ser reiteradamente enfrentado e debatido pelo Supremo.

1.2 A Alteração Do Ordenamento Jurídico Implantado Pela Emenda Constitucional Nº 45 De 2004

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe inovações que vão influenciar a vida dos jurisdicionados brasileiros. O artigo 103-A foi acrescido à Constituição Federal pelo artigo 2º da EC nº 45:

> "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
> § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.
> § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

---

[9] MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais – garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 274.

> § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal, para produzirem efeito vinculante, deverão passar pelo mesmo processo que as novas, pois devem ser confirmadas por dois terços dos membros do Tribunal e publicadas na imprensa oficial, conforme prevê o artigo 8º da Emenda Constitucional nº 45:

> "Art. 8º As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial."

O papel da Súmula não foi alterado pela Emenda Constitucional nº 45. Um Tribunal, após repetidas decisões num mesmo sentido, edita o enunciado de jurisprudência, com a fixação da interpretação da lei, orientando os posicionamentos dos órgãos inferiores a ele. Ou seja, permanecem as Súmulas dos Tribunais como jurisprudência orientadora das decisões dos juízes e tribunais inferiores.

A alteração ocorreu com relação as Súmulas do Supremo Tribunal Federal, que passaram a ter efeito vinculante sobre matéria constitucional. Portanto, a Emenda Constitucional nº 45 conferiu este efeito apenas ao Supremo Tribunal Federal, cujo posicionamento adotado vinculará os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública de todas as esferas.

Deve-se atentar ao fato de que a Súmula Vinculante só poderá ser aprovada pelo Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional. Ora, o Supremo é o guarda da Constituição Federal e o órgão de cúpula do Poder Judiciário. Como o mais alto órgão jurisdicional do país, a ele são deferidas as questões que analisa em última instância, e portanto, diz a última palavra em matéria constitucional. Sendo assim, porque não aplicar de imediato e de forma vinculante, nas instâncias inferiores, as decisões sobre as quais o Supremo tem autoridade máxima? Afinal, se o processo chegar até esta última "instância", o entendimento deste Tribunal é que vai prevalecer.

Além disso, deve ser apontado que a Emenda Constitucional nº 45 ampliou o rol dos que estão habilitados a pedir a revisão das Súmulas, pois o § 2º do art. 103-A dispôs que a alteração ou revogação pode ser provocada por todos que podem propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Antes da Emenda, apenas o art. 103 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal regulava a matéria, sendo que os únicos competentes a propor a revisão da jurisprudência assentada em Súmula eram os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O § 1º do art. 103-A aponta os requisitos para a Súmula: "controvérsia atual", "grave insegurança jurídica" e "relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica". Estas exigências revelam a importância da Súmula Vinculante, como instrumento a dar celeridade às demandas, pacificando de forma mais incisiva os inúmeros conflitos que tratem de teses jurídicas idênticas.

Seis meses após a publicação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, ainda não houve edição de Súmula com efeito vinculante. Assim como não houve manifestação do Tribunal a respeito da confirmação dos atuais Enunciados para efeito de Súmula Vinculante.[10]

2 OS VALORES CONSTITUCIONAIS ASSEGURADOS COM A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

As consequências trágicas do totalitarismo dominante na Segunda Guerra Mundial acarretaram importantes mudanças políticas no mundo. Entre elas, o retorno da democracia e a constitucionalização dos valores, que introduziu nas Constituições dos países os valores mínimos[11], a serem respeitados pelo Estado e pelos cidadãos.

Na Constituição Federal de 1988, estes valores estão expressos no prêambulo e no *caput* do artigo 5º. São denominados valores supremos no primeiro e direitos fundamentais no segundo. Estes fins últimos do Estado são operados, no plano jurídico, por Tribunais Constitucionais, que definem as decisões de última instância[12] no âmbito do Judiciário, buscando em suas decisões o respeito máximo a estes valores.

O Brasil possui uma Constituição Federal análitica e com controle de constitucionalidade que pode ser realizado por qualquer juiz ou Tribunal ao aplicar a lei ao caso concreto. Estes fatores tornam urgente uma efetiva uniformização da jurisprudência constitucional, sob pena de não se implementar os valores mínimos da sociedade.

A falta de uniformidade das decisões judiciais sobre teses jurídicas idênticas afeta três dos mais relevantes valores constitucionais: a segurança, a liberdade e a igualdade. Estes são considerados pelo preâmbulo da Constituição Federal como valores supremos da sociedade.

---

[10] Conforme informação da Seção de Pesquisa de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do dia 28.06.2005, por email, através do site: http://www.stf.gov.br.

[11] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos. Porto Alegre: Tese para concurso a Professor Titular da USP, 2002, p. 35.

[12] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos. Porto Alegre: Tese para concurso a Professor Titular da USP, 2002, p. 55/56.

2.1 Segurança Jurídica

O valor da segurança deve ser assegurado, na esfera judicial, através da coerência e uniformidade das decisões do Judiciário de um país, seja na primeira ou segunda instância, ou nos tribunais superiores. Dessa forma, este Estado garantirá credibilidade interna, dos seus cidadãos, e externa, de outros Estados, organismos internacionais e investidores externos.

O sociólogo alemão Max Weber encontraria em nosso Direito fortes traços do que chamou de "sistema jurídico irracional"[13], dado o grau de imprevisibilidade das nossas decisões judiciais. Apesar do Direito Brasileiro ser inteiramente codificado, os textos legislativos possuem tantas lacunas que se abre uma grande margem à interpretação particular de cada magistrado.

Weber expôs a "teoria da racionalização do Direito". Num ordenamento jurídico racional, as decisões judiciais estão revestidas de um alto grau de previsibilidade e calculabilidade. Conseqüentemente, quanto mais racional um sistema jurídico, os indivíduos contam com um maior grau de previsibilidade e calculabilidade de suas próprias ações, tornando mais previsíveis e calculáveis as relações dos indivíduos com o ordenamento jurídico e com os demais indivíduos.[14]

As principais vias da racionalização do Direito são: a generalização, que transforma as razões da decisão de um caso concreto em uma regra abstrata; e a sistematização jurídica, que consiste em imprimir ao direito clareza, coerência e completude, exigência que implica que todas as ações possam se subsumir em normas de um mesmo sistema.[15] Com estes instrumentos, pretende-se dar ao Direito uma lógica racional e e uma aceitabilidade maior por parte dos jurisdicionados, que sofrem com a falta da coerência do sistema jurídico.

Bobbio, ao tratar das características da lei, ressalta a generalidade e a abstração. A generalidade, pois a lei disciplina o comportamento não de um pessoa, mas de uma classe de pessoas. Deste modo, ela realiza um outro aspecto da justiça: a igualdade formal, que consiste em tratar de modo igual as pessoas que estão inseridas na mesma categoria. E a abstração, pois a lei não comanda uma ação, mas uma categoria de ações. Deste modo, ela realiza uma exigência de fundamental importância para que a ordem possa ser conservada: a certeza jurídica, que consiste na possibilidade de um cidadão poder, no âmbito do sistema normativo, prever a consequência do próprio comportamento.[16]

---

[13] WEBER, Max. Economía y sociedad. Tradução de José Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 604 e 606.

[14] FARIÑAS DULCE, María José. La sociologia del derecho de Max Weber. 1ª edição. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 217/218.

[15] FARIÑAS DULCE, María José. La sociologia del derecho de Max Weber. 1ª edição. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 213/214.

[16] BOBBIO, Norberto. Il Positivismo Giuridico. Itália: Torino, 1979, p. 276.

Constata-se que estes efeitos de realizar a igualdade e conferir certeza jurídica, de que trata o jurista, serão concretizados na sociedade se o Judiciário, ao aplicar a norma elaborada pelo Legislativo, implementar estes valores por meio de uma jurisprudência uniforme. Neste passo, a Súmula Vinculante é um importante instrumento, pois garantirá que casos idênticos devam ser tratados da mesma maneira, de forma efetiva.

Ressalta-se que a Súmula Vinculante não deve se confundir com uma jurisprudência paralisada no tempo. A própria Emenda Constitucional nº 45 tratou de destacar, no artigo que inseriu na Constituição Federal (art. 103-A, § 2º), a revisão ou o cancelamento da súmula, que pode ser provocada por todos que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. Portanto, com a evolução histórica, social e dos costumes, alterado o entendimento sobre a interpretação de determinada lei ou de sua aplicação nas situações concretas, revisa-se ou revoga-se a súmula.

Sydney Sanches também alerta para o grande mal que é a imutabilidade do Direito com a existência de uma jurisprudência rígida, estanque, que não acompanha as mudanças da vida. Entretanto, considera que há outro grande mal que é a anarquia jurisprudencial, que gera a revolta dos litigantes que, em situação idêntica a de outros, tem seu pedido desamparado, enquanto os outros foram acolhidos.[17]

Barbosa Moreira entende conveniente a adoção de medidas tendentes à uniformizar os pronunciamentos judiciais, porque num mesmo instante histórico, ou seja, sem que varie as condições culturais, sociais, econômicas, a mesma regra de direito pode ser (e muitas vezes é) diferentemente entendida pelos diferentes órgãos judicantes, e a teses jurídicas semelhantes se aplicam teses jurídicas divergentes ou até opostas. A unidade do Direito se intensifica com a evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais e evita que a sorte dos litigantes fique na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão.[18]

Os pleitos iguais não devem ter soluções diferentes, quando estiverem dentro do mesmo contexto social e histórico, porque vai de encontro com a opinião pública, que não compreende e tolera a contrariedade dos julgados, pelo contrário, anseia por segurança. Portanto, uma jurisprudência uniforme e estável é uma realização de justiça.[19]

---

[17] SANCHES, Sidney. Uniformização da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 07/08.

[18] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 4/5.

[19] SANCHES, Sidney. Uniformização da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 07,08 e 51. O jurista inspira-se no meio termo para se alcançar o ideal de justiça, sendo que os dois males podem ser trabalhados de modo que cheguem a um objetivo comum: justiça igual. Tanto a uniformização da jurisprudência, quanto a não estagnação do Direito no tempo formam o ideal de justiça. Os meios para se alcançar este ideal são: aprimorar os meios jurídicos existentes e capacitar os intérpretes para alcançar o objetivo comum, qual seja, a *"igualdade de resultados ante a igualdade de situações. Com isso, muito ganhará a causa da justiça. E, com ela, a própria civilização."*

O Judiciário tende a conquistar confiança e respeitabilidade com a uniformidade de decisões. Caso contrário, a menos que uma das partes do litígio se submeta a enfrentar todas as instâncias, e consiga levar sua causa ao Supremo Tribunal Federal, para obter uma decisão uniformemente adotada pela mais alta Corte de Justiça do país – o que deve ocorrer após anos de litígio, muitas vezes tarde demais para o jurisdicionado –, não obterá um julgamento coerente com os demais.

Com a uniformização das decisões judiciais, o Supremo Tribunal Federal, corte suprema do país, sairá fortalecido, e, com ele, todo o Poder Judiciário.[20]

José Marcelo Menezes Vigliar salienta que a interpretação do Direito positivado pelo Judiciário deve proporcionar parâmetros seguros e igualitários para os eventos que sejam idênticos em suas origens. Isso para preservar a respeitabilidade que se deve nutrir em relação ao Judiciário e suas decisões. O autor afirma que se existe apenas um direito material aplicável aos casos idênticos discutidos em juízo, não pode existir sentenças diversas, porque teses jurídicas idênticas devem ter o mesmo tratamento pelo Estado.[21]

A palavra final das situações cotidianas da sociedade postas em litígio no âmbito jurídico sempre vai ser o Judiciário. "O único juiz dos juízes é outro juiz"[22]. O Poder Judiciário como um todo vai sair fortalecido, pois a sociedade vai confiar que suas decisões são equânimes, e a confiança no sistema judiciário é de grande relevância para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

A segurança jurídica também depende da celeridade do processo. A celeridade passou a ser prevista no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45:

"Art.5º .....

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

---

[20] Em sentido contrário: DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66. Para o jurista, *"obrigar os juízes e tribunais a decidirem acolhendo plena e automaticamente as decisões do Supremo Tribunal, mesmo quando estiverem convencidos que tais decisões forem erradas ou injustas, é negar a própria razão de ser do Poder Judiciário"*. Para ele, o sistema judiciário sairá enfraquecido, pois sera suprida com força a falta de autoridade.

[21] VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Uniformização de Jurisprudência – Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25/26 e 31.

[22] RIGAUX, François. A lei dos juízes. Tradução de Edmir Missio. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 260.

A Justiça existe para o jurisdicionado e para ele deve ser voltado o processo, cuja solução deve se dar em tempo socialmente aceitável. O efeito vinculante das súmulas evita que o trânsito em julgado de decisões já sedimentadas na jurisprudência demore excessivamente para ser alcançado.[23]

Um importante instrumento de celeridade processual desenvolvido é a Súmula Vinculante. E ela não tende apenas a agilizar o processo, mas a garantir a segurança jurídica, a desafogar as instâncias superiores quanto a questões já decididas, a facilitar o acesso do jurisdicionado às decisões das instâncias superiores, enfim, a racionalizar o sistema jurídico.

Se todas as ações judiciais que ingressam na Justiça Estadual, Federal, e nas Justiças Especializadas Trabalhista, Eleitoral e Militar, chegassem ao Supremo Tribunal, a Corte, que conta apenas com onze ministros, estaria inviabilizada, e, com ela, todo o sistema.[24]

Com a constitucionalização dos principais direitos e a previsão das garantias processuais na Constituição Federal, como é hoje, as partes já ingressam em juízo invocando dispositivos constitucionais em seu favor, mais do que a legislação infraconstitucional que efetivamente disciplina a matéria, visando justamente a viabilizar a chegada ao Supremo, que só aprecia questões constitucionais. O que se deve garantir, por meio do acesso às Cortes Superiores é a uniformidade do que deve ser a interpretação da norma jurídica de caráter nacional. Somente assim, o Supremo Tribunal Federal conseguirá cumprir sua missão constitucional.[25]

A falta de previsibilidade e de segurança são os maiores inimigos da ordem jurídica. Portanto, se a jurisprudência já está pacificada em um sentido, recorrer das decisões das instâncias inferiores dificulta a prestação jurisdicional como um todo. Ou seja, é um risco inerente à necessidade de evitar um série infinita de recursos e pôr um fim célere aos processos, que a última instância perpetue uma injustiça. É um risco, com ou sem a súmula vinculante e não um risco da súmula vinculante[26]

---

[23] Neste sentido: GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, Ives. "O bélico e o lúdico no Direito e no Processo" – Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Vol. 70, nº 2. Brasília: Síntese, jul/dez 2004, p. 37; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Uniformização de Jurisprudência – Segurança Jurídica e Oever de Uniformizar. São Paulo: Atlas, 2003, p. 33.

[24] Neste sentido: GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, Ives. "O bélico e o lúdico no Direito e no Processo" – Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Vol. 70, nº 2. Brasília: Síntese, jul/dez 2004, p. 33. Em sentido contrário: DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66. Para o jurista, não se deve sacrificar a independência dos juízes e tribunais apenas para que os Ministros do STF recebam menor número de casos. Com esta visão, o jurista coloca a liberdade e o livre convencimento do juiz acima de valores constitucionais como o da segurança jurídica.

[25] GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, Ives. "O bélico e o lúdico no Direito e no Processo" – Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Vol. 70, nº 2. Brasília: Síntese, jul/dez 2004, p. 33/34.

[26] Neste sentido: GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, Ives. "O bélico e o lúdico no Direito e no Processo" – Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Vol. 70, nº 2. Brasília: Síntese, jul/dez 2004, p. 37; TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. As tendências do direito público no limiar de um novo milênio. São Paulo: Saraiva, 2000, fl. 176.

2.2 Igualdade

Se as decisões das lides em juízo em situações idênticas são antagônicas, não há igualdade entre os cidadãos de um Estado. A isonomia na jurisprudência é uma das expressões do princípio da igualdade.

Na esfera da vida pública, há uma exigência inconteste de tratamento igualitário dispensado pelo Estado-Juiz a todos os jurisdicionados. Há um dever geral, uma convicção natural de tratar as pessoas como iguais.

Quando há igualdade de julgamento, os cidadão passam a ter uma expectativa de que, para casos oriundos de fatos idênticos, a resposta do Judiciário vai ser a mesma.

Como a Súmula se origina de um processo de uniformização de jurisprudência, trata-se de um meio eficaz a impedir decisões conflitantes dentro do Judiciário, pois a falta de coerência do sistema acaba por afetar a segurança jurídica e a isonomia de tratamento aos cidadãos.[27]

Dworkin, ao desenvolver a "Teoria da integridade", trata da idéia da igualdade de julgamento. Para que um sistema possua coerência, deve ser fiel às regras e aos seus julgados anteriores.[28] Ou seja, o direito como integridade exige igualdade na prestação jurisdicional, para formar o direito como um todo coerente e estruturado.

A coerência se encontra em decidir casos semelhantes da mesma maneira. A integridade exige que as normas públicas expressem um sistema único e coerente de justiça e eqüidade, e é relevante que a comunidade as enxergue como tal.[29]

O princípio da legalidade é parente próximo do princípio da igualdade.[30] A igualdade, como princípio de justiça (quando caracterizado como o princípio de que os que são iguais devem ser tratados de forma igual) é a *igualdade perante a lei*, o que é diferente de *igualdade*

---

[27] TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. As tendências do direito público no limiar de um novo milênio. São Paulo: Saraiva, 2000, fl. 177.

[28] DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 225.

[29] DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 263/264. Contudo, Dworkin afirma que este ideal de integridade e coerência pode levar uma instituição a se afastar da estreita linha das decisões anteriores, contanto que busque uma fidelidade aos princípios mais fundamentais do Estado.

[30] RIGAUX, François. A lei dos juízes. Tradução de Edmir Missio. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 259/260.

na lei.[31] A lei pode trazer distinções, tratar de forma desigual os indíviduos – sob certas justificativas. Ou seja, a lei pode diferenciar sem discriminar.[32] Contudo, o aplicador do direito deve aplicar a norma a todos os indíviduos que se encontrem em determinada situação, sem distinções arbitrárias.

Como a interpretação da norma geral pelos juízes pode levar a diferentes conclusões, para assegurar a igualdade perante o Direito é de grande relevância a existência da Súmula Vinculante – interpretação uniforme dada à lei quando verificada determinada situação no caso concreto – consolidada após reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido.

O juiz não vai se tornar um mero aplicador da Súmula Vinculante, pois esta trata-se de linguagem e, como tal, deve ser interpretada. Ao ser defrontado com a demanda, ele vai analisar os aspectos específicos da causa, que podem distingui-los daquele para o qual a Súmula foi editada Ou seja, para aplicar o Direito ao caso concreto, o juiz precisa interpretar a tese jurídica apresentada, e verificar se efetivamente a Súmula se aplica àquele caso ou não.[33]

A regra é: todos que são iguais devem ser tratados igualmente. Este é um pressuposto básico da justiça. Entretanto, para Kelsen, *"a única norma que pode valer como princípio de justiça da igualdade é a norma segundo a qual todos os homens devem ser igualmente tratados, sem que nenhuma das desigualdades que efetivamente existem entre eles deva ser tomada em consideração".*[34]

Kelsen afirma que sempre que se apresentar o pressuposto fixado pela norma, deve verificar-se a conseqüência por ela estabelecida Ou seja, sempre que as condições fixadas pela norma estejam presentes, deve verificar-se o tratamento por ela estabelecido.[35]

A igualdade perante o Direito exige que a norma seja aplicada a todos os casos que se enquadrem na sua hipótese, sem fazer discriminação das pessoas que a norma atinja.[36] Apesar da obviedade do princípio da "igualdade perante a lei", se ao aplicar a lei, o mesmo tribunal possui interpretações diversas ou contrárias, não há respeito ao princípio da igualdade.

---

[31] KELSEN, Hans. O problema da justiça. Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 59/60.

[32] Neste sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 29. O Professor trata de distinguir os dois termos: a diferenciação visa assegurar, além das aparências, a igualdade. Já a discriminação favorece, a pretexto de diferenças, a desigualdade. A diferenciação é racional. A discriminação é arbitrária.

[33] Neste sentido: TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. As tendências do direito público no limiar de um novo milênio. São Paulo: Saraiva, 2000, fl. 178.

[34] KELSEN, Hans. O problema da justiça. Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 55/56.

[35] KELSEN, Hans. O problema da justiça. Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 56.

[36] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 28/29.

Em outras palavras, não é apenas a lei, norma geral, que deve ser igual para os iguais, mas também a jurisprudência, que é a interpretação da própria lei. Todas as formas de expressão do Direito devem servir para consagrar o princípio da igualdade.

2.3 Liberdade

No contexto que estamos estudando, a liberdade está presente em uma sociedade quando cada um sabe o resultado dos seus atos, a conseqüência de suas ações.

Montesquieu, na sua obra "O espírito das Leis" trata do conceito de liberdade. Para ele, a liberdade política numa democracia não consiste em fazer o que se quer. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem, porque se pudesse fazer aquilo que elas proíbem, os outros também teriam este poder e não se teria mais liberdade. [37] Portanto, a liberdade de cada membro pertencente à sociedade é limitada pela igual liberdade do outro membro. Caso contrário, a idéia de liberdade seria um princípio anti-social.[38]

Somente há liberdade em uma sociedade quando há submissão ao poder da lei. Em virtude deste pensamento, Montesquieu, tendo como base a Constituição da Inglaterra, onde não havia um Judiciário independente, afirma que os julgamentos devem ser fixos a tal ponto, que nunca seja mais do que um texto exato da lei. Na realidade de um país que tem um Poder Judiciário independente e igual aos demais, o juiz, para aplicar o direito adequadamente ao caso concreto, precisa interpretar a lei. Entretanto, como bem ressalta Montesquieu, se os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos.[39]

"...La justicia formal y racional es una garantia de la "libertad".[40] Weber assinala que o direito racional é fomentado pela classe burguesa, pois a prática de um direito formal, sistematizado e inequívoco exclui as arbitrariedades e garante a preservação dos contratos. Isto porque os elementos essenciais do Direito racional-formal são os direitos de liberdade, figurando em primeiro lugar o princípio da liberdade contratual.[41]

---

[37] MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. Tradução publicada sob licença de Difusão Européia do Livro. 1ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 155/156.

[38] Kelsen diz que a liberdade, na sua forma originária, não permite nenhuma norma limitadora da conduta do homem em face dos outros. Por isso, a idéia de liberdade deve sofrer transformação, para se tornar um princípio social e de justiça. A liberdade deve existir *sob* a ordem normativa, transformando a liberdade individual em liberdade social. (O problema da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 49).

[39] MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. Tradução publicada sob licença de Difusão Européia do Livro. 1ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 158.

[40] WEBER, Max. Economía y sociedad. Tradução de José Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 607.

[41] WEBER, Max. Economía y sociedad. Tradução de José Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 608; FARIÑAS DULCE, María José. La sociologia del derecho de Max Weber. 1ª edição. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 283 e 286.

A liberdade de interpretação do magistrado não pode afetar a liberdade do jurisdicionado, que é prejudicada quando ele não tem condições de saber as conseqüências de seus atos. O cidadão de um Estado deve ter a convicção do direito a ser aplicado, ao menos em tese.

Um ordenamento jurídico não pode nascer do comando individual e ocasional, mas somente de normas gerais e coerentes.[42]

Com a Súmula Vinculante, o juiz, frente a determinada tese jurídica já reiteradamente discutida no Supremo Tribunal Federal, decidirá no sentido sumulado. E o cidadão possuirá a segurança de saber quais os efeitos de seus atos e terá a liberdade de optar por querer ou não aquele resultado.

A liberdade, como um poder de escolha, exige que se saiba as conseqüências de seus atos. Por isso a necessidade de se estabelecer decisões judiciais homogêneas, para que os indivíduos integrantes de uma sociedade possam planejar suas vidas ao saber como as leis serão aplicadas.

A racionalidade e coerência do direito e de sua aplicação no caso concreto é, portanto, garantia da liberdade. A sociedade precisa de decisões judiciais uniformes, garantidas pela Súmula Vinculante, para poder usufruir a liberdade assegurada pelo Direito.

CONCLUSÃO

A Súmula Vinculante, introduzida no nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/2004, é um instrumento de uniformização de jurisprudência mais eficiente que o sistema anterior, pois vincula todos os juízes e tribunais aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, sobre a interpretação consolidada de matéria constitucional.

Este recurso tem um efeito unificador do direito brasileiro, o que confere coerência e credibilidade ao sistema judiciário do país. É um instrumento a dar celeridade aos processos, a desafogar as instâncias superiores quanto a questões já decididas, a tornar acessível a todos as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, enfim, a racionalizar o sistema jurídico.

Entretanto, entre suas maiores virtudes está a realização de alguns dos valores constitucionais mais relevantes do Estado Democrático de Direito: a segurança, a liberdade e a igualdade.

---

[42] BOBBIO, Norberto. Il Positivismo Giuridico. Itália: Torino, 1979, p. 138.

Segurança, porque há uma convicção da decisão a ser dada em casos reiteradamente julgados, sem precisar recorrer até a última instância. Igualdade, porque os que estiverem na mesma situação terão um mesmo julgamento, excluindo do sistema jurídico decisões contraditórias sobre teses jurídicas idênticas. E Liberdade, pois os cidadãos vão saber quais a consequência dos seus atos, podendo planejar suas vidas ao saber como as leis serão aplicadas.

Cabe aos operadores da Súmula Vinculante não transformá-la em prática autoritária, engessando o Direito. Sendo a realidade social mutável, modifica-se também o entendimento das normas de Direito, ainda quando permaneça invariável o teor da lei. É natural, portanto, a evolução da jurisprudência através da constante revisão das teses jurídicas fixadas.[43]

A independência funcional do juiz é uma garantia que deve ser confrontada com os direitos fundamentais da segurança, liberdade e igualdade. Por isso, deve haver uma jurisprudência uniforme, oriunda do Supremo Tribunal Federal, que vincule as decisões dos órgão judiciais inferiores, para garantir estes valores aos cidadãos.

A conquista é de diversos segmentos da sociedade: do Estado Brasileiro, que terá mais confiabilidade interna e externa; do jurisdicionado, pois obterá, na prática, a realização dos valores constitucionalmente assegurados, e do Poder Judiciário, que deve sair fortalecido desta Reforma, pois suas decisões serão mais coerentes e uniformes, ensejando credibilidade e prestígio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. Il Positivismo Giuridico. Itália: Torino, 1979.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIÑAS DULCE, María José. La sociologia del derecho de Max Weber. 1ª edição. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

[43] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 4.

_____. A democracia no limiar do século XXI. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 136.

GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, Ives. "O bélico e o lúdico no Direito e no Processo" – Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Vol. 70, nº 2. Brasília: Síntese, jul/dez 2004.

KELSEN, Hans. O problema da justiça. Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. Tradução publicada sob licença de Difusão Européia do Livro. 1ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais – garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RIGAUX, François. A lei dos juízes. Tradução de Edmir Missio. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANCHES, Sidney. Uniformização da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos. Porto Alegre: Tese para concurso a Professor Titular da USP, 2002.

TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. As tendências do direito público no limiar de um novo milênio. São Paulo: Saraiva, 2000.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Uniformização de Jurisprudência – Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar. São Paulo: Atlas, 2003.

WEBER, Max. Economía y sociedad. Tradução de José Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

Eficácia Jurídica das Normas Constitucionais Programáticas

Rafael Dias Toffanello

INTRODUÇÃO

Os estudos acerca das normas constitucionais programáticas remontam o início do século passado. A doutrina clássica iniciou nos Estados Unidos, com Thomas Cooley na obra "*Treatise on the constitutional limitations*". Esta doutrina foi divulgada no Brasil por Rui Barbosa, que por sua vez, distinguiu as normas constitucionais na dicotomia auto-executáveis (self-executing provisions) e não auto-executáveis (not-self-executing provisions). As normas auto-executáveis são as normas completas, o próprio dispositivo encontra-se armado para sua imediata execução. Por outro lado, as normas não auto-executáveis não se revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício, devendo aguardar que legislação posterior o faça.

Pontes de Miranda, reiterando a lição de Rui Barbosa, aponta que as normas não-auto-executáveis (por ele chamadas de não-bastantes em si), são as que precisam de regulamentação. Sem a criação de novas regras jurídicas que completem ou suplementem, estas normas não podem ser aplicadas. Pontes inclui nas chamadas normas não-bastantes em si as programáticas, sendo aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regras jurídicas de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais os poderes públicos deverão orientar-se.

Revendo a doutrina americana, o italiano Gaetano Azzariti distinguiu entre normas diretivas ou programáticas, as quais são dirigidas essencialmente ao legislador e normas preceptivas ou obrigatórias, estas últimas subdivididas em normas de aplicabilidade imediata e mediata. Vezio Crisafulli, que estudou profundamente as normas programáticas, distinguiu em normas constitucionais de eficácia plena, aquelas de imediata aplicação, e normas de eficácia limitada, subdividida em normas de legislação e programáticas, destacando-se sua obra titulada "*La Costituzione e le sue disposizioni di principio*".

Dentre os doutrinadores de maior destaque na atualidade, que tratam especificamente sobre o tema da presente monografia, principalmente no Brasil, destaca-se José Afonso da Silva, em sua obra "Aplicabilidade das Normas Constitucionais". Este doutrinador divide as normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada. Sua segunda classificação, denominada de eficácia contida, única inovação em comparação com a doutrina clássica, é muito criticada. Numa análise mais apurada, verifica-se que José Afonso da Silva apenas dividiu em duas espécies a norma imediatamente executável, pois tanto a norma de eficácia plena como a contida são completas e de aplicação imediata.

Jorge Miranda, sempre pontual, também destaca-se na classificação das normas programáticas, em sua obra "Manual de Direito Constitucional", distinguindo em normas exeqüíveis por si mesmas, normas preceptivas não exeqüíveis por si mesmas e normas programáticas.

Diante desta variada distinção em diversas categorias de normas constitucionais, quanto à eficácia, a presente monografia, em especial, foca no estudo da eficácia jurídica das normas constitucionais programáticas.

Estas normas possuem conteúdo ético-social, representando conquistas da sociedade no decorrer dos anos, no plano da economia, cultura, saúde, ciência, esporte, enfim, são a porta de entrada dos direitos sociais nas constituições. Para obterem eficácia plena necessitam de sua efetivação através de legislação ordinária. Assim, o legislador infraconstitucional efetiva o comando constitucional, determinando o momento e o modo de tornar impositiva a previsão programática, razão pela qual são normas de eficácia limitada.

Com efeito, a necessidade de efetivação plena do comando programático, através do legislador ordinário, gera uma certa fragilidade do comando constitucional, proporcionando vozes um sua defesa e ataque. Por isso, faz-se necessária a abordagem do conteúdo histórico onde as normas programáticas desenvolveram-se, bem como, a importância da consciência do fim último destas normas, pelo aplicador do direito.

Outra característica abordada é a possibilidade destas normas produzirem direitos subjetivos, já defendido sua impossibilidade por muitos, com o intuito de prevalecer certos interesses em classificar determinado dispositivo com eficácia limitada.

Devido ao papel de extrema importância das normas programáticas no desenvolvimento do país, desenvolveram-se mecanismos jurídicos para criar um ambiente propício para estas normas adquirirem eficácia plena. Estes mecanismos, aqui chamados de eficácia secundária, não visam o fim último da norma constitucional, mas sua proteção. Em que pese as divergências acerca da eficácia das normas programáticas, constata-se que, de uma maneira geral, a eficácia secundária encontra certa semelhança na doutrina. Nestes termos, a programaticidade é uma realidade restrita as normas constitucionais, as quais, desde o nascimento, apresentam esta característica.

1 EVOLUÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

O problema da natureza e eficácia das normas constitucionais está intimamente relacionado com a identificação do teor doutrinário das constituições. Investigando as raízes históricas das constituições, revela-se qual a finalidade suprema que buscam.

Diante da oposição histórica e secular entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, nasceu a primeira noção do Estado de Direito. Na Revolução Francesa o Estado é armadura de defesa e proteção das liberdades individuais.

A Revolução Francesa, pela sua característica precisa de revolução da burguesia, acarretou a consumação de uma ordem social, onde triunfava o liberalismo.[1] Ocorreu o rompimento definitivo com a ideologia do passado, firmando a liberdade da burguesia.

A idéia de liberdade no Estado Liberal, inicialmente, está vinculada a idéia de propriedade privada e ao afastamento do Estado da esfera privada, protegendo-se as decisões individuais. Em outras palavras, há liberdade na medida em que não há a intervenção do Estado na esfera privada, e em segundo lugar, podemos dizer, segundo o paradigma liberal, que somos livres, pois somos proprietários. Estes dois aspectos são fundamentais para a compreensão do conceito de liberdade para o pensamento liberal do século XVII e XVIII.

Convém ressaltar a importância da inserção histórica deste pensamento para a sua adequada compreensão. Em primeiro lugar é importante lembrar contra qual Estado se insurgem os liberais. Não se pode dizer que os liberais são contrários ao Estado Social, ou socialista ou qualquer outra formulação histórica posterior, justamente pelo fato de que, o Estado que conheciam e contra o qual lutavam era o Estado Absoluto.

Quando o Estado foi encarado como o inimigo da liberdade, têm como referência o mencionado Estado Absoluto, que eliminou toda e qualquer forma de liberdade individual para grande parte da população, e transformou os direitos individuais em direitos de poucos privilegiados. Esta compreensão histórica ajuda a entender porque os liberais afirmam os direitos individuais como direitos negativos, construídos contra o Estado, conquistados face ao Estado. A partir do constitucionalismo liberal o cidadão pode afirmar que é livre para expressar o seu pensamento uma vez que o Estado não censura sua palavra; o cidadão é livre para se locomover uma vez que o Estado não o prende arbitrariamente; o cidadão é livre uma vez que o Estado não invade sua liberdade; a economia é livre uma vez que o Estado não intervém na economia.

---

[1] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.43.

Daí a liberdade tanto em matéria religiosa, como científica, econômica, de livre associação, etc. As forças econômicas necessitavam, para o seu desenvolvimento, a destruição das antigas restrições feudais e mercantilistas, e o Estado Absolutista deveria tornar nova feição. Esta nova roupagem veio com o Estado Liberal, visando proporcionar segurança jurídica e o direito de expansão.[2]

O Estado Liberal sistematiza o individualismo e acima de tudo representa a vitória da burguesia, e logo a vitória dos interesses individuais desta classe, a classe vitoriosa nas revoluções. Quanto ao povo resta o discurso de liberdade, esta reduzida a possibilidade, cada vez mais remota, de se tornarem livres através da aquisição de propriedades, não suas próprias, mas de objetos libertadores.

Porém com a liberdade para o desenvolvimento econômico, ou seja, do capitalismo moderno, acarretou todas as formas de abusos e opressão social, representados por cartéis, trustes, monopólios, lucros ilimitados e extorsivos, exploração do trabalho humano, etc. Diante deste novo panorama social, constatou-se que a opressão não era mais exercida pelo Estado, mas ao contrário, de certa forças libertadas do seu controle. Estas desconheciam o bem comum, pois o único compromisso era consigo mesmo.

O povo mais sensível à opressão e aos abusos do capitalismo, opõem-se ao Estado Liberal, buscando o bem-estar e ao seu desenvolvimento. Um dos pontos mais significativos desta reação foi a ampliação da democracia pela concessão do direito de voto à massa da população.

Na segunda fase do Estado Liberal, desenvolveu-se a idéia de que a vontade da maioria não pode tudo e que um governante não pode alegar o apoio da maioria para fazer o que bem entender. O absolutismo da maioria é tão perverso quanto o absolutismo de um grupo e a confusão entre opinião pública e democracia sempre muito perigosa

A democracia constitucional liberal, construída no século XIX entende que a vontade da maioria não pode ignorar os direitos da minoria e os direitos de um só. Os limites a vontade da maioria são impostos pelo núcleo duro, intocável dos direitos fundamentais, protegidos pela Constituição, e que na época do liberalismo, eram reduzidos apenas aos direitos individuais. A Constituição do Império Brasileiro, 1824 e a primeira republicana, 1891, são constituições liberais que representam a primeira e segunda fase do Estado Liberal.

---

[2] MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.186.

As constituições liberais tão-somente estabeleciam a estrutura básica do Estado, seus poderes e competências, assim como, previa relação entre indivíduo e Estado no que tange unicamente aos direitos civis e políticos.

Estas constituições começaram a entrar em crise a partir do primeiro pós-guerra do século XX, devido a comoções ideológicas. Direitos sociais relativos ao trabalho, educação, cultura, previdência, representavam um campo desconhecido do direito constitucional clássico. A sociedade burguesa não tinha um credo político contestado, emergia de um triunfo de idéias sobre a realeza de direito divino e as antigas ordens privilegiadas.[3]

Uma batalha doutrinária iniciou, de um lado, a tese do decadente Estado Liberal e do outro, a do Estado Social, em plena ascensão. A Constituição Alemã de Wiemar representou, revolucionariamente, o moderno constitucionalismo social, representando o auge da crise do constitucionalismo liberal. A referida Constituição, ainda que através de um texto rude e imperfeito, previa mecanismos voltados para a sociedade e não para o indivíduo. Buscava-se a reconciliação do Estado com a Sociedade, dualismo característico do Estado Liberal do século XIX.[4]

O único valor para o constitucionalismo liberal é a liberdade e para o constitucionalismo social é a igualdade. Porém, a partir de 1946 fala-se em ponderação de valores diversos, sendo o justo uma ponderação de valores, objetivando promover uma situação de equilíbrio.[5]

Os anseios clamavam por uma ordem social mais justa, por uma distribuição mais eqüitativa da riqueza, pela difusão das conquistas da ciência e dos confortos da civilização a um número cada vez maior de indivíduos. Originou-se, então, as normas constitucionais programáticas, conferindo a intervenção do Estado em várias esferas da vida humana, tais como a economia, cultura, saúde, relações de trabalho.[6]

---

[3] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14 ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 231.

[4] BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 233.

[5] Segundo MIRANDA, Jorge: "Nas Constituições liberais do século XIX, as normas substantivas eram quase todas normas orgânicas e as normas de fundo circunscreviam-se aos direitos, liberdades e garantias. Dominavam, portanto, as normas perceptivas. Nas Constituições com intenções sociais, de diversas inspirações, do século XX as normas de fundo, bem como as normas de garantia, dilatam-se muitíssimo a prever direitos sociais e a organização econômica. Deparam-se então, em largo número, normas programáticas." Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 245 e 246.

[6] Conforme MIRANDA, Pontes: "Nas constituições de 1934, de 1937, de 1946 (aliás na esteira aberta pela Constituição Alemã de 1919) e de 1967, as regras jurídicas de caráter programático apareceram amiúde. É o sinal do tempos. O fracasso do liberalismo econômico, que esvaziou de fins precisos o Estado e quase o reduziu a mero assistente das lutas entre os indivíduos, os grupos e as classes, sugeriu a formação de partidos de idéias nítidas e inconfundíveis, que pudessem obviar, com a sua ação, à ausência nefasta de fins precisos do Estado. Tal direção nova refletiu-se na própria técnica constitucional, e as Constituições contemporâneas receberam a sugestão da necessidade, por todos sentida, de se inserir nos textos constitucionais alguma coisa que dissesse para onde se vai e como se vai." Comentários à Constituição de 1967. Tomo I. São Paulo: RT, 1967, p. 127.

A trégua entre a batalha ideológica veio com a inserção de fórmulas programáticas nos textos das constituições. A programaticidade representou a porta de entrada dos direitos sociais nas Constituições, porém gerou uma outra crise de ordem conceitual da Constituição. Devido à problemática acerca da normatividade das normas programáticas, pairava a dúvida quanto ao conceito jurídico ou político de Constituição.

Pode-se encontrar facilmente normas programáticas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tais como o uso propriedade em seu sentido social, justa distribuição de terras, intervenção do Estado na economia, regulamentação dos serviços públicos, política agrícola, fundiária e de reforma agrária, prestação de serviços de saúde pelo Estado, de educação, cultura, desporto, ciência e tecnologia.

Percebe-se, desde já, que as normas programáticas estão sujeitas ao inevitável influxo do desenvolvimento histórico, refletem mais fielmente o conteúdo profundo dos valores em circulação e mudança na sociedade. Razão pela qual, seu caráter técnico jurídico, dentre as normas constitucionais, se mostra mais fraco e impreciso.

Os elementos programáticos representam e concretizam o sentido e a finalidade da ação do Estado, correspondendo em nossos dias, aos chamados fins sociais do Estado, direitos e pretensões de sentido social, que foram absorvidos pelas Constituições modernas, incorporando a moldagem de preceitos constitucionais.

As normas programáticas representam a feição social das Constituições modernas, a transposição de valores-fins, convicções sociais, políticas e filosóficas para o âmbito constitucional. Fixam finalidades supremas e essências do Estado, refletindo concepções da vida e do mundo, estabelecem um norte a ser observado.

Com efeito, ainda pairam dúvidas quanto a eficácia e juridicidade das normas programáticas, pois, dentre a normas constitucionais, são as mais frágeis. Esta eficácia tanto pode ser invocada para configurar a natureza política e ideológica do regime, como infelizmente para legitimar a inobservância de algumas determinações constitucionais.

Nestes termos, constata-se que a evolução histórica das Constituições desencadeou na face programática destas, permanecendo, ainda hoje, uma nebulosa fronteira entre a Política e o Direito.

2 IMPORTÂNCIA DA CONSCIÊNCIA JURÍDICA

A norma constitucional programática, ao invés de disciplinar diretamente a matéria a que se refere, transfere ao legislador ordinário a consecução dos seus fins essenciais. Assim, o legislador ordinário, próximo aos reclames da sociedade e ciente de sua real capacidade econômica, política e administrativa para suprir as necessidades sociais, efetiva o comando constitucional.

Com efeito, verifica-se que a eficácia plena das normas programáticas será conquistada pelo legislador ordinário. Devido ao objeto destas normas serem de cunho ético-social, constituem uma obrigação solene assumida pelo próprio Estado.

Observa-se que a efetivação destas normas está intimamente relacionada à política, aos futuros programas de governo a serem colocados em prática pelos representantes eleitos democraticamente pelo povo. Ocorre que, inúmeras vezes quando a política não atende satisfatoriamente aos problemas sociais, o Poder Judiciário cai em tentação, interferindo em questões políticas.

Há que se ter presente que a Constituição da República é um texto fundamentalmente jurídico de conteúdo moral, econômico, político, etc, e não instrumento para exercer um poder arbitrário. Uma verdadeira Carta Magna é o início de uma caminhada de homens livres, e não um conjunto de regras estanques, que impedem escolhas futuras.

O jusfilósofo e jurista Miguel Reale, ao contribuir para os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte Brasileira de 1987, denominou de "totalitarismo constitucional" a errônea imagem que a Constituição, por ser a lei suprema, pode indicar obrigatoriamente um único caminho, negando a liberdade de escolha política de um povo.[7] Afirma, outrossim, que uma Constituição não é, nem pode ser, a pré-moldagem da sociedade civil, mas sim o enunciado de modelos jurídicos abertos capazes de propiciar-lhe meios e modos para superar inevitáveis conflitos econômicos, políticos ou culturais através do livre jogo dos interesses e das idéias, conforme as opções soberanas do eleitorado.[8]

Assim, a Constituição não relaciona um rol de soluções, por outro lado, é a garantia que, com base na experiência social, estas sejam livremente alcançadas. É impossível um comando normativo constitucional antecipar entendimentos e negociações a serem futuramente concluídos pelos indivíduos interessados. [9]

No mesmo passo, Geraldo Ataliba afirma que são características da República a eletividade, a periodicidade e a responsabilidade, sendo esta última o penhor da idoneidade da representação popular. O mencionado autor refere que no intenso diálogo político que precedeu à reunião da convenção constituinte, o povo fixou os grandes rumos, diretrizes de governo que quis ver concretizadas.[10]

---

[7] REALE, Miguel. Liberdade e Democracia. São Paulo: Saraiva, 1987, p.17.

[8] REALE, Miguel. op.cit. p.17.

[9] Conforme posição de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: "[...] cumpre não esquecer que a Constituinte é um meio. Ela serve para estabelecer uma Constituição. Mas não basta reunir uma Constituinte para que apareçam claras e exeqüíveis as soluções de todos os problemas nacionais. Nem esta solução se encontra na copia dos textos estrangeiros de maior êxito ou prestígio. As instituições não 'pegam' e não dão bons frutos quando estabelecidas sem levar em conta os fatores históricos, políticos, econômicos, estritamente sociais, que marcam cada povo." O Poder Constituinte. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p.158.

[10] ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.14.

Este debate, entre o povo e os políticos, serve para amadurecer e identificar as prioridades a serem atendidas por programas políticos, escolhidos por eleição popular. Os representantes eleitos que se desviam dos termos do mandato devem receber censura e desaprovação do povo, mediante sua não reeleição. Daí a importância da periodicidade, pois serve como estímulo para o representante ser fiel aos desejos representados.

Estes mecanismos servem de proteção à democracia, preservando os rumos, diretrizes e norte determinado pelo povo, pois representam seus desejos, angústias e preocupações. Sua eficácia fica vinculada e assegurada pelas normas que os representantes eleitos ficam obrigados a adotar.

Consiste em traição ao povo, em outras palavras, uma verdadeira negação da democracia, consagrar apenas retoricamente os princípios popularmente fixados e, ulteriormente, estabelecer regras que os esvaziem ou contravenham.

A natureza das relações que as normas constitucionais programáticas disciplinam são de cunho eminentemente político e social, razão pela qual, estão sujeitas a um influxo político considerável. Os governos, no exercício de suas atribuições, não podem ignorar estes comandos constitucionais.[11] Estas normas fixam parâmetros dentro dos quais o legislador há de definir um corpo coerente de regras obrigatórias, estabelecendo um conteúdo prescritivo, o que falta aos programas. Consoante a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, cabe ao legislador a escolha do momento e o modo de tornar juridicamente impositiva a previsão programática, razão pela qual, o descumprimento não desafia a inconstitucionalidade por omissão.[12]

Seria um erro fatal desmembrar as normas programáticas de seu terreno político e ideológico, pois é o que confere vida a norma, torna o Direito dinâmico e não estanque. Assim o legislador constituinte, ciente que seu poder não é ilimitado, busca inspiração no momento histórico de seu povo, bem como, numa concepção universal do mundo e da vida, conforme já tratado no Capítulo I deste trabalho. [13]

---

[11] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.461.

[12] Assim se posiciona FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: "Disso decorre que, tendo a discrição quanto ao momento e o modo de tornar juridicamente impositiva a promessa (programática), o legislador não descumpre a Constituição porque retarda, se omite, na regulamentação, de preceito não auto-executável da Lei Suprema. Ao contrário, essa omissão se coaduna com o cumprimento da Constituição porque esta – reitere-se - deixou ao legislador a escolha do momento (bem como do modo) de execução de norma programática." Estado de Direito e Constituição. São Paulo: Saraiva, 1988, p.101.

[13] Conforme FERREIRA FILHO, Manoel Gonçaves: "Dentro de uma perspectiva positivista, o Poder Constituinte é juridicamente ilimitado, por uma razão óbvia, porque, para a doutrina positivista, não há direito antes da manifestação do Poder Constituinte. [...] dentro de uma perspectiva jus naturalista, dentro de qualquer das doutrinas do direito natural, o Poder Constituinte originário é limitado. É limitado pelo direito natural." O Poder Constituinte. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p.70 e 71.

Conforme posição de Miguel Reale:

> "Nenhuma ofensa é maior a esta do que a pretensão que possa ter um pequeno grupo de homens de decidir de tudo e sobre tudo, substituindo-se ao povo que deles espera a elaboração de regras que assegurem a todos a liberdade como participação à causa comum do bem-estar e do progresso". (REALE, 1987, p. 17)

Na democracia social a liberdade que se quer garantir e realizar não é, por conseguinte, apenas a do cidadão genericamente considerado, mas a do homem situado diante de suas circunstâncias individuais, sociais e históricas. Cabe ao legislativo, cujo poder foi outorgado pelo povo, traduzir a vontade política da população, pois numa democracia é o poder habilitado para tanto.

A clássica lição de Montesquieu acerca da separação de poderes, traduz a necessidade de divisão do trabalho e sobretudo na limitação do poder. Os poderes representativos são constituídos por indivíduos investidos do poder de querer pela nação, fazendo prevalecer em qualquer deliberação a vontade nacional.[14]

A organização de poderes, acarreta sua limitação, assim como, o mecanismo de freios e contrapesos. A Constituição ao dividir o poder estatal entre órgãos diferentes e independentes, impede que um possa tudo. Com esta limitação promove a garantia de liberdade para seu povo. Conforme já mencionado, uma Constituição é o início de uma caminhada de homens livres, para fazerem opções futuras.

O político é o global, é tudo aquilo que assume relevância para toda uma sociedade ou um conjunto de sociedades, em determinado tempo e lugar. A essência do político encontra-se sobretudo na dialética do grupo humano e do poder, onde o grupo confere enquadramento ao poder, modela os homens que o exercem, reconhece-lhes legitimidade. O poder político (a que se exige do que a qualquer outro poder) gera um processo próprio de agir e afirmar-se em graus variáveis, sendo que no Estado chegam à autonomia. Contudo, porque o poder está em relação com fins pressupõe pessoas que os partilhem, ele é o poder numa comunidade, pressupõe obediência e é obediência transformada.[15]

---

[14] Segundo MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio: "[...] a técnica de divisão dos poderes faz parte, evidentemente, da organização e da estrutura do Estado, das quais aparece mesmo como elemento importantíssimo. Mas a divisão dos poderes constitui também uma técnica da organização da liberdade, como uma garantia contra o despotismo, e foi este, justamente, o seu aspecto em que especialmente insistiu Montesquieu, e que mais impressionou os constitucionalistas da Revolução Francesa e do liberalismo clássico." Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.189.

[15] MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro:Forense, 2002, p.168 e 169.

Frente a estas considerações, importa a esclarecedora lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com reflexos diretos na importância da limitação dos poderes, senão vejamos:

> "[...] deve-se ter presente que as normas programáticas reclamam o mais das vezes uma mobilização de recursos e meios, financeiros ou não, que a mera decisão não poderá lograr. Imagine-se uma sentença que reconheça o direito à moradia onde não houver habitação disponível. Qual seria o seu efeito prático? E uma decisão judicial inócua não é sem conseqüências: tem uma pelo menos, a de desprestigiar o Judiciário, enfraquecendo-o [...] Ora, é ele o principal guardião da liberdade; sua fraqueza, sua desmoralização abrem sempre porta para o abuso". (FERREIRA FILHO, 1988, p. 102)

Percebe-se que as normas constitucionais programáticas representam fielmente uma pré-cognição que podemos denominar de consciência jurídica. É a percepção da matéria que deve figurar no estatuto político fundamental de um País. Devendo prevalecer na Constituição normas que preservem a ampla liberdade de escolha do eleitorado, conforme futuros programas de governo a serem implantados.[16]

Percebe-se a limitação do legislador constituinte ao tratar de matéria de cunho social, conferindo para o povo, através de seus representantes, liberdade para estabelecer qual a solução mais apropriada. Esta escolha gravita no campo político, onde a diversidade de ideologias apontam cada uma para uma direção. Logicamente esta escolha deve ser tomada pelos Poderes Legislativo e Executivo, legitimados pelo processo democrático para tal fim.

Esta percepção de que para existir uma democracia há que prevalecer uma noção de limitação do poder é de suma importância para não ocorrer o conflito entre política e direito. Como e quando será concretizada a norma constitucional programática através de serviços públicos não pode ser objeto de decisão judicial. Além de afrontar o texto Constitucional estar-se-ia desequilibrando a balança entre os poderes.

A política cuida da pessoa como ser social, o que requer a instituição de regras de convívio para que se possa garantir a realização plena de cada indivíduo. Cumpre à política o estabelecimento de um clima de convívio, onde os membros da sociedade possam desenvolver, com liberdade, os potenciais da personalidade. Por sua vez, a ética visa indicar, ao ser racional e livre, onde estão os fins últimos do humano, ou seja, a felicidade, assim como, as vias para alcançá-la. Num Estado Democrático o direito tem por finalidade estabelecer uma ponte entre a política e a ética, sem pretensão de substituição.[17]

---

[16] REALE, Miguel. Liberdade e Democracia. São Paulo: Saraiva, 1987, p.19.

[17] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos. Porto Alegre: 2002, p. 179.

A autonomia ética e política melhor se aplica no ideal contemporâneo de organização institucional de Estado que é a democracia, pois envolve todo um processo de representação e participação da população na esfera do poder. A supremacia do direito (Law's Empire) é um instrumento de garantia da política e da vida social, uma verdadeira harmonização, evitando distorções. O direito faz uma ligação entre o ético e o político, respeitando a autonomia legítima destas essências, sem pretensão de substituição.

Direitos sociais referentes à saúde, educação, lazer, desporto, moradia, etc., conferidos pelo Judiciário a um cidadão, e que não é oferecido para a coletividade, está fadado a prejudicar toda a nação, considerando que numa decisão judicial é impossível cuidar dos recursos orçamentários a serem utilizados no custeio do serviço.

Disto decorre uma situação de instabilidade entre os Poderes, onde o Judiciário interfere tanto como legislador ao determinar qual o serviço que deverá ser prestado, como governante, ao determinar que o erário suporte todos os efeitos de sua decisão. A administração financeira do Estado, bem como a definição de estratégias e políticas para a melhor aplicação dos recursos públicos a fim de atender às necessidades da população, por óbvio, fogem da alçada do Poder Judiciário.

3 NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS E DIREITOS SUBJETIVOS

Para uma melhor compreensão da eficácia das normas programáticas, deve-se, também, tecer algumas considerações no sentido da possibilidade destas normas produzirem situações jurídicas subjetivas. Salienta-se que é matéria muito controvertida na doutrina, onde militam fortes razões para ambas correntes.[18]

Modernamente concluiu-se que nem todo interesse juridicamente protegido se inclui na categoria dos direitos subjetivos. A partir daí nasce a noção de situações jurídicas subjetivas, não como substituição ao conceito de direito subjetivo, mas visando abranger todos interesses relevantes para o Direito.[19]

---

[18] Os estudo das situações jurídicas deve partir da consideração dos interesses de sua proteção pela ordem jurídica. Segundo Rudolf Von Jhering o escopo do direito é tutelar os bens ou interesses. Concebe o direito subjetivo como interesse juridicamente protegido, não como mero interesse psicológico, mas conforme certos valores e interesses. Por sua vez, interesse expressa o valor do bem em relação ao sujeito e seus fins enquanto valor dá a medida da utilidade deste bem. Esta definição de direito subjetivo opõe-se à definição do direito subjetivo como poder da vontade. Georg Jellinek concilia as duas posições no seu conceito de direito subjetivo, afirmando que é o poder de querer que tem o homem, reconhecido e protegido pela ordem jurídica, enquanto dirigido a um bem ou interesse.

[19] Conforme DA SILVA, José Afonso: "Quando o direito não protege certos interesses, não os tem como valor digno de sua tutela, dizem-se interesses juridicamente irrelevantes. Aqueles interesses que o Direito tem como valor digno de tutela são os juridicamente relevantes. Nesta classe, distinguem-se os simples interesses, as expectativas de direito, os interesses legítimos, os direitos condicionados e dos direitos subjetivos. As situações jurídicas subjetivas envolvem a consideração desses interesses juridicamente relevantes, e sua proteção é tanto mais intensa quanto mais eficazes forem as normas que as têm como objeto." Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1998, p.169.

Esta situação jurídica subjetiva pode ser classificada em negativa ou positiva, sendo que esta consiste na possibilidade, reconhecida pela norma jurídica, de o indivíduo ou entidade realizar certo interesse por ato próprio ou exigindo ação ou omissão de terceiros. Por sua vez a situação jurídica subjetiva negativa consiste no dever ou na obrigação de submeter-se o indivíduo às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção.

As normas programáticas, por óbvio, protegem certos interesses, porém, neste caso particular, os sujeitos da norma são aqueles que, mesmo indiretamente, se encontram em condição de tirar vantagem de sua aplicação e observância. Ao dever do Estado consiste em realizar e proteger certos interesses descritos nas normas em comento.[20]

Conforme Meirelles Teixeira, é possível identificar normas constitucionais programáticas destinadas à proteção do interesse geral, e que por via reflexa protege um direito individual e vice-versa. Toma como exemplo a norma contida no artigo 215 da CF/88 a qual prevê que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais[21].

Os chamados direitos culturais abrangem a formação educacional de toda a população, expressões criadoras da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.[22]

Neste caso, o interesse dos beneficiários indiretos das normas é juridicamente relevante, como interesse constitucionalmente protegido. Porém, tal situação não configura um direito subjetivo, pois inexiste um interesse individual de exigir o cumprimento. A observância da norma por parte dos órgãos estatais é discricionária, ou seja, possui poder de escolha quanto a oportunidade, meios e modo de agir. Assim, a proteção ao interesse individual é exercida apenas indiretamente, através de normas que conferem poder discricionário ao Estado.[23]

Por sua vez, há normas programáticas que visam proteger diretamente certos interesses individuais, e apenas indiretamente o interesse coletivo.[24] Pode-se exemplificar com a norma contida no artigo 170, inciso VIII da CF/88, a qual prevê como princípio da ordem econômica a busca do pleno emprego. Pleno emprego significa propiciar trabalho a todos quantos estejam em condições de exercer uma atividade produtiva. Este dispositivo se

---

[20] Conforme MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio: "É fora de dúvida, portanto, que as normas de eficácia limitada, especialmente as programáticas, destinam-se a tornar obrigatórios certos comportamentos estatais, a realizar ou proteger certos interesses, ora diretamente, ficando o interesse geral, coletivo, num segundo plano; ora indiretamente, porque em primeiro plano se acha o interesse coletivo, e o interesse individual será protegido, então, apenas reflexamente, como decorrência da conseqüência da promoção do interesse geral." Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.352.

[21] MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 354.

[22] DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999, p.809.

[23] MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. op.cit. p. 354 e 355.

[24] MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. op.cit. p.355.

harmoniza com a previsão que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano, tendo por fim assegurar a todos existência digna. Assim, não pretende-se apenas que a economia absorva a força de trabalho disponível, como consumo absorve mercadorias. A base ideológica presente é de que o trabalho seja a base do sistema econômico, receba o tratamento de principal fator de produção.[25]

Verifica-se que a norma contida no referido artigo 170, inciso VIII da CF/88, destina-se aos indivíduos desempregados, porém não confere aos destinatários a possibilidade de exigir trabalho, nem do Estado, nem de particulares, somente com base na Constituição.[26]

Divergindo de Meirelles Teixeira[27], José Afonso da Silva sustenta que as normas constitucionais programáticas do artigo 170, inciso III (função social da propriedade), art. 215 (o Estado garantirá a todos direito à cultura) e outras semelhantes, conferem situações subjetivas positivas. Para o referido autor, estes incisos são passíveis de oferecerem ao particular a possibilidade invocá-los visando embasar dissídio que o favoreça.[28] Por outro lado, os referidos autores concordam que as normas constitucionais programáticas contidas nos artigos 170, incisos VII (redução das desigualdades regionais e sociais e VIII (busca do pleno emprego), protegem interesse geral, não conferindo aos beneficiários o poder de exigir sua satisfação. [29]

Segundo Jorge Miranda:

> "As normas programáticas são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em

---

[25] DA SILVA, José Afonso. op.cit. p.771.

[26] MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. op.cit. p.356.

[27] A posição de BARROSO, Luís Roberto é a mesma de Meirelles Teixeira, senão vejamos: "As normas programáticas veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados pela ação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigirem comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-nos em sua feição negativa. São dessa categoria as regras que preconizam a função social da propriedade (art. 170, III), a redução das desigualdade regionais e sociais (art. 170, VII), o apoio à cultura (art. 215), o fomento às práticas desportivas (art. 217), o incentivo à pesquisa (art. 218) etc." Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Afiliada, 1996, p. 228.

[28] Para DA SILVA, José Afonso: "O princípio da função da propriedade, por exemplo, pode ser invocado contra o abuso desse direito, em certas circunstâncias, em prol de inquilinos contra o senhorio, e especialmente impor atuações positivas ou abstenções ao proprietário, no interesse da coletividade." Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 177.

[29] DA SILVA, José Afonso. op.cit. p.176.

> vigor da Constituição), pedindo aos tribunais só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, *maxime* os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjetivos; aparacem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados." (MIRANDA, J., 1996, p. 244 e 245)

Conceituando o chamado direito público subjetivo, Pontes de Miranda assim leciona:

> Para que exista o direito público subjetivo, é preciso que alguém, pessoa física ou jurídica (nacionais, apátrides, estrangeiros, Estados-membros, Comunas ou Municípios, etc.), possa, por ato seu, restringir a atividade legislativa ou administrativa do Estado, ou obter a restrição, *no terreno do direito público*. [...] Durante a elaboração da Constituição de 1934, citaram-se textos nossos, referentes a certos direitos, que entendemos sejam a pedra angular de Constituição duradoura, concebidos como direitos públicos subjetivos; mas é de lamentar que se não haja atendido para à diferença, jurídica e politicamente, assaz relevante - entre regras jurídicas constitucionais que, quando muito, conferem posições de direito objetivo e regras jurídicas que contêm direitos públicos subjetivos. A existência de direito à subsistência, de direito ao trabalho, de direito à educação, de direito à assistência e de direito ao ideal, em textos, sem se lhes dar o caráter de direitos públicos subjetivos, e a não-existência de direitos públicos subjetivos àquelas prestações do Estado, provam que a construção que propusemos é nova. Tais direitos seriam novos e toda a questão social gira em torno deles. A solução soviética, violenta, estabeleceu o fim revolucionário que pudesse garanti-los em sistema de reflexos do direito objetivo. Para a solução menos violenta pareceu-nos (e continuamos convictos disso) que só a subjetivação pode satisfazer. A declaração deles, no Estado sem o fim revolucionário e como simples reflexo do direito objetivo, constitui letra morta, enfeite doutrinal, sem qualquer realidade palpável, e motivo para inexaurível demagogia." (MIRANDA, P., 1967, p. 133 e 134, grifo do autor)

Pode-se dizer que de uma maneira geral, não pacífica, as normas programáticas geram situações subjetivas negativas. Estas constituem-se no dever do legislador exercer seu poder dentro de certos limites, de certo modo, que não contrarie a norma programática. Da mesma forma, a atividade discricionária da Administração também está obrigada a desenvolver-se conforme os fins e objetivos previstos na norma. Há uma verdadeira proibição de qualquer atividade em contrário às próprias normas, não apenas da atividade legislativa mas também de toda e qualquer atividade estatal.

Verifica-se que a lei ou atos normativos da Administração que contrariem disposições programáticas geram direitos subjetivos negativos para o indivíduo. Assim, fixados pela norma programática determinados princípios, diretrizes, orientações ou limitações ao

legislador e demais órgãos estatais, desafiados por lei ou ato normativo contrário, nasce o direito ao controle de constitucionalidade destes dispositivos.[30]

Assim, o cidadão pode suscitar a exceção de inconstitucionalidade nos confrontos de uma lei, por exemplo, em matéria econômico-social, que afronte norma da própria Constituição. Sempre que uma lei ordinária ou ato normativo da Administração imponham obrigações, estabeleçam ônus, neguem benefícios, estabeleçam limitações à atividade individual, contrariamente à princípios programáticos, nasce a possibilidade de suscitar a declaração de inconstitucionalidade. Nestes termos, o cidadão poderá exigir da Administração Pública ou particular que se abstenha do ato, atividade ou exigência inconstitucional.[31]

4 EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

As normas constitucionais programáticas não regulam diretamente a matéria que se referem, mas regulam propriamente a atividade estatal concernente a ditas matérias. Tem por objeto imediato os comportamentos estatais e só mediatamente, ou em segundo grau, aquelas determinadas matérias. Em rigor, a norma programática vincula comportamentos públicos futuros, estabelecendo premissas destinadas a vincular o desdobramento da ação legislativa dos órgãos estatais, assim como, regulamentar certa ordem de relações. É sem dúvida a categoria de normas constitucionais onde paira maior dúvida quanto a sua eficácia.

Previamente faz-se necessário definir, ainda que brevemente, alguns conceitos de suma importância no campo da eficácia das normas constitucionais. Basicamente há que ser feita distinção entre vigência, aplicabilidade e eficácia. Vigência é a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, ou seja, caracteriza o direito que rege, aqui e agora, as relações sociais. A vigência é condição de efetivação da eficácia, ainda que, tratando de norma constitucional, dependa de outras normas infra-constitucionais para ser eficaz.[32]

Aplicabilidade exprime uma possibilidade de atuação concreta da norma, mediante o enquadrar um caso concreto na norma jurídica adequada. Submete às prescrições abstratas da lei uma relação da vida real, através do dispositivo adaptável ao fato determinado.

---

[30] MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.357.

[31] Conforme DA SILVA, José Afonso: "Se não se tem direito subjetivo no seu aspecto positivo, como poder de exigir uma prestação fundada numa norma constitucional programática, surge ele, porém, em seu aspecto negativo, como possibilidade de exigir que o Poder Público não pratique atos que a contravenham." Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1998, p.177.

[32] DA SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.52.

Por sua vez, eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Nestes termos, a eficácia da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita.

Partindo da premissa que todas as normas constitucionais possuem eficácia, ainda que pequena, José Afonso da Silva classificou as normas constitucionais em três categorias, chamadas de normas constitucionais de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada ou reduzida.

Normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que produzem todos os seus efeitos, desde sua entrada em vigor, incidindo direta, imediatamente e integralmente sobre a matéria que lhes constitui objeto. Na doutrina americana são denominadas self-executing ou self-enforcing, segundo Rui Barbosa auto aplicáveis e Pontes de Miranda chamou de bastantes em si.

São aquelas que produzem, ou tem a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e imediatamente, quis regular.

Distanciando-se da doutrina clássica, José Afonso da Silva concebeu a categoria das normas constitucionais de eficácia contida. Justifica que tal categoria se faz necessária em razão das particularidades de certas normas, similares as de eficácia plena e limitada.[33] Sua aplicabilidade independe de legislação futura, porém, depende dos limites a serem definidos pelo legislador ordinário, daí o termo "contida". Inexistindo legislação que restrinja a norma de eficácia contida sua eficácia será plena. Os pontos comuns à crítica a esta categoria concentram-se basicamente que trata-se na verdade de eficácia plena e o adjetivo deveria ser restringível.

A última categoria, das normas constitucionais de eficácia limitada, é bifurcada em normas de princípio institutivo ou organizativo e princípio programático. Na doutrina americana denomina-se non-self-executing ou non-self-enforcing, não auto aplicáveis para Rui Barbosa e não bastantes em si para Pontes de Miranda.

Diz-se eficácia limitada porque não basta a vigência da norma para produzir todos os seus efeitos, sua aplicabilidade é indireta, mediata e reduzida. Nestes termos, cabe ao legislador ordinário desenvolver a eficácia destas normas.

---

[33] Segundo DA SILVA, José Afonso: "As normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem á atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados." Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 116.

Entende por norma de princípio institutivo ou organizativo "aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei."[34]

Por último, a normas constitucionais de eficácia programática são aquelas em que o poder constituinte não regula direta e imediatamente determinados interesses que são fins sociais do Estado, por sua vez, são princípios a serem observados para atingir estes fins. O legislador ordinário deve buscar a efetivação das normas programáticas segundo os ditames postos na Constituição, porém à luz da realidade sócio-econômica onde encontra-se inserido.

Na concepção de Meirelles Teixeira, a norma programática não disciplina diretamente a matéria a que se refere, para a imediata obtenção de seus fins essenciais, mas o legislador constituinte preferiu regular apenas os comportamentos estatais destinados à obtenção final daqueles efeitos. Adverte que a norma está apta a produzir de imediato eficácia somente quanto aos seus fins não primordiais, mas secundários. Quantos aos efeitos essenciais, cabe à sociedade, através de seus representantes eleitos democraticamente, legislar ordinariamente produzindo eficácia aos comandos programáticos previstos na Constituição.[35]

Segundo Pontes de Miranda as normas programáticas são algo que era político, partidário, programático e entrou no sistema jurídico, cerceando-se, com isso, a atividade dos legisladores futuros, que no assunto programado não podem ter outro programa.[36]

A classificação proposta por Jorge Miranda constitui-se em normas constitucionais exeqüíveis por si mesmas, normas preceptivas não exeqüíveis por si mesmas e normas programáticas. A tripartição pretendida pelo referido autor é muito esclarecedora porque ressalta a qualidade única das normas programáticas, senão vejamos:

> "Quer as normas programáticas quer as normas preceptivas não exeqüíveis por si mesmas caracterizam-se pela relevância específica do tempo, por uma conexa auto limitação e pela necessidade de concretização, e não só de regulamentação e legislativa. Separam-se, no entanto, por as normas preceptivas não exeqüíveis por si mesmas postularem apenas a intervenção do legislador, actualizando-as ou tornando-as efectivas, e as normas programáticas exigirem mais do que isso, exigirem não só a lei como providências administrativas e operações materiais. As normas não exeqüíveis por si mesmas preceptivas dependem apenas de factores jurídicos e de decisões políticas; as normas programáticas dependem ainda (e sobretudo) de factores econômicos e sociais. Daí um maior

---

[34] Da Silva, José Afonso. op.cit. p. 126.

[35] MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 324.

[36] MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1967. Tomo I. São Paulo: RT, 1967, p. 129.

grau de liberdade do legislador perante as normas programáticas do que perante as normas preceptivas não exeqüíveis: estas deverão ser completadas pela lei nos prazos relativamente curtos delas decorrentes; já as normas programáticas somente terão de ser concretizadas quando se verificarem os pressupostos de facto que tal permitam, a apreciar pelo órgão legislativo. [...] nas normas não exeqüíveis por si mesmas programáticas tem ainda de se dar uma terceira instância – a instância política, administrativa e material, única com virtualidade de modificar as situações e os circunstancialismos econômicos, sociais e culturais subjacentes à Constituição."(MIRANDA, J., 1996, p. 248 e 249)

Por sua vez, Celso Ribeiro Bastos tece críticas à polêmica tese da Constituição Dirigente, proposta por Joaquim José Gomes Canotilho, o qual defendia o caráter vinculante e obrigatório das normas programáticas, o que gerou a retirada destas normas da Constituição de diversos países europeus.[37] Assim, Celso Bastos sustenta a indispensabilidade da inclusão das normas programáticas na Constituição, ainda que não gerem a legislação própria, propiciam um quadro favorável para serem colocadas em prática.[38]

---

[37] Segundo FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves: "Parece-me, todavia, necessário observar que a idéia de Constituição dirigente, além do viés ideológico, tem uma postura jurídica que pode ser vista como independente daquela opção 'programática'. O aspecto jurídico é a idéia de o Poder Constituinte vincular os Poderes estabelecidos de acordo com a Carta que estabelece ao desenvolvimento e concretização de planos e programas que desenha. Ou seja, a idéia de que o Constituinte pode – talvez deva – comandar os governos constitucionais a cumprir as normas programáticas que prevê. É para isto que uma Constituição dirigente prevê instrumentos judiciais como a ação de inconstitucionalidade por omissão e congêneres. Esta idéia teria justificativa se, realmente, o Poder Constituinte fosse um Poder de natureza diferente, de força superior, da dos Poderes Constituídos. Entretanto, como todos sentem se não sabem, o Poder Constituinte é um Poder representativo, tanto quanto os Poderes constituídos. Assim, as superioridade é meramente forma, não sendo mais do que a dos poderes constituídos; apenas sua função é anterior a estes e fundadora destes." Estado de Direito e Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p.68 e 69.

[38] Conforme BASTOS, Celso Ribeiro: "A corrente marxista foi liderada na América Latina, Espanha e Portugal pelo Prof. Joaquim José Gomes Canotilho. Em tese apresentada na Alemanha sobre Constituição Dirigente, demonstra ele que o legislador está diante da Constituição, da mesma forma que o administrador está para a lei. Tem uma discricionariedade, porém não condizente com liberdade ampla e irrestrita. Sendo assim, se a Constituição determina algo, obrigatoriamente terá que agir desta forma, gozando apenas de certa margem de liberdade na escolha da forma na qual irá fazer. A grande inovação desta tese é a submissão do Poder Legislativo às diretrizes e aos programas fixados na Constituição. Posteriormente, tornou-se a bandeira da intelectual esquerda dentro do Constitucionalismo, porque era a forma de vingar as teses marxistas. Foram implantadas as concepções programáticas e criado institutos como o mandato de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, vindo por atarefar ainda mais o Judiciário. A esquerda marxista, mediante a situação política que tinha sido alterada na Europa, revisou a Constituição e expeliu as normas programáticas do seu texto. Tenho rebatido, juntamente com outros escritores, a tese de Canotilho, que finalmente reposicionou-se em torno do tema, retirando o caráter vinculante e obrigatório das normas programáticas. A conclusão mais acertada é a de se admitir a inclusão das normas programáticas na Constituição. Elas são importantes mesmo quando não geram a legislação própria. Criam o clima favorável para serem postas em prática. Além do mais, tornam inconstitucionais certas medidas praticadas contra suas idéias. Se porventura tentar-se aprovar alguma lei em sentido contrário ou revogar alguma que dá sustentação ao preceito maior, é perfeitamente possível alegar inconstitucionalidade." Normas Programáticas - Natureza e casos concretos. Revista da Procuradoria da República n. 9: São Paulo, RT, 1996, p.35.

Importa transcrever breve trecho do conceito de normas programáticas elaborado por Vezio Crisafulli, vejamos:

> "Le norme costituzionali programmatiche, si è visto, non regolano direttamente lê materie cui purê si referiscono, ma regolano propriamente l'attività statale in ordine a dette materie: hanno ad oggetto immediato comportamenti statali, e soltanto mediatamente e, per dir così, in secondo grado quelle certe materie." (CRISAFULLI, 1947, p.75)

Partindo da origem histórica das normas programáticas, percebe-se que estas normas visam atingir metas, as quais consubstanciam-se nos chamados fins sociais do Estado, direitos e pretensões de sentido social, que infiltraram-se nas Constituições modernas, assumindo a roupagem de preceitos constitucionais.[39]

Assim, a eficácia plena das normas programáticas dependem do seu desenvolvimento por lei ordinária, daí a eficácia limitada, a qual deve seguir as diretrizes estabelecidas constitucionalmente.

Devido a importância das normas programáticas no desenvolvimento social, cultural, de bem estar da população, econômico, saúde, enfim, nos fins últimos do Estado, estas normas possuem um mecanismo jurídico de proteção. Esta proteção visa impossibilitar que as normas programáticas sejam atingidas, mesmo indiretamente, assegurando que estes comandos valores possam produzir eficácia plena.

Tem sentido primário prescritivo, e não proibitivo, adquirindo complementarmente, um duplo sentido proibitivo ou negativo. Proíbem a edição de normas legais contrárias e a prática de comportamentos que tendam a impedir a produção de atos por elas impostos.

Esta eficácia secundária, por assim dizer, confere ao beneficiário direto ou indireto da norma programática, meios para assegurar futuramente a plena eficácia da norma constitucional, afastando tanto atos emanados do Poder Legislativo quanto do Executivo que sejam manifestamente contrários. Com efeito, estas normas mesmo quando não geram a legislação própria, criam o clima favorável para serem postas em prática.

---

[39] MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.185.

Nestes termos, as normas programáticas fixam critérios ou direções para o legislador ordinário nas matérias que versam, gerando inconstitucionalidade material[40], quando haja afastamento desses critérios, conforme já exposto no capítulo 2.1. Sempre que uma lei ordinária ou ato normativo da Administração imponham obrigações, estabeleçam ônus, neguem benefícios, estabeleçam limitações à atividade individual, contrariamente à princípios programáticos, nasce a possibilidade de suscitar a declaração de inconstitucionalidade. Pode-se, por assim dizer, que a inconstitucionalidade material aqui tratada é uma das eficácias secundárias das normas programáticas.

Outro efeito secundário é a impossibilidade de revogação da norma infraconstitucional que concretizou o comando constitucional. Pode-se dizer que esta eficácia gera uma verdadeira "blindagem constitucional" da norma ordinária, pois não pode pura e simplesmente ser revogada, retornando-se à situação anterior. Verifica-se que a revogação da norma infraconstitucional, a qual produz a eficácia primordial da norma programática, configura um retrocesso, daí o nome de cláusula do não retrocesso mencionado na doutrina. Somente através de emenda constitucional superveniente, a lei ordinária que efetiva o comando constitucional programático, pode ser revogada.

Por imperativo da democracia, o legislador tem a faculdade de modificar qualquer regime jurídico, o que não tem é a faculdade de subtrair supervenientemente, de uma norma constitucional, a exeqüibilidade que esta tenha adquirido. Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa, como a criação de uma instituição ou uma alteração na ordem jurídica, quando ela for atendida passa a ter a proteção direta da Constituição.[41]

No que tange a legislação ordinária anterior, que confronte com disposição programática superveniente, Jorge Miranda afirma que são inconstitucionais. Porém, somente a partir do momento que seja possível, diante da realidade constitucional, receber exeqüibilidade.[42]

Outra eficácia reflexa ou secundária da norma programática é a interpretação de outras normas, as quais, sem elas, poderiam ter alcance diverso. Segundo Paulo Bonavides, é indispensável a análise histórico-teleológica de um texto constitucional, onde nenhum

---

[40] BONAVIDES, Paulo assim define controle de constitucionalidade material "[...] é delicadíssimo em razão do elevado teor de politicidade de que se reveste, pois incide sobre o conteúdo da norma. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais. É controle criativo, substancialmente político. Sua caracterização se constitui no desespero dos publicistas que entendem reduzi-lo a uma feição puramente jurídica, feição inconciliável com a natureza do objeto de que ele se ocupa, que é o conteúdo da lei mesma, conteúdo fundado sobre valores, na medida em que a Constituição faz da liberdade o seu fim e fundamento primordial." Curso de Direito Constitucional. 14 ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 299.

[41] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1996, p 251.

[42] MIRANDA, Jorge. op.cit. p. 252.

constitucionalista pode afastar tal exercício interpretativo. Afirma que é o instrumento mais significativo de que dispõe a hermenêutica constitucional, sobretudo da norma programática.[43]

Todas as normas jurídicas estão sujeitas ao inevitável influxo do desenvolvimento histórico, porém a programática é a que melhor reflete o conteúdo axiológico que circundam a Sociedade. Por outro lado, reflete seu frágil e impreciso caráter técnico-jurídico.

Entende-se por elemento histórico, aquele no qual é traçado toda história da proposição legislativa. Procura-se a ambiência que se originou a lei, procura trazer à luz os intervenientes fatores políticos, econômicos e sociais. Por sua vez, o elemento teleológico busca o fim especial da norma, quando o intérprete mergulha profundamente na alma do legislador.[44]

Com posição similar, Luís Roberto Barroso discorre que as normas programáticas contêm disposições indicadoras de valores a serem preservados e de fins sociais a serem alcançados. Tem por característica a não especificação de qualquer conduta a ser obrigatoriamente adotada pelo Poder Público, apenas aponta linhas diretoras. Explicitam fins, sem indicar os meios, investindo os jurisdicionados numa posição jurídica menos consistente, do que as normas de condutas típicas. Com efeito, não conferem direito subjetivo em sua versão positiva de exigibilidade de determinada prestação. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo negativo de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames. Por via de conseqüência, as potencialidades que oferecem são distintas e o intérprete e aplicador da norma tem de ser atento a isso.[45]

Verifica-se que os países que adotam normas constitucionais programáticas em suas constituições, devem ter consciência e maturidade para visualizar o alcance pretendido por estas normas. Os valores garantidos devem ser buscados com a comunhão de forças políticas de toda a sociedade, entendida como um grupo em busca de um fim comum, e não cada um individualmente. Ao ler a Constituição cada cidadão não deve visualizar o seu próprio reflexo, mas ter a consciência que está integrado numa comunidade.

Conforme já exposto no capítulo 1.1, estas normas refletem a evolução do Estado Liberal para o Estado Social. Esta vitória deu-se em razão do predomínio como valor supremo a igualdade, o que posteriormente foi traduzida numa ponderação de valores, tendo como fim último o bem estar de todos. Percebe-se que a inserção de normas constitucionais programáticas no ordenamento jurídico é o primeiro passo para conquistar o bem comum. Sendo apenas o início de uma caminhada de homens livres, pois uma Constituição não é, nem pode ser, a pré-moldagem da sociedade civil, mas sim o enunciado de modelos jurídicos abertos.

---

[43] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14 ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.245.
[44] BONAVIDES, Paulo. op.cit. p.446.
[45] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Afiliada, 1996, p.104.

A Constituição deve proporcionar meios e modos para superar inevitáveis conflitos econômicos, políticos ou culturais através do livre jogo dos interesses e das idéias, conforme as opções soberanas do eleitorado.[46] Na democracia social cabe ao legislativo, cujo poder foi outorgado pelo povo, traduzir a vontade política da população, pois numa democracia é o poder habilitado para tanto. Assim, a Constituição não relaciona um rol de soluções, por outro lado, é a garantia que, com base na experiência social, estas sejam livremente alcançadas. É impossível um comando normativo constitucional antecipar entendimentos e negociações a serem futuramente concluídos pelos indivíduos interessados.

A Constituição é um meio, não um rol de soluções previamente estabelecidas, pela Assembléia Constituinte, para todos os problemas da nação. A solução vem da abertura e diretrizes das normas programáticas, nas matérias que lhe dizem respeito. Sem considerar fatores históricos, políticos, econômicos e sociais, que marcam o povo, a eficácia destas normas nunca será atingida efetivamente.[47] A eficácia plena das normas programáticas será alcançada gradualmente no Brasil quando a Política e o Direito caminharem juntos, respeitando mutuamente suas atribuições, tendo como fim último a sociedade.

CONCLUSÃO

Constatou-se, ao longo do presente trabalho, que a classificação das normas constitucionais quanto à eficácia é um dos temas, em direito constitucional, que mais suscitam opiniões antagônicas.

Num primeiro momento, buscou-se a raiz histórica das normas programáticas, onde ficou evidenciado o seu importante papel na mutação do Estado Liberal para o Estado Social. No século passado, mais precisamente a partir do primeiro pós-guerra, direitos sociais relativos ao trabalho, educação, cultura, previdência, saúde, desconhecidos do constitucionalismo clássico, ganharam espaço nas constituições. A constituição de Weimar foi o marco do constitucionalismo social, refletindo na face moderna das constituições, que é sem dúvida alguma, a das normas programáticas.

As normas programáticas foram inseridas nas constituições num momento onde o valor liberdade foi relativizado pelo valor igualdade, através da intervenção do Estado buscando conferir direitos sociais aos cidadãos. Estas normas constitucionais não estipulam rigidamente a forma e o momento como o Estado deve agir para garantir o acesso a direitos sociais, somente prevêem parâmetros que o legislador deve observar. Conferem ao legislador ordinário a tarefa de conceder eficácia plena a norma programática, pela via democrática do amplo debate de ideologias. Estas normas não representam soluções prontas, mas instrumentos

---

[46] REALE, Miguel.Liberdade e Democracia. São Paulo: Saraiva, 1987, p.17.

[47] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Constituinte. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p.158.

para homens livres decidirem sobre o seu futuro, valorizando a liberdade de escolha política do povo. Assim, a consciência jurídica do aplicador do direito é de suma importância para evitar a usurpação de poderes, devido as normas programáticas exigerem uma instância política, administrativa e material, única capaz de modificar as situações e circunstâncias econômicas, sociais e culturais que transcendem ao texto constitucional, conforme o magistério do professor Jorge Miranda. Esta característica confere um maior grau de liberdade do legislador, pois as normas programáticas serão concretizadas quando se verificarem presentes os pressupostos de fato, que permitam serem apreciadas pelo Poder Legislativo.

Outro tema que está longe de encontrar consenso na doutrina é se as normas programáticas produzem direitos subjetivos. Alguns doutrinadores sustentam a possibilidade do particular invocá-las visando embasar dissídio que o favoreça, outros discordam afirmando que estas normas não produzem situações jurídicas subjetivas positivas. Porém, há um certo consenso na produção de situações jurídicas subjetivas no seu aspecto negativo, ou seja, o particular pode insurgir-se contra ato administrativo ou lei manifestamente contrários a disposições programáticas.

Por último, a eficácia plena das normas programáticas será alcançada somente com a edição da correspondente legislação ordinária, razão pela qual é denominada de eficácia limitada, non-self-executing, non-self-enforcing, não auto aplicáveis e não bastantes em si. O legislador infra constitucional não pode distanciar-se dos princípios programáticos, pois estabelecem as diretrizes para atingir os fins últimos da norma. Devido ao relevante papel destas normas no desenvolvimento da nação, há meios jurídicos para sua proteção, denominados de eficácia secundária ou reflexa da norma programática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Curso de Direito Constitucional. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Afiliada, 1996.

CRISAFULLI, Vezio. La Costituzione e le sue disposizioni di principio. Milano: A. Giuffre, 1947.

DA SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Constituinte. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. Estado de Direito e Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1996.

_____. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1967. Tomo I. São Paulo: RT, 1967.

REALE, Miguel. Liberdade e Democracia. São Paulo: Saraiva, 1987.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos. Porto Alegre, 2002.

TERCEIRA PARTE

Direito Tributário

Considerações sobre a constitucionalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal

Marlise Fischer Gehres

INTRODUÇÃO

Há longo tempo noticia-se amplamente a crise financeira do Estado, e sua incapacidade de efetuar investimentos e, até mesmo, manter os serviços básicos apontados na Constituição Federal. Neste âmbito, qualquer medida adotada pelos governantes que vise o controle do gasto público é amplamente aplaudida pela sociedade, mormente a visão de esbanjamento que se tem dos agentes públicos.

Dentro deste contexto, a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal traz importante medida no equilíbrio das contas públicas, objetivando uma gestão mais moderna da administração pública, seguindo os moldes da gestão privada de negócios. Não obstante a importância do objetivo perseguido pela lei em comento, o que não se questiona, é discutível o meio adotado para tanto.

Inúmeros autores têm levantado dúvidas quanto à compatibilidade da Lei Complementar 101/00 com a Constituição Federal de 1988. Na busca à resposta destes questionamentos, voltou-se o presente estudo ao aspecto da constitucionalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal, coletando os argumentos favoráveis e contrários à referida legislação.

Iniciou-se a análise pelo sistema de repartição de competências estabelecido pela Carta Maior, buscando o fundamento da competência da União na edição da Lei Complementar 101/00, ou a falta deste. A seguir, necessário verificar-se as restrições constantes também na Constituição Federal de 1988 quanto à elaboração do orçamento, buscando-se analisar a compatibilidade da referida lei complementar a estas limitações, ou se as extrapola.

Passando ao estudo da Lei de Responsabilidade Fiscal em si, importante traçar um histórico dos fatos que levaram à edição da lei, das pressões políticas que pautaram o Poder Executivo na elaboração do projeto, tentando-se visualizar de forma mais ampla o âmbito em que a legislação restritiva foi concebida.

Tendo, então, formado a base do conhecimento necessário, parte-se para a leitura crítica dos autores que comentaram o aspecto da constitucionalidade da Lei de

Responsabilidade Fiscal, visando-se à resposta embasada quanto a estes questionamentos. E, acima de tudo, buscar a conclusão quanto à validade da legislação, tendo em vista seus fins, mesmo que se concluindo por sua inconstitucionalidade.

1 NORMAS CONSTITUCIONAIS ORÇAMENTÁRIAS

1.1 Repartição de Competências

Tratando-se o Estado brasileiro de uma federação, buscou a Constituição Federal de 1988 garantir a cada um de seus membros sua respectiva atribuição na repartição de competências legislativas. Segundo Cretella Júnior[1], "os componentes recebem a competência constitucionalmente, a saber, distribuída internamente. A competência ora é retida, privativa, não-distribuída, ora é distribuída às unidades federativas." Desta forma, regula nossa constituição cinco modalidades de partilha de competência legislativa, a saber: competência privativa da União (artigo 22); competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 23); competência concorrente (artigo 24); competência reservada dos Estados (artigo 25) e competência municipal (artigo 30).

O inciso I do artigo 24 refere competir concorrentemente à União, Estados e Distrito Federal legislar sobre direito tributário, financeiro e econômico. O parágrafo único do mesmo artigo esclarece que "a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais".

A competência concorrente pode ser cumulativa ou não-cumulativa. A primeira existe quando não há limites prévios para o exercício da competência. Diogo de Figueiredo Moreira Neto[2] a denomina de competência concorrente clássica. Neste caso, pode haver confronto entre normas estaduais e federais, prevalecendo, então, a norma federal. A competência concorrente não-cumulativa, por sua vez, estabelece uma repartição vertical, havendo um nível superior reservado à União, que fixa os princípios e normas gerais, deixando aos Estados a complementação (chamada competência complementar). À falta de normas gerais, podem os Estados suprir a ausência (competência supletiva). Manoel Gonçalves Ferreira Filho[3] refere que, inexistindo normas gerais editadas pela União, pode o Estado estabelecê-las, as quais perderão eficácia quando vier a ser editada lei federal sobre o assunto. O parágrafo único do artigo 24 refere-se, portanto, à competência concorrente não-cumulativa.

---

[1] CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, vol. IV, 1991, p. 1774.

[2] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão – Temas de Direito Político e Constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 131.

[3] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 30ª ed., 2003, p. 53.

Desde o surgimento da modalidade de competência concorrente no sistema jurídico pátrio, na Constituição de 1934, têm os juristas se debruçado sobre o problema de conceituação de normas gerais, essencial para a determinação dos limites da competência da União.

Pontes de Miranda[4] define as normas gerais como sendo formas fundamentais, que estabelecem diretrizes, baixam regras jurídicas gerais, são limitadas e não podem exaurir o assunto de que tratam.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto[5], de outra banda, cita como características das normas gerais: o estabelecimento de princípios, diretrizes; não podendo entrar em pormenores ou detalhes e nem esgotar o assunto legislado; devendo ser regras nacionais, aplicáveis a todos os entes públicos; ser regras uniformes para todas as situações homogêneas; só cabendo quando preencham lacunas constitucionais ou disponha sobre áreas de conflito; devendo referir-se a questões fundamentais; não podendo violar a autonomia dos Estados; não sendo normas de aplicação direta.

Segundo o referido autor[6], "Teríamos aqui três graus de generalização normativa: o generalíssimo, das normas princípios; o geral, propriamente dito, das normas gerais; e o subgeral, das normas particularizantes." As normas gerais apresentariam uma eficácia ordinária, *erga omnes*, e uma eficácia excepcional, dirigida aos legisladores dos entes públicos referenciados. Conceitua então, o jurista[7]: "Normas gerais são preceitos principiológicos que cabe à União editar no uso de sua competência concorrente limitada, restritos, enquanto princípios, ao estabelecimento de diretrizes nacionais a serem pormenorizados pelos Estados-membros, embora possam, enquanto preceitos, conter suficiente pormenorização para serem aplicadas direta e imediatamente às situações concretas que devam reger."

No dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[8], "não é fácil conceituar 'normas gerais' pelo ângulo positivo. Pode-se afirmar, e corretamente, que 'normas gerais' são princípios, bases, diretrizes que hão de presidir todo um subsistema jurídico. Sempre haverá, no entanto, em face de casos concretos, dúvida até onde a norma será efetivamente geral, a partir de onde ela estará particularizando."

---

[4] MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Tomo II, p.66.

[5] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão – Temas de Direito Político e Constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 155-156.

[6] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão – Temas de Direito Político e Constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 160.

[7] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão – Temas de Direito Político e Constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 168.

[8] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1990, p. 195.

O jurista Alexandre de Moraes[9], de outra banda, é de opinião que, quanto à competência concorrente, somente pode a União editar normas gerais, "sendo de flagrante inconstitucionalidade aquilo que delas extrapolar". Não adentra, entretanto, na discussão do que seriam normas gerais.

Da mesma forma, Cretella Júnior[10] não enfrenta a solução da questão, somente lançando o questionamento: "Qual entretanto, o campo preciso das normas gerais? E se a União ultrapassar este campo, qual a medida jurídica que o Estado-membro pode tomar?".

Carlos Mário da Silva Velloso[11] compartilha da opinião de Alexandre Moraes quanto à inconstitucionalidade de eventual lei federal que legislar sobre questões específicas, sobre particularidades. Ressalta o referido autor que as normas gerais são princípios, tratando os dois termos como sinônimos.

Na mesma linha, Fernanda Dias Menezes de Almeida[12] ressalta a importância de uma segura diferenciação das normas gerais, tendo em vista que "a invasão do espaço legislativo de um centro de poder por outro geral a inconstitucionalidade da lei editada pelo invasor". A autora transcreve depoimento de Rubens Gomes de Souza, membro da comissão encarregada de elaborar o projeto do Código Tributário Nacional, que traz curiosa elucidação sobre a origem histórica da competência concorrente, como transcrito a seguir:

> "Mas, para prosseguir nesta linha de pensamento quanto à delimitação do próprio conceito de normas gerais, a Comissão, de início, encontrou-se numa situação de impasse, porque é sabido que a origem do dispositivo é devida ao então Deputado Aliomar Baleeiro que, segundo sua própria confissão, encontrou uma fórmula verbal para vencer uma resistência política. Eu teria que verificar esta afirmativa, mas creio que esta confissão não ficou nos limites do confessionário. Algo existe naquele livrinho *Andaimes da Constituição*, em que ele confessa que sua primeira idéia, primeira e última, era atribuir à União competência para legislar sobre direito tributário, amplamente e sem limitação contida no conceito de normas gerais, desde que esta legislação tivesse a feição de uma lei nacional, de preceitos endereçados ao legislador ordinário dos três poderes tributantes: União, Estados e Municípios. A única limitação, que ele próprio enxergava, era a de se tratar de preceitos comuns aos três legisladores. Afora isto, ele não via e não achava necessário delimitar, de outra maneira, a competência que queria fosse atribuída ao Legislativo da União, que já então ele concebia, neste

---

[9] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 8ª ed., 2000, p. 285.

[10] CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, vol. IV, 1991, p. 1778.

[11] VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 395-396.

[12] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2000, p. 146.

setor e em outros paralelos, não como federal, mas sim nacional. Entretanto, ele encontrou resistência política, de se esperar e muito forte, em nome da autonomia dos Estados e da autonomia dos Municípios, em nome de temores, justificados ou não, de se abrir uma porta, pela qual se introduzisse o fantasma da centralização legislativa. Falou-se nada menos do que na própria destruição do regime federativo, todos os exageros verbais, que o calor do debate político comporta e o próprio Aliomar encontrou uma solução de compromisso, que foi a de delimitar-se essa competência, que ele queria ampla, pelas normas gerais, expressão que, perguntado por mim quanto ao sentido que ele lhe dava, no intuito de ter uma forma de interpretação autêntica, ele me confessou que não tinha nenhuma, que nada mais fora que um compromisso político, que lhe havia ocorrido e que tinha dado certo. O importante era introduzir na Constituição a idéia; a maneira de vestir a idéia, a sua roupagem era menos importante do que o seu recebimento no texto constitucional e o preço deste recebimento foi a expressão normas gerais, delimitativa, sem dúvida, do âmbito da competência atribuída, mas em termos que nem ele próprio, Aliomar, elaborar ou racionara. Era o puro compromisso político."

Pelos diversos pensamentos expostos, verifica-se a dificuldade de uma conceituação de normas gerais, havendo sempre um subjetivismo em sua identificação. Tal tarefa é dificultada pela falta de um aspecto formal próprio, verificando-se, muitas vezes, a existência de normas gerais nacionais juntamente com normas particularizantes voltadas à Administração Federal. Tais situações terão que ser examinadas casuisticamente, cabendo ao Supremo Tribunal Federal o estabelecimento destes limites, a fim de garantir o equilíbrio da repartição estabelecida em sede constitucional e evitar a extrapolação das competências atribuídas na Carta Maior.

1.2 Restrições na Elaboração do Orçamento

Afora a questão da competência, necessário examinar também as normas constitucionais que regulam a elaboração orçamentária e o direito financeiro, verificando-se as restrições impostas pela Carta Maior à liberdade do administrador na elaboração da pela orçamentária.

De início, mister ter-se em mente o que é o orçamento público, bem como sua importância para a Administração Pública, tanto no aspecto do planejamento quanto em sua execução.

Como leciona Carlos Valder do Nascimento[13], a elaboração orçamentária possui um objetivo preventivo, visando impedir a má aplicação dos recursos públicos, tendo em vista a escassez dos mesmos e as exigências cada vez maiores da sociedade. Segundo o autor, a

---

[13] NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Finanças Públicas e Sistema Constitucional Orçamentário*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 81 a 91.

Constituição estabelece limites a serem cumpridos pelo legislador na concessão de créditos orçamentários, os quais, se ultrapassados, levarão à inconstitucionalidade do ato legislativo. Esta rigidez da lei visa refrear a liberdade financeira do governo, moralizando o instituto orçamentário. Busca, ainda, o regramento legal, a transparência do controle do gasto público, inserindo-se no conceito de moralidade administrativa, visando a boa aplicação do crédito público.

No dizer de Kiyoshi Harada[14], orçamento é a peça que contém a aprovação prévia da despesa e receita para um período determinado. Atualmente, deixou de ser mero documento contábil para espelhar toda a realidade econômica de uma nação. O orçamento público deverá levar em conta os interesses da sociedade, refletindo um plano de ação governamental, sendo representativo da vontade popular. Daí a justificativa para a participação legislativa no processo de sua elaboração. É o ato pelo qual o poder legislativo prevê e autoriza o poder executivo a efetuar as despesas e arrecadar as receitas previamente estipuladas durante determinado período de tempo. Conforme o autor, no Brasil o orçamento não passa de peça de ficção, havendo a cultura do desprezo ao orçamento, apesar do regramento existente. A burla à peça orçamentária costuma ocorrer pela superestimação de receitas, contingenciamento de despesas, anulação de valores empenhados (remetendo tais valores para o exercício seguinte como restos a pagar) e instituição de fundos com objetivos vagos e imprecisos.

Na opinião do referido jurista, há correlação entre a economia privada e as finanças públicas. O orçamento influencia a política econômica global do Estado. Por meio do orçamento é possível estimular ou desestimular a produção, o consumo e o investimento, incrementando-se a política de gastos públicos ou, ao contrário, contendo as despesas, adiando obras e serviços ou aumentando a carga tributária para absorver o poder aquisitivo dos particulares. Deixa de ter importância o equilíbrio orçamentário, dependendo da conjuntura. Pode ser de maior relevância o investimento em determinada área, como por exemplo, energia elétrica, mesmo havendo déficit orçamentário, se a falta deste investimento ocasionar prejuízo maior à Nação, como o estancamento da produção e conseqüente perda no desenvolvimento da economia. O objetivo maior não deve ser equilibrar o orçamento, posto que este não pode ser entendido como um fim em si mesmo, mas como um instrumento de progresso de uma nação, tendo como função o equilíbrio da economia nacional. A tendência é a "humanização" do orçamento.

Mas não somente o orçamento traduz o planejamento do gasto público. Tal estudo é representado por um prazo mais longo, não somente no exercício correspondente à lei orçamentária. Tal procedimento é descrito por Marino Pazzalini Filho[15], que afirma que no que tange ao planejamento na condução dos negócios públicos, as coordenadas são fixadas através do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual.

---

[14] HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário.* São Paulo: Atlas, 1999, p. 73 a 79

[15] PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada:* Aspectos Constitucionais, Administrativos, Civis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Atlas, 2002, p. 44 a 53.

O Plano Plurianual prevê, para o período de quatro anos, metas dos entes da Federação para dispêndios com despesas de capital e de novos programas de duração continuada (artigo 165, §1º da Constituição Federal). A Lei de Diretrizes Orçamentárias constitui o planejamento orçamentário relativo a um exercício financeiro, em congruência com o Plano Plurianual, instituindo metas para receitas, despesas e estoque da dívida pública, bem como regras dispondo sobre equilíbrio de receitas e despesas, políticas de gestão de pessoal e de aplicação das agências financeiras de fomento e eventuais alterações na legislação tributária. Serve de norte à elaboração da Lei Orçamentária Anual (artigo 165, §2º da Constituição Federal e artigo 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal). A Lei Orçamentária Anual, por sua vez, estabelece para cada exercício financeiro, de forma compatível com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias, a previsão das receitas e despesas de toda a administração pública, o orçamento de investimento das empresas estatais e o orçamento da seguridade social. Possui anexos que atestam a compatibilidade da programação com as metas da Lei de Diretrizes Orçamentárias, as formas de compensação da renúncia de receitas e do aumento das despesas obrigatórias de caráter continuado e a provisão de reserva de contingência para o atendimento de despesas episódicas, imprevistas ou emergenciais (artigos 167 da Constituição Federal e 5º a 7º da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Pelas lições acima expostas, verifica-se ser Kiyoshi Harada de opinião diversa quando afirma não ser essencial o equilíbrio orçamentário. Tal pensamento é o oposto do apontado na Lei de Responsabilidade Fiscal, que busca o equilíbrio das contas públicas como meta maior.

O traçado histórico que levou à noção atual de redução de gastos é bem exposto por Flávio Corrêa de Toledo Júnior[16], quando expõe que atualmente o déficit orçamentário é considerado o grande vilão da economia. Segundo este autor, defini-se déficit da execução orçamentária como o resultado apurado num determinado corte de tempo; via de regra, o ano civil. Esse período determina o exercício financeiro das entidades de direito público. A dívida, por sua vez, é fruto do desequilíbrio fiscal havido em vários exercícios precedentes. Enquanto o déficit é resultado de um único período de tempo, a dívida abrange débitos incorridos em vários lapsos temporais. Fazendo um breve resumo histórico, tem-se que até 1929 exigia-se um orçamento equilibrado, com despesas iguais ou menores às receitas. O déficit fiscal não era admitido. Com a crise de 1929, foi necessário o estímulo da atividade econômica por parte do Estado, levando ao déficit orçamentário dos entes estatais. A partir dos anos 80, com a intensificação do processo inflacionário e a insuficiente capacidade de investimento do setor governamental, retornou-se ao pensamento liberal de que o Estado deve ater-se às suas funções clássicas, não sendo mais admitido o déficit. Os orçamentos equilibrados voltam a ser premissa essencial no desenvolvimento das nações.

---

[16] TOLEDO JÚNIOR, Flávio Correa de; ROSSI, Sérgio Ciquera (Col.). *Lei de Responsabilidade Fiscal:* comentada artigo por artigo. São Paulo: NDJ, p. 1 a 14.

Este o escopo, portanto, que levou à elaboração da Lei Complementar 101/00, na busca de conter-se a inflação através da contenção do déficit público, reduzindo as funções do Estado a um Estado mínimo, buscando associações com entidades privadas através de parcerias, estimulando-se as privatizações, concessões, etc. É política adotada atualmente pelo governo brasileiro para que o Estado cumpra com suas funções sem que haja comprometimento de receita pública, e, conseqüentemente, sem que haja aumento de despesa.

Resta analisar, tendo em mente o objetivo da peça orçamentária, as normas constitucionais que estipulam restrições em sua elaboração.

Os artigos 163 e seguintes da Constituição Federal de 1988 regulam as finanças públicas. De início, remete a Carta Maior à lei complementar disposições sobre finanças públicas (artigo 163). Também lei complementar deverá "estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos", conforme o inciso II do parágrafo 9º do artigo 165; e o estabelecimento de limites de despesa com pessoal ativo e inativo da União, do Distrito Federal e dos Municípios, como estabelecido no artigo 169, *caput*.

O artigo 165 estabelece a necessidade, acima exposta, de lei de iniciativa do Poder Executivo que elabore o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual. A obrigatoriedade de coerência entre estas leis é ressaltada pelos parágrafos 2º e 7º do artigo 165 e pelo inciso I do parágrafo 3º do artigo 166.

A preocupação do legislador constituinte com a renúncia de receitas transparece através do parágrafo 6º do artigo 165, quando estabelece que quando isto ocorrer deverá o projeto de lei orçamentária ser acompanhado do demonstrativo de seus efeitos.

A necessidade de equilíbrio orçamentário é exposta através do artigo 167, que traz inúmeras vedações à realização de despesas que não possuam a contraprestação através da respectiva previsão de receita.

Da mesma forma, demonstra a Carta Maior a necessidade de contenção de gastos com pessoal, como exposto no artigo 169. Tal dispositivo prevê, não havendo equilíbrio nestes gastos, a suspensão dos repasses de verbas federais ou estaduais, bem como a redução de despesas com cargos em comissão e funções de confiança, a exoneração de servidores não estáveis e, ainda, a perda do cargo pelo servidores estáveis.

Observa-se, desta forma, ser a Lei Complementar 101/00 o prosseguimento do pensamento exposto na Constituição Federal de 1988, estabelecendo limites de gastos com pessoal ativo e inativo e buscando, em primeiro lugar, o equilíbrio das contas a fim de eliminar o déficit público.

2 LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

2.1 Origem e Finalidade da Legislação

Em 04 de maio de 2000 foi editada a Lei Complementar 101, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, visando a obtenção de um maior equilíbrio nas finanças públicas e uma gestão responsável dos recursos públicos.

Na visão de Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho[17], a Lei Complementar 101/00 busca uma mudança estrutural do regime fiscal brasileiro, fixando normas com vistas à organização e equilíbrio das contas públicas. É um regulamento da conduta gerencial dos administradores públicos, objetivando a melhora da administração das contas públicas do país, onde todos os governantes terão que obedecer a limites na administração das finanças públicas, comprometendo-se no atingimento de metas aprovadas pelo Poder Legislativo e prestando contas sobre os gastos dos recursos públicos.

Romano José Enzweiler[18], por sua vez, afirma que a Lei Complementar 101/00 tem como diretriz a substituição do modelo burocrático e cartorial pelo modelo de gerência, de modo a maximizar a eficiência na prestação de serviços públicos, bem como estabelecer mecanismos de controle do déficit público. Busca o equilíbrio das contas públicas através das limitações das despesas (gastos com pessoal, seguridade social, dívida consolidada, dívida mobiliária e restos a pagar) e impõe limites e condições para a renúncia fiscal, tendo como princípios o planejamento como condição prévia para a execução de ações de governo, a eficiência nos serviços públicos, o equilíbrio das contas e a transparência das finanças públicas. Critica o referido autor que, todavia, a lei em comento demonstra a disposição de implantação de políticas administrativas voltadas ao equilíbrio fiscal, não à função social.

Verifica-se ser objetivo da referida legislação a modernização da gestão pública, priorizando o planejamento e limitando os gastos com pessoal e o endividamento público.

A edição na Lei de Responsabilidade Fiscal não é uma ação única, mas faz parte de um programa de governo de reformas estruturais, conhecido como Programa de Estabilidade Fiscal (PEF).

Refere o jurista Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho[19] que a elaboração da Lei de Responsabilidade Fiscal sofreu grandes influências externas e internas. No âmbito externo, o Fundo Monetário Internacional forneceu todo o instrumental teórico sobre a experiência

---

[17] RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. *Aspectos Fundamentais da LC 101/00.* Manaus: Caminha Consultoria Empresarial, 2002, p. 24.

[18] ENZWEILER, Romano José. *O Princípio da Autonomia Administrativa e Financeira do Poder Judiciário e a Lei de Responsabilidade Fiscal.* Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 368, 2003, p. 173-174.

[19] RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. *Aspectos Fundamentais da LC 101/00.* Manaus: Caminha Consultoria Empresarial, 2002, p. 25-26.

acumulada nas reformas fiscais em outros países, em especial na Nova Zelândia, Estados Unidos e União Européia. Quanto ao aspecto interno, a mensagem presidencial que remeteu o projeto de lei complementar ao Poder Legislativo afirma a intenção de elaboração de um conjunto de medidas formando o Programa de Estabilidade Fiscal – PEF, tendo por objetivo a redução do déficit público e a estabilização da dívida pública em relação ao Produto Interno Bruto da economia. Integrando o Programa de Estabilidade Fiscal destacaram-se a regulamentação da reforma da previdência (Ementa Constitucional 20/98) e da reforma administrativa (Emenda Constitucional 19/98), indispensáveis (segundo o governo federal) para a modernização gerencial do Estado.

Tais afirmações são referendadas por Romano José Enzweiler[20], que menciona terem servido como modelo à Lei de Responsabilidade Fiscal o "Manual de boas práticas para a transparência fiscal" do Fundo Monetário Internacional, o acordo de Maastricht (Holanda) de 1992, o "Budget Enforcement Act" (EUA) de 1990 e o "Fiscal Responsability Act" (Nova Zelândia) de 1994. Ressalta o autor que no caso americano não se trata de lei nacional, mas que contempla apenas o governo federal. No caso da Nova Zelândia, trata-se esta de estado unitário, parlamentarista, que não guarda nenhuma semelhança com a nossa realidade.

A relação da Lei de Responsabilidade Fiscal com as demais reformas estruturais efetuadas pelo governo federal à época é bem explicitado pela Exposição de Motivos do Projeto de Lei Complementar[21], que assim dispõe:

> "2. Este Projeto integra o conjunto de medidas do Programa de Estabilidade Fiscal – PEF, apresentado à sociedade brasileira em outubro de 1998, e que tem como objetivo a drástica e veloz redução do déficit público e a estabilização do montante da dívida pública em relação ao Produto Interno Bruto da economia.
> (...)
> 5. Este Projeto de Lei – publicamente conhecido como Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF – também faz parte desse elenco de importantes inovações estruturais da Administração pública que, após aprovado, terá vigência num ambiente fiscal mais favorável, sedimentado pelos efeitos positivos do PEF, da reestruturação das dívidas dos Estados e dos Municípios, da reorganização do sistema bancário estadual, e de outras medidas de ajuste fiscal implementadas pelos governos estaduais e municipais.
> 6. Entendemos que a combinação desse ambiente fiscal mais favorável com a aprovação de uma norma que estabelece princípios norteadores da gestão fiscal responsável, que fixa limites para o endividamento público e para expansão de despesas continuadas, e que institui mecanismos prévios e

---

[20] ENZWEILER, Romano José. *O Princípio da Autonomia Administrativa e Financeira do Poder Judiciário e a Lei de Responsabilidade Fiscal.* Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 368, 2003, p. 173.

[21] BRASIL. Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000, Exposição de Motivos.

necessários para assegurar o cumprimento de metas fiscais a serem atingidas pelas três esferas de governo, é condição necessária e suficiente para a consolidação de um novo regime fiscal no País, compatível com a estabilidade de preços e o desenvolvimento sustentável."

Uma das formas encontradas para manutenção do equilíbrio das contas públicas é através da valorização do planejamento orçamentário, que se desenvolve em três níveis, através do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual.

No dizer de Marino Pazzaglini Filho[22], o Plano Plurianual prevê, para o período de quatro anos, metas dos entes da Federação para dispêndios com despesas de capital e de novos programas de duração continuada (artigo 165, §1º da Constituição Federal). A Lei de Diretrizes Orçamentárias constitui o planejamento orçamentário relativo a um exercício financeiro, em congruência com o Plano Plurianual, instituindo metas para receitas, despesas e estoque da dívida pública, bem como regras dispondo sobre equilíbrio de receitas e despesas, políticas de gestão de pessoal e de aplicação das agências financeiras de fomento e eventuais alterações na legislação tributária. Serve de norte à elaboração da Lei Orçamentária Anual (artigo 165, §2º da Constituição Federal e artigo 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal). A Lei Orçamentária Anual, por sua vez, estabelece para cada exercício financeiro, de forma compatível com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias, a previsão das receitas e despesas de toda a administração pública, o orçamento de investimento das empresas estatais e o orçamento da seguridade social. Possui anexos que atestam a compatibilidade da programação com as metas da Lei de Diretrizes Orçamentárias, as formas de compensação da renúncia de receitas e do aumento das despesas obrigatórias de caráter continuado e a provisão de reserva de contingência para o atendimento de despesas episódicas, imprevistas ou emergenciais (artigos 167 da Constituição Federal e 5º a 7º da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Na visão do referido jurista[23], este sistema de planejamento em conjunto com a Lei de Responsabilidade Fiscal visam cumprir os princípios básicos da gestão das finanças públicas, quais sejam: sistema integrado e coerente de planejamento e execução orçamentária, visando o cumprimento de metas fiscais; equilíbrio das contas públicas; gestão eficaz da receita, ampliando-a e evitando a renúncia descompensada de arrecadação; observância de condições e limites para a alocação e a execução das despesas públicas; saneamento financeiro com a prevenção dos déficits e redução do nível da dívida pública; e transparência do planejamento e da administração dos recursos públicos.

---

[22] PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada:* Aspectos Constitucionais, Administrativos, Civis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Atlas, 2002, p. 46-47.

[23] PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada:* Aspectos Constitucionais, Administrativos, Civis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Atlas, 2002, p. 45.

2.2 Fundamento Constitucional da Lei de Responsabilidade Fiscal

A constitucionalidade da Lei Complementar 101/00 tem gerado polêmica no mundo jurídico, com fortes argumentos em sua defesa ou contrários a ela. Tal discussão chegou até o Supremo Tribunal Federal através de sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade, tendo como relator o Ministro Ilmar Galvão, que até o presente momento não tiveram seu mérito julgado. São elas: ADIN 2238-5-DF, que suscita a inconstitucionalidade formal da referida lei e a inconstitucionalidade material de praticamente toda a lei; ADIN 2241-5-DF, que se insurge contra o artigo 20, II, a, b, c e d; ADIN 2250-4-DF, contra os artigos 35 e 51; ADIN 2256-3-DF, contra os artigos 20, II, a, b, c e d, III, a e b, §§1º, 4º e 5º; ADIN 2261-0-DF, contra o artigo 20; ADIN 2324-1-DF, contra os artigos 50 e 59 e ADIN 2365-9-DF contra o artigo 20, III.

Diversos são os argumentos que atacam a constitucionalidade da lei em comento, tanto quanto ao seu aspecto formal quanto material, em especial no que diz respeito com a competência da União em editar normas gerais e quanto a existência de afronta ao princípio da separação entre os poderes.

No dizer de Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho[24], a Lei Complementar 101/00 foi editada para cumprir o disposto no artigo 30 da Emenda Constitucional 19/98, que fixou o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o Poder Executivo apresentar o projeto de lei previsto no artigo 163 Constituição Federal de 1988. Desta forma, a Lei de Responsabilidade Fiscal regulamenta justamente aquele dispositivo, nele buscando seu fundamento constitucional, o qual dispõe *in verbis*: "Lei complementar disporá sobre: I – finanças públicas". Também outros dispositivos constitucionais restaram regulados pela Lei de Responsabilidade Fiscal, como o §9º do artigo 165 e o artigo 169, este exigindo lei complementar para a fixação de limites com gastos de pessoal.

Para o referido o autor, quanto à constitucionalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal, haveriam dois aspectos a considerar. No que diz com a técnica legislativa, a referida lei não atendeu às determinações da Lei Complementar 95/98 sobre a elaboração de leis, que assim dispõe em seu artigo 8º: "A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula 'entra em vigor na data de sua publicação' para as leis de pequena repercussão." A Lei Complementar 101/00, apesar de ter introduzido profundas modificações na execução e controle da administração das finanças de todos os entes da Federação, entrou em vigor na data de sua publicação, contrariando, destarte, o comando acima transcrito.

No que diz com a competência da União para editar normas sobre finanças públicas, continua o jurista, esta adentra no campo da competência legislativa concorrente (artigo 24, I da Constituição Federal), na qual deve limitar-se a editar normas gerais. A grande questão

---

[24] RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. *Aspectos Fundamentais da LC 101/00*. Manaus: Caminha Consultoria Empresarial, 2002, p. 31.

que se afigura com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal diz respeito com o caráter geral de seus dispositivos, obrigando os demais entes ao seu cumprimento; ou, por outro lado, não se tratando de normas gerais, aplicar-se-iam exclusivamente à União.

A discussão que se afigura, portanto, seria a definição do que seriam normas gerais e se a Lei de Responsabilidade Fiscal teria respeitado estes limites impostos pela Constituição ou, ao especificar os percentuais possíveis de gastos para cada esfera de poder, teria exorbitado na competência determinada pelo legislador constitucional.

Na opinião de Régis Fernandes de Oliveira[25], discute-se a possibilidade de lei complementar fixar percentuais de despesas com pessoal, impondo-os aos Estados e Municípios sem que haja agressão ao princípio federativo. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União para legislar para todos os entes federais restringe-se à edição de normas gerais. Abre-se a questão do que são estas normas gerais. Para o referido autor, são princípios. Estes em discussão seriam princípios que disciplinam a ordem jurídica de determinado sistema. Em vista do princípio federativo, seria inviável à União fixar percentuais, os quais, por óbvio, não são normas gerais. Haveria manifesta agressão ao princípio federativo (artigo 60, parágrafo 4º, inciso I da Constituição Federal), uma vez que, em matéria de Direito Financeiro não pode a União interferir nos Estados, sob pena de agredir a autonomia que lhes é assegurada. Apenas preceitos amplos e genéricos poderiam obrigar as unidades federadas. Apenas estariam sujeitos Estados e Municípios aos princípios equiparados às normas gerais. Na medida em que estabelece percentuais da receita para definir limites de gastos com pessoal, a lei teria agredido o princípio da federação.

Considera o referido autor que a Lei Complementar 101/2000, ao descer a detalhes, extrapolou a competência estabelecida no parágrafo 1º do artigo 24 da Constituição Federal. Seriam, portanto, inconstitucionais os percentuais fixados, não se podendo transigir com qualquer invasão das competências no Estado federal brasileiro, mesmo levando em consideração a intenção da norma de moralizar a administração pública.

Na mesma linha de pensamento, Romano José Enzweiler[26] afirma ter havido invasão de competência dos Estados-membros, tendo em vista que a União não se limitou a legislar concorrentemente sobre normas gerais, disciplinando à minúcia os percentuais que podem gastar com pessoal, e outros limites impertinentes.

O mesmo autor[27] discute se haveria afronta ao artigo 65 da Constituição Federal de 1988, uma vez que houve alteração do projeto de lei no Senado sem que houvesse retorno para apreciação da

---

[25] OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 55-57.

[26] ENZWEILER, Romano José. *O Princípio da Autonomia Administrativa e Financeira do Poder Judiciário e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 368, 2003, p. 176.

[27] ENZWEILER, Romano José. *O Princípio da Autonomia Administrativa e Financeira do Poder Judiciário e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 368, 2003, p. 175.

Câmara dos Deputados. Tal argumento, entretanto, já foi refutado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão liminar na ADIN 2238-5-DF.

Revela, ainda, o citado jurista[28], inconformidade com a maneira como foram regulados os limites do Poder Judiciário, sem que fossem respeitadas suas peculiaridades. Cita como exemplo que a Lei de Responsablidade Fiscal estipulou regime temporal limitativo idêntico aos três Poderes (vedação de concessão de aumento remuneratório aos servidores nos 180 últimos dias da gestão), desconsiderando que o mandato do Presidente do Poder Judiciário tem duração de dois anos. O mesmo se verifica no que se refere às obrigações contraídas nos últimos oito meses de administração, as quais só podem ser assumidas em havendo suficiente disponibilidade de caixa naquele exercício. Ademais, as despesas relativas ao pessoal inativo, que são por disposição constitucional "incompressíveis", não poderiam ceder passo aos limites impostos pela Lei Complementar. De outra banda, o limite de acréscimo para despesas de pessoal, de um para outro exercício, fixado em 10% até o ano de 2003, viola os princípios constitucionais de eficiência e continuidade dos serviços públicos essenciais.

Rogério Roberto Gonçalves de Abreu[29], por sua vez, afirma que. Tratando-se de lei complementar, aplicável a todos os entes da federação, a Lei de Responsabilidade Fiscal é instituidora de normas gerais em matéria financeira, com fundamento nos artigos 163 e 165 da Constituição Federal. Devem tais dispositivos serem interpretados em consonância com o artigo 24, I, parágrafo 1º da Constituição Federal, que dispõe sobre a competência concorrente dos entes federativos para a edição de normas legais sobre direito financeiro. Por normas gerais deve-se entender aquelas que, por sua natureza ampla, pela importância da unificação normativa que atine ao regramento traçado, devam se aplicar a todos os entes federativos, cabendo a estes, no âmbito de sua competência residual, estabelecer normas que complementem a idéia inicial já traçada pelo legislador nacional. A indevida ou incorreta eleição de dado assunto como passível de regramento por meio de lei complementar definidora de normas gerais atribuirá ao dispositivo legal o vício da inconstitucionalidade material, afrontando a autonomia legislativa dos Estados e Municípios, bem como o princípio da isonomia entre os entes estatais. O artigo 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao estipular aos Estados e Municípios a instituição e arrecadação de todos os tributos de sua competência, determina aos entes federativos algo que a Constituição apenas lhe faculta. Há uma imposição da União Federal sem qualquer norma constitucional que garanta tal intromissão no exercício de atribuições inerentes aos poderes constitucionais daqueles entes estatais[30].

---

[28] ENZWEILER, Romano José. *O Princípio da Autonomia Administrativa e Financeira do Poder Judiciário e a Lei de Responsabilidade Fiscal.* Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 368, 2003, p. 176-178.

[29] ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. *A Inconstitucionalidade de art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LCF-101 de 2000).* Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, vol. 46, 2002, p. 271-275.

[30] ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. *A Inconstitucionalidade de art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LCF-101 de 2000).* Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, vol. 46, 2002, p. 275.

Em defesa da constitucionalidade da Lei Complementar 101/00, Benjamin Zymler[31] afirma que os princípios e regras constitucionais não são absolutos, sendo passíveis de integração e conformação pelos aplicadores do direito. Nenhum princípio constitucional tem natureza absoluta e é superior aos demais. Isto também se aplicaria aos princípios da separação dos poderes e do federalismo, podendo ser conformados para conviver pacificamente com outros princípios. O artigo 24, I da Constituição determina a competência concorrente para legislar sobre direito financeiro, devendo a União limitar-se a editar normas gerais. Tal competência não é extrapolada pela Lei de Responsabilidade Fiscal, que, por óbvio, precisa adentrar em minúcias para regulamentar a gestão financeira e patrimonial da administração pública, como determinado pelo artigo 165 da Constituição Federal.

Pode se observar, portanto, ser elevado o número de autores que consideram ter a União Federal extrapolado em sua competência para editar normas gerais sobre direito financeiro, conforme disposto no art. 24, I da Constituição Federal de 1988. Confrontando-se os conceitos existentes na doutrina sobre competência concorrente não-cumulativa e normas gerais, não se pode deixar de constatar a inadequação da Lei de Responsabilidade Fiscal à norma constitucional. A referida lei complementar, sem sombra de dúvida, adentra em minúcias, chegando a pormenores que fogem totalmente ao escopo das normas gerais de estabelecimento de diretrizes.

A posição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto[32] caberia em defesa da referida legislação, quando defende que, não havendo lei estadual em complementação às normas gerais, devem os Estados-membros sujeitar-se à lei federal. Poderiam, entretanto, tais entes federativos elaborar leis que estabelecessem suas próprias particularidades. Por este pensamento, poderia os Estados elaborar leis locais que estabelecessem seus próprios percentuais de gastos com pessoal e endividamento.

A maioria dos autores, entretanto, com os quais concordamos, afirmam que a norma que extrapola a generalidade encontra-se eivada de inconstitucionalidade, por invadir a esfera de competência de outro ente federativo. Tal conclusão é baseada em toda construção do sistema jurídico que mantém o federalismo, inclusive o sistema de repartição de competências exposto na Constituição Federal. Quisesse o legislador permitir o esgotamento do tema de direito financeiro e orçamento pela União, não teria incluído estes itens no artigo 24, que claramente destina-se à competência concorrente limitada, como exposto em seu parágrafo único. A palavra definitiva, entretanto, caberá ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião constitucional, no julgamento de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade que apontam as supostas irregularidades constantes da Lei de Responsabilidade Fiscal.

---

[31] ZYMLER, Benjamin. *A Intepretação da Lei de Responsabilidade Fiscal frente a Constituição Federal.* Fórum Administrativo, Belo Horizonte, n. 16, 2002, p. 721-723.

[32] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão – Temas de Direito Político e Constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 168.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo analisar o fundamento constitucional da Lei Complementar 101/00, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal. Iniciou-se o estudo pela verificação da competência da União para editar normas sobre direito financeiro e orçamento.

Dispõe o artigo 24 da Constituição Federal de 1988 ser de competência concorrente entre os entes federados a edição de leis na área em estudo. Esta competência não é cumulativa, ou seja, cabe à União a edição de normas federais, dirigidas tão somente à Administração Pública Federal; e a edição de normas gerais nacionais, dirigidas a todos os entes da federação. Cabe aos Estados, Distrito Federal e Municípios a regulação de peculiaridades de cada esfera administrativa.

A grande questão levantada neste ponto é a caracterização das normas gerais, sendo que não existe um formato que as identifique. Tais normas devem ser genéricas, sem detalhamentos, evitando ingressar nas especificidades de cada esfera administrativa.

Quanto às restrições existentes na Carta Maior para a elaboração do orçamento, verifica-se uma grande preocupação com o planejamento do gasto público, traduzida pela obrigatoriedade de coerência entre o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

No contexto de rígida condenação ao aumento do déficit público, e seguindo a determinação constitucional expressa nos artigos 163 e 165, foi editada a Lei Complementar 101/00, que buscou precipuamente o equilíbrio das contas públicas e uma gestão responsável das mesmas. Na perseguição de sua louvável meta, a Lei de Responsabilidade Fiscal esmiuçou os temas que regulou, nada restando aos Estados e Municípios para regular.

Por certo não se pode conceber que o detalhamento observado na dita lei seja caracterizado como norma geral. Desta forma, extrapolou a União sua esfera de competência regrada pela Constituição da República. Poder-se-ia argumentar que, nos pontos em que entra em detalhes, estaria a legislação vinculando apenas a Administração Pública Federal, não sendo dirigida aos demais entes federados. Não foi esta, entretanto, a intenção do legislador, como disposto no artigo 1° da supracitada lei. Clara, portanto, a intenção de submeter os Estados e Municípios aos ditames concebidos pela União.

Desta forma, outra não pode ser a conclusão que não a inconstitucionalidade da Lei Complementar 101/00. Inobstante o mérito de seus objetivos, os quais se mostram por demais necessários num país conhecido pela má administração de seus governantes, não se pode renunciar aos princípios insculpidos em nossa Carta Maior. A repartição de competências é reflexo do equilíbrio necessário para a manutenção do pacto federativo, sob pena de hipertrofia de um ente em detrimento dos demais, o que, desafortunadamente, tem sido nossa realidade atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. *A Inconstitucionalidade de art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LCF-101 de 2000).* Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, vol. 46, 2002.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2000.

BRASIL. Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000, Exposição de Motivos.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, vol. IV, 1991.

ENZWEILER, Romano José. *O Princípio da Autonomia Administrativa e Financeira do Poder Judiciário e a Lei de Responsabilidade Fiscal.* Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 368, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1990.

_____. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 30ª ed., 2003.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário.* São Paulo: Atlas, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967,* São Paulo: Revista dos Tribunais, Tomo II.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* São Paulo: Atlas, 8ª ed., 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão – Temas de Direito Político e Constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1991.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Finanças Públicas e Sistema Constitucional Orçamentário.* Rio de Janeiro: Forense, 1995.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Responsabilidade Fiscal.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada:* Aspectos Constitucionais, Administrativos, Civis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Atlas, 2002.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. *Aspectos Fundamentais da LC 101/00.* Manaus: Caminha Consultoria Empresarial, 2002.

TOLEDO JÚNIOR, Flávio Correa de; ROSSI, Sérgio Ciquera (Col.). *Lei de Responsabilidade Fiscal:* comentada artigo por artigo. São Paulo: NDJ.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000, Exposição de Motivos.

ZYMLER, Benjamin. *A Intepretação da Lei de Responsabilidade Fiscal frente a Constituição Federal.* Fórum Administrativo, Belo Horizonte, n. 16, 2002.

A Natureza Jurídica dos Encargos Emergenciais de Energia Elétrica ("Seguro Apagão")

Luis Antônio Alcoba de Freitas

INTRODUÇÃO

Cabe, inicialmente, declinar a razão da escolha do tema da monografia. Efetivamente as matérias abordadas, relativas ao recolhimento dos encargos tarifários instituídos pela Lei nº 10.438/02, popularmente chamados de "seguro-apagão", destacados do valor da tarifa, portanto visíveis ao olho e ao bolso do usuário, não se afiguram simpáticas ao consumidor do serviço de energia elétrica, ainda mais num país como o nosso, onde a carga tributária alcança níveis insuportáveis, chegando a quase 40% do PIB, sem falar nos preços públicos oriundos dos serviços prestados à população.

No ano de 2001, o Brasil enfrentou uma grave crise energética, provocada por contingências climáticas, abalando o Sistema Elétrico Brasileiro, quase na sua totalidade formado por hidrelétricas. Para evitar o apagão nas cidades a solução encontrada, à época, objetivando superar a crise energética e o colapso do sistema, foi direcionada em duas direções, a saber: uma agindo na ponta do consumo, através de medidas restritivas (inclusive criando encargos financeiros para os consumidores que ultrapassassem suas quotas); e outra, na ponta da geração, buscando seu aumento em curto prazo. Sobre a última é que desenvolveremos a pesquisa, para verificar a natureza jurídica dos encargos emergenciais.

Muitas críticas surgiram sobre as medidas adotadas para contornar os problemas de falta de energia elétrica, decorrentes de circunstâncias climáticas desfavoráveis, que provocaram um rebaixamento extremo dos reservatórios das usinas hidroelétricas, afetando a produção e, segundo alguns, também da falta de investimentos oportunos.

A escolha tem um caráter institucional. A Advocacia-Geral da União, como uma instituição de Estado, teve que exercer a sua atribuição constitucional na defesa da política pública implementada pelo Governo Federal. A matéria foi judicializada, exigindo dos membros da Instituição, especialmente no âmbito do Tribunal Regional da 4ª Região, onde foi suscitado incidente de inconstitucionalidade[1], uma atuação intensa para demonstrar a constitucionalidade e a legalidade da criação dos adicionais tarifários.

É de se frisar que não se entra no mérito político da criação dos adicionais tarifários como melhor alternativa, ou não, à situação existente à época. Esse julgamento cabe à população, que sofreu as conseqüências das medidas adotadas. Nem por isso, se deixará de analisar as causas da criação e a forma como foi operacionalizada a decisão política. Como dizia Carlos Maximiniano[2], para ser hermeneuta completo, é mister entesourar profundo conhecimento de todo o organismo do Direito e cognição sólida não só da história dos institutos, mas também das condições de vida em que as relações se formam. O que se busca no presente trabalho de pesquisa é a interpretação técnica dos encargos criados sob o enfoque do ordenamento jurídico do nosso país

A questão que se coloca: a contratação de energia emergencial, através de encargos tarifários, destacados do valor da tarifa, por empresa pública, criada especificamente para este fim, que não é distribuidora direta da energia, na busca de fontes alternativas a água, escassa naquele momento histórico do nosso país, tem caráter tributário ou tarifário?

A doutrina e a jurisprudência têm se dividido sobre a questão. Existem abalizados posicionamentos para ambos os lados, enquadrando nas mais variadas categorias de tributo, tais como taxa, contribuição social geral, CIDE, espécie anômala de empréstimo compulsório, imposto inominado e como um adicional tarifário. Os Tribunais Superiores ainda não se manifestaram sobre o mérito da questão. Existe uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin nº 2693- ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, único Tribunal Regional Federal que enfrentou o mérito da matéria, consolidou posicionamento, anteriormente dividido nos seus órgãos fracionários (1ª e 2ª Turma). Recentemente, em face de argüição de inconstitucionalidade suscitada pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a Corte Especial daquele Pretório decidiu, por nove votos a seis, que o encargo emergencial é constitucional e tem natureza tarifária.

---

[1] O incidente de argüição de inconstitucionalidade foi suscitado na apelação em Mandado de Segurança nº 2002.72.05.002803-3/SC e Julgado pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 26.08.2004.

[2] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 100.

Verifica-se, portanto, que a matéria é extremamente polêmica, comportando interpretações diversas. De outra parte, existe pouca coisa escrita, sendo produtivo discorrer sobre o tema, abordando os vários aspectos que o cercam, a partir da experiência vivida entre os operadores do direito. Neste particular, importante a contribuição colhida das manifestações produzidas pelos Magistrados, Advogados privados, Membros do Ministério Público e da Advocacia Pública[3].

A partir da definição da natureza jurídica dos referidos encargos, é que poderemos verificar a sua constitucionalidade. Para esta compreensão faz-se necessário trazer à consideração alguns conceitos envolvendo a definição de tributo e de tarifa, que, necessariamente, deverão ser cotejados conjuntamente com a realidade do funcionamento do Setor Elétrico Brasileiro, que possui peculiaridades próprias, especialmente após a desestatização do setor.

Na hipótese de ser enquadrada como de natureza tributária teria que se sujeitar aos princípios contidos no artigo 150 da Constituição Federal de 1988, como o da legalidade e o da anterioridade, com destaque para fixação da exação, que deveria ser fixada por lei, segundo os que defendem esta tese.

Outros aspectos necessariamente devem ser dissecados, como o caráter da prestação do serviço de energia elétrica (compulsoriedade e essencialidade), fundamentais na conceituação tributária. Por outro lado, tratando-se de adicional tarifário destacam-se questões como a relação dos usuários do serviço e a efetiva contraprestação do serviço. O fato de o valor arrecadado ser repassado a Comercializadora Brasileira de Energia Elétrica é outro ponto a ser abordado, tendo em vista ser um dos argumentos para desnaturar a condição de tarifa. Cabe destacar que, em sendo considerada de natureza tributária, a conseqüência é o da inconstitucionalidade do encargo emergencial, o que obrigaria a devolução dos valores cobrados no período de sua existência, estimado pela Companhia Brasileira de Energia Emergencial em nove bilhões de reais.

1 O SISTEMA ELÉTRICO BRASILEIRO E OS ENCARGOS EMERGENCIAIS DA LEI Nº 10.438/02

1.1 NOVA MODELAGEM DO SISTEMA ELÉTRICO BRASILEIRO

Para que possamos compreender a natureza jurídica dos encargos emergenciais é imprescindível conhecermos um pouco da estrutura e do funcionamento do Sistema Elétrico Brasileiro.

---

[3] Especialmente o trabalho denominado "*Ações envolvendo a MP14*" elaborado pela CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO. Coordenação-Geral de Grupos Especiais. Fonte: www.agu.gov.br.

A Constituição Federal outorga competência à União para explorar os serviços de energia elétrica[4]. É o ente federal, assim, que pode prestar diretamente ou através de concessão, na qualidade de poder concedente,

Historicamente, antes da edição da Constituição de 1988, incentivados pelas políticas públicas nacionais para o setor, os Estados Federados, criaram empresas que obtiveram a concessão dos serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, como é o caso da Companhia Estadual de Energia Elétrica no Estado do Rio Grande do Sul.

Praticamente todo o setor elétrico estava nas mãos do Estado (União e Estados Federados). A partir da Lei nº 8.031/90 e da Lei nº 9.491/97, estabeleceram-se às bases legais para a implementação do Programa Nacional de Desestatização (PND), sendo incluídas as empresas do setor elétrico através do Decreto nº 1.503/95.

A justificativa estava calcada no fato de que o setor público estava exaurido, não tendo mais condições de investir numa área estratégica para o desenvolvimento do país. Esta realidade é bem retratada na Obra " O Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro e as Cooperativas de Eletrificação Rural[5] :

> De um contexto estalista, em que o serviço era prestado principalmente, por empresas vinculadas às Administrações Públicas federal e estadual, com tarifas homogêneas em todo território nacional – estabelecidas pelo sistema da remuneração pelo custo do serviço-estamos passando a um ambiente de prestação de serviço por particulares concessionários em regime de competição – onde tal seja economicamente possível-, com tarifas diferenciadas e transações de compra e venda de energia em regime de mercado, com limites e dúvidas adiante apresentados. Nesse novo modelo, salienta-se o papel regulador do Estado, realizado pelas " Agências", no caso da energia elétrica, pela Agência Nacional de Energia Elétrica- ANEEL, um autarquia com regime especial, instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e constituída pelo Decreto nº 2.335, de 06 de outubro de 1997.

---

[4] Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei,diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
Parágrafo único. A lei disporá sobre:
I- o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
II-os direitos dos usuários;
III- política tarifária;
IV- a obrigação de manter serviço adequado.

[5] SOUTO, Carlos Fernando E.; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *O novo modelo do setor elétrico brasileiro e as Cooperativas de Eletrificação Rural.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Não se entra no mérito da discussão, que exigiria longa discussão sobre privatização versus estatização, em razão de não ser o objetivo do trabalho. Apenas reflete-se a realidade existente, componente importante para respondermos as indagações propostas pelo presente trabalho de pesquisa.

Na implementação da política de desestatização do Setor Elétrico, um marco importante é a Edição da Lei nº 9.074/95, que desmembrou as atividades de geração, transmissão e distribuição, passando as tarifas a serem calculadas com base na estrutura de custos de cada um desses segmentos, havendo a previsão da existência de consumidores livres e competição na geração e na comercialização.

Esta nova realidade permitiu a existência dos chamados "Produtores Independentes de Energia Elétrica[6], que são, por exemplo, empresas que têm alta demanda de energia elétrica e a produzem na alimentação de seu parque industrial, sendo as sobras comercializadas.

Mais recentemente, através da Lei nº 10.848/2004, que estabeleceu nova modelagem do setor elétrico brasileiro, esta realidade não foi alterada. Apenas, a título exemplificativo, menciona-se a alteração trazida pela nova lei, segundo a qual as concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que atuem no sistema interligado nacional não poderão desenvolver atividades de geração de energia elétrica e de transmissão de energia elétrica (§5º da Lei nº 9.074, incluído pela Lei nº 10.848, de 2004). É a chamada desverticalização do setor elétrico.

Já dá para perceber, no que toca a operação, que o sistema é composto basicamente de três setores: o da geração de energia, o de sua transmissão e o de sua distribuição (ou comercialização, como muitos chamam). Todos estes serviços são remunerados pela tarifa que é recebida pela distribuidora, última na ponta da cadeia. Este fator é importante para que possamos analisar, posteriormente, o argumento da destinação ao prestador do serviço, elemento essencial da tarifa.

Alguns dados dão a dimensão atual do setor elétrico[7]:

Geração: 85% setor público

15% setor privado

Transmissão: 26 empresas (15 privadas)

Distribuição: 64 empresas (80% setor privado)

---

[6] O produtor independente de energia elétrica está definido no artigo 11 da Lei nº 9074, de 07/07/95, como "a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebem concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco".

[7] Fonte: Ministério das Minas e Energia – BEM 2005- www.mme.gov.br

De outra parte, quase a totalidade de nossa capacidade instalada de produção de energia elétrica, está calcada em Hidrelétricas, em face do grande manancial de água do nosso país. São muito pequenos os percentuais das outras fontes de energia, como o gás natural, nuclear, derivados de petróleo, carvão, eólica e de fontes naturais, como o álcool e o substituto do óleo diesel, o chamado biodiesel.

Outra particularidade do bem energia elétrica é a de que, ao contrário de outros bens, não pode ser armazenado por motivos de restrições técnicas. Em virtude disso toda energia elétrica tem que ser utilizada em uma região ou outra.

O Sistema Elétrico Nacional é interligado, ou seja, foi estabelecido por um sistema de vasos comunicantes em que a energia gerada em um ponto do País poderá ser enviada a qualquer outro, de forma a compensar os desníveis regionais de produção, decorrentes de fatores climáticos.

Esta situação está muita bem retratada por Clever M. Campos[8]:

> O sistema nacional interligado, onde as transações com o bem energia elétrica se efetuam, pode ser entendido, analogicamente, a um sistema de caixa único, onde todos os geradores injetam energia elétrica e todos os consumidores retiram energia elétrica consumida, para depois, com base em dados de medições, realizar-se um balanço,apurando-se quem gerou e quem consumiu, objetivando um encontro de contras de caráter comercial. No Brasil, a supervisão destas tarefas está a cargo do NOS – Operador Nacional do Sistema e da ASMAE- Administradora de Serviço do Mercado Atacadista de Emergia Elétrica.

No Brasil, após a edição da Lei nº 10.848/2004, a supervisão destas Tarefas está a cargo do Operador Nacional do Sistema (ONS), responsável pela operação do Sistema Interligado Nacional, e pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), responsável pelo gerenciamento dos contratos e pela contabilização e liquidação de curto prazo.

Verifica-se, portanto, que o denominado Sistema Elétrico Interligado Nacional é composto por agentes atuando em três etapas distintas, todas remuneradas pelo preço pago pelo consumidor final ao distribuidor, que repassa os valores correspondentes às demais concessionárias ou autorizadas de geração e transmissão.

Neste contexto, o consumidor paga pela energia efetivamente gerada (distribuição), a capacidade de geração (geração) e o transporte (transmissão), não se podendo deixar de calcular os custos de todas estas etapas integrantes do Sistema Interligado, inclusive o Operador Nacional do Sistema, que é uma pessoa jurídica de direito privado[9].

---

[8] CAMPOS, Clever M. *Introdução ao direito de energia elétrica.* São Paulo: Ícone, 2001.

[9] Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998 e Resolução da ANEEL nº 351, de 11 de novembro de 1998.

A capacidade de geração (ou demanda de potência), assim, também é remunerada pela tarifa paga pelo consumidor final. Já era assim, desde que foi fixada a estrutura tarifária de energia elétrica no país, através do Decreto 62.724/68.[10] Ou seja, o planejamento do setor prevê, além da energia efetivamente gerada, também as margens de garantia pondo os consumidores a salvo de riscos sempre presentes de interrupção do fornecimento ou racionamento.

A nova modelagem do setor elétrico, prevista na Lei nº 10.848/2004, também previu a capacidade de geração, no seu artigo 3º, estabelecendo que "O Poder Concedente homologará a quantidade de energia elétrica a ser contratada para o atendimento de todas as necessidades do mercado nacional, bem como a relação dos novos empreendimentos de geração que interligarão, a título de referência, o processo licitatório de contratação de energia". O § 3º estabelece: "Com vistas em garantir a continuidade de fornecimento de energia elétrica, o Poder Concedente poderá definir reserva de capacidade de geração a ser contratada". A definição veio através da edição do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004[11].

1.2 A CRIAÇÃO DOS ENCARGOS EMERGENCIAIS E DA COMERCIALIZADORA BRASILEIRA DE ENERGIA EMERGENCIAL – CBEE

Após a implantação do programa de racionamento e do esforço exigido da população em razão da escassez de energia elétrica ocorrida em 2001, o país não poderia manter a vulnerabilidade do Sistema Interligado Nacional – SIN aos cenários hidrológicos. Era fundamental criar condições que resultassem em um contexto de maior segurança para o Sistema: aumentar a oferta de energia em curtíssimo prazo.

---

[10] Art. 11. As tarifas a serem aplicadas aos consumidores do Grupo A serão estruturadas sob forma binômia, com uma componente de demanda de potência e outra de consumo de energia.
O artigo 14 do mesmo Decreto estipula que "O custo do serviço de fornecimento de energia elétrica deverá ser repartido, entre os componentes de demanda de potência e de consumo de energia de modo que cada grupo ou subgrupo, se houver, de consumidores, responda pela fração que lhe couber.
O parágrafo primeiro deste artigo diz que a componente de demanda de potência será responsável pelo atendimento do custo do serviço, composto pela remuneração legal, quota de reversão ou de amortização se houver, quota da demanda de potência adquirida e diferenças referidas no art. 166, parágrafos 3º e 4º do Decreto 41.019/57. Do parágrafo segundo do citado artigo consta que a componente de consumo de energia deverá atender despesas de exploração, inclusive a parcela relativa ao custo de demanda de potência adquirida, atribuída à componente de demanda de potência, além de impostos e taxas.

[11] Art. 59 – As regras e procedimentos de comercialização da CBEE poderão prever o pagamento de um encargo destinado à cobertura dos custos dos serviços do sistema, inclusive serviços ancilares, prestados aos usuários do SIN, que compreenderão, dentre outros: custos decorrentes da geração despachada independentemente da ordem de mérito, por restrições de transmissão dentro de cada submercado; a reserva de potência operativa, em MW, disponibilizada pelos geradores para a regulação da freqüência do sistema e sua capacidade de partida autônoma; a reserva de capacidade, em MV Ar, disponibilizada pelos geradores, superior aos valores de referência estabelecidos para cada gerador em Procedimentos de Rede do NOS, necessária para a operação do sistema de transmissão; e a operação dos geradores como compensadores síncronos, a regulação da tensão e os esquemas de corte de geração e alívio de cargas.

Desta constatação, o Governo por Intermédio da Câmara de Gestão da Crise de Energia, instituída com o objetivo de compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica e prevenir risco de "apagões", instituiu um conjunto de medidas com o objetivo de promover a superação da crise. Diante da urgência e do volume de energia a ser contratado, fazia-se imprescindível que a contratação de energia fosse centralizada em apenas uma entidade, a qual seria responsável pela assinatura dos contratos de compra de energia elétrica e/ou capacidade de energia com os produtores independentes e pelo repasse ao Sistema Interligado Nacional, composto pelas concessionárias distribuidoras. Delineou-se, então, o programa de energia implementado pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE, criada em 29 de agosto de 2001 (Decreto nº 3.900, de 29 de agosto de 2001, em cumprimento a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002).

A criação da CBEE foi oriunda dos trabalhos desenvolvidos pelo Comitê Técnico de Aumento da Oferta de Energia a Curto Prazo, criado pela Resolução da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica de- CGE nº 14, de 06 de junho de 2001. Daí se extrai algumas justificativas para criação da empresa pública, que são relevantes para compreensão da criação da CBEE e dos encargos tarifários. No desenvolvimento dos trabalhos, o Comitê definiu que o processo de contratação teria de ser o mais transparente possível, e que deveria ter critérios objetivos de seleção de fornecedores de energia emergencial. O processo prático e objetivo implementado pelo Comitê evitou que diferentes órgãos do Governo agissem de forma descentralizada, contratando energia da iniciativa privada e buscando soluções pontuais para o déficit.

No processo de contratação de energia emergencial era fundamental o estabelecimento de um processo competitivo que resultasse no menor custo de energia para os consumidores, ou, eventualmente, para a União.

Qualquer que fosse o montante ou o mecanismo de contratação de energia nova, haveria uma interdependência entre as ações para o aumento da oferta em curto prazo e a sinalização emitida para os investidores de médio e longo prazo. O desafio do Comitê era o de adotar medidas que não enviassem os sinais errados ao mercado e que não prejudicassem o modelo do setor, afastando os investimentos privados de longo prazo, seja pela percepção do aumento excessivo de oferta, seja pela percepção de retorno ao modelo estatal. A alternativa implementada pelo Comitê de Contratação de Produtores Independentes de Energia, permitiu que o montante de energia no sistema fosse suprido integralmente pela iniciativa privada, evitando novos investimentos estatais que, além, de onerar as empresas estatais, enfraqueceria a característica de participação e composição privada do modelo setor elétrico brasileiro.

Com essa finalidade foi criado um grupo técnico para verificar todos pontos supramencionados. Inicialmente, o Grupo de Execução fez um levantamento do potencial do mercando mundial para o atendimento das necessidades emergenciais. Em seguida, o Grupo coordenou com a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e o Operador Nacional do Sistema- ONS o estabelecimento de regulação específica para as usinas emergenciais bem como a flexibilização nas regras dos procedimentos de rede.

O Grupo de Execução teve a função de implementar todas as decisões do Comitê, ao longo de todas as fases do processo, desde a seleção e contratação dos Produtores Independentes até a efetiva entradas em operação das usinas.

O Comitê de Curto Prazo conduziu um processo minucioso de análise das diversas alternativas, até a decisão pelo lançamento da chamada pública para contratação de Produtores Independentes de Energia.

Diante da urgência e do volume de energia a ser contratado, fazia-se necessário que a contratação de energia fosse centralizada em apenas uma entidade. Para efetivar tal contratação, era necessária a definição de um agente contratante estatal, responsável por assinar os contratos de compra de capacidade e/ou energia de Produtores Independentes.

Inicialmente, o Comitê analisou as eventuais empresas já existentes que pudessem efetuar tal papel. O Comitê concluiu que não havia uma entidade existente que pudesse atingir os objetivos requeridos sem ao mesmo tempo prejudicar alguns critérios cruciais para o sucesso do programa.

Uma das grandes dificuldades de se atribuir a uma empresa existente a contratação de energia emergencial foi, por exemplo, a questão dos custos da energia emergencial. De modo a minimizar esses custos para os consumidores, o Comitê adotou como diretriz que a atividade de contratação não deveria produzir qualquer lucro para o agente contratante. Da mesma forma, em existindo lucro, o Comitê ponderou que esse lucro deveria ser revertido aos consumidores. Diante dessa diretriz, ficou evidente que o veículo de contratação enfrentaria algumas limitações caso se tratasse de uma companhia pública de capital aberto, podendo seus acionistas minoritários virem a questionar as atividades relacionadas à viabilização da energia emergencial.

Após diversas discussões, a GCE orientou o Comitê que trabalhasse na criação de uma entidade nova, independente. Algumas das vantagens, pelo Comitê e pela GCE, quanto à criação de uma nova entidade nova foram:

- Transparência quanto aos custos da oferta emergencial;

- Prazo de existência determinado (enfatizando o caráter provisório desse processo); e - Sinalização correta e consistente com o modelo do setor elétrico.

Para assegurar o caráter transitório e emergencial dessa iniciativa, o próprio estatuto da CBEE contém a sua data de liquidação: 30 de junho de 2006. Os contratos de energia durarão somente até 31 de dezembro de 2005. Isto evita a incorporação do custo da aquisição em definitivo, às tarifas públicas de energia elétrica.

A GCE estabeleceu que o ONS seria responsável pelo cálculo das metas de contratação, segundo premissas de segurança definidas pela própria CGE.

Já em sua reunião inicial, no dia 06 de julho de 2001, o Comitê requisitou ao ONS um diagnóstico do déficit emergencial, que deveria considerar as adições de oferta já previstas

e programadas pelo Ministério de Minas e Energia e pela ANEEL, incluindo usinas hidroelétricas e termoelétricas, importações de energia e linhas de transmissão que viabilizasse a transferência entre as regiões do país. Esta informação deveria ser alinhada com um cronograma realista de execução de obras em andamento (diversas usinas hidrelétricas e térmicas estão por seu inauguradas até 2006).

A CBEE, portanto, foi criada para o fim de promover a aquisição, o arrendamento e alienação de bens e direitos, a celebração de contratos e a prática de atos destinados:

I - Viabilização do aumento de capacidade de geração e de oferta de energia elétrica de qualquer fonte em curto prazo; e

II - a superação da crise de energia elétrica e ao reequilíbrio de oferta e demanda de energia elétrica.

Com o objetivo de proporcionar uma reserva de capacidade, a CBEE realizou contratos de reserva de geração para garantir oferta de energia elétrica em situações emergenciais (vide relação das contratações realizadas - anexo I) . Com a implementação do programa, foram estabelecidas as metas para que, mesmo se registradas as piores afluências hidrológicas do histórico para os próximos anos, a oferta de energia seja suficiente para atender a pelo menos 95% de todo o consumo. A contratação da energia emergencial protege e protegerá a população contra os efeitos catastróficos da eventual falta de chuvas nos reservatórios do sistema interligado. Daí serem chamados os encargos emergenciais popularmente de "seguro apagão".

A Medida Provisória n.º 14, de 21 de dezembro de 2001, posteriormente convertida na Lei n.º 10.438/02, dispondo sobre a expansão de oferta de energia emergencial, estabeleceu a criação de "adicional tarifário específico", a cargo dos consumidores atendidos pelo Sistema Elétrico Nacional Interligado, para custeio das despesas relativas à aquisição de energia elétrica e à contratação de capacidade de geração ou potência, nos seguintes termos:

> Art. 1º Os custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa, relativos à aquisição de energia elétrica e à contratação de capacidade de geração ou potência pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE serão rateados entre todas as classes de consumidores finais atendidas pelo Sistema Elétrico Nacional Interligado, proporcionalmente ao consumo individual verificado, mediante adicional tarifário específico, segundo regulamentação a ser estabelecida pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.
>
> 1º O rateio dos custos relativos à contratação de capacidade de geração ou potência (kw) referidas no caput não se aplica ao consumidor integrante da Subclasse residencial Baixa Renda, assim considerado aquele que, atendido por circuito monofásico, tenha consumo inferior a 80 KWH/mês ou cujo consumo situe-se entre 80 e 220 kWh/mês, neste caso desde que observe o máximo regional compreendido na faixa e não seja excluído da subclasse por outros critérios de enquadramento a serem definidos pela Aneel.

A Resolução n.º 71, de 07-02-2002 e a Resolução nº 249, de 06-05-2002, foram editadas para regulamentar o previsto na norma legal acima, restando instituídos os seguintes encargos tarifários: a) "encargo de capacidade emergencial - ECE" – para rateio dos custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa, incorridos pela CBEE na contratação de capacidade de geração ou potência (arts. (1º e 2º); b) "encargo de aquisição de energia elétrica emergencial - EAEE" – para rateio dos custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa, incorridos pela CBEE na aquisição de energia elétrica contratada (arts). (3º e 4º); e, c) "encargo de energia livre adquirida no MAE" – para rateio da parcela prevista no art. 2º da MP n.º 14/01, de despesa com a compra de energia elétrica no âmbito do MAE realizadas pelas distribuidoras e decorrentes da redução da geração de energia elétrica nas usinas participantes do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, denominada de energia livre (arts. 7º e 8º).

Este último encargo tem por destinatários apenas os usuários do serviço de distribuição de energia elétrica das regiões sudeste, Centro-Oeste, Norte e Nordeste, conforme art. 4º da Lei nº 10.438/02. A controvérsia limita-se aos dois primeiros, já que o último, Encargo de Energia Livre Adquirida no MAE, representa restabelecimento do equilíbrio econômico dos contratos de prestação de serviços de energia, não havendo discussão sobre a sua natureza jurídica.

Para minimizar custos, distinguiu-se a contratação de capacidade de geração (isto é, de disponibilidade) da aquisição de energia (isto é, da compra de energia efetivamente produzida). Assim, o contratado recebe um valor fixo pela disponibilidade (capacidade de potência –as usinas estão prontas para operar, coma devida manutenção e fiscalização da CBEE) e somente será remunerado pela energia se efetivamente vier a produzi-la. Se se considerar que o custo mais relevante da energia de fonte termelétrica reside exatamente no preço do combustível na escala necessária, parece evidente a economicidade de uma tal contratação. A contratação de térmicas a óleo decorre exatamente da segurança na obtenção desse combustível na escala necessária, pois o risco que se pretendia afastar reside exatamente na incerteza do suprimento do "combustível" (água) das fontes hidrelétricas.

1.3 CONCEITOS JURÍDICOS IMPORTANTES NA DEFINIÇÃO DOS ENCARGOS TARIFÁRIOS

Os normativos infralegais classificam os encargos de capacidade emergencial como um adicional tarifário, entendimento firmado por Sacha Calmon Navarro Coelho e Misabel Abreu Machado Derzi[12]. Contudo, levando-se em conta a regra do artigo 4º, I, do Código Tributário Nacional, o nome do instituto jurídico recebe não é o suficiente para demonstrar a sua estrutura. Neste Contexto, há quem entenda que os adicionais tarifários não se enquadram em nenhuma das categorias de tributo veiculadas pela Constituição Federal de 1988, mas que teriam natureza tributária[13]. Outros, como Lírio Pimenta[14] e Nelson Monteiro Neto[15], entendem que seria uma contribuição de intervenção no domínio econômico. Um quarto viés[16] entende que seria uma espécie anômala de empréstimo compulsório. Na jurisprudência também não é diferente, existindo os mais variados enquadramentos, inclusive como imposto inominado e contribuição social geral[17], mas está sendo sedimentado o entendimento de que o aludido encargo de capacidade emergencial tem natureza tarifária, como teremos oportunidade de demonstrar[18].

Verifica-se, assim, que essa questão tem se prestado a diversos enfoques, gerando controvérsia na comunidade jurídica.

Para compreensão da natureza jurídica dos encargos emergenciais faz-se necessário trazer à consideração alguns conceitos envolvendo a definição de tributo e de tarifa, que, necessariamente, deverão ser cotejados conjuntamente com a realidade do Setor Elétrico Brasileiro, objeto de capítulo anterior.

---

[12] COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Machado. *Da constitucionalidade dos Encargos Emergenciais, instituídos pela Lei Nº 10.438/02*. Parecer exarado em 20 de novembro de 2002, atendendo a Consulta da Associação Brasileira dos Produtores de Energia Emergencial- ABPEE.

[13] BIM, Eduardo Fortunato. Inconstitucionalidade dos encargos energéticos: seguro apagão. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 82, p. 16-23, jul. 2002.

[14] PIMENTA, P.R.L. Perfil constitucional das contribuições de intervenção no domínio econômico. In: GRECO, M. A. (Coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001, p.155-184.

[15] MONTEIRO NETO, N. Sobre o adicional tarifário em relação aos serviços públicos de energia elétrica. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 84, p. 94-100, set. 2002.

[16] TAVARES, A. M. A falsa tipologia de adicional tarifário do "seguro-apagão" e as reflexas injuridicidades de sua cobrança. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 87, p. 7-13, dez. 2002.

[17] Posição sustentada pelo Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares, no julgamento do incidente de argüição de inconstitucionalidade suscitada na apelação em Mandado de Segurança nº 2002.72.05.002803-3/SC, na Corte Especial do TRF da 4ª Região.

[18] O Superior Tribunal de Justiça, através do voto do Ministro José Delgado, no julgamento do recurso especial nº 692-550, em 16 de dezembro de 2004, afirmou que "o referido encargo tem natureza de preço público", acompanhado pelos demais componentes da 1ª Turma.

O conceito legal de tributo-estampado no artigo 3º do Código Tributário Nacional- "é toda a prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."

Extrai-se, assim, do conceito que a prestação tributária é obrigatória. Não existe voluntariedade no pagamento do tributo, que tem origem em expressa determinação legal, por imposição do Estado; ao contrário do preço público, que exige obrigações contratuais e vontade daquele que assume a obrigação. Por isso é chamado de tributo sem causa, sem contra-prestação direta de quem a pagou. Serve ao custeio geral das despesas do Estado. Por tal razão, o professor Geraldo Ataliba[19] classifica os tributos em vinculados (taxa e contribuição de melhoria) e não vinculados (impostos). No presente caso, nos interessa destacar a diferença entre tributo e preço público.

Aliomar Baleeiro[20], explicando a distinção entre taxa e preços públicos, enfatiza a falta de compulsoriedade em relação aos serviços públicos remunerados por tarifas:

> Mas a construção doutrinária penetrou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que há vários anos distingue entre uns e outros, deixando claro que só as taxas são tributos, como tais revestidos de compulsoriedade, ao passo que os preços apresentam caráter contratual, voluntário, porque, em geral, remuneram a venda de coisas do patrimônio público (terrenos, água, livros, jornais oficiais, sementes, reprodutores, etc.) ou renda deles provenientes (aluguéis, foros, laudêmios, serviços telefônicos, telegráficos, energia elétrica, etc).

A respeito da matéria, é esclarecedor o ensinamento do Juiz Federal Leandro Paulsen[21] .:

> Preço Público x Taxa. Deve-se ter bem presente a diferença entre taxa e preço público. Aquela é tributo, sendo cobrada compulsoriamente por força de prestação de serviço público de utilização compulsória ou do qual, de qualquer maneira, o indivíduo não possa abrir mão. O preço público, por sua vez, não é tributo, constituindo, sim, receita originária decorrente da contraprestação por um bem, utilidade ou serviço numa relação de cunho negocial em que está presente a voluntariedade (não há obrigatoriedade de consumo). A obrigação de prestar, pois, em se tratando de taxa, decore direta e exclusivamente da lei, enquanto, em se tratando de preço público, decorre

---

[19] ATALIBA, Geraldo. *Apontamentos de ciência das finanças do direito financeiro e tributário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 195

[20] BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar.* 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.62.

[21] PAULSEN, Leandro. *Direito tributário:* Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 39.

da vontade do contratante. Por ter suporte no poder de tributar, submetendo os contribuintes de forma cogente; a exigência de taxas está sujeita às limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150 da CF: legalidade, isonomia, irretroatividade, anterioridade, vedação de confisco). A fixação do preço público, de outro lado, independe de lei; não sendo tributo, não está sujeito as limitações do poder de tributar."

O preço público possui característica que o faz distinto de taxa, sendo elucidativo trazer as considerações de Carlos Valder do Nascimento[22], que destaca os seguintes traços que o distingue das espécies tributárias:

a) é uma prestação contratual pecuniária, decorrente da aquisição de um bem, que é alienado por uma entidade pública ou entidade privada, agindo por delegação, autorização, concessão ou permissão. Contratual aí se acha em sentido amplo, porque toda vez que o consumidor adquire um bem pelo qual deve arcar com o pagamento de um preço ou tarifa estará realizando um vínculo contratual, ainda que não o seja por escrito e ainda que adira ao que foi fixado pelo prestador da atividade de venda. É pecuniária a prestação, porque aferida em termos monetários;

b) é prestação facultativa, em decorrência mesmo da contratualidade. A facultatividade está no fato de que o usuário ou adquirente do bem só pagará preço, se, efetivamente, quiser firmar o contrato. É facultativo para o usuário adquirir ou não o bem. Não haverá lei, impondo obrigação desse tipo, porém, mera manifestação de vontade;

c) exigibilidade do pagamento do preço pelo ente estatal ou por empresa privada, na condição de concessionária ou permissionária de serviço público (há quem entenda que ente estatal não pode cobrar preço público, apenas, entes privados autorizados pelo poder público, na manutenção de seu jus imperi);

d) remuneração de aquisição de bem ou de serviço. O preço público é utilizado para pagamento de serviço ou aquisição de bem, seja este produto de caráter industrial ou comercial, pouco importa. A contraprestação é marca indelével do preço público.

Assim, enquanto as taxas remuneram serviços públicos compulsórios, as tarifas remuneram serviços públicos de fruição voluntária, conforme se infere da Súmula 545 do Supremo Tribunal Federal: "Preços Públicos e taxas não se confundem, porque estas diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada a prévia autorização, em relação à lei que as instituiu."

---

[22] NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentário ao CTN*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 144-145.

Destarte, para a caracterização da tarifa, em suma, é necessária a presença de dois requisitos: a) uma relação não compulsória – ao beneficiário do serviço é facultada a utilização dos serviços disponibilizados. No caso da energia elétrica, nada impede a utilização de geradores próprios, sendo, portanto, contratual a relação com as concessionárias; b) um preço como contraprestação: o preço público é a remuneração pela utilização do serviço ou aquisição do bem pelo interessado.

O Supremo Tribunal Federal reconhece duas características da tarifa: destinar-se a concessionárias bem como à remuneração dos serviços prestados (aí incorporados todos os custos a eles eventualmente referidos, inclusive futuros). Nesse sentido, é expressiva a seguinte manifestação do ilustre Ministro Moreira Alves (em voto vencedor) no Recurso Extraordinário no 117.315 - RS, in verbis:

> E essa tarifa é o preço público que corresponde à contraprestação remuneratória por parte do usuário de prestação, pela concessionária, desse serviço público facultativo, o que implica dizer que é da essência dessa tarifa – como preço público que é – ter como destinatário o prestador do serviço, que, com ela, não só tem a justa remuneração de seu capital, mas também dispõe de recursos para o melhoramento e a expansão de seus serviços, bem como tem assegurado o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.
>
> Se é da essência da tarifa – como preço público que é – ter como destinatário o prestador do serviço, que dela se torna proprietário para os fins aos quais ela visa por força do texto constitucional anteriormente referido e então vigente, quer isso dizer que a sobretarifa, para ser um adicional da tarifa (e, portanto, também preço público), há de ter o mesmo destinatário – o prestador do serviço –, ainda que tenha por fim reforçar apenas uma das parcelas (como é o caso da relativa ao melhoramento e à expansão do serviço) que se levam em conta na fixação de seu valor.[23]

Não se pode deixar de mencionar, também, porque importante ao exame da controvérsia, o julgamento do RE no 209.365-3/SP, pela voz autorizada do Ministro Carlos Velloso, onde é feita a distinção entre serviços públicos essenciais e não essenciais, aplicando-se aos primeiros a cobrança de taxas e aos últimos, porque delegáveis, de tarifas. O voto do Ministro Velloso reproduzia então orientação esposada no RE no 218.061/SP (DJ de 08.09.2000, p. 00022). Afirmou-se, após se asseverar que a noção de serviços essenciais é de certo modo relativa, porque varia de Estado para Estado e de época.[24]

---

[23] RTJ 132/888.

[24] Em conformidade com a lição de Jèze citada RE no 89.876/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ no 98/238 e com texto resumido e adaptado da palestra do mesmo e eminente Ministro Moreira Alves publicado no *Caderno de Pesquisas Tributárias*, São Paulo, v. 11, co-edição Ed. Resenha Tributária e Centro de Estudos).

A sua vez, a jurisprudência maciça do Superior Tribunal de Justiça, ao enfrentar questões relativas à majoração de tarifas de energia elétrica, tem sempre partido do pressuposto de que efetivamente esta é a natureza jurídica da exação em comento: Resp.s 404.130/RS, 232.275/SP, 388.501/RS, 303.215/MG e 194.476/DF (entendendo, nesse último julgado, que exatamente por não possuir natureza tributária, a repetição de valores recolhidos a título de tarifa de energia elétrica se sujeita ao prazo prescricional de vinte anos), entre outros tantos julgados.

As empresas concessionárias de serviço público, como as distribuidoras de energia elétrica, são remuneradas através de tarifas ou preços públicos, conforme prevê o art. 175 da Constituição da República. Neste contexto, foi o próprio Constituinte quem estabeleceu regime de exceção às limitações constitucionais ao poder de tributar, exigindo apenas lei que defina a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado. E estes requisitos constitucionais foram observados, levando-se em conta que a política tarifária emergencial foi estabelecida em lei exatamente com o objetivo de garantir o atendimento da demanda. Neste particular, cabe trazer à colação as observações do Professor Leandro Paulsen[25]:

> Serviços sob regime de concessão ou permissão. Regime de exceção. Art.175 da CF. Licitação e lei de política tarifária. É importante ter em consideração que a Constituição, ao cuidar dos princípios gerais da atividade econômica, prevê a prestação de serviço público por concessionárias ou permissionárias, estabelecendo regime específico para tal hipótese. O art. 175 da CF, de fato, parece estabelecer cláusula de exceção nestes casos, fazendo com que as salvaguardas do contribuinte (limitações constitucionais ao poder de tributar) sejam substituídas pela exigência de licitação ("sempre através de licitação") e pela política tarifária definida em lei ("A lei disporá sobre:... III- política tarifária;").

2 PONTOS CONTROVERTIDOS NA DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DOS ENCARGOS EMERGENCIAIS

Feita esta rápida digressão a respeito dos conceitos, cabe enfrentar os pontos essenciais à definição da natureza jurídica dos encargos de capacidade emergencial, tais como compulsoriedade, contraprestação do serviço, destinação as concessionárias, eentres outros, que são trazidos pelos operadores do direito na tentativa do seu enquadramento jurídico.

O que se deve afirmar de pronto é que os recursos provenientes do adicional tarifário em nenhum momento serão destinados aos cofres públicos, mas apenas à contratação de

---

[25] PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 7.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado,2005,p.39.

capacidade de geração e potência das empresas que produzirão, eventualmente, a energia emergencial. Portanto, não constituem receita pública, já que não são incorporados aos cofres da União ou de outra pessoa jurídica pública, o que afasta a tentativa de enquadramento como imposto.

2.1 Compulsoriedade do Serviço Prestado

O primeiro ponto relevante que extraímos dos conceitos jurídicos trazidos, que é um marco divisor na definição jurídica de qualquer exação, diz respeito a compulsoriedade ou não do instituto objeto do presente trabalho de pesquisa. O argumento utilizado é de que não há como pagar o principal, ou seja, a tarifa de energia elétrica, sem pagar o encargo de capacidade emergencial, tendo em vista que o não pagamento implicaria em suspensão do fornecimento de energia elétrica.

Cabe esclarecer que a não compulsoriedade exigida pela tarifa refere-se ao serviço prestado ou posto à disposição e não à obrigação de contraprestação devida pelos consumidores do serviço já fruído (cf. Art. 79, I, alínea "b" do Código Tributário Nacional). Daí a importância de conhecermos como funciona o Sistema Elétrico Nacional Interligado para sabermos que a capacidade de potência e a energia emergencial são um componente do serviço prestado que é remunerado pela tarifa, em face da situação emergencial existente no país. Os encargos foram criados para suportar os custos elevados da alternativa a escassez de água, no caso as usinas termoelétricas, movidas a óleo diesel. Houve necessidade de substituir rapidamente a capacidade de potência existente (baseado em água-hidrelétricas) por tecnologia existente no mercado (óleo diesel-termoelétricas), a fim de recompor esta capacidade por determinado tempo, garantindo o funcionamento do sistema.

Os serviços de geração, transporte e distribuição de energia elétrica não são compulsórios em razão de que ninguém é obrigado a sequer consumir energia elétrica, ainda mais do Sistema Elétrico Interligado Nacional.

Ainda que se questionasse esta assertiva quanto à existência ou não de obrigatoriedade de consumir energia elétrica em razão de sua essencialidade nos tempos atuais, no mínimo pode-se afirmar com segurança que ninguém é obrigado a consumir energia proveniente do Sistema Elétrico Nacional Interligado. Sob este prisma é esclarecedor a lição do Professor Hugo de Brito Machado[26] :

> A título de exemplo, imaginemos a necessidade que se tem de energia elétrica. Se o ordenamento jurídico nos permite atender essa necessidade com a instalação de um grupo gerador em nossa residência, ou estabelecimento industrial, ou comercial, então a remuneração que o Estado nos cobra pelo fornecimento de energia é um preço público, pois não somos

---

[26] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.330.

> juridicamente obrigados a utilizar o serviço para a satisfação da nossa necessidade. Embora seja mais conveniente a utilização do serviço público, do ponto de vista econômico, ou por outra razão qualquer, do ponto de vista rigorosamente jurídico nada nos impede de, por outro meio, atender a necessidade de energia elétrica. A remuneração que pagamos pelos serviços de fornecimento de energia elétrica, portanto, não é compulsória. Por outro lado, se há norma jurídica proibindo a instalação de grupo gerador, ou unidade de captação de energia solar, em residências, ou estabelecimentos comerciais ou industriais, de sorte que o atendimento da necessidade de energia elétrica, por qualquer meio que não seja o serviço público, torna-se impossível sem violação dão ordem jurídica, tem-se que a utilização do serviço, e por isso mesmo o pagamento da remuneração correspondente, é compulsória. Neste caso, essa remuneração corresponde e à taxa.

Sobre a não compulsoriedade, ou de sua utilização, as leis[27] são claras no sentido de permitir a produção independente de energia elétrica, podendo o usuário de desvincular do sistema, gerando e explorando a energia por meios próprios, situação que restou reforçada pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004 , que trata da nova modelagem do Setor Elétrico Brasileiro, como tivemos oportunidade de demonstrar em capítulo antecedente.

Neste tópico, referente à não obrigatoriedade do consumo de energia elétrica do Sistema Interligado, são convincentes as lições do Ministro Moreira Alves[28]:

> "O problema, sim, é o de sabermos se o indivíduo, diante do serviço público prestado pelo Estado, tem, pelo menos, o direito de usar dele, sem sofrer punição por isso. Assim, por exemplo, o serviço de eletricidade é prestado pelo Estado ou por concessionário dele, mas não é compulsório, porque se alguém quiser não usar dele (preferir usar de fogão a carvão ou a gás engarrafado, e iluminar-se com vela ou lampião) não esta obrigado a valer-se desse serviço e, portanto, não está obrigado a pagar por ele. O mesmo sucede com a passagem de ônibus, que só é devida se o indivíduo se utiliza do veículo, sem estar obrigado a essa utilização, porque poderá ir ao seu destino a pé, de bicicleta, de táxi, de carro próprio, ou até mesmo não ir."

---

[27] A Constituição Federal, no parágrafo 4º do artigo 175, dispõe: "Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida." A Lei nº 9074, de 07 de julho de 1995, no seu artigo 8º diz: "o aproveitamento de potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 5.000KW e a implantação de usinas termelétricas de potência igual ou inferior a 5000kw, estão dispensadas de concessão, permissão, ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente."

[28] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 89.876. 4. Jul. 1980.

Nesta linha, são elucidativas as questões apontadas pelo Desembargador Federal Antônio Albino Ramos de Oliveira[29], segundo o qual os requisitos para que haja cobrança de preço público, seja pelo concessionário/permissionário, seja pelo Estado, é a prestação de serviços e sua utilização não coativa pelo usuário. Não há qualquer dúvida de que a tarifa de energia elétrica constitui um preço público, não tendo natureza tributária. Quanto à àquela "sobretarifa", instituída pela MP 14/01, parece evidente que ela corresponde a uma prestação de serviços ao consumidor, remunerando expressamente, a energia emergencial contratada ou fornecida ao consumidor por intermédio da CBBE. O uso dessa energia não se tornou compulsório só pelo fato de ser emergencial: a compulsoriedade que há em seu uso é só econômica, não jurídica, exatamente como ocorre com a energia fornecida em períodos de normalidade.

Reforçando esse entendimento são pertinentes as razões trazidas pela Desembargadora Federal Maria Lúcia Leiria[30]:

> Desta forma, aqui não se trata de imposto, taxa ou sequer SIDE, porque a finalidade dos encargos está atrelada à prestação do serviço de energia elétrica, serviço este que será ou não utilizado pelo consumidor. Esta não obrigatoriedade de utilização da energia que é gerada, mantida e distribuída nos termos do artigo 175 da Constituição Federal, faz com que, aqui, não revista dos elementos configuradores de tributo onde há a compulsoriedade da cobrança e da utilização, no caso, dos serviços públicos essenciais.

Os adicionais tarifários são destinados ao custeio do serviço e, portanto, caracterizam-se como tarifas. Esta afirmação decorre do fato de que não se pode desconsiderar a existência de uma cadeia formada pela geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, todas as etapas remuneradas pela tarifa cobrada dos usuários finais, em que pese o pagamento seja efetuada apenas na ponta a empresa que comercializa, que não é a que gera a energia muitas vezes, como referida no capítulo que trata do Sistema Elétrico Brasileiro.

A definição fornecida pela Agência Nacional de Energia Elétrica é esclarecedora:

> A tarifa de energia elétrica aplicada aos consumidores finais regulados representa a síntese de todos os custos incorridos ao longo da cadeia produtiva da indústria de energia elétrica: geração, transmissão, distribuição e comercialização. O seu valor dever ser suficiente para preservar o princípio da modacidade tributária e assegurar a saúde econômica e financeira das concessionárias, para que possam obter recursos suficientes para cobrir seus custos de operação e manutenção, bem como remunerar de forma justa o

---

[29] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª Região. Mandado de Segurança nº 2002.72.05.002241-9/SC. *DJU* 2 jun. 2004.

[30] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 2003.04.01.038403-1/RS. *DJU* 19 nov. 2003.

capital prudentemente investido com vista a manter a continuidade do serviço prestado com a qualidade desejada.

Portanto, qualquer aumento ou diminuição de custos em qualquer fase da cadeia energética é atinente ao serviço público como um todo e que deve ser remunerado pelos usuários do próprio serviço público (isso não impediria, caso fosse a opção da política governamental, que tal despesa adicional e emergencial fosse suportado pelos recursos advindos da tributação geral).

2.2 Contraprestação do Serviço de Energia Elétrica

Outra questão importante para desvendarmos a estrutura jurídica dos adicionais tarifários está ligada à contraprestação do serviço. Ai novamente faz-se necessário conhecer como funciona o Sistema Elétrico Interligado Nacional. O consumo de energia, como é cediço, não é uniforme durante todos os meses do ano, o que não desobriga a geradora de manter-se em funcionamento nos meses de menor consumo. Há os momentos de pico e a própria perspectiva de crescimento do país, devendo o Sistema responder, sob pena de entrar em colapso. De outra parte, não há como se armazenar energia. Com a estiagem ocorrida em 2001, o Sistema existente no país, baseado em Hidroelétricas, não tinha como responder a totalidade da demanda, chegando a haver apagões em algumas cidades. Para garantir o funcionamento total do sistema por um determinado tempo, mesmo em situações hidrológicas desfavoráveis, até que ficassem prontas novas usinas em implantação no país, é que motivou à busca da energia alternativa a água. Daí a contratação de usinas termelétricas que estão a disposição do sistema interligado nacional, custeadas pelo "Encargo de Capacidade Emergencial – ECE". É a chamada disponibilização da potência, importante para o efetivo funcionamento do sistema, garantindo que não haverá falta do produto energia elétrica quando o consumidor precisar . É como se fosse o reserva no time de futebol. Na falta do titular, ingressa para garantir o conjunto, mas nem por isso deixa de ser remunerado. No caso de falta de energia para o suprimento do país as usinas emergenciais são ligadas ao Sistema Interligado Nacional, ocasionando outro Encargo, o " Encargo de Aquisição de Energia Elétrica Emergencial – EAEI". Razão pela qual não calham os argumentos de que os adicionais não têm qualquer relação com a efetiva prestação do serviço. Ao contrário, são essenciais para garantir a continuidade do serviço, em face de fatores climáticos, não pondo a risco de colapso do sistema interligado nacional, cujas conseqüências seriam danosas para os usuários e para o país. E as Usinas estão à disposição do sistema, exigindo manutenção periódica. E efetivamente foram acionadas em diversas oportunidades.

Nesse ponto, vale citar trecho do acórdão proferido pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região[31], *in verbis*:

> Sendo a capacidade de geração um componente do Sistema, de responsabilidade dos agentes respectivos e a ser remunerado por tarifa, não haveria como concluir, sob o argumento da inexistência de prestação de serviço público, que um adicional a esse serviço, como o encargo de capacidade emergencial, não deva ser remunerado por sobre tarifa ou adicional.

A receita do adicional tarifário específico, portanto, destina-se a custear os serviços de aquisição e distribuição de energia elétrica emergencial, valor que integra o custo final do serviço. Presente, portanto, o caráter de contraprestação, vez que a remuneração pelo serviço engloba necessariamente o rateio proporcional entre os consumidores do custo total do serviço.

2.3 Destinação dos Encargos a CBEE

Não se pode deixar de considerar, também, que a criação de um agente comercializador sem resultados financeiros que repassa os custos de contratação dos agentes de geração termelétrica decorre exatamente da circunstância de que o despacho da energia é centralizado junto ao ONS e as exposições financeiras são liquidadas em um mercado atacadista, o que transcende contratos bilaterais, define a reserva de geração como um serviço prestado a todo os consumidores do sistema interligado e exige o rateio integral dos custos entre todos esses consumidores.

A destinação dos adicionais tarifários a CBEE, que efetua a contratação das usinas emergenciais, e não diretamente as empresas concessionárias/permissionárias, outro argumento utilizado, não desvirtuam sua natureza tarifária. Em primeiro lugar, porque a CBEE, conquanto receba os adicionais, não os incorpora ao seu patrimônio. Tanto que o §3º do art. 1º da Lei nº 10.438/02, fixa que os resultados financeiros obtidos pela CBEE serão destinados a redução dos custos e serem rateados entre os consumidores. Já ocorreram três reduções do valor dos encargos. A última, no mês de julho/2005, representa decréscimo de 41,67% do valor do encargo de capacidade emergencial[32].

A CBEE insere-se na cadeia de prestadores de serviços do sistema interligado . A interposição da CBEE nessa cadeia apenas se destinou a centralizar as operações de compra, equalizando preços e organizando o mercado, o que não seria possível se cada uma das fornecedoras fossem buscar individualmente no mercado suas necessidades extraordinárias de energia.

---

[31] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.72.05.002803-3/SC. Relator para acórdão: Des. Luis Fernando Penteado. *DJU* 8 set. 2004.

[32] AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Resolução Homologatória nº 154/2005.*

Esta impressão ficou bem delineada na manifestação do Desembargador Federal Vilson Darós, no julgamento do incidente de inconstitucionalidade pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> Para melhor entendimento, cumpre, aqui, uma breve digressão a respeito do Sistema Nacional Interligado. A energia elétrica, é um bem econômico negociável e não armazenável. Sua circulação dá-se pelo Sistema Nacional Interligado, que é constituído por linhas de transmissão e distribuição que ligam as geradoras de energia elétrica aos consumidores de todo o país. A função da administração é coordenar essas operações de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sempre visando à continuidade o serviço.
>
> Dentro desse contexto insere-se a CBEE, que, ao contratar capacidade de geração, repassa valores dos encargos às empresas distribuidoras. Pode-se afirmar que a Comercializadora Brasileira de Energia Elétrica não é o destinatário dos valores pagos,"

Cabe lembrar que a remuneração do Operador Nacional do Sistema (ONS), empresa responsável por gerir de forma unificada o Sistema Elétrico Nacional Interligado, integra o custo pago pelos usuários finais, conforme se pode extrair do disposto na Lei nº 9.648/98, regulamentado pelo Decreto 2.655/98 e pelas Resoluções números 351/98 e 281/282 de 1999 da ANEEL. Em outras palavras, na tarifa, antes mesmo da instituição da sobretarifa cobrada a partir da MP 14/2001, estava incluída parcela destinada ao Operador Nacional do Sistema, o que nunca foi objeto de questionamento.

Resta claro, assim, que a passagem dos recursos pela CBEE não tem o condão de interferir na definição da natureza jurídica da cobrança como tarifa, levando-se em conta que se trata de empresa constituída com prazo determinado para sua extinção e com o propósito específico afeto diretamente ao serviço que é objeto da tarifa e de sobretarifa: o fornecimento de energia elétrica.

Tais características não se inserem no conceito de tributo previsto no art. 3° do Código Tributário Nacional, especialmente por não ser obrigação pecuniária compulsória.

De fato, o adicional tarifário específico, como a própria denominação evidencia, não é tributo. Cuida-se tão-somente – tal como a tarifa ordinária – de contraprestação destinada a remunerar os serviços prestados pelas pessoas jurídicas privadas (concessionárias ou permissionárias) que exploram os serviços de energia elétrica. Não se destinam, ademais, aos cofres públicos, característica elementar das imposições de caráter tributário.

Nesse contexto, não se pode atribuir aos "adicionais tarifários", previstos na Lei nº 10.438/02 e regulamentados pela Resolução n.º 71/02 da ANEEL, outro enquadramento conceitual senão o de "tarifa", uma vez que preenchem as características supra-referidas.

2.4 Os Encargos fazem parte da Política Tarifária Emergencial para custear o Sistema

A criação de adicional tarifário específico para fazer frente a esses custos mostra-se conforme ao direito em vigor e à tradição do Setor.

Relativamente ao direito em vigor, reconheceu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9-6/DF, que tarifas públicas, por decorrência do inciso III do parágrafo único do art. 175, integram uma "política tarifária" e constituem, portanto, "preços políticos".

Nessa linha, a manifestação do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, julgamento da supracitada ADC:

> Essa tarifa especial, ademais, destina-se a remunerar custos ampliados das concessionárias e distribuidoras de energia elétrica, com a execução das resoluções da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica. Tem-se, com essa tarifa especial, redistribuição, de forma isonômica, de custos, sob condições de escassez: financiamento do bônus por exemplo, aos que poupam mais, o que foi ressaltado nos votos que me precederam, especialmente no voto do Ministro Nelson Jobim. Parece-me precedente, de outro lado, o argumento no sentido de que, num sistema de escassez do serviço, possa o legislador realizando política tarifária que lhe incumbiu a Constituição, cobrar mais caro pelo serviço que excede à cota destinada ao consumidor. Tudo isso comporta-se no conceito de política tarifária, tornando realidade no mundo das coisas.

Tal circunstância confere à lei a prerrogativa de disciplinar amplamente a forma de remuneração e distribuição de custos de determinada prestação de serviço público. Foi exatamente nesse contexto que o STF declarou constitucional a cobrança de tarifa especial daqueles que, durante o racionamento, extrapolassem a respectiva meta de consumo de energia elétrica.

Esta discussão nos leva a indagação, sempre trazida, sobre a possibilidade de haver preço público, fora da política tarifária. Pelo tudo que foi depreendido não há como se deixar de considerar que a capacidade emergencial contratada pela CBEE, para garantir o fornecimento de energia elétrica, integra o custo do Sistema Interligado, e como tal deve ser custeado pelo preço da tarifa. Poderia até ser realizado pelas concessionárias, o que certamente traria especulações na contratação de energia alternativa à água, e embutido no preço da tarifa mediante simples reajuste. Como alternativa foi emergencial e temporária a opção foi à criação dos adicionais. Faz parte, assim, da política tarifária emergencial e temporária, estabelecida em lei para fazer frente a necessidade do serviço energia elétrica, evitando a sua descontinuidade e o apagão.

É de se destacar, também, que estamos diante de um setor econômico cujos preços são regulados pelo governo, logo, não decorrem livremente das partes, daí ser possível o aumento unilateral pela Agência Reguladora, observado os custos existentes logicamente. O fato de o adicional vir destacado na fatura não modifica sua natureza tarifária, apenas dá transparência aos valores pagos.

De resto, a sistemática introduzida reproduz aquela da denominada Conta de Compensação de Combustível – CCC, por meio da qual também o custo dos combustíveis termelétricos é repartido entre os consumidores (sistemática em vigor desde a edição do art. 13, III, da Lei no 5.899, de 05 de julho de 1973).

Patente está o que seja tarifa e o seu caráter de contraprestação pelos serviços (serviço público não essencial e delegável, ainda que o bem fornecido – energia elétrica – seja considerado essencial), estando cristalina a conformação entre o que é pago e o que é cobrado ao consumidor pelo serviço.

A fixação da contraprestação dos serviços públicos está sujeita ao atendimento do disposto na Lei no 8.631, de 04.03.1993, regulamentada pelo Decreto no 774, de 18.03.1993, normas que tratam da fixação dos níveis de tarifa para o serviço público de energia elétrica, estando claro que a fixação da tarifa difere substancialmente da fixação do *quantum debeatur* nos tributos.

Dispõe o art. 2°, § 2° da Lei no 8.631/93 que "Os níveis das tarifas a que se refere o 'caput' deste artigo corresponderão aos valores necessários para cobertura do custo do serviço de cada concessionário supridor, segundo suas características específicas, de modo a garantir a prestação dos serviços adequados."

As medidas legais que criaram os encargos não excluem a não-compulsoriedade das tarifas, apenas se reconhece que, em virtude da situação hidrológica crítica por que passou o País e da necessidade de se manter o atendimento à demanda crescente por energia, trouxeram custos ao sistema.

Há que se considerar, também, para o fato de que o aumento das tarifas está sujeito à homologação, que é um ato normativo e nem por isso faz de sua fixação um ato compulsório (art. 1°, § 1°, Lei 8.631/1993).

Ademais, a instituição dos encargos não se deu por Resolução da ANEEL e sim pela MP 14 de 21.12.2001, posteriormente convertida na Lei nº 10.438/02, não se ferindo o princípio da legalidade. Tal lei autorizou a instituição dos encargos, cuja disciplina restou afeita ao poder regulamentar. Os atos administrativos relativos ao reajuste tarifário seguiram aos ditames ínsitos no princípio da legalidade, quais sejam a urgência e a relevância.

De outra parte, descabe argumentar que a base de cálculo ou alíquota não foram previstas por lei, mas por resolução da ANEEL, consabido que a base de cálculo é o custo da disponibilização, rateado na proporção da demanda de consumo médio de cada consumidor; a alíquota não deve vir fixada na lei, porque se trata de rateio integral dos custos, na proporção do consumo anterior, demais de os tributos nem sempre suporem base de cálculo.

2.5 Comparação com o Fundo Nacional de Telecomunicações e o Adicional de Tarifa Portuária

Outra questão sempre trazida pelos operadores do direito é com relação à comparação feita ao Fundo Nacional de Telecomunicações (FNT) e o Adicional de Tarifa Portuária (ATP), no que tange ao destinatário não ser a concessionária do serviço e por destinar os valores a um fundo de investimentos para novos usuários do setor.

O precedente do Fundo Nacional de Telecomunicações é invocado equivocadamente, pois se destinava a captar recursos dos usuários atuais dos serviços de telecomunicações para expandir os serviços para novos usuários, enquanto o valor arrecadado pela CBEE é pago e aproveitado pelos usuários atuais do Sistema Elétrico Nacional, não servindo para expandir ou captar novos usuários. No caso das telecomunicações, ainda, a tarifa é paga diretamente ao concessionário por ele ser o único prestador do serviço, ao contrário do setor elétrico que tem várias etapas, como a geração e distribuiçao de energia, que ora podem ser concessionários ou ora podem ser autorizados. De outra parte, a CBEE já presta seus serviços disponibilizando de imediato ao Sistema Interligado Nacional um aumento de capacidade de geração de aproximadamente 2.000 MW, por intermédio de 50 usinas contratadas e em operação, conforme demonstrado em capítulo anterior. Não procede também a informação de que o adicional remunera a instalação das usinas, visto que estas somente passaram a aferir receita após devidamente instaladas e testadas com despachos de geração de energia. A instalação ocorreu por conta e risco do empreendedor da Usina.

Corrobora este posicionamento, a manifestação da 1º Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região[33], cujo trecho se transcreve:

> [...] Entendo, porém, que não há qualquer similaridade entre os dois casos. Ali se discutia uma sobretarifa que não tinha qualquer vinculação direta com a prestação dos serviços que era objeto das tarifas telefônicas, sendo direcionada ao Fundo Nacional de Telecomunicações (depois, a Embratel, à Telebrás, ao Fundo Nacional de Desenvolvimento). "Eram recursos destinados ao financiamento do Sistema de telecomunicações nacional, e não à prestação dos respectivos serviços."
>
> Aqui, pelo contrário, a sobretarifa cobrada diz respeito diretamente aos serviços que dão origem à tarifa. O fato de ser destinada à CBEE, e não a distribuidora, não desvirtua sua natureza remuneratória [...]

---

[33] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.72.05.002241-9/SC. Relator: Des. Antônio Albino Ramos de Oliveira.

De outra parte, o adicional de tarifa portuária- ATP também não serve como paradigma aos encargos emergencias. Como referido, qualquer usuário dispõe de vários meios para obtenção de energia elétrica. O Sistema Interligado Nacional, cuja utilização dá ensejo à cobrança do encargo, é apenas um destes meios. Daí porque a afirmação de que sua natureza é tarifária, ao contrário do ATP, cuja prestação é compulsória, não havendo meios alternativos portuários a obtenção dos serviços portuários.

2.6 Observância do Princípio da Proporcionalidade

Por fim, outro aspecto relevante para se aferir a instituição do encargo é o de verificar o respeito ao princípio da proporcionalidade, utilizando-se da forma preconizada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes[34], (I) da legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador; (II) da adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos; e (III) da necessidade de sua utilização.

No que diz respeito ao primeiro dos pressupostos elencados, cumpre destacar que, com a instituição do encargo, o fim perseguido é o custeio das atividades da CBEE com a contratação de energia emergencial, o que visa beneficiar a sociedade e atender o princípio da continuidade dos serviços públicos de energia elétrica. De outra parte, o meio utilizado é o rateio entre os consumidores na proporção de seu consumo individuais, excluídos os considerados de "baixa renda" e outros menos favorecidos. Verifica-se, portanto, que os meios utilizados e os fins pretendidos com a instituição dos encargos são legítimos.

Com relação à adequação da medida adotada para alcançar o fim proposto também encontra legitimidade, na medida em que os recursos captados serão custeados os gastos da CBEE com serviços que garantirão a oferta de energia elétrica em situações emergenciais, oferecendo condições para que, mesmo se registradas as piores afluências hidrológicas dos históricos para os anos 2002/2005, a oferta de energia será suficiente para atender pelo menos 95% de todo o consumo.

A necessidade da medida também se afigura presente, pois a suspensão no fornecimento de energia do fornecimento de energia elétrica afeta o crescimento do país e o bem estar da população. O serviço prestado pelo CBEE, custeado pelos encargos, propiciará a compatibilidade da demanda e da oferta de energia elétrica, evitando, assim, um colapso do sistema, assim como o atendimento da continuidade dos serviços públicos.

Cabe observar, também, que não houve qualquer excesso na instituição dos encargos, não gerando qualquer lucro à CBEE e, na hipótese de ocorrer, será revertido aos consumidores, como antes referido.

---

[34] MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e os direitos fundamentais*. Brasília: Jurídica, 2002, p. 250.

CONCLUSÕES

I – A crise energética foi uma realidade inconteste, o que tem demandado ampla intervenção do Poder Executivo Federal no sentido de compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, bem assim de prevenir os chamados apagões;

II – A CBEE é empresa pública, com o fim de promover a aquisição, o arrendamento e a alienação de bens e direitos, a celebração de contratos e a prática de atos destinados à viabilização do aumento da capacidade de geração e da oferta de energia elétrica de qualquer fonte em curto prazo, à superação da crise de energia elétrica e ao reequilíbrio de oferta e demanda de energia elétrica;

III – A contratação de energia emergencial protege e protegerá a população contra os efeitos catastróficos da eventual falta de chuvas nos reservatórios do sistema interligado;

IV – O Encargo de Capacidade Emergencial não é tributo, já que nem os recursos provenientes da recomposição tarifária extraordinária, nem do pagamento do adicional tarifário, em momento algum, serão destinados aos cofres públicos, mas ao custeio do serviço. Esta afirmação decorre de que não se pode desconsiderar a existência de uma cadeia formada pela geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, todas etapas remuneradas pela tarifa. E a capacidade de potência é um componente do Sistema Interligado, para garantir o seu funcionamento contínuo. Portanto, o produto da arrecadação não constitui receita pública, os recursos não são incorporados aos cofres da União, mas servem ao custeio do serviço;

V – É coerente a natureza jurídica do adicional tarifário específico como de tarifa, sobretudo quando se considera a possibilidade de devolução ao consumidor, mediante diminuição da tarifa, dos resultados financeiros apurados pela CBEE em decorrência da comercialização de energia elétrica (art. 1º, § 3º, da Medida Provisória nº 14/2001), circunstância que efetivamente vem ocorrendo;

VI – A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 9 reviu sua jurisprudência firmada sob a Constituição anterior acerca dos, até então, estritos e constitucionais caracteres da tarifa e, sob o mote da política tarifária, deferiu amplo espaço de conformação das tarifas ao legislador;

VII – A criação de um agente comercializador sem resultados financeiros que repassa os custos de contratação dos agentes de geração termelétrica decorre exatamente da circunstância de que o despacho da energia é centralizado junto ao Operador Nacional do Sistema (ONS) e as exposições financeiras são liquidadas em um mercado atacadista, o que transcende contratos bilaterais, define a reserva de geração como um serviço prestado a todos os consumidores do sistema interligado e exige o rateio integral dos custos entre todos esses consumidores;

VIII – É destituída de fundamento a afirmação de que os adicionais tarifários específicos seriam tributo, uma vez que a relação entre os consumidores e as distribuidoras é de consumo, ensejando, então, uma relação negocial, que nada tem a ver com a relação tributária, configurando-se claramente uma relação de consumo;

IX – Os encargos de capacidade emergencial (art. 1º da Lei 10.438/02) e de aquisição de energia elétrica (art. 3º) não têm natureza tributária:

a) não são impostos, porque sua cobrança não se refere a uma situação do contribuinte alheia à atividade do Estado, exercida ainda que indiretamente por empresa pública, dele uma extensão;

b) não são taxas, porque, apesar de o fornecimento de energia elétrica ser um serviço público, é remunerado mediante tarifa (preço público); é uma atividade de natureza industrial e comercial situada no âmbito privado (ainda que regulada pelo Poder Público) e não se reveste do caráter da compulsoriedade, pois ao cidadão resta a possibilidade de não ser usuário ou consumidor dos serviços de energia elétrica, podendo instalar um gerador, optar pela energia solar, eólica ou outras alternativas;

X – Não sendo tributos, a esses adicionais não se aplicam os princípios constitucionais tributários, em especial os da legalidade e da anterioridade, nem a regra do art. 155, § 3º, da Constituição da República;

XI – O artigo 175 da Constituição Federal estabelece cláusula de exceção as salvaguardas das limitações constitucionais ao poder de tributar, prevendo que os serviços prestados sob o regime de concessão ou permissão serão remunerados por tarifa, exigindo lei que defina política tarifária e obrigação de manter serviço adequado, requisitos observados pela política tarifária emergencial, constante da Medida Provisória nº 14, de 21 dezembro de 2001, convertida na Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002;

XIII – Não há desrespeito ao princípio da proporcionalidade, havendo legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador; adequação desses meios aos objetivos pretendidos e necessidade de sua utilização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. *Apontamentos de ciência das finanças do direito financeiro e tributário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar.* 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BIM, Eduardo Fortunato. Inconstitucionalidade dos encargos enérgéticos: seguro apagão. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 82, p. 16-23, jul. 2002.

CAMPOS, Clever M. *Introdução ao direito de energia elétrica.* São Paulo: Ícone, 2001.

COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Machado. *Da constitucionalidade dos Encargos Emergenciais, instituídos pela Lei Nº 10.438/02.* Parecer exarado em 20 de novembro de 2002, atendendo a Consulta da Associação Brasileira dos Produtores de Energia Emergencial-ABPEE.

CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO. Coordenação-Geral de Grupos Especiais. *Ações envolvendo a MP14.*

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e os direitos fundamentais.* Brasília: Jurídica, 2002.

MONTEIRO NETO, N. Sobre o adicional tarifário em relação aos serviços públicos de energia elétrica. *Revista Dialética de Direito Tributário,* São Paulo, n. 84, p. 94-100, set. 2002.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentário ao CTN.* Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PAUSEN, Leandro. *Direito tributário:* Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PIMENTA, P.R.L. Perfil constitucional das contribuições de intervenção no domínio econômico. In: GRECO, M. A. (Coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins.* São Paulo: Dialética, 2001. p.155-184.

SOUTO, Carlos Fernando E.; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *O novo modelo do setor elétrico brasileiro e as Cooperativas de Eletrificação Rural.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TAVARES, A. M. A falsa tipologia de adicional tarifário do "seguro-apagão" e as reflexas injuridicidades de sua cobrança. *Revista Dialética de Direito Tributário,* São Paulo, n. 87, p. 7-13, dez. 2002.

A Revogação da Isenção da Cofins para as Sociedades Civis de Profissionais Liberais

Maurício Nedeff Langaro

INTRODUÇÃO

O tema a ser tratado, revogação da isenção da COFINS para as sociedades civis de profissionais liberais, não é de todo simples, pois diz respeito, principalmente, a existência ou não de hierarquia constitucional entre leis ordinárias e leis complementares. Isso porque a isenção foi instituída por lei complementar e a revogação se deu por lei ordinária.

A título introdutório, discorrer-se-á sobre o processo legislativo brasileiro, que engloba a lei e seus aspectos gerais, como a previsão constitucional do processo legislativo, as espécies normativas existentes no ordenamento jurídico, a lei em sentido lato e restrito.

Mas, o aspecto da lei em si não é o suficiente, e como o problema da revogação da isenção da COFINS para as sociedades civis engloba, a princípio, a questão da hierarquia entre leis ordinárias e complementares, será preciso analisar os requisitos formais para a elaboração de cada uma dessas duas espécies normativas, adentrando-se no aspecto da reserva constitucional ao campo material de incidência, ou melhor, sobre quais assuntos a lei ordinária pode verdadeiramente tratar sem incorrer em inconstitucionalidade, o mesmo se aplicando a lei complementar.

Passada esta fase, chega-se ao campo específico da necessidade de lei complementar em matéria tributária, um aspecto nitidamente constitucional, e que requer, acima de tudo, leitura atenta da Constituição Federal de 1988.

Logo em seguida, após se analisar os atributos das leis ordinárias e leis complementares, e leis complementares em matéria tributária, procura-se estabelecer a existência ou não de hierarquia entre leis ordinárias e leis complementares, principalmente frente à Constituição Federal de 1988, o que já se adianta não é problema só de direito tributário, apesar de, neste campo, se situarem as maiores controvérsias. Tocante à hierarquia entre leis ordinárias e leis complementares, se dará a posição doutrinária e, acima de tudo, do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo em matéria constitucional.

Finalmente, trata-se da COFINS, uma contribuição para a seguridade social, e mais especificamente à sua instituição por lei complementar, a Lei Complementar número 70/91, a qual isentou as sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada – as ditas Sociedades Civis (de advogados, médicos, contadores etc.) – do seu recolhimento. Sem esquecer, então, que, no ano de 1996, a Lei Ordinária número 9.430, em seu artigo 56, revogou expressamente dita isenção.

Importante, por isso, destacar que a isenção foi instituída por Lei Complementar, por outro lado, a revogação deu-se por Lei Ordinária.

Em relação a Cofins, ainda, se discorrerá sobre sua finalidade, competência para sua instituição, ente arrecadatório etc.

Pertinente, portanto, enfatizar se havia ou não necessidade de lei complementar para a instituição da COFINS, e a respectiva posição doutrinária e jurisprudencial, principalmente do Supremo Tribunal Federal. Denegrido este ponto, poder-se-á definir se a revogação da isenção da Cofins para as sociedades civis de profissionais liberais poderia ou não ter ocorrido por lei ordinária, citando as posições da doutrina, e, principalmente, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

A relevância atual do tema está justamente em que a insegurança não pode prevalecer, ou seja, uma posição definitiva sobre a matéria – revogação da isenção da COFINS para as sociedades civis de profissionais liberais – precisa ser tomada, independentemente se favorável ao fisco ou ao contribuinte.

1 PROCESSO LEGISLATIVO, LEIS ORDINÁRIAS E LEIS COMPLEMENTARES

1.1 A Lei e seus Aspectos Gerais

No presente capítulo, daremos fundamental atenção às leis[1], fontes formais do direito, e principalmente às leis ordinárias e leis complementares.

Fonte em direito significa aqueles órgãos ou normas de onde vem o direito, classificando-se em fonte material e formal. Fontes materiais são os órgãos que produzem o direito, como o Poder Legislativo[2], a revolução ou o golpe de estado. Nos Estados

---

[1] Distinção, de plano, que serve como introdução ao assunto lei, é que na verdade a "lei é um ato normativo primário escrito, visto que o costume traduz uma normação primária não escrita". Em essência, a distinção quanto à forma escrita traduz uma conseqüência e não a fonte da divergência. A lei, por assim dizer, é fruto da decisão de um órgão do Estado legitimado pela Constituição. E essa decisão só se manifestará (conseqüência) para os demais, por meio de um instrumento escrito, que lhe provará a existência. O costume é o direito que passa de geração para geração, por meio de decisões tácitas num mesmo sentido, despertando a consciência de um grupo. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 187.

Democráticos de Direito, de regra, o órgão encarregado de produzir o direito é o Poder Legislativo[3], composto ou não de representantes eleitos (a eleição não é condição de legitimidade democrática da representação). As leis elaboradas pelo Legislativo são as fontes formais do direito.[4]

Discorrendo sobre a lei em sentido formal, Hugo de Brito Machado preleciona:

> *Em sentido formal*, lei é o ato jurídico produzido pelo Poder competente para o exercício da função legislativa, nos termos estabelecidos pela Constituição. Diz-se que o ato tem a *forma de lei*. Foi feito por quem tem competência para fazê-lo, e na forma estabelecida para tanto, pela Constituição. Nem todos os atos dessa categoria, entretanto, são leis em sentido material.[5]

E sobre a lei em sentido material continua o doutrinador:

> *Em sentido material*, lei é o ato jurídico *normativo*, vale dizer, que contém uma regra de direito objetivo, dotada de hipoteticidade. Em outras palavras, a lei, *em sentido material*, é uma prescrição jurídica hipotética, que não se reporta a um fato individualizado no tempo e no espaço, mas a um modelo, a um tipo. É uma *norma*. Nem sempre as leis em sentido material também são feitas em sentido formal.[6]

Portanto, a palavra lei tem um sentido *amplo* e outro *restrito*. Em sentido amplo, é todo ato jurídico que se compreenda no conceito de lei em sentido formal ou material. Já, em sentido restrito, só é lei aquela que o seja tanto em sentido formal como em sentido material.[7]

As espécies normativas primárias estão previstas na Constituição Federal de 1988 (CF/88), no artigo (art.) 59, como as emendas à constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos-legislativos e resoluções. São aquelas que retiram seu fundamento de existência e validade diretamente da Constituição Federal de 1988, aparecendo como o primeiro nível dos atos derivados do texto constitucional.[8]

---

[2] O Legislativo, ou Parlamento, como também é conhecido, pode ser unicameral e bicameral (no Brasil, o Congresso Nacional divide-se em Senado Federal e Câmara dos Deputados).

[3] No direito constitucional brasileiro, como não se pode deixar de lembrar, há outras fontes materiais do direito, como o Presidente da República, através das medidas provisórias. DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 103.

[4] DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 103.

[5] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 87, grifo do autor.

[6] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 87, grifo do autor.

[7] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 87.

[8] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 184; MORAES. Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 542.

Sendo o Brasil uma República Federativa, composta pela União, Estados, e Municípios, coexistem no sistema jurídico ordens jurídicas parciais, a federal, a estadual, a municipal, e a nacional ou total. Então, convivem concomitantemente no sistema normativo, leis federais, estaduais e municipais, cada qual dirigida às pessoas na qualidade de administrados da União, Estados e Municípios, e leis nacionais, gerais.[9]

Da Constituição Federal dimanam conseqüências inexoráveis, como o princípio da legalidade, pelo qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Assim, só a lei pode criar obrigações e deixar de exigi-las, pois ela é "a expressão da vontade geral, que a tudo e a todos governa, na democracia."[10]

A elaboração de qualquer espécie normativa deve respeitar as normas de processo legislativo[11] constitucionalmente previstas, para que não acarrete a inconstitucionalidade formal do ato normativo produzido, levando, então, ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, seja pelo método difuso ou concentrado.[12] E o processo legislativo de criação da lei vai desde a iniciativa até a publicação, passando pela votação, pelo veto e ou sanção, e a promulgação.

Em matéria tributária, a lei tem a incumbência de tratar de todos os aspectos relevantes atinentes à criação, extinção e modificação da obrigação tributária, inclusive a definição de penalidades pelo seu não cumprimento. A lei, por exemplo, descreve o fato gerador, determina a alíquota e a base de cálculo, os sujeitos ativos e passivos.[13]

Segundo o Código Tributário Nacional (CTN), as terminologias lei e legislação não se confundem, e essa distinção é de grande relevância. No CTN, a expressão lei é utilizada em seu sentido restrito, como regra jurídica geral e abstrata (sentido formal), proveniente do Poder constitucionalmente competente (sentido material). "Só é *lei*, portanto, no sentido em que a palavra é empregada no CTN, *a norma jurídica elaborada pelo Poder competente para legislar, nos termos da Constituição, observado o processo nesta estabelecido.*"[14]

---

[9] RENTZSCH, Cristiane Pederzolli. *Lei complementar em matéria tributária*: a possibilidade de revogação por lei ordinária. In: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: UFRGS, v. 21, p. 115, mar. 2002, semestral. Continuação de: Revista da Faculdade de Porto Alegre, 1949-1974.

[10] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 280.

[11] "O respeito ao devido processo legislativo na elaboração das espécies normativas é um dogma corolário à observância do princípio da legalidade, consagrado constitucionalmente, uma vez que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada pelo Poder competente, segundo as normas de processo legislativo constitucional, determinando, desta forma, a Carta Magna, quais os órgãos e quais os procedimentos de criação das normas gerais, que determinam, como ressaltado por Kelsen 'não só os órgãos judiciais e administrativos e o processo judicial e administrativo, mas também os conteúdos das normas individuais, as decisões judiciais e os atos administrativos que devem emanar dos órgãos aplicadores do direito'." MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional.* 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 524.

[12] MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional.* 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 524.

[13] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário.* 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 162.

[14] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 87-88, grifo do autor.

Já, a palavra legislação, utilizada no art. 96, do CTN, significa lei em sentido amplo, abrangendo as leis em sentido restrito, os tratados, as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem sobre tributos etc. Aí, incluem-se, ainda, as próprias disposições da Constituição Federal de 1988, atos e leis complementares, decretos-leis, convênios interestaduais e outros atos normativos sobre o assunto tributário. Veja-se, portanto, o quanto é ampla a questão do termo legislação em relação à lei tributária.[15]

Portanto, o sistema normativo tributário, muito abrangente, abarca todo o conjunto de normas usadas na área tributária, por exemplo: a) constituição e emendas; b) leis complementares; c) resoluções do Senado; d) leis ordinárias federais, estaduais e municipais; e) medidas provisórias; f) decretos, portarias, circulares, instruções normativas.[16]

1.2 Requisitos Formais das Leis Ordinárias e seu Campo Material

"A lei ordinária é ato legislativo típico." É um ato normativo primário, responsável pela edição de normas gerais e abstratas. É toda aquela que não traz o adjetivo complementar ou delegada, por exemplo, e da qual não se exige maioria absoluta para aprovação.[17]

Tocante à elaboração da lei ordinária, tem-se que é um ato complexo. Isso resulta da análise do processo de formação da lei no Direito brasileiro. Há uma fase introdutória, a dita iniciativa, uma fase constitutiva, abarcando a deliberação e a sanção e ou o veto, e a fase complementar, englobando a promulgação e a publicação.[18]

Quanto ao quórum para a aprovação da lei ordinária, ele requer a maioria simples dos membros da respectiva Casa do Congresso Nacional (esta é a regra no nível infraconstitucional). Porém, a Constituição Federal de 1988, art. 47, exige quórum mínimo para a instalação da sessão, a presença da maioria absoluta dos integrantes da Casa Legislativa (Senado Federal e Câmara dos Deputados). Na verdade, esse quórum de maioria simples é variável, porque, dependendo do número de parlamentares presentes, o número se alterará.[19]

> Exemplificando: se há noventa integrantes numa casa Legislativa e quarenta e seis estão presentes, há o que se denomina *quórum*, que é a maioria exigida para a instalação dos trabalhos. Uma lei ordinária será aprovada se, estando presentes esses quarenta e seis parlamentares, forem obtidos vinte e quatro votos (metade mais um).[20]

---

[15] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88.

[16] DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 134.

[17] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 359.

[18] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 188.

[19] MORAES. Alexandre de. *Curso de direito constitucional.* 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 535.

[20] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 361, grifo do autor.

José Afonso da Silva diz que a maioria, absoluta ou simples, é o primeiro número inteiro após a metade, seja o número de integrantes par ou ímpar, e não metade mais um.[21]

Como já referido[22], coexistem no Brasil a ordem jurídica total ou nacional, com vigência em todo o território nacional, e as ordens jurídicas parciais, como a federal, a estadual e a municipal. Assim, a lei ordinária pode ser lei federal, aplicando-se apenas aos assuntos da União, como também pode ter caráter nacional, aplicando-se a todos os entes jurídicos e cidadãos brasileiros.[23] Contudo, "em face da Constituição brasileira, o objeto da lei não é indeterminado, ou ilimitado"[24].

Quanto ao âmbito material, a lei ordinária é bem abrangente, e salvo exceções, ela pode tratar de qualquer matéria[25], desde que não reservada a outra espécie normativa. Assim, não pertencem ao campo da lei ordinária os assuntos constitucionalmente reservados à lei complementar, e a outros atos normativos, como o decreto legislativo, sem falar naquelas de competência exclusiva do Congresso Nacional (CF/88, art. 49), e nas privativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (CF/88, arts. 51 e 52), pertencentes ao âmbito dos decretos legislativos e das resoluções. Porém, é comum a Constituição Federal de 1988 usar apenas a expressão lei, então se diz que esta lei é a lei ordinária.[26]

Destarte, há, no Direito vigente, domínio vedado à lei ordinária, além das matérias dos artigos (arts.) 49, 51 e 52, da CF/88. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 também reserva determinados assuntos à lei ordinária, como os do art. 68, parágrafo (§) 1º, I, II e III, os quais, inclusive, não aceitam delegação do poder de legislar.[27]

No campo tributário, a lei ordinária tem papel saliente, pois conforme o CTN, art. 97, a ela cabe a instituição e extinção de tributos, sua majoração e redução; a definição do fato gerador; a fixação da base de cálculo e da alíquota; a cominação de penalidades; as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção dos créditos tributários no texto constitucional.[28]

---

[21] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 517.

[22] Item 1.1.

[23] RENTZSCH, Cristiane Pederzolli. *Lei complementar em matéria tributária*: a possibilidade de revogação por lei ordinária. In: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: UFRGS, v. 21, p. 115, mar. 2002, semestral. Continuação de: Revista da Faculdade de Porto Alegre, 1949-1974.

[24] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 187.

[25] Agora, nem tudo é reservado à lei ordinária, assim o ato normativo ordinário não pode imiscuir-se em qualquer campo, porque há atos reservados à lei complementar, bem como alguns resguardados a outras fontes normativas, como o decreto legislativo. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 187.

[26] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 360.

[27] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 188.

[28] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário.* 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 162.

Contudo, apesar do caráter de generalidade da lei ordinária, a Constituição Federal de 1988 não deixou à discricionariedade do legislador a instituição de certos tributos, que cabem à lei complementar[29]: empréstimos compulsórios, contribuições de seguridade social residuais e impostos residuais (CF/88, arts. 148, 154, I, e 195, §4º). Isso se deve, essencialmente, à exigência da maioria absoluta nas Casas do Congresso Nacional para a aprovação da lei complementar.[30]

O Estado de Direito, como o brasileiro, dá suma importância à lei[31], principalmente pela sujeição de tudo e todos a ela[32]. Nele, a importância da lei revela-se em toda sua exuberância, principalmente em razão do princípio da legalidade, de observância obrigatória tanto pelo legislador como pelo cidadão comum[33]. Não só em matéria tributária, mas nas obrigações em geral, a lei é a fonte por excelência do direito, o que decorre do princípio do art. 5º, II, da CF/88[34].

1.3 Requisitos Formais das Leis Complementares e seu Campo Material

Além da lei ordinária, outro ato normativo previsto pela Constituição Federal de 1988 é a lei complementar. Contudo, o texto constitucional é lacônico e obscuro, deixando ao sabor da doutrina o seu estudo.[35] Isto se verifica facilmente quando a Constituição trata da lei complementar, propriamente dita, em apenas duas passagens: art. 59, II, e § único, e art. 69.

A previsão da lei complementar, no ordenamento jurídico nacional, surgiu com a Emenda Constitucional (EC) número (n). 4 de 1961 à Constituição de 1946[36], o chamado ato adicional, instituidor do parlamentarismo que, em seu artigo 22, permitiu a complementação do sistema parlamentar de governo com leis caracterizadas pela exigência da maioria absoluta – o que se diga ainda é exigido –, para sua aprovação em ambas as Casas do Congresso.[37]

---

[29] Ver o título reservado à lei complementar em matéria tributária, item 2.1.

[30] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário.* 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 163.

[31] Como já ressaltado quando se tratou das leis, item 1.1.

[32] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 187.

[33] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 360.

[34] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário.* 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 162.

[35] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 210.

[36] Zelmo Denari refere que as leis complementares surgiram com a Emenda Constitucional n. 18, de 1965, consolidadas pela Constituição de 1967, com o fim de integrar o texto constitucional e regulamentar dispositivos não auto-aplicáveis. DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 135; DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 113.

[37] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 210-211.

A função clássica da lei complementar é a de completar, integrar a Constituição, pois nem todas as normas constitucionais têm o mesmo grau de aplicabilidade, podendo tornar-se imediatamente eficaz. Então, é preciso uma lei capaz de lhes conferir esses elementos: aplicabilidade e eficácia. A partir da EC n. 4/1961, instituidora do parlamentarismo, editou-se uma nova modalidade de lei complementar, caracterizada não pelo seu papel de completar a Constituição, mas pelas suas características formais, ou seja, aprovação por um quórum próprio e versar sobre matéria a ela afetada pela Constituição. Assim, pode-se dizer que há duas classificações para as leis complementares, a tradicional ou clássica, e a formal. Ambas, ainda, subsistem no ordenamento jurídico.[38]

A Constituição Federal de 1988 traz requisitos aos quais se submetem as leis complementares para sua edição, com o que não resta nenhum âmbito de discricionariedade para o Poder Legislativo, relativamente a quando e para que editá-la. As características bem definidas das leis complementares são de duas ordens: a) formal, a lei complementar deve ser aprovada por maioria absoluta (art. 69) dos membros do Congresso Nacional; b) material, a Constituição predetermina, explícita ou implicitamente, os conteúdos da lei complementar.[39] Como ao primeiro se chama pressuposto formal, e ao segundo material ou ontológico, se diz que a lei complementar tem natureza ontológico-formal[40].

No mais, o processo de elaboração da lei complementar seguirá o processo de elaboração da lei ordinária (com sanção, veto etc.)[41], ou seja, o processo concernente ao ato legislativo da lei ordinária.[42]

Dispondo sobre o requisito da maioria absoluta[43], as palavras de José Afonso da Silva:

> *Maioria absoluta* é mais da metade, constitui-se a partir do primeiro número inteiro acima da metade, sendo erro considerá-la como metade mais um,

---

[38] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 358-359.

[39] ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário:* de acordo com a emenda constitucional n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 131.

[40] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário.* 11ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 149.

[41] Há quem negasse a sanção e o veto às leis complementares, porque a própria Constituição assim não prevê. É o caso, por exemplo, de Pontes de Miranda, ao tempo do ato adicional (Comentários à Constituição de 1946, v. 8, p. 177) e em face da Constituição de 67 (Comentários à Constituição de 1967, t. 3, p. 136), para quem a aprovação da lei complementar se aperfeiçoa no Congresso. Mas a maioria da doutrina e da jurisprudência entendeu o contrário, ou seja, se a Constituição não previu é porque se deve seguir o processo legislativo comum, com sanção e veto. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo.* 3ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 240.

[42] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 213.

[43] A maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados será sempre 257 deputados, enquanto no Senado Federal será de 41 senadores, pois esses números correspondem ao primeiro número inteiro subseqüente à divisão dos membros da Casa Legislativa (Câmara = 513 membros / Senado = 81 membros).

> como não raro se ouve e se lê, visto que será impossível apurá-la quando a Câmara se compuser de número ímpar de membros.[44]

O fato de a lei complementar ter matéria própria prevista na Constituição Federal de 1988, e só dentro deste campo ser validamente exercitável, pode levar a diferenciá-la[45] das demais espécies normativas, como a lei ordinária, o decreto legislativo, a resolução, porque estas também têm matérias próprias, com campos distintos de atuação[46].

Portanto, para se chegar a um conceito jurídico-positivo ou formal da lei complementar, é preciso lançar mão do quórum especial de votação, maioria absoluta em ambas as Casas do Congresso Nacional, e do âmbito material próprio.[47] Esses seriam os dois aspectos a diferenciar a lei complementar da lei ordinária: o material, com campo específico e reservado de atuação; e o formal, que se refere ao processo legislativo na fase de votação: maioria simples para a lei ordinária, maioria absoluta para a lei complementar[48].

Não se pode perder de perspectiva que, além disso, a Constituição Federal de 1988 estabelece no art. 59, § único, que "lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração, e consolidação das leis."[49]

Assim, para José Souto Maior Borges[50], segundo a Teoria Geral do Direito, as leis complementares seriam de duas espécies: a) as que fundamentam a validade de outros atos normativos; b) as que realizam a sua função constitucional independente de outras normas. Então, as que fundamentam a validade de outras normas estariam num verdadeiro grau de hierarquia (a hierarquia formal-procedimental)[51], superiores às demais. Ou seja, toda e qualquer espécie normativa, com o *status* de lei, fica sujeita à lei complementar específica

---

[44] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 517, grifo do autor.

[45] A Constituição Federal entregou a lei complementar uma matéria exclusiva, significando que só pode dar "tratamento normativo a um campo determinado de atuação da ordem jurídica e só dentro deste ela é validamente exercitável", ou seja, separada dos demais tópicos da lei ordinária. Porém só o assunto a ser contemplado pela lei complementar não pode servir para distingui-la de outras espécies normativas, como o decreto legislativo, resoluções, lei delegada, e lei ordinária dos estados e municípios, já que estas também têm campo próprio de atuação. Assim, o que caracteriza esse regime peculiar é o quórum especial de votação, conforme artigo 69, da Constituição Federal. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário.* 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 160-161.

[46] O que inclusive já se demonstrou ao se tratar da lei ordinária, item 1.2.

[47] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 359.

[48] MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional.* 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 548.

[49] BRASIL. Constituição (1988). In: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada em 05 de outubro de 1988. Antônio Luiz de Toledo Pinto et. al. (col.). 33ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59. (Coleção Saraiva de Legislação)

[50] BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária.* São Paulo: RT, 1975, p. 54 e seguintes.

[51] ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*: de acordo com a emenda constitucional n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 132.

correspondente ao art. 59, parágrafo único.[52] Esta lei complementar já existe, é a de número 95, de 26.02.1998, regulamentada pelo Decreto n. 4.176, de 28.03.2002.

Como a Constituição Federal de 1988 atribui diferentes funções (matéria própria e forma de elaboração, redação, modificação e consolidação das leis ordinárias) às leis complementares, em razão disso elas não podem ser unitariamente descritas.[53]

A lei complementar, entendida como uma espécie de norma definida a partir do número de votos necessários para sua aprovação, é algo contingente, só possível de compreensão à luz do sistema jurídico que a instituiu.[54]

A razão da existência da lei complementar está no fato de que o constituinte entendeu que certas matérias, mesmo importantes, não deveriam estar na própria Constituição, sob pena de grassar suas modificações, contudo, também não poderiam ficar ao alvitre do processo legislativo ordinário. O legislador constituinte almejou agasalhar determinados assuntos infraconstitucionais de "alterações volúveis e constantes"[55], mas não lhes deu rigidez suficiente para impedir a modificação, quando cogente.[56] Se a Constituição Federal de 1988 traz no seu bojo, em muitos dispositivos, que a lei complementar irá tratar desta ou daquela matéria, o fez assim, pela importância dessas matérias. E só em decorrência dessas indicações expressas cabe a lei complementar[57].

E mais, quanto à exigência de lei complementar feita pela Constituição Federal de 1988, parece que as decisões para a escolha de ser lei ordinária ou lei complementar são de natureza política, como o foram. A Constituição Federal de 1988 continuou exigindo lei complementar porque a Constituição anterior a 88 a exigia, ou passou a exigi-la por situações exclusivamente políticas. A decisão política é no sentido de exigir maioria qualificada para decidir determinada matéria. Afora isto, não há nenhuma outra razão para a exigência da lei complementar. Não se pode fazer exegeses de qualquer natureza, ou seja, tentando ler o

---

[52] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário.* 11ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 150-152.

[53] BORGES, José Souto Maior. *Eficácia e hierarquia da lei complementar.* RDP (25): 100/101, 1973; Lei Complementar Tributária. São Paulo: RT, 1975, p. 80-81. In: ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário:* de acordo com a emenda constitucional n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 131-132.

[54] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário.* 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 160.

[55] Pelo bom senso, se o legislador constituinte criou um *tertium genus*, que é a lei complementar, o fez para "resguardar certas matérias de caráter paraconstitucional contra mudanças constantes e apressadas, sem lhes imprimir rigidez que impedisse a modificação de seu tratamento, logo que necessário". Isso para não deixar ao arbítrio do legislador ordinário o que contaria ou não com essa estabilidade. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 212; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo.* 3ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 239.

[56] MORAES. Alexandre de. *Curso de direito constitucional.* 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 548.

[57] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 212; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo.* 3ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 239.

que não está escrito. Se a Constituição Federal de 1988 diz lei, é lei ordinária, e não lei complementar, salvo em casos remissivos, por opção do próprio legislador constituinte. Na verdade, esta técnica foi usada para compor certos conflitos políticos não resolvidos pela Assembléia Nacional Constituinte, como que numa maneira de jogar para frente. Assim, optava-se pela lei complementar ou ordinária, dependendo da matéria e do grau de controvérsia havido (excerto do voto do Min. Nelson Jobim no RE 225.602-8, nov/1988).[58]

Portanto, o procedimento a seguir, se o da lei ordinária ou se o da lei complementar, dependerá da matéria, conforme exigência da Constituição Federal de 1988,[59] pois esta, enquanto fonte normativa, não é capaz, por si só, em alguns casos, de impor uma obrigação. "Em razão dessa incompletude, dessa carência, desse oco ou vazio normativo, passa a demandar alguma sorte de integração", por lei complementar.[60]

Para os doutrinadores constitucionalistas as leis complementares são aquelas que complementam os dispositivos da Constituição, desde que não sejam auto-aplicáveis, e se qualificam pela matéria do seu conteúdo.[61]

O âmbito de validade material da lei complementar está predeterminado constitucionalmente, ou seja, o legislador constituinte previu expressamente o que cabe ser regulado por lei complementar, escapando, portanto, ao alcance do poder legislativo ordinário[62]. A lei complementar não pode contradizer a Constituição Federal de 1988. Não é outra forma de emenda constitucional, embora desta se aproxime em razão da matéria e da exigência da maioria qualificada. Mas como qualquer outra espécie normativa primária pode incidir em inconstitucionalidade e ser, por isso, inválida[63].

---

[58] PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 97.

[59] MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 549.

[60] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 159.

[61] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 149.

[62] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*: sistema tributário. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 114.

[63] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 211-212; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 238.

2 LEIS COMPLEMENTARES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E A SUPOSTA HIERARQUIA ENTRE A LEI COMPLEMENTAR E A LEI ORDINÁRIA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 Leis Complementares em Matéria Tributária

Antes de adentrar no assunto lei complementar em matéria tributária, esclarecimento importante para aqueles não tão afeitos ao Direito Tributário é o que se refere às normas complementares e leis complementares. Estas últimas têm a função de completar a Constituição, enquanto aquelas (art. 100, CTN) são formalmente atos administrativos e materialmente leis, ou seja, compreendem-se dentro da expressão legislação tributária (art. 96, CTN). Em essência, as normas complementares completam o texto das leis, tratados e convenções internacionais e decretos. Se completam, não podem inovar ou modificar.[64]

Especialmente às leis complementares de conteúdo tributário, como toda e qualquer lei complementar, são entes legislativos, caracterizados por sua forma e matéria, ou forma e fundo. Formalmente, a lei complementar é aquela votada por maioria absoluta. Sob o ponto de vista material, a lei complementar objetiva complementar a Constituição, seja normatizando ou operacionalizando os seus comandos.[65] Esses requisitos, portanto, "formam a técnica de reconhecimento das leis complementares tributárias no sistema jurídico brasileiro"[66].

No campo tributário, a Constituição Federal de 1988 reserva duas funções para a lei complementar: a de complementar as disposições constitucionais e a excepcional de criar tributos. Na Constituição Federal de 1988, a função de completá-la é tríplice, conforme os incisos do art. 146, compreendendo dispor sobre conflito de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; e estabelecer normas gerais de direito tributário. Mas, como a disciplina geral do sistema tributário está no texto constitucional, a lei complementar deve detalhá-lo, conforme seus limites. A lei complementar deve explicar o que está implícito na Constituição, completando e não emendando o conteúdo que o próprio texto constitucional prevê, conforme Pontes de Miranda, ainda na vigência da Constituição Federal de 1967.[67]

---

[64] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 97.

[65] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*: sistema tributário. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 113.

[66] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*: sistema tributário. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 119.

[67] RENTZSCH, Cristiane Pederzolli. *Lei complementar em matéria tributária*: a possibilidade de revogação por lei ordinária. In: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: UFRGS, v. 21, p. 114, mar. 2002, semestral. Continuação de: Revista da Faculdade de Porto Alegre, 1949-1974.

Como a Constituição Federal de 1988 delineou o perfil do sistema tributário nacional, identificando cada espécie tributária, e impondo os limites ao poder de tributar, cabe à lei complementar ditar as regras gerais destes tributos, a fim de dar uniformidade ao regramento básico da obrigação tributária e a todo o sistema tributário nacional.[68]

Confira-se com os ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho:

> A lei complementar é utilizada, agora sim, em matéria tributária para fins de *complementação e atuação constitucional*. (A) Servem para *complementar* dispositivos constitucionais não auto-aplicáveis (*not self executing*), i. é., dispositivos constitucionais de eficácia limitada, na terminologia de José Afonso da Silva. (B) Servem ainda para *conter* dispositivos constitucionais de eficácia contida (ou contível). (C) Servem para fazer *atuar* determinações constitucionais consideradas importantes e de interesse de toda a Nação. Por isso mesmo as leis complementares requisitam *quorum* qualificado, por causa da *importância nacional* das matérias postas à sua disposição.[69]

Nesta seara, as leis complementares desempenham o importante "papel de uniformizar critérios legislativos para instituição de tributos". Como são regras de observância obrigatória, mesmo que editadas pela União, guardam o caráter de leis nacionais[70], pois vinculam até o legislador federal. Na verdade, os destinatários da norma não são os administrados, mas o legislador, em cada nível de governo – lei para o legislador –.[71]

A principal norma constitucional em matéria tributária é a do art. 146, que requer lei complementar para tratar dos assuntos ali previstos[72]. Sobre o art. 146, *caput*, Leandro Paulsen não discrepa da maioria doutrinária, ou seja, para se saber se é ou não necessária lei

---

[68] RENTZSCH, Cristiane Pederzolli. *Lei complementar em matéria tributária*: a possibilidade de revogação por lei ordinária. In: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: UFRGS, v. 21, p. 114, mar. 2002, semestral. Continuação de: Revista da Faculdade de Porto Alegre, 1949-1974.

[69] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*: sistema tributário. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 118, grifo do autor.

[70] Leis nacionais ou totais são aquelas que abrangem todos os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e leis federais são aquelas que são de observância obrigatória apenas para a União (item 1.1).

[71] DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 135.

[72] Só a lei complementar pode: I) tratar conflitos de competência, em matéria tributária, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios; II) regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; III) estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas; d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. BRASIL. Constituição (1988). In: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada em 05 de outubro de 1988. Antônio Luiz de Toledo Pinto et. al. (col.). 33ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 97-98. (Coleção Saraiva de Legislação)

complementar para dispor sobre determinada matéria, tem-se que analisar o texto constitucional, pois a lei complementar só é indispensável se aquele expressamente a requer.[73]

Embora o art. 146, da CF/88, seja importante, não é o único a prever a exigência da lei complementar. Ainda, são várias as normas constitucionais em matéria tributária que exigem lei complementar, exemplificando[74]: a) art. 146-A[75]; art. 148; b) art. 149, observado o disposto nos artigos 146, III, 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, §6º; c) art. 150, VI, "c"; d) art. 153, VII; e) art. 154, I, para o caso de impostos não previstos no art. 153, da própria Constituição; f) art. 155, §1º, III; g) art. 155, §2º, X, "a", XII; h) art. 156, III, desde que não compreendidos no art. 155, II, §3º; i) art. 156, §3º; j) art. 161; l) 195, §11.[76]

Logo, se a Constituição Federal de 1988 diz lei complementar, a matéria só por esta pode ser tratada, conforme Leandro Paulsen:

> A Constituição elenca, expressamente, as matérias cuja disciplina se dará em caráter complementar à Constituição, através de veículo legislativo próprio, que exige quorum qualificado, a lei complementar. Para sabermos se é ou não necessária lei complementar para dispor sobre determinada matéria, temos, pois, de analisar o texto constitucional; só é necessária lei complementar quando a Constituição expressamente a requer.[77]

---

[73] PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 96.

[74] Usa-se a expressão exemplificando porque o presente trabalho não tem por objeto esgotar a matéria, e pode ter escapado ao campo de vista algum assunto em matéria tributária a ser regulamentado por lei complementar.

[75] Artigo 146-A, da Constituição Federal de 1988, inserido pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003. BRASIL. Constituição (1988). In: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada em 05 de outubro de 1988. Antônio Luiz de Toledo Pinto et. al. (col.). 33ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 98. (Coleção Saraiva de Legislação)

[76] Procurou-se incluir as alterações sofridas pela Constituição Federal de 1988 até a Emenda Constitucional n. 42. RENTZSCH, Cristiane Pederzolli. *Lei complementar em matéria tributária*: a possibilidade de revogação por lei ordinária. In: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: UFRGS, v. 21, p. 114, mar. 2002, semestral. Continuação de: Revista da Faculdade de Porto Alegre, 1949-1974; ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 11ª ed. atual., ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 166-167.

[77] PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 96. Leandro Paulsen cita, nesse sentido, decisão do STF: Plenário, ADIn 2.028, Rel. Min. Moreira Alves, nov/1999, DJU de 16.06.2000, p. 30: "De há muito se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quando a Carta Magna alude genericamente a 'lei' para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, quanto a legislação complementar." (PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 96).

2.2 A Suposta Hierarquia entre Lei Complementar e Lei Ordinária em Face da Constituição Federal de 1988

Procurar-se-á clarear o enredo sobre a hierarquia constitucional de leis, ou melhor, se há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária no ordenamento jurídico nacional[78]. No rol da Constituição Federal de 1988, art. 59, não há qualquer espécie de hierarquia entre as espécies normativas, ainda mais que todas têm por fundamento de validade a própria Constituição. O fato de a lei complementar estar prevista antes da lei ordinária não a faz superior.[79] Tanto que, salta à baila o fato da medida provisória, por própria determinação constitucional, deter o *status* de lei ordinária, nada obstante o fato de constar abaixo dela no rol do art. 59, da CF/88.

Diante das colocações anteriores[80] quanto às leis ordinárias e as leis complementares, tira-se que as diferenças entre elas são de duas categorias: material e formal[81]. Materialmente, só pode ser objeto de lei complementar a matéria taxativamente prevista na Constituição Federal de 1988, todas as demais serão objeto de lei ordinária, se não prevista outra espécie normativa. Quanto à forma, ou melhor, à fase de votação no processo legislativo, o quórum para aprovação da lei ordinária é de maioria simples (art. 47, CF/88), ao passo que a lei complementar requer maioria absoluta para aprovação da matéria (art. 69, CF/88).[82]

Com base no quórum de aprovação, a doutrina tradicional situa as leis complementares num plano inferior à Constituição Federal de 1988, mas superior às leis ordinárias. Contudo, tal posição vem sendo contestada pela doutrina mais moderna, que as considera no mesmo plano, apenas com diversidade de matérias. As matérias reservadas pela Constituição à lei complementar não podem ser regradas ou alteradas por lei ordinária, pelo simples fato da reserva legislativa.[83]

---

[78] Enfatize-se que o direito positivo é o complexo de normas jurídicas válidas num dado país, enquanto à ciência do direito cabe descrever esse enredo normativo, ordenando-o, declarando sua hierarquia. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1.

[79] Com o que não concorda, atualmente, Paulo de Barros Carvalho. RENTZSCH, Cristiane Pederzolli. *Lei complementar em matéria tributária*: a possibilidade de revogação por lei ordinária. In: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: UFRGS, v. 21, p. 117, mar. 2002, semestral. Continuação de: Revista da Faculdade de Porto Alegre, 1949-1974.

[80] Capítulo 1, itens 1.2 e 1.3.

[81] Em nosso ordenamento há leis ordinárias e leis complementares. Distinguem-se do ponto de vista "substancial" ou material, e formal. Do ponto de vista "substancial", as leis complementares se identificam porque a Constituição diz expressamente os casos por elas a serem regulados (exemplificando, artigos 146, 148, 153, VII, 154, I). Quanto ao aspecto formal, além de ter numeração própria, a lei complementar exige quórum especial, maioria absoluta, para sua aprovação (artigo 69, Constituição Federal). MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88.

[82] MORAES. Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 548-549.

[83] DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114.

Em certos casos, a Constituição Federal de 1988 exige lei complementar (exemplificando, arts. 146; 148, 153, VII; 154, I; 155, §2º, XII; 156, §3º; 161), em outros, ela se refere simplesmente à expressão lei, sem dizer se complementar ou ordinária. Para o Supremo Tribunal Federal (STF), na ausência de menção expressa a qual tipo de lei, trata-se de lei ordinária, mas há contrariedade[84]. Porém, a questão não é assim tão simples. Por exemplo, o art. 150, VI, "c", *in fine*, cuida de imunidade "das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, *atendidos os requisitos da lei*". Qual lei? Como a Constituição Federal de 1988 não diz, poder-se-ia falar lei ordinária. Contudo, o art. 146, II, da CF/88, refere caber à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar. E imunidade é limitação constitucional ao poder de tributar, o que está expresso no art. 150, VI. É caso de aplicação da interpretação sistemática.[85]

Portanto, há posições doutrinárias dizendo que lei complementar só por lei complementar é modificável, estivesse ou não a matéria reservada à Lei de tal nível.[86] Isto significa que, se uma matéria não reservada à lei complementar pela Constituição Federal de 1988, por ela fosse regulada, não poderia ser modificada por qualquer outra espécie normativa, que não a lei complementar.

Sobre a exigência ou não de lei complementar pela Constituição Federal de 1988, o STF tem dito que, se era despicienda a lei complementar, mas por esta se deu a fonte legislativa, recepcionada como lei ordinária será, mantendo apenas o *status* formal de lei complementar, portanto plenamente possível a modificação por lei ordinária.[87]

---

[84] De regra, os assuntos reservados pela constituição à lei complementar estão quase sempre expressos, embora, algumas vezes, se encontre a alusão apenas à expressão lei. Nesses casos, seguindo a grandeza do tema (constitucional), pode-se concluir que é a lei complementar. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 149.

[85] DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115.

[86] Conforme Manuel Gonçalves Ferreira Filho citando Miguel Reale e Pontes de Miranda. "Não é só, porém, o argumento de autoridade que apóia essa tese; a própria lógica jurídica o faz. A lei complementar só pode ser aprovada por maioria qualificada, a maioria absoluta, para que não seja, nunca, o fruto da vontade de uma minoria ocasionalmente em condições de fazer prevalecer sua voz. Essa maioria é assim um sinal certo da maior ponderação que o constituinte quis ver associada ao seu estabelecimento. Paralelamente, deve-se convir, não quis o constituinte deixar ao sabor de uma decisão ocasional a desconstituição daquilo para cujo estabelecimento exigiu ponderação especial. Aliás, é princípio geral de direito que, ordinariamente, um ato só possa ser desfeito por outro que tenha obedecido à mesma forma. Da inserção da lei complementar entre a Constituição e a lei ordinária, decorrem conseqüências inexoráveis e óbvias." FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 211; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 238.

[87] Portanto, apesar de várias vozes em sentido contrário, há julgados dando pela possibilidade de revogação por lei ordinária da isenção – no caso da Lei 9.430/96, artigo 56, que revogou a isenção da Cofins para as sociedades civis prestadoras de serviços profissionais de profissão regulamentada – instituída por lei complementar, sob o fundamento de que a isenção não é matéria de lei complementar (TRF4, 2ª T., unânime, MAS 2001.71.05.007199-0/RS, rel. Des. Fed. João Surreaux Chagas, set/2002). PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 98.

Nesse diapasão, Leandro Paulsen:

> As leis buscam seu suporte de validade diretamente na Constituição Federal. Se a Constituição não exige lei complementar, tem-se que a lei ordinária pode validamente dispor sobre a matéria, não sendo pertinente qualquer comparação com o veículo legislativo anteriormente utilizado. Não é o equivocado e desnecessário tratamento de certa matéria em lei complementar que vai colocá-la, daí para diante, sob reserva de lei complementar, eis que a própria Constituição é que estabelece o que lhe será complementar. A idéia de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, pois, é relativa. A lei ordinária simplesmente não pode afrontar lei complementar nas matérias a esta reservadas, pois não constituirá, nesse caso, veículo legislativo apto a inovar na ordem jurídica quanto a aqueles pontos. [88]

Com a falta de hierarquia discordam alguns doutrinadores, pois para eles a lei complementar é formalmente superior às demais leis, estando diretamente abaixo da Constituição Federal, o que decorreria do fato da necessidade da maioria absoluta para sua aprovação[89]. Ao longo do tempo esta corrente perdeu forças, reconhecendo a falta de qualquer superioridade hierárquica da lei complementar frente à lei ordinária, em face do art. 59, da CF/88.[90]

Se uma lei complementar regular matéria, por exemplo, reservada à lei ordinária, não será inconstitucional, apenas incorrerá em queda de *status*[91], valendo como lei ordinária. Isto é assim, porque se leva em conta a identidade do órgão legislativo[92] emitente da lei: quem

---

[88] PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 97.

[89] DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115.

[90] Geraldo Ataliba (*Lei complementar na constituição*. São Paulo: RT, 1971, p. 30) reconhecia a hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, porém influenciado por José Souto Maior Borges seus estudos não prosperaram e ele reconheceu a falta de superioridade. RENTZSCH, Cristiane Pederzolli. *Lei complementar em matéria tributária*: a possibilidade de revogação por lei ordinária. In: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: UFRGS, v. 21, p. 116, mar. 2002, semestral. Continuação de: Revista da Faculdade de Porto Alegre, 1949-1974.

[91] A lei complementar busca seu requisito de validade na própria Constituição Federal, ou melhor, só é contrastável frente à Lei Maior. Se vier a regular matérias reservadas aos Estados e Municípios, por exemplo, não valerá, sendo inconstitucional por invasão de competência, sofrendo o fenômeno da rejeição. O mesmo ocorre se a lei ordinária invade o campo reservado para a lei complementar. Agora, se lei complementar regular matéria reservada à lei ordinária, aquela sofre queda de *status*, ou fenômeno da adaptação: o sistema adapta a lei em razão da matéria, não da forma. Quanto aos fenômenos, há, ainda, o da recepção, que nada mais é do que o reconhecimento da lei pelo sistema, em razão da sua existência, validade formal e material, e assim, sua vigência e eficácia. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*: sistema tributário. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 119-120.

[92] Acaso a lei complementar regule matéria reservada aos Estados e Municípios, por exemplo, será inconstitucional por invadir a competência particular. Mas se regular matéria da União que caberia à lei ordinária, sofrerá apenas uma queda de *status*, vigorando como lei ordinária. Isto só ocorre em razão da identidade de órgãos legislativo responsável pela edição de qualquer uma das espécies normativas. E também não haverá qualquer irregularidade

pode o mais, pode o menos[93]. A recíproca não prevalece: quem pode o menos, não pode o mais. A lei ordinária excederá de sua competência se cuidar de matéria reservada à lei complementar, sendo inválida. [94]

Pontualmente, Luiz Felipe Silveira Difini[95] possui entendimento diverso:

> A nosso ver, a lei complementar tem maior hierarquia que a lei ordinária, porque formalmente diferenciada pela Constituição, com processo legislativo com maiores exigências. A matéria só poderá ser regrada por lei complementar quando a Constituição assim dispuser expressamente ou tal resultar de sua interpretação sistemática (então será inválida, por afrontar a Constituição, seu trato pela lei ordinária). Não ocorrendo essas hipóteses, à opção do legislador, a disciplina poderá ser feita por lei complementar ou ordinária. Se o legislador optar pela lei complementar, com maiores exigências formais, esta não poderá ser modificada ou revogada por lei ordinária, para a qual as exigências formais são menos rígidas, do que decorre menor hierarquia legislativa. A tese de que não sendo a matéria expressamente reservada, pela Constituição, à lei complementar, eventual lei complementar que sobre ela verse pode ser alterada por lei ordinária, não tem supedâneo na Constituição e gera grave instabilidade jurídica. Não é razoável que lei complementar, para cuja aprovação se exige maioria absoluta, possa ser alterada por lei ordinária, aprovada por maioria simples.[96]

---

formal na edição da lei. Ela apenas não será materialmente complementar, mas formalmente, pois o quórum qualificado, por si só, não altera a substância do instrumento. A recíproca não prospera, ou seja, lei ordinária que tratar de matéria reservada à lei complementar será inconstitucional. RENTZSCH, Cristiane Pederzolli. *Lei complementar em matéria tributária*: a possibilidade de revogação por lei ordinária. In: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: UFRGS, v. 21, p. 116, mar. 2002, semestral. Continuação de: Revista da Faculdade de Porto Alegre, 1949-1974.

[93] COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na constituição de 1988*. Ed. Del Rey, 1992. In: PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 98.

[94] COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*: sistema tributário. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 119.

[95] Apesar de divergir de Luiz Felipe Silveira Difini, como já ficou acima trasladado, Leandro Paulsen não deixa de mencionar a posição contrária: "O STJ, contudo, na esteira da orientação esposada por Hugo de Brito Machado, tem entendido, ao abordar a revogação de dispositivo da Lei Complementar n. 70/91 pela Lei Ordinária n. 9.430/96, no sentido da existência de hierarquia entre ambas, afirmando que lei ordinária não pode revogar lei complementar, seja qual for a matéria nesta tratada." PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 97.

[96] DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115.

Porém, "segundo respeitável doutrina, inexiste hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, já que ambas possuem campos de atuação diversos. Em decorrência, pode ocorrer invasão de competência, não ofensa ao princípio da hierarquia das leis."[97] Resta, portanto, saber se a lei em questão[98] necessitava ou não ser lei complementar[99], como é o caso da Lei Complementar n. 70/91, instituidora da COFINS.

3 COFINS E A REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO PARA AS SOCIEDADES CIVIS DE PROFISSIONAIS LIBERAIS

3.1 COFINS e suas Características

A COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – foi criada pela Lei Complementar n. 70/91, com base na redação original do art. 195, I, da CF/88, em 31 de dezembro de 1991. A COFINS originou-se como contribuição social sobre o

---

[97] RENTZSCH, Cristiane Pederzolli. *Lei complementar em matéria tributária*: a possibilidade de revogação por lei ordinária. In: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: UFRGS, v. 21, p. 116, mar. 2002, semestral. Continuação de: Revista da Faculdade de Porto Alegre, 1949-1974.

[98] "Portanto, de acordo com a posição doutrinária majoritária, a qual acolhemos, não há propriamente uma hierarquia entre as leis, apenas cada uma tem seu campo de atuação específico, no qual é autônoma e absoluta." RENTZSCH, Cristiane Pederzolli. *Lei complementar em matéria tributária*: a possibilidade de revogação por lei ordinária. In: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: UFRGS, v. 21, p. 117, mar. 2002, semestral. Continuação de: Revista da Faculdade de Porto Alegre, 1949-1974.

[99] "Tributário. Retroatividade de Lei mais Benéfica. Limitação Temporal. Lei Complementar. O Tribunal negou provimento a recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra acórdão do TRF da 4ª Região que, com base no inciso II do art. 106 do CTN, mantivera sentença na parte em que aplicara o art. 35 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97, a fatos pretéritos, em razão de a mesma prever pena de multa, sobre contribuições sociais em atraso, menos severa que a cominada anteriormente, e afastara a incidência da limitação temporal prevista no caput do referido art. 35, tendo em conta a declaração, incidenter tantum, de sua inconstitucionalidade, pela Corte Especial daquele Tribunal, por ofensa ao inciso III do art. 146 da CF (Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97: 'Art. 35. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1997, sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos:'). Salientou-se, inicialmente, o caráter exemplificativo do inciso III do art. 146 da CF que prevê competir à lei complementar estabelecer normas gerais sobre matéria de legislação tributária. Entendeu-se estar a multa tributária inserta no campo das normas gerais, a qual, por isso, deve ser imposta de forma linear em todo território nacional, 'não se fazendo com especificidade limitadora geograficamente'. Concluiu-se que a Lei 8.212/91, ao impor restrição temporal ao benefício de redução da multa, acabou por limitar regra da lei complementar (CTN, art. 106, II), violando o disposto na alínea b do inciso III do art. 146 da CF. Dessa forma, declarou-se a inconstitucionalidade da expressão 'para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1997', constante do caput do art. 35 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 407.190/RS. Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 27 de outubro de 2004. In: Informativo 367, STF. Disponível em: «www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info367.asp». Acesso em: 28 mar. 2005, grifo no original.

faturamento, substituindo o tributo de mesma destinação constitucional, o FINSOCIAL, cobrado até a entrada em vigor daquela, conforme art. 56, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)[100].

No cenário jurídico nacional, as contribuições sociais surgiram com a Constituição Federal de 1934 que, no art. 121, §1º, alínea "h", dispunha sobre a previdência social, fazendo menção expressa à cobrança de "contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e dos casos de acidente do trabalho ou da morte". Naquela época, entretanto, a contribuição ainda era inominada.[101]

Atualmente, as contribuições sociais são instituídas pela União[102] com base nos arts. 149 e 195, da Constituição Federal de 1988.[103] As contribuições sociais, sendo uma subespécie de contribuições especiais (em contraponto às contribuições de melhoria), por sua vez, já foram denominadas, também, de contribuições parafiscais – esta nomenclatura encontra-se em desuso[104] [105].

A atual classificação da COFINS decorre da divisão das espécies tributárias no direito brasileiro, quais sejam: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais. Então, as contribuições sociais são uma subespécie de contribuições especiais que, por sua vez, divide-se em:

a) contribuições especiais;
a.1) contribuições sociais;
a.1.1) gerais (art. 149, primeira parte, CF/88);
a.1.2) de seguridade social;
a.1.2.1) nominadas (art. 149, primeira parte c/c art. 195, I, II, III, CF/88),
a.1.2.2) residuais (art. 149, primeira parte c/c art. 195, §4º, CF/88),
a.1.2.3) de previdência do funcionalismo público estadual, distrital e municipal (art. 149, §1º, CF/88, conforme EC 41/2003),
a.2) de intervenção no domínio econômico (art. 149, segunda parte, CF/88);
a.3) de interesse das categorias profissionais ou econômicas (art. 149, terceira parte, CF/88);

---

[100] ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13.
[101] DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 107-108.
[102] A titularidade para a instituição das contribuições sociais, ou previdenciárias, é exclusiva da União, afora a exceção do art. 149, §1º, da CF/88, que também a dá aos Estados, Distrito Federal e Municípios, para a instituição de contribuição de sistemas de previdência ou assistência social, cobrada dos seus servidores, e revertida em benefício destes. Mas os Estados, Distrito Federal e Municípios não podem criar outras contribuições sociais, como a União, exigíveis de outros sujeitos passivos, que não servidores efetivos. DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 52.
[103] CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Direito tributário*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 16, p. 49. (Coleção Sinopses Jurídicas)
[104] PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 41-43, e 139.
[105] DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50.

a.4) de iluminação pública municipal e distrital (art. 149-A, CF/88, conforme EC n. 39/2002).[106]

Portanto, diante do quadro apresentado, a COFINS situa-se no campo das contribuições especiais, sendo uma contribuição social, de seguridade social e nominada.

Antes da Constituição Federal de 1988, muito se discutiu se as contribuições sociais eram ou não tributos, sujeitando-se aos princípios inerentes a eles. A doutrina[107] reconhecia-lhes caráter tributário, ao passo que o fisco dizia que não eram tributos, com fundamento de que esses estavam previstos no art. 18, da CF/69, ao passo que as contribuições no art. 21, §2º, I, da mesma Carta.[108]

A Constituição Federal de 1988 trata das contribuições sociais no Título VI (Da Tributação e do Orçamento) Capítulo I (Do Sistema Tributário Nacional), fazendo expressas remissões no art. 149, *caput*, "observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III", o que esclarece estarem as contribuições sociais sujeitas às normas gerais de direito tributário (art. 146, III) e aos princípios da legalidade (art. 150, I) e da irretroatividade e anterioridade (art. 150, III, *a*, *b* e *c*). A Constituição Federal de 1988 também prevê expressamente a exceção: "sem prejuízo do previsto no art. 195, §6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo". Portanto, as contribuições sociais para financiamento da seguridade social – como a COFINS – só podem ser exigidas noventa dias – anterioridade mitigada ou nonagesimal – após a publicação da lei que as instituiu ou aumentou, sem aplicação do princípio da anterioridade (só pode ser exigida no ano seguinte à publicação da lei).[109]

---

[106] PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 43.

[107] "As contribuições enquanto tributos. Histórico. As contribuições passaram a ser consideradas tributos por força da EC n. 01/69, que estabeleceu, ao lado da competência da União para instituir impostos, sua competência para instituir contribuições de intervenção no domínio econômico, de interesse da previdência social e do interesse de categorias profissionais, conforme se vê do art. 21, §2º, I, CF/67 com a redação da EC n. 01/69, situado dentro do Capítulo V – Do Sistema Tributário Nacional. Com a EC n. 08/77, porém, embora a previsão da competência da União para instituir contribuições tenha permanecido dentro do capítulo atinente ao Sistema Tributário Nacional, houve o acréscimo do inciso X ao art. 43, que cuidava da competência legislativa da União, passando a constar, separadamente, a competência legislativa para dispor sobre tributos, arrecadação e distribuição de rendas (inciso I) e para dispor sobre contribuições sociais (inciso X). Tal foi suficiente para que o STF entendesse que o Constituinte havia entendido não serem, as contribuições, tributos. A Constituição de 1988, por fim, deu-lhes tratamento dentro do Sistema Tributário Nacional e, escoimando qualquer dúvida, estabeleceu que lhes seriam aplicadas limitações constitucionais ao poder de tributar, bem como as normas gerais em matéria tributária (art. 149 com remissão ao art. 146, III)." PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 138, grifo do autor.

[108] DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50.

[109] DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 110-111; DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51; MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 398.

Diante da clareza do Texto Constitucional, a polêmica doutrinária sobre se as contribuições sociais são ou não tributos esmaeceu, restando apenas um interesse especulativo e sem qualquer importância prática[110]. Não se pode perder de perspectiva que a maioria da doutrina considera as contribuições como tributos, reforçando a tese o fato de estarem sujeitas às disposições constitucionais tributárias[111]. Como tributo, as contribuições são uma categoria à parte, nem imposto, nem taxa[112], com critério específico de validação e disciplina inconfundível, e se qualificam, principalmente, pela finalidade que buscam alcançar.[113]

Portanto, resta induvidosa a natureza tributária dessas contribuições, e a identificação da natureza jurídica de qualquer imposição do Direito é importante, pois acaba por definir quais as normas jurídicas aplicáveis.[114]

A Constituição Federal de 1988, art. 149, enumera as causas para a criação das contribuições especiais, que são, portanto, tributo *especial* por ser afetado a finalidades predeterminadas na Constituição Federal de 1988 – seguridade social, intervenção no domínio econômico e interesse de categorias profissionais ou econômicas[115]. Contudo,

---

[110] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 398.

[111] DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51.

[112] No Brasil, a doutrina considerou as contribuições parafiscais como tributo, que nos dizeres de Becker "as contribuições parafiscais não constituem uma natureza jurídica de tributo *sui generis*, mas tributo de natureza mista, porque, em determinados casos, são simples impostos com destinação determinada e, noutros, verdadeiras taxas". Justifica o seu entendimento afirmando que a destinação do tributo, a sua maior ou menor proporção (em relação à base de cálculo) e a posição do sujeito passivo em relação à hipótese de incidência do tributo não exercem qualquer influência sobre a natureza jurídica do tributo. A. Theodoro Nascimento, por sua vez, examinando a contribuição parafiscal sob a égide da EC n. 1/69, considerou-a como *imposto especial* pelas seguintes razões: "Entendemos que no sistema tributário brasileiro a parafiscalidade é imposto especial, *consociativo ou corporativo*, com aquelas características que Sax e Tangorra assinalaram: exigido dos que compõem categorias econômicas e profissionais para custear serviços que atendem necessidades especiais experimentadas pelos grupos aos quais os contribuintes pertencem. A essa categoria tributária que, sobreposta aos impostos gerais, ordinários, atinge grupos profissionais e econômicos que tiram maior proveito de determinados serviços, criados para atender necessidades especiais deles, o legislador brasileiro denominou de *contribuição parafiscal*". ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário.* 11ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 401-402, grifos do autor.

[113] PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 141.

[114] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 398.

[115] DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 110-111; É de bom alvitre frisar que enquanto a CF/88 proíbe a vinculação de impostos a fim determinado (art. 167, IV, com as exceções previstas no próprio dispositivo), as contribuições têm, por essência, sua destinação, com exclusividade, aos fins específicos, o que está previsto na legislação que as institui. Aqui, quem sabe, o mais importante traço de diferença entre contribuições e impostos, pois naqueles não há necessariamente uma contraprestação específica em favor do contribuinte que as satisfaz (ao contrário das taxas). Tome-se como exemplo a contribuição previdenciária a cargo do empregador, mas que será revertida para o empregado. DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 52; DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 114; MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 398.

essas causas não consubstanciam hipóteses de incidência, o que caberá à lei que instituir as contribuições especiais. Importa é que a finalidade justifica a instituição da contribuição especial, como critério de validação constitucional de sua cobrança. O próprio STF já decidiu (RTJ 85/926, 85/701, 92/252, 93/1.217) que as contribuições especiais correspondem a uma modalidade autônoma, ou heterônoma[116], de tributo, com tratamento diferente do dado aos impostos, taxas ou contribuições de melhoria[117].

Pode-se dizer que, no Direito positivo nacional, em face da Constituição Federal de 1988, o conceito de contribuição especial ganhou um elemento importante para a sua formação, principalmente no tocante aos limites do poder de tributar. Segundo o art. 149, as contribuições especiais caracterizam-se pela correspondente finalidade – que induz a idéia de vinculação direta –, e não pela simples destinação do produto da respectiva arrecadação.[118]

Hugo de Brito Machado discorre sobre a finalidade das contribuições especiais:

> Admitir uma espécie de contribuições sociais para cuja instituição bastaria a justificativa de um fim social é um equívoco, pois todo e qualquer tributo tem sempre, ou deve ter, finalidade social, de sorte que a finalidade social não pode ser um elemento capaz de dar qualificação específica a uma contribuição. A finalidade social qualifica o gênero tributo. Não a espécie contribuições. Muito menos uma subespécie de contribuições.[119]

A contribuição especial a que se dará fundamental importância é a COFINS, uma contribuição de seguridade social – e esta também é a sua finalidade –, de regime jurídico bem definido na Constituição Federal de 1988, arts. 195, I, II e III, e §6º, 165, §5º, e 194, § único, VII.[120]

Num primeiro momento, a COFINS era cobrada sobre o faturamento das empresas, sem prejuízo das demais contribuições sociais incidentes sobre a folha de salários e o lucro. Após algum tempo, modificou-se a base de cálculo da COFINS, passando ela a incidir sobre a receita – conceito mais amplo do que faturamento –, e atualmente sobre a receita menos

---

[116] DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 115-116.

[117] ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário.* 11ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 405.

[118] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 397.

[119] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 398.

[120] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 402; ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário.* 11ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 404.

alguns valores[121], diante da não-cumulatividade. Ressalva deve ser feita que esta última forma de cobrança abrange somente algumas pessoas jurídicas, logo há duas bases de cálculo da contribuição que detém pouco de seu feitio limiar: o nome.[122]

A COFINS sofreu inúmeras alterações constitucionais desde a sua criação em 1991, com a Lei Complementar n. 70, e conseqüentemente legais, abrangendo assim diversos aspectos, como base de cálculo, sujeitos passivos, isenções, etc. Com isso, a jurisprudência dos tribunais superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça (STJ) – também sofreu inúmeras modificações ao longo dos anos.[123]

Apesar de as contribuições sociais do art. 195, I, da CF/88 se individualizarem, pelo fato de serem definidas pelas finalidades a que estão predispostas – financiamento da seguridade social, como saúde, previdência e assistência social –[124], não se pode confundir a finalidade com destinação dos recursos no plano fático[125]. As contribuições de seguridade social, como a COFINS, deveriam constituir receita no orçamento da seguridade, de que trata o art. 165, §5º, III, da CF/88.[126]

Contudo, o sujeito ativo das contribuições de seguridade social não precisa ser necessariamente o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), ou seja, a própria União (Tesouro Nacional) pode cobrar o tributo – sujeito ativo –. O STF[127] tem decidido pela

---

[121] A Cofins foi instituída pela Lei Complementar n. 70/91, que extinguiu o Finsocial regulado pelo Decreto-Lei n. 1940/82, e é cobrada sem prejuízo das contribuições para o PIS/PASEP, tem por base de cálculo a receita bruta mensal das pessoas jurídicas (observadas as exclusões do IPI, das vendas canceladas e dos descontos). CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Direito tributário*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 16, p. 53. (Coleção Sinopses Jurídicas)

[122] ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13.

[123] ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 14.

[124] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 155.

[125] PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 140.

[126] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 399.

[127] O entendimento esposado pelo STF vai no sentido de levar o debate para o campo do Direito Financeiro, Direito Administrativo e/ou Direito Penal. Sustenta-se que a regra do art. 165, §5º, CF/88, é de Direito Financeiro, o que denota não poder ser argüido descumprimento do dispositivo legal para ilidir o pagamento do tributo. Se as verbas não tomaram o rumo da finalidade para que foram criadas, a responsabilidade é dos administradores, e portanto eles é que devem ser punidos. Segundo voto (fl. 455 do acórdão, p. 9 do voto) do Ministro Carlos Velloso (no julgamento do RE 138.284-CE, julgado em 01.07.1992, Tribunal Pleno, DJ 28.08.1992, p. 13.456) bastaria, para a instituição da contribuição, que o destino da verba fosse a Seguridade Social, embora notória a destinação dos recursos ao orçamento da União. Mesmo respeitável a decisão do STF, não se pode perder de perspectiva que a CF/88 refere expressamente serem as contribuições instituídas com uma finalidade, sendo o produto da arrecadação vinculado. A finalidade da Cofins é custear a seguridade social, se isso não ocorrer, a validade da cobrança pode ser questionada. Portanto, se não levado em conta um atributo constitucional de validade das contribuições, este é um assunto tributário e não financeiro. ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 15-16; PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 141-142.

possibilidade de cobrança da COFINS pela União, como sujeito ativo, desde que se aplique os recursos em saúde, assistência social e previdência – finalidade –.[128] Assim, pouco importa a destinação dos recursos, ou seja, quem é o sujeito ativo, desde que seja mantida a finalidade da contribuição[129].

Contribuintes da COFINS são as pessoas jurídicas de direito privado, e as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, conforme previu inicialmente o art. 1º, Lei Complementar n. 70/91 e legislação posterior. Segundo o art. 1º, são contribuintes da COFINS "toda pessoa jurídica, ou outra entidade a ela equiparada pela legislação do imposto de renda, que aufira 'receita' através da venda de mercadorias, mercadorias e serviços ou serviços de qualquer natureza (artigo 2º da LC n. 70/91)."[130]

Por sua vez, a legislação esparsa ora exclui, ora inclui (contribuintes) determinadas pessoas jurídicas em razão de certas peculiaridades. A própria Constituição Federal de 1988 sofreu alterações, senão vejamos. A redação do inciso I, art. 195, até a EC n. 20/98, de 16.12.1998, à Constituição Federal de 1988 era: *I – dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.* Após a emenda: *I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre.* Dita alteração ampliou o rol de contribuintes, deixando de ser apenas os empregadores, passando a abarcar empresas e entidades a ela equiparadas na forma da lei[131]. A alteração só ocorreu porque as pessoas jurídicas não-empregadoras também eram cobradas pela exação, porém a Constituição Federal de 1988 não as incluía, o que era inconstitucional. Assim, a partir da emenda, a COFINS pode ser exigida tanto das pessoas jurídicas empregadoras como das não-empregadoras.[132]

Pertinente aos contribuintes da COFINS, tenha-se em mente que o art. 6º, II, da Lei Complementar n. 70/91[133] isentou as sociedades civis de prestação de serviços profissionais

---

[128] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 403.

[129] PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 140.

[130] ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

[131] Analisando o inciso I, do art. 195, CF/88: a) dos empregadores, da empresa e da entidade a ela equiparada (há decisões no sentido de que a expressão empregadores atinge também aqueles que remuneram serviços prestados sem vínculo empregatício); b) da folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que preste serviços, mesmo sem vínculo empregatício (inclui os avulsos e os autônomos); e, c) sobre a receita e o faturamento. CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Direito tributário.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 16, p. 51. (Coleção Sinopses Jurídicas)

[132] ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33-36.

[133] "Art. 6º São isentas da contribuição:

[...]

II – as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 2.397, de 21 de dezembro de 1987." BRASIL. Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991. Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 de dezembro de 1991. Disponível em: ‹www.senado.gov.br/sf/legislação/legisla›. Acesso em: 28 mar. 2005.

relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada – as ditas Sociedades Civis (de advogados, médicos, contadores etc.) – do seu recolhimento, independentemente do regime jurídico do imposto sobre a renda adotado (lucro real ou presumido).

Entretanto, em 1996, a Lei Ordinária n. 9.430, art. 56[134], revogou expressamente a dita isenção. Veja-se que a isenção foi instituída por lei complementar, por outro lado, a revogação deu-se por lei ordinária. A par disso, o fisco passou a exigir dita contribuição.

Conseqüentemente, adentraram no judiciário muitas ações questionando a nova cobrança, baseadas, fundamentalmente, no fato de que lei ordinária não pode revogar assunto disciplinado por lei complementar, em razão da hierarquia das leis, de cunho constitucional.

3.2 A Revogação por Lei Ordinária da Isenção da Cofins para as Sociedades Civis de Profissionais Liberais Instituída por Lei Complementar

O assunto da revogação da isenção da COFINS para as Sociedades Civis de Profissionais Liberais não é estritamente legal, mas tema da suposta hierarquia constitucional de leis. Isto porque, com a nova disposição legal, o debate passou a ser em torno da validade constitucional da alteração da lei complementar através de lei ordinária. Para isso, deve-se levar em conta, principalmente, se a matéria – COFINS – é ou não reservada à lei complementar.[135] De regra, os questionamentos da nova cobrança, basearam-se, principalmente, no fato de que a lei ordinária não pode revogar assunto disciplinado por lei complementar, em razão da hierarquia constitucional das leis.

Partir-se-á da premissa que não há propriamente hierarquia[136] no Sistema Tributário Constitucional entre lei ordinária e lei complementar, mas sim, matérias reservadas à lei

---

[134] "Art. 56. As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991. Parágrafo único. Para efeito da incidência da contribuição de que trata este artigo, serão consideradas as receitas auferidas a partir do mês de abril de 1997." BRASIL. Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 de dezembro de 1996. Disponível em: ‹www.senado.gov.br/sf/legislação/legisla›. Acesso em: 28 mar. 2005.

[135] ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 73.

[136] "Em suma, entendemos que não existe no sistema jurídico brasileiro hierarquia entre as normas legais, uma vez que todas possuem como seu fundamento de validade a Constituição Federal e estão a ela subordinadas diretamente. Existe apenas a reserva da lei complementar, a qual afasta a possibilidade de outros veículos normativos versarem sobre determinadas matérias." RENTZSCH, Cristiane Pederzolli. *Lei complementar em matéria tributária*: a possibilidade de revogação por lei ordinária. In: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: UFRGS, v. 21, p. 119, mar. 2002, semestral. Continuação de: Revista da Faculdade de Porto Alegre, 1949-1974.

complementar e outras tratáveis por lei ordinária[137]. Além de que, o problema não se refere ao simples tema de isenção tributária, o qual não é matéria de reserva da lei complementar, ou melhor, tem cunho residual, podendo ser objeto de lei ordinária[138].

Resta saber se a Cofins, instituída com base no art. 195, I, da CF/88, exigia ou não lei complementar para sua criação. René Bergmann Ávila e Éderson Garin Porto trazem a posição do STF, segundo o qual a contribuição da Lei 7.689, de 15.12.88, é uma contribuição social instituída com base no art. 195, I, da Constituição Federal de 1988, não exigindo, para sua instituição, lei complementar. Apenas a contribuição do §4º do mesmo art. 195 é que exige lei complementar, dado que essa instituição deverá observar a competência residual da União (CF, art. 195, §4º; CF, art. 154, I). Por não estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, da CF/88, porque não são impostos[139], não há necessidade de que a lei complementar defina seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes (CF, art. 146, III, a).[140]

E concluem os doutrinadores:

> Por outro lado, em diversos acórdãos, o Supremo Tribunal Federal já declarou que a criação de contribuições sociais somente exige lei complementar no caso de contribuição prevista no §4º do art. 195 da Constituição Federal: às contribuições previstas nos incisos do *caput* desse mesmo dispositivo, a matéria é de lei ordinária. E a lei complementar, por tratar de matéria de lei ordinária, embora formalmente seja lei complementar, materialmente é lei ordinária. Dessa lógica desenvolvida pelo STF, chega-se à conclusão de que a Lei Complementar n. 70/91 é materialmente lei ordinária, e, por isso, pode ser alterada por outra lei ordinária; no caso, a Lei 9.430/96, que revogou a isenção anteriormente concedida pela Lei Complementar n. 70/91.[141]

---

[137] Conforme Nota de Rodapé n. 110. ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 74.

[138] RENTZSCH, Cristiane Pederzolli. *Lei complementar em matéria tributária*: a possibilidade de revogação por lei ordinária. In: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: UFRGS, v. 21, p. 118, mar. 2002, semestral. Continuação de: Revista da Faculdade de Porto Alegre, 1949-1974.

[139] Diante do art. 146, III, "a", CF/88, que dispõe caber à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária, principalmente sobre definição de tributos e suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na CF, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. O dispositivo deixa evidente que, somente em relação ao impostos discriminados na CF/88, a lei complementar tem competência para determinar o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes. O STF, pelo Pleno, julgamento do RE n. 138.284-CE (RT 143/313), por unanimidade, decidiu que as contribuições sociais não são impostos. Como não são impostos não se aplica a exigência do art. 146, III, "a", CF/88 (Essa também a conclusão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança n. 90.0501681/CE, Rel. Juiz José Delgado, DJ 07.06.1991, p. 13081). ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 73-74.

[140] Conforme Nota de Rodapé n. 6, descrevendo o Recurso Extraordinário n. 138.284-CE, julgado em 01.07.1992, Tribunal Pleno, DJ 28.08.1992, p. 13.456. In: ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 15-16.

[141] ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 74.

Logo, importante é a definição pelo STF da natureza jurídica dos dispositivos da Lei Complementar n. 70/91, qual seja, se a matéria, tratada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido a lei complementar, não seja daquelas para qual a Constituição Federal de 1988 exige essa espécie legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.[142]

No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 150.764-1/PE (Plenário, julgado em 16.12.92, Relator Ministro Marco Aurélio, por maioria – RTJ 147/1024), ratificou-se a idéia de que a lei ordinária pode alterar lei sobre as contribuições do inciso I, art. 195, CF/88. Nessa perspectiva, o RE n. 146.733-9/SP (julgado em 29.06.1992, Relator Ministro Moreira Alves, DJU 06.11.1992, unânime), julgamento do egrégio STF confirmando a desnecessidade da lei complementar para a instituição da contribuição do art. 195, I, da CF/88.[143]

Para René Bergmann Ávila e Éderson Garin Porto, a decisão da Ação Direta de Constitucionalidade n. 1-1/DF também é importante, pois trata especificamente da Cofins, apesar de não se manifestar propriamente quanto à revogação ou não da isenção:

> Veio então a julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 1/DF (STF, Plenário, j. 10.12.92, e 16.12.1992, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 16.06.95). Ao contrário dos acórdãos anteriores, que tratavam de outras contribuições sociais, a ADC 1[144] tratou especificamente da constitucionalidade da COFINS.[145]

---

[142] ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 26.

[143] ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 19.

[144] Veja-se parte do voto do Min. Moreira Alves (item 5), na ADC 1: "Por isso mesmo, essa contribuição poderia ser instituída por Lei Ordinária. A circunstância de ter sido instituída por lei formalmente complementar – a Lei Complementar n. 70/91 – não lhe dá, evidentemente a natureza de contribuição social nova, a que se aplicaria o disposto no §4º do artigo 195 da Constituição, porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída – que são o objeto desta ação –, é materialmente ordinária, por não se tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expresso da Constituição, à lei complementar. A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional n. 1/69 – e a Constituição atual não alterou esse sistema –, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o de lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária. Não estando, portanto, a COFINS sujeita às proibições do inciso I do artigo 154 pela remissão que ela faz o §4º do artigo 195, ambos da Constituição Federal, não há que se pretender que seja ela inconstitucional por ter base de cálculo própria de impostos discriminados na Carta Magna ou igual à do PIS/PASEP (que, por força da destinação previdenciária que lhe deu o artigo 239 da Constituição, lhe atribui a natureza de contribuição social), nem por não atender ela eventualmente à técnica da não-cumulatividade. Ademais, no tocante ao PIS/PASEP, é a própria Constituição Federal que admite que o faturamento do empregador seja base de cálculo para essa contribuição social e outra, como, no caso, é a COFINS. De efeito, se o PIS/PASEP, que foi caracterizado, pelo artigo 239 da Constituição, como contribuição social por lhe haver dado esse dispositivo constitucional permanente destinação previdenciária, houvesse

Apesar de reconhecer a constitucionalidade da COFINS, a revogação ou não da isenção não foi objeto principal do julgamento, mas fez parte do voto de alguns ministros[146], logo, não integra o mérito da ADC n. 1-1/DF, constituindo apenas um *obiter dictum*[147] (tipo "de passagem", referencialmente). Por outro lado, dá uma idéia da posição do STF, caso venha a se manifestar especificamente sobre a matéria.

Assim, a conseqüência do *obiter dictum*, formado pelo STF relativamente à Lei Complementar n. 70/91 ter caráter material de lei ordinária e, formalmente, de lei complementar, é a possibilidade de ela ser modificada, em qualquer um dos seus pontos, por lei ordinária, ou até mesmo medida provisória. Seguindo esta premissa, a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais (TRF)[148] pauta-se por tais alterações.[149] Ex.: TRF 4ª Região, Apelação Cível n. 98.04.01866-7.

Na ADC n. 1-1/DF, conforme voto do Ministro Moreira Alves (p. 123/124), a Lei Complementar n. 70/91 tem apenas o *status* formal de lei complementar, o que não lhe dá a natureza de contribuição social nova, a ser aplicado o §4º, do art. 195, da CF/88. Por isso, é materialmente lei ordinária, fora do campo da reserva à lei complementar. Esse já era o entendimento da Corte, ainda, sob o pálio da emenda n. 1 à Constituição Federal de 1969, a qual a Constituição Federal de 1988 não se afastou.[150]

---

exaurido a possibilidade de instituição, por lei, de outra contribuição social incidente sobre o faturamento dos empregadores, essa base de cálculo, por já ter sido utilizada, não estaria referida no inciso I do artigo 195 que é o dispositivo da Constituição que disciplina, genericamente, as contribuições sociais, e que permite que, nos termos da lei (e, portanto, de lei ordinária, seja a seguridade social financiada por contribuição social incidente sobre o faturamento dos empregadores." ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 22-23.

[145] ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 19.

[146] Trecho do voto do Ministro Sydney Sanches, quando do julgamento da ADC n. 1-1/DF: 'Sr. Presidente, como salientou o eminente Relator, a contribuição questionada foi instituída por lei complementar, quando poderia ter sido por lei ordinária. Na verdade, a lei formalmente é complementar mas substancialmente ordinária.' ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 26.

[147] ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 78-79.

[148] Ex.: 'MANDADO DE SEGURANÇA – CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS – COFINS – ISENÇÃO – ART. 6º, II, LC 70/91 – REVOGAÇÃO – ART. 56, LEI N. 9.430/96 – LEGITIMIDADE – AUSÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE LEI COMPLEMENTAR E ORDINÁRIA – PRECEDENTES – STF –. (TFR 3ª R. – AMS 190460 – (1999.03.99.045529-9) – SP – 4ª T. – Rel. Desa. Fed. Salette Nascimento – DJU 11.04.2003 – p. 362)'; e, 'TRIBUTÁRIO – COFINS – SOCIEDADES CIVIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS REGULAMENTADOS EM LEI – ISENÇÃO PREVISTA NA LEI COMPLEMENTAR N. 70/91 – REVOGAÇÃO PELA LEI ORDINÁRIA – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE RESSALVAS NO ART. 56 DA LEI N. 9.430/96 –. (TRF 5ª R. – AGTR 47368 – (2003.05.00.000701 – 0) – CE – 4ª T. – Rel. p/ o Ac. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel – DOU 17.06.2003 – p. 488).' ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 27.

[149] ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 71.

[150] RENTZSCH, Cristiane Pederzolli. *Lei complementar em matéria tributária*: a possibilidade de revogação por lei ordinária. In: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: UFRGS, v. 21, p. 119, mar. 2002, semestral. Continuação de: Revista da Faculdade de Porto Alegre, 1949-1974.

Apesar do entendimento do STF, o STJ vem se posicionando em sentido contrário, com base na hierarquia constitucional das leis, ou seja, a preponderância da lei complementar sobre a lei ordinária.[151] O caso concreto, reiteradamente discutido pela Corte, refere-se à revogação pela Lei 9.430/96 da isenção da COFINS para as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada (art. 1º, Decreto-Lei n. 2.397/87).

A tanto que editou uma súmula sobre a matéria, a de número 276: "*As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da cofins, irrelevante o regime tributário adotado.*"[152]

Porém, René Bergmann Ávila e Éderson Garin Porto contestam o verbete sumular:

> A edição da Súmula, contudo, gerou muita confusão, em especial porque, antes da sua edição[153], outra discussão paralela foi levada ao STJ. Ocorre que grande parcela dos operadores do direito entederam que a Súmula abrangia também definição do STJ sobre a validade da revogação da isenção (objeto do item 7.3.3 desta obra). A leitura atenta dos acórdãos que geraram a Súmula torna claro que não é o caso: a súmula é restrita à análise dos requisitos da isenção desde a sua edição até a sua revogação, mas não a apreciação da validade ou invalidade da revogação propriamente dita.[154]

A Súmula 276 foi editada diante da discussão gerada pela Receita Federal, que contrariando a obviedade do dispositivo legal, que abrangia toda e qualquer sociedade civil de profissão regulamentada, editou o Parecer Normativo n. 3/94, da Coordenadoria-Geral do Sistema de Tributação, e a Instrução Normativa DRF n. 21/92, passando a exigir requisito não previsto na lei para o gozo da isenção, ou seja, a opção pela tributação na forma prevista no Decreto-Lei n. 2.397/87[155]. Assim, as sociedades que adotassem a tributação com base no lucro presumido ou lucro real do imposto de renda deveriam pagar a contribuição.

---

[151] RENTZSCH, Cristiane Pederzolli. *Lei complementar em matéria tributária*: a possibilidade de revogação por lei ordinária. In: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: UFRGS, v. 21, p. 118, mar. 2002, semestral. Continuação de: Revista da Faculdade de Porto Alegre, 1949-1974.

[152] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 276. Disponível em: ‹www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp› Acesso em: 28 mar. 2005, grifo nosso.

[153] A Súmula foi editada em 02.06.2003 e a isenção revogada em 27.12.1996, pela Lei n. 9.430/96.

[154] ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 73.

[155] "COFINS das sociedades civis de profissões regulamentadas. Isenção. LC 70/91, ART. 6º, II. DL 2.397/87. O art. 6º, II, da LC 70/91 estabeleceu isenção para as 'as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 2.397, de 21 de dezembro de 1987'. O art. 1º do DL 2.397/1987, tratava do imposto de renda devido pelas 'sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País'. O fato de tal isenção ter sido prevista por remissão ao Decreto-Lei 2.397/87 gerou discussões acerca de eventual condicionamento da isenção em função do regime de tributação adotado pela sociedade, eis que o referido DL 2.397/87 fazia referências nessa linha. O Parecer normativo Cosit n. 3/1994 pretendia condicionar a isenção da COFINS ao regime de apuração do IRPJ. Os tribunais, contudo, entederam que a remissão não tinha tal extensão.

Apesar da aparente confusão em torno da súmula, os ministros da 1ª Seção do STJ[156], não aceitam a posição majoritária da doutrina, muito menos do STF, e continuam a não aceitar a revogação da isenção. Assim, ante as decisões do STJ, a União apresenta Reclamações[157] no STF, alegando desrespeito ao julgamento da ADC n. 1-1/DF, e, invariavelmente, sai perdedora, porque, como já dito, a ADC n. 1-1/DF não decidiu sobre a revogação ou não da isenção. Logo, as reclamações esbarram no aspecto processual.

Veja-se no STF, decisão monocrática do Ministro Carlos Velloso[158] (Medida Cautelar na Reclamação n. 2.475/MG, julgada em 19.11.2003, DJU 26.11.2003, p. 32), na qual a União buscava suspender julgamento, da 2ª Turma do STJ, que no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 429.610/MG, disse não estar revogada a isenção concedida pela Lei Complementar n. 70/91 às sociedades prestadoras de serviços, por lei ordinária.

Vejam-se a súmula e os precedentes abaixo. Outra grande discussão diz respeito à validade da sua revogação da isenção prevista na LC pelo art. 56 da Lei 9.430/96. A questão centrava-se na possibilidade ou não de lei ordinária ter revogado a isenção, já estabelecida por lei complementar." PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 517, grifo do autor.

[156] "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – TRIBUTÁRIO – COFINS – SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS – ISENÇÃO RECONHECIDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 70/91 (ART. 6º, II) – REVOGAÇÃO PELA LEI ORDINÁRIA N. 9430/96 – INADMISSIBILIDADE – SÚMULA N. 276. Permitir-se que uma fonte formal de menor bitola possa revogar dispensa do pagamento da COFINS, conferida por lei complementar, resulta em desconsiderar a potencialidade hierarquicamente superior da lei complementar frente à lei ordinária. Nessa linha de raciocínio, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ancorado no magistério dos mestres Miguel Reale e Pontes de Miranda, elucida que 'é princípio geral de direito que, ordinariamente, um ato só possa ser desfeito por outro que tenha obedecido à mesma forma' (cf. *Curso de Direito Constitucional*, 18ª ed., Saraiva, p. 184). 'As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado' (Súmula n. 276/STJ). Embargos de declaração acolhidos. (STJ – ERESP 354.012/SC – 1ª Seção – Rel. Min. Franciulli Netto – j. 10.12.2003 – DJU 15.03.2004, p. 147)". ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80-81; "TRIBUTÁRIO – COFINS – ISENÇAO – SOCIEDADE LIVRE: LC N. 70/91 – REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO PELA LEI N. 9.430, DE 27/12/96. 1. Estabelecida a isenção da COFINS em lei complementar, não é lícita a supressão de favor fiscal por lei ordinária. Recurso especial provido." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 226.062/SC, 2ª Turma. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, julgado em 04 de abril de 2000, Diário da Justiça de 12 de junho de 2000. Disponível em: ‹www.stj.gov.br/webstj/Processo/stjimagem› Acesso em: 24 fev. 2005.

[157] Veja-se trecho do despacho em Reclamação proposta pela União perante o STF, ante decisão da 1ª Turma do STJ, que no julgamento do AG n. 490.277 desproveu agravo regimental, confirmando a isenção da COFINS para as sociedades civis prestadoras de serviços (STF, Reclamação n. 2.517/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgada em 18.12.2003, DJU 25.02.2004, p. 15): "A Fazenda Nacional funda o cabimento da reclamação no julgamento da ADC 1 e no seu conseqüente efeito vinculante. Cita, para respaldar a sua tese, trecho do voto do Ministro Moreira Alves em que se diz expressamente que a Lei Complementar 70/91 possui natureza de lei ordinária. Isso permitiria, conforme ressalta, a revogação da lei complementar por lei ordinária – o que ocorreu, de fato, com a edição da Lei 9.430/96, cujo art. 56 revogou a isenção da COFINS para as sociedades civis de prestação de serviços profissionais, concedida originariamente pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. No caso em apreço, o STJ teria julgado o Agravo Regimental sob o pressuposto de que lei complementar somente pode ser revogada por outra lei complementar. Isso levaria à conclusão de que o art. 56 da Lei ordinária 9.430/96 não poderia ter revogado a norma de isenção do art. 6º, II, da Lei

As decisões proferidas nas Reclamações, contudo, não adentraram no mérito da questão – atendo-se apenas ao aspecto processual – como o fez o Ministro do STF Marco Aurélio, na Reclamação n. 2.613/RS, decisão de 24.05.2004, dizendo, em essência, que, o problema naquela Reclamação é assegurar a competência do STF para o julgamento da matéria decidida pelo STJ, em desfavor da União, ou seja, a questão da vigência dos arts. 6º, II, LC 70/91, e art. 56, Lei 9.430/96, frente à Constituição Federal de 1988, e não de simples revogação. O ministro concedeu liminar na Reclamação, suspendendo os efeitos do julgamento do STJ até o julgamento final, restabelecendo, portanto, acórdão do TRF da 4ª Região. Diz-se, por isso, ser a única Reclamação a adentrar no mérito da questão.[159]

A posição do STF quanto a não exigência da lei complementar para a regulamentação da COFINS, o que dá ensejo a sua alteração por lei ordinária, se coaduna frente as decisões, do próprio tribunal, em assuntos gerais sobre este jaez – competência material de leis e não hierarquia entre lei complementar e lei ordinária –.

As Reclamações que constantemente chegam ao egrégio STF têm por fundamento questão processual, qual seja, querem manter a autoridade da decisão do tribunal na ADC n. 1-1/DF, quando, na verdade, esta não se manifestou materialmente em relação à revogação da isenção da COFINS, a qual constou apenas como *obiter dictum*.

A revogação da isenção da COFINS para as sociedades civis, por lei ordinária, com a devida vênia das decisões do STJ, desafiaria recurso extraordinário, pois diz respeito à obediência ou não das legislações infralegais ao quanto prescreve a Constituição Federal de 1988 e, por outro lado, estaria o STJ usurpando da sua competência, pois não pode tratar de assunto constitucional, como reiteradamente o faz, em sede de Recurso Especial.

Complementar 70/91. Portanto, ainda segundo o reclamante, estaria o STJ desconsiderando o efeito vinculante da ADC 1, onde se teria decidido que a Lei Complementar 70/91 não é uma lei materialmente complementar, mas sim ordinária, podendo ser modificada por lei ordinária posterior. Por fim, pede a concessão de medida liminar para cassar a decisão reclamada. Feito esse breve relatório, passo a decidir. Pretende a reclamante conferir efeito vinculante a trecho do voto do Ministro Moreira Alves na ADC 1. É bem verdade que, no caso, o voto do Ministro Moreira Alves sagrou-se vencedor. Todavia, é certo que o efeito vinculante das decisões em Ações Diretas de Constitucionalidade não abrange os chamados *obiter dicta*, proferidos em votos específicos. No caso da ADC 1, a afirmação do Ministro Moreira Alves de que a Lei Complementar 70/91 possui natureza de lei ordinária é um típico *obiter dictum*. Isso porque, da análise do acórdão da ADC 1, não se percebe a afirmação citada como fundamento determinante da decisão – não alcançando, assim, o efeito vinculante. De fato, tudo leva a crer que o afirmado pelo Ministro Moreira Alves constitui-se um verdadeiro *obiter dictum*. Tanto que o Ministro Carlos Velloso foi expresso em despacho da Rcl 2475: 'O efeito vinculante é da decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade. A decisão proferida na ADC 1/DF, relatada pelo Ministro Moreira Alves, limitou-se a 'conhecer em parte da ação, e, nessa parte, julgá-la procedente, para declarar, com os efeitos vinculantes previstos no §2º do artigo 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional n. 3/93, a constitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 10, bem como da expressão 'A contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei complementar não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social', contida no artigo 9º, e também da expressão 'Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores, àquela publicação, ...', constante do artigo 13, todos da Lei Complementar n. 70, de 30.12.1991' (RTJ 156/722). A decisão, está-se a ver, não assentou ser a Lei

CONCLUSÃO

Inicialmente, sintetizou-se alguns aspectos sobre o processo legislativo brasileiro, mais especificamente sobre a lei, fonte formal por excelência do direito positivo nacional. Constatou-se que a Constituição Federal de 1988 é o ponto de partida de todo o processo legislativo, de onde provém a validade das demais fontes do direito vigente.

No aspecto das fontes legislativas, mereceram destaque a lei ordinária e a lei complementar, concluindo-se, portanto, que as suas principais características são o quórum de votação e campo de atuação, ambos com previsão na Constituição Federal de 1988. Nesta seara, a lei ordinária requer quórum simples para aprovação, ou seja, votos favoráveis de metade mais um, ou primeiro número inteiro após a metade, dos integrantes da sessão legislativa, mas desde que presentes a maioria qualificada ou absoluta dos integrantes da respectiva Casa. Quanto ao campo de atuação, destaque-se o fato de que, quando a Constituição Federal de 1988 refere que tal assunto será tratado por lei, diz-se que esta lei é a lei ordinária.

Em relação à lei complementar, esta para ser aprovada requer quórum qualificado, ou seja, votos de metade mais um, ou primeiro número inteiro após a metade, dos componentes da Casa Legislativa. No aspecto material, a Constituição Federal de 1988 é expressa ao requerer a lei complementar para tratar de determinada matéria, e assim também o faz para os casos em que lei complementar tratará de aspectos gerais de certo assunto.

A partir das diferenças formais e materiais entre lei complementar e lei ordinária, chegou-se até o tema da suposta hierarquia entre as duas espécies normativas, o qual tem

---

Complementar 70/91 lei complementar simplesmente formal. É verdade que, no voto do Ministro Relator isso foi dito (RTJ 156/745). Trata-se, entretanto, de um *obiter dictum*. Também no meu voto expressei *obiter dictum* igual (RTJ 156/752). Assim, pelo menos ao primeiro exame, não vejo configurado o *fumus boni juris* que autorizaria o deferimento da liminar'. Outro motivo impede o seguimento da presente Reclamação. Se é verdade que lei ordinária alterou o disposto na lei complementar no que tange à isenção da COFINS, também é verdade que decisão deste Tribunal na ADC 1 não julgou a alteração da lei complementar, mas a sua constitucionalidade antes da alteração. Ou seja, ainda que o afirmado pelo Ministro Moreira Alves representasse a voz da maioria – e não um *obiter dictum* –, a violação à autoridade do julgamento desta Corte seria, quando muito, indireta, pois não foi objeto de julgamento pelo Tribunal a alteração da lei complementar por lei ordinária posterior e nem se disse que isso deveria ter sido feito. Diante do exposto, e com base no art. 21, §1º do RISTF, nego seguimento à Reclamação." ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 76-78.

[158] Confira-se parte do voto do ministro acima, por René Bergmann Ávila e Éderson Garin Porto: "A decisão, está-se a ver, não assentou ser a Lei Complementar 70/91 lei complementar simplesmente formal. É verdade que, no voto do Ministro Relator isso foi dito (RTJ 156/745). Trata-se, entretanto, de um *obiter dictum*. Também no meu voto expressei *obiter dictum* igual (RTJ 156/752). Assim, pelo menos ao primeiro exame, não vejo configurado o *fumus boni juris* que autorizaria o deferimento da liminar. Do exposto indefiro a liminar." ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 78-79.

[159] ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 79-80.

índole eminentemente constitucional. Conclui-se que não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, no que se refere ao rol do art. 59, da Constituição Federal de 1988. Contudo, o mesmo não se aplica quando a lei complementar serve de validade para a edição da lei ordinária, ou seja, fundamenta esta, havendo, neste caso, hierarquia.

Caso lei complementar trate de matéria para a qual a Constituição Federal de 1988 não requer lei de tal nível, será ela materialmente ordinária e formalmente complementar, vigorando como lei ordinária, mas o contrário não é verdadeiro. Lei ordinária que invadir o campo reservado à lei complementar será inconstitucional.

No aspecto da reserva legislativa surge a COFINS, contribuição para a seguridade social, criada com base no artigo 195, I, da Constituição Federal de 1988, e instituída por lei complementar – Lei Complementar n. 70/91 –. Problema surgiu com a edição da Lei Ordinária n. 9.430/96, a qual, no art. 56, revogou a isenção da COFINS, concedida pela lei complementar, às sociedades civis de profissionais liberais. De bom alvitre frisar que o problema não era sobre a isenção propriamente dita, mas sobre a competência legislativa.

Muito se discutiu se a revogação da isenção envolveria problema de hierarquia de leis, logo, poderia uma lei ordinária revogar assunto disciplinado originariamente por lei complementar. Conseqüentemente, adentraram no judiciário muitas ações questionando a validade da revogação por lei ordinária da isenção concedida por lei complementar. Tenha-se em mente que a COFINS – art. 195, I, CF/88 – não necessitava de lei complementar para ser instituída, e se assim o foi, aquela vigora como lei ordinária, podendo por esta espécie normativa ser modificada. Esta é a posição da doutrina e do Supremo Tribunal Federal.

Sobre a revogação ou não da isenção se pronunciaram as duas mais altas cortes do país, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Contrariando a doutrina e a posição do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, no caso da COFINS, reconhece a hierarquia da lei complementar frente à lei ordinária estivesse ou não a matéria reservada àquela na Constituição, diante do seu processo legislativo mais complexo – quórum –. Salvo melhor juízo, as decisões do Superior Tribunal de Justiça são equivocadas.

Salta à baila, então, que o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Constitucionalidade n. 1-1/DF, apenas reconheceu a constitucionalidade da COFINS, mas em passagens dos votos dos ministros – *obiter dictum* – constou que a lei ordinária poderia revogar a isenção concedida pela lei complementar. A União Federal, então, através da Ação de Reclamação, busca reverter as decisões do Superior Tribunal de Justiça desfavoráveis à revogação da isenção. Invariavelmente, as Reclamações têm por fundamento o desrespeito à Ação Direta de Constitucionalidade n. 1-1/DF, mas como esta não se manifestou no mérito sobre a revogação da isenção, o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, alega que a questão processual de desrespeito à sua decisão é inexistente porque não há decisão definitiva sobre a matéria, e não adentra no mérito.

Contudo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, na Reclamação n. 2.613/RS, em despacho de concessão de liminar para suspender os efeitos da decisão do

Superior Tribunal de Justiça, foi o único a se pronunciar de maneira mais específica sobre o assunto, dizendo que o problema, na verdade, não é de revogação ou não da isenção, mas de validade da Lei Complementar n. 70/91, art. 6º, II, e da Lei Ordinária n. 9.430/96, art. 56, frente à Constituição Federal de 1988. Assim sendo, a matéria desafiaria Recurso Extraordinário e não Reclamação.

Ante os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a falta de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária em outros assuntos, sob o fundamento de haver, na verdade, uma reserva de competência legislativa pela Constituição Federal de 1988 à lei complementar, conclui-se que esta sofre uma queda de *status*, se trata de matéria da alçada da lei ordinária, a qual tem processo legislativo mais simples. E, levando-se em consideração, ainda, a desnecessidade de lei complementar para a instituição da COFINS, somada aos *obter dictum* na Ação Direta de Constitucionalidade n. 1-1/DF, do Supremo Tribunal Federal, entende-se deva ser reconhecida a revogação da isenção para as sociedades civis de profissionais liberais, a partir da Lei n. 9.430/96, art. 56.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*: de acordo com a emenda constitucional n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁVILA, René Bergmann. PORTO, Éderson Garin. *Cofins*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: RT, 1975.

BRASIL. Constituição (1988). In: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada em 05 de outubro de 1988. Antônio Luiz de Toledo Pinto et. al. (col.). 33ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. (Coleção Saraiva de Legislação)

BRASIL. Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991. Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 de dezembro de 1991. Disponível em: ‹www.senado.gov.br/sf/legislação/legisla›. Acesso em: 28 mar. 2005.

BRASIL. Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 de dezembro de 1996. Disponível em: ‹www.senado.gov.br/sf/legislação/legisla›. Acesso em: 28 mar. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 226.062/SC, 2ª Turma. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, julgado em 04 de abril de 2000, Diário da Justiça de 12 de junho de 2000. Disponível em: ‹www.stj.gov.br/webstj/Processo/stjimagem› Acesso em: 24 fev. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 276. Disponível em: ‹www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp› Acesso em: 28 mar. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 407.190/RS. Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 27 de outubro de 2004. In: Informativo 367, STF Disponível em: ‹www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info367.asp›. Acesso em: 28 mar. 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário.* 11ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Direito tributário.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 16. (Coleção Sinopses Jurídicas)

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*: sistema tributário. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de direito tributário.* São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo.* 3ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 25ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES. Alexandre de. *Curso de direito constitucional.* 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004.

RENTZSCH, Cristiane Pederzolli. *Lei complementar em matéria tributária*: a possibilidade de revogação por lei ordinária. In: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: UFRGS, v. 21, p. 113-121, mar. 2002, semestral. Continuação de: Revista da Faculdade de Porto Alegre, 1949-1974.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário.* 11ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

A Penhora On-line na Execução Fiscal através do Sistema Bacen Jud e a Proteção ao Sigilo Bancário do Devedor

Patrícia Vargas Lopes

INTRODUÇÃO

Em 08 de maio de 2001, o Banco Central do Brasil – BACEN, o Conselho da Justiça Federal – CJF e o Superior Tribunal de Justiça firmaram um Convênio de Cooperação técnico-institucional prevendo o acesso pelos magistrados, via *internet*, ao Sistema de Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil, denominado BACEN JUD. Mais tarde, idênticos convênios foram celebrados pelo Banco Central do Brasil com o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal Militar.

Através desse sistema os Tribunais signatários de termo de adesão podem, dentro de suas áreas de competência, encaminhar às instituições financeiras, e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, determinações de bloqueio e desbloqueio de contas, envolvendo pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional, entre outras funções.

Em decorrência da implantação do sistema, firmou-se a possibilidade do juiz efetuar a penhora *on line*[1], com o bloqueio de ativos financeiros dos devedores através de meio eletrônico, junto àquelas instituições.

O presente trabalho se propõe a analisar a compatibilidade da penhora *on line*, através do sistema BACEN JUD, com o direito ao sigilo bancário, prevendo os limites de sua utilização no âmbito da execução fiscal, à luz da legislação aplicável e da jurisprudência pátria.

Para tanto, teceremos breves considerações acerca do direito de sigilo bancário, sua previsão constitucional e infraconstitucional e as principais discussões acerca do tema, que

---

[1] A expressão *on line*, importada da língua inglesa, é ordinariamente utilizada para fazer referência a operações comandadas através da rede mundial de computadores (*internet*).

assumiu especial relevo a partir da edição da Lei Complementar 105, de 10.01.2001. Prosseguiremos o estudo apresentando o sistema BACEN JUD, tema recentíssimo no cenário jurídico nacional, e, portanto, ainda em fase inicial de abordagem pela doutrina.

A seguir, enfrentaremos a disciplina legislativa do assunto em testilha, buscando responder a questão central do presente trabalho, qual seja, se a penhora *on line* configura violação do direito ao sigilo bancário.

Por fim, daremos conhecimento ao tratamento dispensado à matéria, e sua evolução, pelos tribunais pátrios, especialmente o Tribunal Regional Federal da 4ª Região e o Tribunal Regional do Trabalho também da 4ª Região, que têm ocupado papel de vanguarda na orientação jurisprudencial do país.

1 O SIGILO BANCÁRIO E O SISTEMA BACEN JUD

1.1 O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro

Embora a questão envolvendo a proteção do sigilo bancário já tenha sido bastante discutida na doutrina brasileira, cumpre aqui traçarmos algumas breves considerações sobre a matéria, especialmente debatida nos últimos tempos em razão da edição da Lei Complementar 105/2001.

Sigilo bancário é o dever que têm as instituições financeiras de não revelar informações acerca de operações financeiras e dados bancários relativos a seus clientes a que tiveram acesso em razão da atividade bancária (natureza obrigacional), bem como o direito dos clientes em ter protegidos pelos bancos seus dados financeiros.

No ordenamento jurídico brasileiro, a origem mais remota acerca do sigilo de informações pessoais nos remete à Constituição de 1824, que previa em seu art. 179 a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, mencionando especificamente o segredo das cartas[2].

A Constituição Republicana de 1891 e, posteriormente, a Constituição de 1934 mantiveram disposições similares, protegendo a sigilo da correspondência. A Constituição de 1937 continuou assegurando o sigilo das cartas, mas acentuou que a inviolabilidade poderia ser excepcionada por lei. Da mesma forma o fez a Constituição de 1946. Já na Constituição de 1967, bem como na Emenda Constitucional 01, de 1969, o legislador assegurou o sigilo da correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

---

[2] Assim dispunha o art. 179 da Constituição de 1824: "A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: XXVII: O Segredo das Cartas é inviolável. A administração do correio fica rigorosamente responsável por qualquer infracção deste Artigo (...).

Foi na Constituição de 1988, cujo fundamento é o Estado Democrático de Direito e tem como pilar fundamental a dignidade da pessoa humana, que restou explícita a proteção à intimidade e à vida privada, assim como a inviolabilidade da comunicação de dados e do segredo profissional, diante da consagração dos direitos e garantias individuais.

O art. 5º, incisos X , XII e XIV, estabelece que:

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
> X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
> (...)
> XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
> (...)
> XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.
> (...)"

Embora não haja disposição expressa consagrando o sigilo bancário[3], tanto a doutrina como a jurisprudência afirmam que na conjugação desses incisos inclui-se o direito de sigilo bancário, erigindo-o a status de direito individual fundamental, seja por um ou por outro fundamento.

A orientação dominante no Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, previstas no inc. X do art. 5º da Constituição Federal, são espécies do gênero privacidade, aí incluído o sigilo bancário.

O Pretório Excelso afasta o entendimento de que o sigilo bancário teria amparo no inc. XII do art. 5º da Constituição Federal porque tal dispositivo trata especificamente da violação

---

[3] " Como se pode perceber da leitura (* do art. 5º X, XII e XIV), o texto constitucional contempla os sigilos da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados, das comunicações telefônicas e o sigilo profissional, não expondo os sigilos bancário e fiscal de maneira expressa, razão pela qual sua percepção em hierarquia constitucional depende de um esforço interpretativo". TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Martin. A proteção da Privacidade. Aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2005, p. 91.

da comunicação de dados, isto é, da interceptação da transmissão de informações por meio eletrônico, independentemente da sua natureza, mas não do registro dos dados em si.[4] A esse propósito, leciona José Paulo Baltazar Júnior, em recente obra publicada sobre o tema:

> "Afasta-se aqui a tentativa de fundamentar o sigilo financeiro no inciso XII do art. 5º da Constituição, que trata das comunicações de dados, e não de dados, que não estão, por si, cobertos por sigilo, mas encontram-se protegidos enquanto objeto de correspondência ou de comunicação. Tanto é assim que se admite a intercepta apenas no caso de comunicação telefônica, em virtude de sua instantaneidade."[5]

Há vozes que também entendem que o direito ao sigilo estaria respaldado pela proteção ao sigilo profissional contida no inc. XIV do art. 5º da Constituição Federal, já que o dever de guarda de informações financeiras imposto às instituições bancárias é o mesmo que se impõe a outros profissionais, detentores de informações relacionadas à intimidade do indivíduo, decorrentes da relação de confiança que se estabelece entre cliente e instituição, tal como entre médicos e pacientes. O ilustre tributarista Hugo de Brito Machado entende que o sigilo bancário é uma forma de sigilo profissional, sendo este uma garantia de ordem pública, cuja violação está capitulada como crime.[6]

Com essas breves anotações, vê-se que o direito ao sigilo bancário constitui direito fundamental amparado pelo art. 5º da Carta Magna e, por conseguinte, protegido por cláusula pétrea, consoante o disposto no art. 60, §4º, da Constituição Federal.

Todavia, mesmo se tratando de direito fundamental, o direito ao sigilo não é um direito absoluto, podendo ser relativizado, desde que respeitados os princípios orientadores da ordem constitucional brasileira. Trata-se, por certo, de direito inabolível, mas que pode sofrer limitações regulamentadas por lei.

Sobre o tema, Alexandre de Moraes no ensina que:

> "os sigilos bancário e fiscal são relativos e apresentam limites, podendo ser devassados pela Justiça Penal ou Civil, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e pelo Ministério Público, uma vez que a proteção constitucional do sigilo não deve servir para detentores de negócios não transparentes ou de devedores que tiram proveito dele para não honrar seus compromissos."[7]

---

[4] Conforme o magistério do Ministro Sepúlveda Pertence, ao apreciar o MS 21.729-4/DF: "(...) Da minha leitura, no inciso XII do art. 5º da Lei Fundamental, o que se protege é a comunicação de dados e não os dados, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse.(...)"

[5] BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 62-63.

[6] MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. Repertório IOB de Jurisprudência nº 09/2001. Caderno 1.

[7] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004

O Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Constituição, também em diversas oportunidades já asseverou que o direito ao sigilo bancário não é absoluto, devendo ceder quando o interesse público se fizer presente. Nesse sentido, manifestou-se nos Recursos Extraordinários nº 71.640-BA e 219.780-PE, cujos acórdãos foram assim ementados:

> Sigilo Bancário. As decisões na instância ordinária entenderam que em face do Código Tributário Nacional o segredo bancário não é absoluto. Razoável inteligência do direito positivo federal, não havendo ofensa ao disposto no art. 153 par. 2, da Lei Magna, nem tão pouco negativa de vigência do art. 144 do Código Civil. O objetivo do writ era afastar a exigência de apresentação de fichas contábeis, ao fundamento de violação de sigilo bancário. Inocorrência de dissídio jurisprudencial. Recurso Extraordinário não conhecido.(STF, RE 71.640-BA, Rel. Min. Djaci Falcão, DJ 12/11/1971)
> Constitucional. Sigilo Bancário: quebra. Administradora de Cartões de Crédito.. CF, art. 5º, X. I. - Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege art. 5º, X, não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional. II. - R.E. não conhecido. (STF, RE 219.780-PE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10/09/1999).

De fato, o direito ao sigilo é passível de limitações. Segundo Paulo José da Costa Júnior[8], embora assegurada a proteção à privacidade, as exigências da vida em comum fazem com que o homem tenha de aceitar restrições na sua esfera privada, seja por imposição do próprio Estado, seja pelas esferas pessoais dos demais indivíduos. Adotando a metáfora utilizada por Eduardo Didonet Teixeira e Martin Haeberlin, o pequeno universo do segredo de que se reveste a vida privada de cada indivíduo pode ser visto como uma "fortaleza": "há na fortaleza, uma simples e singela porta, que pode ser facilmente aberta desde que com a chave certa, pela pessoa certa." [9]

A relativização do direito ao sigilo passa ainda pela ponderação de outros princípios insculpidos na Constituição Federal de 1988. São eles os princípios da supremacia do interesse público, da igualdade de tratamento tributário e de justiça social e fiscal.

---

[8] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela pena da intimidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970 apud TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Martin. A proteção da Privacidade. Aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2005

[9] TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Martin, op. cit., p. 95.

Seguramente, o legítimo interesse público deve prevalecer em relação à proteção da privacidade. Não se trata aqui de simples curiosidade, mas sim de motivo relevante para acesso às informações financeiras reveladoras de riqueza e potencialmente identificadoras de manifestações econômicas tributáveis e de ilícitos penais. Embora o conceito do que se constitui "interesse público" para muitos seja um conceito jurídico de natureza indeterminada, tal não pode ser um obstáculo à sua utilização. Daí a importância de que os operadores do direito tenham suficiente prudência e razoabilidade para fazer o exame de ponderações de princípios para atingir a melhor e mais adequada solução ao caso concreto.

Nesse contexto, não se poderia deixar de invocar o princípio da proporcionalidade como forma de solucionar de modo adequado a colisão de direitos fundamentais que aqui se faz presente. Justifica-se a limitação da privacidade financeira do indivíduo em face do interesse público que se verifica na arrecadação de tributos que revertem para toda sociedade? Entendemos que sim, mas na exata medida em que a restrição à privacidade não ultrapasse os limites do razoável e do necessário, o que deverá ser examinado casuisticamente. Por exemplo, quando há fortes indícios de que determinado indivíduo esteja praticando crime de sonegação fiscal ou de lavagem de dinheiro, sendo imprescindível a averiguação da sua movimentação financeira, o direito fundamental à privacidade deve ceder em nome do interesse público e da justiça.

Reconhecendo o direito fundamental à vida privada como princípio, e sua possibilidade de relativização, sem que isso afete sua integridade, com suporte no princípio da proporcionalidade na conformação da Constituição, comenta com propriedade José Paulo Baltazar Júnior que:

> "Seja diante do direito à informação (CRFB, art. 5º, inciso XIV), da moderna criminalidade de colarinho branco, da preservação da moralidade pública (CRFB, art. 37, *caput*) ou da capacidade contributiva (CRFB, art. 145§1º), há, muitas vezes, necessidade de uma violação ou quebra do princípio de exclusividade que informa a proteção da vida privada para assegurar a liberdade de imprensa, a identificação de contribuintes ou fatos geradores e a identificação do fato criminoso e de sua autoria. Em verdade, o crescimento da preocupação com a preservação da vida privada é acompanhado pela pretensão dos poderes públicos e outras forças sociais em conhecer o que se passa na esfera privada.
>
> Deve ainda ser dito que a restrição do direito fundamental à vida privada, possível na medida em que inexiste direito absoluto se dará, as mais das vezes, em virtude do conflito com interesse coletivo, que poderá prevalecer em contraponto ao estrito interesse individual. (...)

> Assim é que se impõe, em alguns pontos, fazer uma relativização dessa proteção da vida privada. Essa ponderação não pode ser feita de outra forma que não seja por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, objeto do item seguinte."[10]

Observe-se que o art. 145, §1º, da Constituição Federal, defere à Administração Tributária a faculdade de "identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

Por óbvio que o respeito aos direitos individuais, aí incluído o sigilo bancário, não pode ser invocado como óbice à essa atribuição constitucional. Fosse assim, então, o dispositivo constitucional seria totalmente esvaziado.

O art. 150, inc. II, da Carta Magna, também reforça esse entendimento ao estabelecer que fica vedada a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. A igualdade tributária somente pode ser tutelada se forem dados ao Fisco instrumentos de fiscalização hábeis à verificação da compatibilidade entre patrimônio (aí incluídas as movimentações financeiras) e rendimentos.

Vistos os fundamentos constitucionais pertinentes à proteção do sigilo bancário, cumpre referir que, no âmbito infraconstitucional a matéria vem sendo disciplinada há longa data.

O primeiro instrumento normativo que previu a inviolabilidade dos livros de escrituração mercantil foi o Código Comercial de 1850. Posteriormente, a Lei 4.595/64, em seu art. 38, consagrou o sigilo das operações bancárias e serviços prestados, já prevendo a quebra excepcional por agentes fiscais, *in verbis*:

> Art. 38 . As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.
> (...) §5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente."

Embora existissem discussões sobre a amplitude dos termos "processo instaurado" e "autoridade competente", uns entendendo que se trataria de processo administrativo instaurado e autoridade administrativa competente e outros entendendo que se trataria de processo judicial e autoridade judiciária, acabou por prevalecer a última posição na jurisprudência, que sedimentou entendimento no sentido de que a quebra de sigilo bancário somente poderia ser exercida mediante autorização do Poder Judiciário[11], posição que prevalece até hoje nos tribunais.

---

[10] BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo, op. cit. p. 45-46.

[11] Essa foi a linha adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstra o seguinte precedente a título ilustrativo: Tributário. Sigilo Bancário. Quebra com base em procedimento administrativo-fiscal. Impossibilidade. O sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal,

Posteriormente, o Código Tributário Nacional também cuidou da matéria no art. 198, assim dispondo, em sua redação original:

> Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.
> Parágrafo único. Excetuam-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça.

Adveio, então, a Lei 8.021/90, que em seu art. 8º trouxe a possibilidade de requisição de informações sobre operações financeiras de contribuintes pela autoridade fiscal, independentemente de autorização judicial. Deve-se aqui registrar que o Plenário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao apreciar a constitucionalidade do art. 8º da Lei 8.021/90, em face do art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal, rejeitou, por maioria de votos, o incidente de Argüição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 95.04.44243-9/SC, extraindo-se de sua ementa o seguinte trecho:

> " (...) 2. Ainda que se pudesse entender que o art. 8º da Lei nº 8.021/90 tenha extrapolado o limite estabelecido pela Lei Complementar nº 4.595/64, o Código Tributário Nacional, em seu art. 196, II, estabelece que os bancos são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros. Desnecessária, assim, a prévia autorização judicial.
> 3. As informações sobre o patrimônio das pessoas não se inserem nas hipóteses previstas pelo art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, porquanto o patrimônio não se confunde com a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem.(...) [12]

Com a edição da Lei Complementar 104/2001, foi dada nova redação ao art. 198 do CTN, que passou a ter o seguinte teor:

---

por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (art. 5, inciso X). Por isso, cumpre as instituições financeiras manter sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente a movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados. Observadas tais vedações, cabe-lhes atender as demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscritas por autoridade administrativa competente. Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei. Interpretação integrada e sistemática dos artigos 38, parágrafo 5., da Lei N. 4.595/64 e 197, inciso II e parágrafo 1. do CTN. Recurso improvido, sem discrepância. (RESP 37566 / RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 02/02/1994)

[12] A íntegra do Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade na AMS nº 95.04.44243-9 está disponível na Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nº 29, Porto Alegre, 1998, p. 357-371.

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.
§ 1o Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:
I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;
II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.
§ 2o O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.
§ 3o Não é vedada a divulgação de informações relativas a:
I – representações fiscais para fins penais;
II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;
III – parcelamento ou moratória.

Sobreveio, por fim, a tão criticada Lei Complementar 105/2001, que passou a disciplinar o sigilo das operações financeiras, dando azo à interposição de ações diretas de declaração de inconstitucionalidade[13], ainda não examinadas pelo Supremo Tribunal Federal.

As críticas dirigem-se especialmente à disposição contida no art. 6º[14], que prevê o acesso pelas autoridades administrativas às contas de depósitos bancários e aplicações financeiras, independentemente de autorização do Poder Judiciário. Afirma-se que a Lei Complementar 105/2001 afronta o princípio da separação dos poderes, bem como o princípio da reserva da jurisdição, afastando o Poder Judiciário de função que lhe é constitucionalmente outorgada e legitimando o princípio da autotutela. Haveria comprometimento na imparcialidade, pois a Administração pauta-se pela discricionariedade.

---

[13] São elas as ADINs 2386, 2397, 2390, 2406 e 2389, todas apensadas. O Procurador-Geral da República já ofereceu parecer, manifestando-se, no mérito, pela constitucionalidade dos arts. 3º, §3º, 5º e 6º da LC 105/2001; do art. 1º, na parte que altera o art. 98 da Lei 5.172/66 e lhe acrescenta o inciso II e o §2º, da LC 104/2001; do §2º do art. 11 da Lei 9.311/96; e do art. 1º da Lei 10.172/2001, na parte que introduz o §3º ao art. 11 da Lei 9.311/96.

[14] Art. 6º da Lei Complementar 105/2001: Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Os argumentos em contrário residem em defender que a Lei Complementar 105/2001 assim como seu decreto regulamentador, Decreto 3.724/2001, passam pelo exame de constitucionalidade porque preservam a intimidade e a privacidade do indivíduo fiscalizado, restringindo as hipóteses legais de quebra de sigilo e a competência para fazê-lo, além de submeter os agentes públicos a controle administrativo e responsabilidade penal, civil e administrativa. Ao submeter a norma ao exame de ponderação de princípios, argumenta-se que os princípios da preservação da privacidade devem ceder frente ao princípio da igualdade no tratamento tributário e ao ideal de justiça social e fiscal. Afirma-se, ainda, que a lei não prevê exatamente a quebra do sigilo bancário, mas sim a sua conversão em sigilo fiscal, já que as informações permanecem de caráter sigiloso para o Fisco, ficando a Administração como verdadeira depositária fiel dos dados. Dando suporte a tais afirmações, invoca-se o direito comparado, asseverando-se que a tendência mundial é a flexibilização do sigilo bancário frente ao Fisco. À exceção dos países denominados paraísos fiscais, inúmeros Estados têm legislação que dá acesso automático à movimentação financeira dos correntistas à Fiscalização Tributária. É o caso da Espanha, da França, da Bélgica, da Inglaterra, da Hungria e da Turquia.[15]

Defende-se, ainda, que a quebra do sigilo bancário pela Administração é viável em razão dos princípios de presunção de legitimidade e da auto-executoriedade dos atos de polícia administrativa. Considera-se que todos esses atos estão sujeitos a controle jurisdicional em caso de lesão ou ameaça a direito, bem como na hipótese de abuso de autoridade, mas que tal controle deve ser *a posteriori*, através dos instrumentos constitucionais próprios, preservando-se a função típica do Poder Judiciário, que é a função jurisdicional.

Defendendo a constitucionalidade da LC 105/2001, José Paulo Baltazar Júnior conclui que:

> "Em suma, nossa posição é pela inocorrência de inconstitucionalidade na autorização dada pela LC nº 105/01, de acesso direto a informações financeiras por parte de autoridades administrativas fazendárias, independentemente de autorização judicial, desde que obedecidos os parâmetros estabelecidos pela própria Lei Complementar e pelas normas regulamentadoras. Não havendo, no caso, reserva de jurisdição, nem vislumbrando violação dos princípios do devido processo legal e da proporcionalidade, os dispositivos da LC ora comentados não padecem de vício de inconstitucionalidade."[16]

Tais são, em linhas gerais, o arcabouço legislativo apresentado de forma cronológica e as principais discussões que envolvem a proteção ao sigilo bancário no Brasil. Resta-nos saber se essa disciplina conflita com a penhora *on line* via sistema BACEN JUD, que a seguir apresentaremos.

---

[15] Para detalhes sobre o sigilo bancário no direito comparado, verificar estudo elaborado por FOLMANN, Melissa. Interpretação constitucional principiológica & sigilo bancário. 1ª edição. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 89 e seguintes.

[16] BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. op. cit. p. 162.

1.2 A penhora on line através do sistema BACEN JUD: características e fundamento legal

A penhora é, antes de tudo, ato executivo que afeta bens do devedor aptos a satisfazer o direito de crédito do credor. A definição clássica de penhora de Liebman é a seguinte:

> "A penhora é o ato pelo qual o órgão judiciário submete a seu poder imediato determinados bens do executado, fixando sobre eles a destinação de servirem à satisfação do direito do exeqüente"[17].

Para Araken de Assis, a penhora se define por ato executivo dotado de eficácia satisfativa, que afeta determinado bem à execução, permitindo sua ulterior expropriação, e tornando os atos de disposição de seu proprietário ineficazes em face do processo.[18]

Tais definições aplicam-se tanto à penhora no âmbito da execução civil como no âmbito da execução fiscal. Aliás, convém lembrar que a própria lei de execução fiscal, Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, dispõe que a execução judicial da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias será regida subsidiariamente pelo Código de Processo Civil.

Pois bem. O artigo 591 do Código de Processo Civil assenta expressamente a responsabilidade patrimonial do devedor ao dispor que "o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei."

Já o artigo 655 do CPC dispõe que incumbe ao devedor, observar a seguinte ordem ao proceder à nomeação de bens à penhora:

> Art. 655. Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem:
> I - dinheiro;
> II – pedras e metais preciosos;
> III – títulos da dívida pública da União ou dos Estados;
> IV – títulos de crédito, que tenham cotação em bolsa;
> V – móveis;
> VI – veículos;
> VII – semoventes;
> VIII – imóveis
> IX – navios e aeronaves;
> X – direitos e ações.

---

[17] LIEBMAN, Enrico Tulio. Processo de Execução, São Paulo: 1946 apud BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Curso de Processo Civil. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

[18] ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. 5ª edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1998.

Na mesma linha, a Lei de Execuções Fiscais, em seu artigo 11, possui disposição semelhante.

Tanto no Código de Processo Civil quanto na Lei de Execuções Fiscais, observa-se que o dinheiro figura em primeiro lugar na ordem de bens sujeita à penhora. Aliás, em recente acórdão emanado do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, nos autos do mandado de segurança nº 01882-2004-000-04-00-0, publicado em 13/10/2004 e cuja relatoria coube a Juíza Cleusa Regina Halfen, colhemos, a esse respeito a seguinte argumentação:

> (...) Ressalta-se, por oportuno, que a penhora de dinheiro é a forma menos onerosa de execução, tanto que é este bem o primeiro na ordem de preferência, estabelecida no art. 655 do CPC, de observância impositiva em relação ao devedor, tanto que o art. 656, do mesmo diploma, preconiza que a nomeação será ineficaz, "salvo convindo o credor". Logo, somente o credor poderá preterir a ordem legal estabelecida. Como bem preleciona Manoel Carlos Toledo Filho, *"É intuitivo que a penhora em dinheiro será quase sempre, para o devedor, de imediato, mais onerosa. Dinheiro pode transformar-se em bens; já a recíproca não é necessariamente verdadeira. Logo, levando-se ao extremo a regra prevista pelo artigo em comento, não se penhoraria dinheiro de ninguém, transformando-se em letra morta o inc. I do art. 655 do CPC"* (*in* Penhora em Dinheiro - Artigo 620 do CPC - Mandado de Segurança, Revista Síntese Trabalhista, nº 131, maio de 2000, p. 06). (...)

Importante frisar, ainda, que, no âmbito da execução fiscal, a penhora pode ocorrer mediante nomeação espontânea de bens pelo devedor (art. 9º, inc. III, da Lei 6.830/80), obedecida a ordem legal, ou mediante coerção, via oficial de justiça (art. 10 da mesma lei), em que poderá recair sobre qualquer bem do executado, ressalvados os absolutamente impenhoráveis.

A penhora de coerção é a mais comum e se dá através de oficial de justiça, mediante indicação de bens pelo credor, em face da inércia do executado em oferecer bens à penhora. Ou seja, em que pese se tratar de penhora forçada, não há surpresa para o devedor, que já fora citado anteriormente e já tivera oportunidade para oferecer bens em penhora, tudo nos termos dos artigos 652 e seguintes do CPC e artigo 7º da Lei 6.830/80.

Não raras vezes, no entanto, o prosseguimento da execução esbarra na impossibilidade de localizar bens disponíveis à penhora, seja porque já se esgotaram os meios ordinários de localização de bens (diligências no DETRAN, Registro de Imóveis, etc), seja porque o devedor propositalmente tenta ocultar seu patrimônio.

Nesse contexto, e diante da evolução tecnológica operada nos últimos anos, construiu-se o que se denomina hoje a penhora *on line*, como forma de agilizar o processo executivo e dar-lhe maior efetividade.

A penhora *on line* foi concebida através do sistema BACEN JUD, com a celebração de um convênio de cooperação técnico-institucional entre o Banco Central do Brasil, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho de Justiça Federal, firmado em 08 de maio de 2001, bem como entre o Banco Central do Brasil e o Tribunal Superior do Trabalho, firmado em 05 de março de 2002, prevendo o acesso pelos magistrados, via *internet*, ao Sistema de Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil, mediante senha pessoal criptografada e intransferível, os quais poderão solicitar informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras, assim como determinar o bloqueio ou desbloqueio de contas e comunicar a decretação e extinção de falências, relacionadas a pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional.

Consta do parágrafo único, cláusula primeira, do aludido convênio, relativo ao seu objeto:

> Cláusula Primeira – (...)
> Parágrafo único – Por intermédio do sistema BACEN JUD, o STJ, o CJF e os Tribunais signatários de Termo de Adesão, poderão, dentro de suas áreas de competência, encaminhar às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN, solicitações de informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras, determinações de bloqueio e desbloqueio de contas e comunicações de decretação e extinção de falências envolvendo pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional, bem como outras solicitações que vierem a ser definidas pelas partes."

Tal prática veio agilizar a prestação de informações diariamente solicitadas às instituições financeiras através de ofícios do Poder Judiciário, bem como as ordens de bloqueio e desbloqueio de contas.

Conforme informação obtida no sítio oficial do Banco Central do Brasil (www.bcb.gov.br), o BACEN recebe em média seiscentas solicitações diárias de informações enviadas por papel, o que gera volume considerável de trabalho de triagem, classificação e reenvio dos pedidos à rede bancária, e cerca de duas mil ordens diárias via eletrônica. Com o sistema BACEN JUD é o próprio juiz que preenche um documento eletrônico na *internet*, transmitindo com segurança os dados diretamente aos bancos, que cumprem as ordens e retornam as informações solicitadas com maior racionalidade, agilidade e economia.

O sistema vem, na realidade, atender a anseio dos credores, sejam eles públicos ou privados, e do próprio Poder Judiciário, que recebia inúmeros pedidos de ofícios do Fisco, conforme comenta o Juiz Federal Heraldo Garcia Vitta na obra Execução Fiscal doutrina e jurisprudência, ao abordar a expedição de ofícios ao Banco Central, de onde transcrevemos o seguinte excerto:

> O que nos figura inconveniente é o pedido, feito pelo credor, para que o juízo oficie ao Banco Central do Brasil, visando à localização de conta bancária do devedor. A diligência é dispendiosa e de difícil cumprimento. Abarrota os

> Cartórios com a expedição de ofícios de longa tramitação e não se coaduna com o "interesse público" que deve haver para a diligência determinada pelo Judiciário. Excepcionalmente, a expedição de ofício à Receita Federal ou à determinada instituição bancária tem reflexos positivos, em especial nos casos em que os responsáveis tributários (art. 135 do CTN) escondem seus bens.[19]

A utilização do sistema, no entanto, ainda é restrita, mas vem aumentando dia após dia. Segundo informações divulgadas pelo Banco Central em seu sítio oficial, no ano de 2004 foram emitidas, via BACEN JUD, 467 mil ordens judiciais, sendo que 94% delas oriundas da Justiça do Trabalho, e o restante dividido entre a Justiça Federal (2%) e a Justiça Comum (4%). Em papel, no ano de 2004 foram aproximadamente 116.000 ordens judiciais, sendo 28.174 oriundas da Justiça do Trabalho, 86.920 emanadas da Justiça Comum e apenas 1000 vindas da Justiça Federal. Tais números nos evidenciam que as Justiças Federal e Comum ainda estão recalcitrantes ao uso do sistema BACEN JUD, mas isso não quer dizer que tais justiças não façam uso do serviço, só que ainda de forma manual, através da sistemática de envio de ofícios.

Esse receio no uso do sistema reflete-se nas decisões judiciais, conforme demonstraremos no capítulo final desse trabalho.

É necessário frisar que a Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, estabeleceu o rito procedimental da execução fiscal, bem como normas de direito material. Dita lei retratou as necessidades daquela época, mas não acompanhou a evolução tecnológica operada nos últimos anos.

Assim, embora ali não haja previsão legal específica tratando da penhora eletrônica, verifica-se que a Lei 6.830/80 também não impõe óbice nenhum a que a penhora se efetive desse modo. Enquanto antigamente o juízo emitia ofício determinando o bloqueio de determinada quantia depositada em estabelecimento bancário, agora o sistema BACEN JUD permite que a operação se dê de modo instantâneo. A penhora do dinheiro é a mesma prevista no art. 11, inc. I, da Lei de Execuções Fiscais, houve apenas a mudança do *modus operandi*, com considerável ganho de tempo.

Saliente-se que o anteprojeto da nova Lei de Execuções Fiscais está na pauta de discussões do Congresso Nacional e foi recentemente submetido à consulta pública, nele já estando prevista a possibilidade de prática e comunicação de atos processuais por meio eletrônico, dando aos tribunais a competência para disciplinar a matéria[20].

A tendência é, portanto, no sentido de agilizar os atos processuais através de recursos de informática, que se tornam muito menos onerosos para o Estado e trazem consigo a possibilidade efetiva de satisfação do crédito.

---

[19] ALVARES, Manoel et al. Execução Fiscal, Doutrina e Jurisprudência. Coordenação Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 242-243.

[20] Segundo art. 16 do Anteprojeto de Lei de Cobrança da Dívida Ativa: Art 16 Os tribunais , no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação dos atos processuais por meios eletrônicos.

Recentemente, com a publicação da Lei Complementar 118, de 09/02/2005, que instituiu o art. 185-A ao CTN, com vigência a partir de 09/06/2005, pode-se afirmar que a penhora *on line* através do BACEN JUD ganhou suporte legal. O dispositivo legal é inequívoco ao determinar ao juiz a decretação de indisponibilidade de bens e direitos, comunicando às autoridades supervisoras do mercado bancário, preferencialmente por meio eletrônico, quando o devedor tributário citado, não efetuar o pagamento nem nomear bens à penhora no prazo legal. Vejamos o novo texto do art. 185-A do CTN, acrescido pelo art. 2º da LC 118/2005:

> "Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.
> § 1º A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite.
> § 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido."

A partir da vigência do art. 185-A do CTN, não se poderá mais recusar a aplicação da penhora *on line* com fundamento na inadequação do instrumento – convênio - como veículo dessa sistemática, o que é invocado por alguns operadores do direito como empecilho à sua adoção, já que existirá norma geral de direito tributário regulando a questão.

Acrescente-se, por oportuno, que nem toda aplicação financeira é passível de penhora. Há que se preservar as verbas de natureza alimentar, tais como salários, proventos de aposentadoria e pensões. Não se incluem na restrição à penhora os valores depositados em poupança ou em aplicações financeiras, ainda que tenham origem nos salários recebidos, perdendo tal natureza porque sobejaram, mês-a-mês, o necessário à subsistência familiar.[21]

---

[21] Nesse sentido foi proferido acórdão pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, assim ementado: MANDADO DE SEGURANÇA. BLOQUEIO DE NUMERÁRIO EM CONTA BANCÁRIA. Em princípio, inexiste ilegalidade ou abuso de poder na ordem de bloqueio, ou penhora, de numerário. Aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 60 da SDI-2 DO c. TST. Todavia, dada sua natureza alimentar, os salários, são absolutamente impenhoráveis, "salvo para pagamento de prestação alimentícia", nos termos do art. 649, inciso IV, do CPC. Constatando-se que os salários do impetrante, servidor público, são depositados na conta corrente na qual procedeu-se ao bloqueio de numerário, tem-se por impenhorável o valor procedente do depósito do salário pago ao impetrante no mês de abril/2004. Já os valores aplicados em fundos de investimentos ou poupança, mesmo que tenham origem nos salários recebidos, perdem tal natureza, pois que sobejaram, mês a mês, o necessário à subsistência familiar. Segurança concedida, em parte, confirmando a liminar deferida. (MS 01882-2004-000-04-00-0, Rel. Juíza CLEUSA REGINA HALFEN DJ 13/10/2004).

Note-se que o usuário (juiz) emite ordem de bloqueio do valor necessário à garantia da dívida, sendo que sua incidência ocorrerá somente sobre o saldo livre e disponível no dia da efetivação do bloqueio, sem considerar quaisquer limites de crédito (cheque especial ou crédito rotativo, por exemplo).

Convém ainda salientar que a penhora *on line* não conflita com o princípio da menor onerosidade da execução para o devedor, enunciado no art. 620, caput, do CPC, assim redigido:

> Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Segundo tal princípio, a utilização do meio mais gravoso só é possível quando, tentados todos os meios menos gravosos, ainda assim tiver restado frustrada a execução.

A adoção do sistema BACEN JUD se conforma a esse princípio, tendo em vista que não está sendo requerida pelo credor de modo indiscriminado, embora não haja óbice formal, pois o dinheiro está estampado como bem preferencial na ordem legal, mas tão-somente nas hipóteses de esgotamento dos meios ordinários de localização de bens ou de ausência total de bens aptos à penhora. Ademais, se é verdade que a execução deve se dar do modo menos gravoso para o devedor, não menos verdade é que a execução deve se dar no interesse do credor, segundo princípio estampado no artigo 612 do CPC. Conforme textualmente previsto no código processual, a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 646), possuidor de título executivo. Ressalte-se, mais uma vez, que o devedor não é surpreendido pela penhora *on line* uma vez que já tomou ciência da execução e já teve oportunidade de nomear bens à penhora. Se não o fez, fica sujeito à constrição forçada seguindo a ordem legal.

É notória a dificuldade, tanto do Fisco quanto do próprio Oficial de Justiça, *longa manus* do juiz, em localizar bens visíveis no patrimônio do executado, hábeis à constrição; daí porque a penhora *on line* surge como efetivo meio de satisfação do crédito.

Feitas essas considerações, não poderíamos deixar de mencionar que o sistema BACEN JUD vem sendo alvo de críticas contumazes de diversos operadores do direito em razão de algumas falhas operacionais, como bloqueio total da conta do correntista[22]. De fato, o sistema possui algumas falhas, muitas delas geradas por má utilização e falta de conhecimento para sua operação, o que não pode ser visto como obstáculo intransponível à sua adoção. Muitos juízes vinham determinando o bloqueio total da conta, ao invés de efetuar a opção de bloqueio de valor determinado, resultando em constrição em excesso.

---

[22] Ainda assim, o sistema conta com o apoio do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme nota conjunta firmada juntamente com o TST, de 26/05/2004, que transcrevemos parcialmente: "O sistema que se convencionou chamar "penhora on-line" decorre de um convênio que o Judiciário firmou com o Banco Central do Brasil, ao qual aderiu o Tribunal Superior do Trabalho, em idêntico procedimento ao que já praticava a Justiça Comum de alguns estados e, em especial, a Justiça Federal nas execuções fiscais. O objetivo dessa adesão era o de dar cumprimento ao art. 114 da Constituição da República, o qual confere

Em razão disso, o Banco Central efetuou uma série de ajustes no ano de 2004, passando o sistema a alertar que as ordens judiciais de bloqueio total visam a atender apenas as decretações de indisponibilidade total de bens. Também foram introduzidos esclarecimentos quanto ao alcance exato da ordem judicial para evitar dúvidas e interpretações equivocadas sobre o valor a ser atingido (saldo credor livre e disponível na data da efetivação do bloqueio) e informação sobre ausência de remuneração da conta[23].

Atualmente, já está em fase de implantação a primeira etapa da versão 2.0 do BACEN JUD, que prevê a solicitação e resposta de bloqueio, desbloqueio e transferência de valores para contas judiciais, tudo de modo eletrônico, permitindo que haja a correção imediata e *on line* de eventual excesso de penhora, bem como o controle de respostas dos bancos pelo Juízo solicitante.

---

competência à Justiça do Trabalho para julgar os dissídios entre trabalhadores e empregadores. O ato de "julgar" não se restringe a declarar o direito, mas se estende a realizá-lo, efetivando-o.
Por tal razão, após decidir, incumbe à Justiça trabalhista, até de ofício (CLT, art. 878), cumprir e fazer cumprir suas decisões, cujo implemento é um dever do Estado e um direito dos cidadãos. Somente então se realiza, em sua plenitude, a prestação jurisdicional. O sistema, portanto, insere-se no campo dos deveres do Estado para com a sociedade. Nada além disso. Mesmo assim, são observadas todas as garantias próprias do devedor, que pode discutir os cálculos que lhe são apresentados. Antes disso, todos os recursos podem ser oferecidos, assegurados a ampla defesa e o contraditório. Não pagando, a lei faculta ao devedor garantir o processo "mediante o depósito" da quantia, de modo espontâneo, livre, sem quaisquer ingerências do Judiciário (CLT, art. 882). Há, inclusive, a possibilidade de conciliação, mesmo após a decisão judicial. Apenas na ausência dessas iniciativas e caso não se encontre dinheiro é que se pode avançar para outros bens, na ordem estabelecida em lei (CPC, art. 655). O mesmo se dá na execuções fiscais (Lei de Execução Fiscal n 6.830, de 22/09/1980, art. 11). O Poder Judiciário somente se envolve na omissão do devedor e, como não poderia ser diferente, observa a ordem seqüencial de bens penhoráveis. O sistema faz exatamente isso: consulta a existência de dinheiro; se houver, apenas bloqueia a quantia, informando ao juiz para que, querendo, proceda a penhora pela forma prevista em lei. Assim, o meio é extremamente seguro para todos: devedor, credor e para o Estado, que pode, finalmente, cumprir sua missão constitucional. Ademais, a penhora em dinheiro, com uso da informática, fica menos onerosa ao Estado, pela desburocratização dos atos processuais, como, sobretudo, para o devedor, que, na hipótese de penhora sobre bens, terá outros encargos igualmente onerosos, como o custo do registro da penhora, de publicação de editais e da praça para venda, por exemplo. Com tal sistema, a Justiça do Trabalho atende aos reclamos de toda a sociedade, ainda que essa velocidade seja contrária ao interesse de uma minoria. O que há de mais grave é que o projeto discrimina o credor trabalhista, pois o sistema Bacen-Jud continuará a ser processado por outras justiças, vale dizer, em favor do credor tributário, do credor banqueiro, etc. O projeto parte da falsa premissa de que a Justiça do Trabalho é a única a se valer do sistema do Banco Central. A advocacia tem manifestado expressa concordância com o método empregado, quer por sua licitude, quer por sua racionalidade. O Judiciário deve mesmo ser dotado de meios tecnologicamente mais avançados para assegurar a efetividade e autoridade de suas decisões, para que possa gozar da confiança dos cidadãos.
Natural que, por se tratar de um novo sistema, deve, como qualquer outro, merecer constante aperfeiçoamento. Condenável não é a sua adoção, mas a tentativa de, seja por meio de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIn 3091), seja por proposta legislativa (PL 2597/2003), obstar a efetivação de um sistema que nada mais é senão levar a modernidade, com legalidade, para garantia da respeitabilidade, às instituições judiciais.

[23] A esse respeito, justifica o Banco Central que: "As contas correntes não são passíveis de remuneração pelas regras do Sistema Financeiro Nacional; apenas as contas de depósitos judiciais são passíveis de remuneração e a transferência de valores para esses depósitos depende de ordem judicial específica, opção atualmente não disponível no Bacen Jud; a instituição financeira que transferir valores bloqueados sem ordem judicial

Deve-se registrar que o Tribunal Superior do Trabalho está à frente na implantação do sistema BACEN JUD, não só pelo elevado número de acessos, como também pelo manifesto incentivo aos magistrados para que adotem prioritariamente o sistema. A Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho expediu o Provimento 01/2003, publicado no Diário de Justiça de 1º/07/2003, no qual expressamente consigna, no art. 1º, que, se tratando de execução definitiva, o sistema BACEN JUD deve ser utilizado com prioridade sobre outras modalidades de constrição judicial.

Além disso, em setembro de 2003, aquela Corte Superior criou um cadastro permitindo às empresas indicarem a conta bancária para ser feito o bloqueio da dívida, com vistas a evitar a retenção de valores em mais de uma conta. A iniciativa já conta com 611 empresas cadastradas.

Expostas, ainda que de forma sucinta, a proteção ao sigilo bancário prevista na ordem jurídica brasileira, assim como a penhora *on line* e seu funcionamento através do sistema BACEN JUD, cumpre-nos agora enfrentar o cerne desse trabalho: averiguar se a penhora *on line* configura quebra de sigilo bancário.

2 A PENHORA *ON LINE* ATRAVÉS DO SISTEMA BACEN JUD CONFIGURA VIOLAÇÃO AO DIREITO DE SIGILO BANCÁRIO?

2.1 Há quebra de sigilo bancário?

Tanto na doutrina quanto na jurisprudência há vozes dissonantes. Enquanto uns defendem a penhora *on line* como instrumento eficaz de satisfação de crédito do credor e realização de justiça, diga-se de passagem não somente no âmbito da execução fiscal, outros recusam sua aplicação por entenderem que há afronta ao direito de sigilo consagrado na Constituição Federal de 1988.

A penhora *on line*, como anteriormente já exposto, nada mais é do que a efetivação da constrição patrimonial em dinheiro através do bloqueio eletrônico de saldo em aplicações financeiras eventualmente existentes em nome do executado, tão-somente em quantia suficiente para garantir a dívida exeqüenda, e sem acesso à movimentação financeira, saldo ou origem dos valores depositados.

---

específica arcará com os tributos decorrentes dessa operação (CPMF, IOF), pois não terá suporte legal para repassá-los ao cliente numa eventual ordem de desbloqueio. A nova versão do sistema, porém, já viabilizará a transferência dos valores bloqueadas para conta judicial, hipótese que tornará possível a remuneração." – conforme nota explicativa às alterações implementadas a partir de 19.08.2004 constante no sítio oficial daquela autarquia.

[24] Conforme manual de introdução ao sistema BACEN JUD constante do sítio oficial do Banco Central do Brasil (www.bcb.gov.br) acessado em 02/03/2005: "O sistema BACEN JUD impacta, de alguma forma, a quebra de sigilo bancário das pessoas físicas e jurídicas ? Não. Já é permitido aos juizes, por força de lei, determinar a bloqueio de ativos financeiros e obter de entidades públicas ou privadas

Segundo informações oficiais constantes do sítio do Banco Central, o sistema BACEN JUD não configura quebra de sigilo fiscal[24]. Concordamos com esse entendimento. Ao discorrermos acerca da penhora *on line* no capítulo anterior, vimos que se trata de procedimento não vedado por lei e que em breve terá disciplina própria com a vigência do art. 185-A do CTN. Vimos, ainda, que ordens de bloqueio de contas sempre foram emitidas pelo Poder Judiciário, através de ofícios dirigidos aos bancos, sem que se cogitasse de violação ao direito de sigilo bancário.

A penhora *on line* através do BACEN JUD não disponibiliza ao exeqüente qualquer informação acerca da vida financeira do devedor. Há simplesmente a emissão de ordem, por autoridade judiciária, para que seja efetuado o bloqueio de quantia certa, tornando o numerário afetado ao processo de execução como qualquer outra penhora. Se não houver saldo suficiente para garantia total da execução, a ordem de bloqueio recai sobre o valor total existente na conta, mas não há, em nenhum momento, a divulgação dos lançamentos, débitos ou depósitos do titular da conta.

A penhora de quantia certa não pode ser considerada como devassa na vida privada do devedor porque efetivamente não invade a seara de sua intimidade ou de sua privacidade.

Há que se considerar, ainda, que os dados prestados através do sistema BACEN JUD pelas instituições financeiras são disponibilizados ao juiz e não ao exeqüente, a quem cumpre apenas solicitar a penhora do valor correspondente ao da execução fiscal no caso da eventual existência de contas ativas. Nesse sentido, a penhora *on line* revela-se até mesmo instrumento de maior proteção à intimidade do executado, pois, tratando-se de penhora realizada em papel, o fato é que os ofícios expedidos pela rede bancária são juntados aos autos, com a divulgação dos dados para o credor e serventuários da justiça, bem como a qualquer indivíduo que tenha em mãos o processo.

É necessário que se diga que o sistema BACEN JUD não criou nenhuma regra processual ou material nova, trata-se apenas de nova sistemática de penhora, que obedece fielmente a ordem legal de bens sujeitos à constrição judicial.

---

as informações necessárias para instrução de processos, respeitadas as regras constitucionais e processuais vigentes. Na verdade, os juizes poderiam enviar suas determinações diretamente às instituições financeiras, todavia, pela facilidade de comunicação com o Sistema Financeiro que dispõe o Banco Central, e no contexto de uma política de aproximação e cooperação com o Judiciário, este Órgão, desde os anos 80 vem auxiliando na intermediação desse processo. Nesse período, o volume de solicitações judiciais cresceu substancialmente: hoje recebe-se uma média de 600 solicitações diárias, encaminhadas em papel, suscitando enorme trabalho de triagem, classificação, digitação e reenvio das solicitações à toda rede bancária. No novo sistema Bacen Jud, não haverá a necessidade do envio do documento em papel nem do envolvimento do Bacen no processo. O próprio juiz preenche um documento eletrônico na Internet, que contém todas as informações hoje inscritas no ofício comum. Como vem ocorrendo nos últimos 20 anos, esses dados são transmitidos, com segurança, diretamente aos bancos que cumprem as ordens e retornam as informações aos juizes. Ou seja, o sistema apenas permite que um ofício que era encaminhado em papel seja agora encaminhado via Internet, racionalizando os serviços no âmbito do Banco Central e possibilitando ao Poder Judiciário mais agilidade no cumprimento de suas ordens no âmbito do Sistema Financeiro Nacional."

Ademais, a utilização do BACEN JUD atende aos preceitos legais estabelecidos em torno do sigilo bancário, atualmente previsto na Lei Complementar 105/01. Observe-se que o artigo 1º, § 3º, inc. VI, da aludida lei complementar, dispõe expressamente que:

> Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.
> (...)
> § 3º Não constitui violação do dever de sigilo:
> (...)
> VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar.

Mais adiante, o artigo 3º da mesma lei estabelece que:

> Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

Tais disposições legais evidenciam que não há quebra de sigilo bancário quando a prestação de informações é ordenada por um dos órgãos do Poder Judiciário, desde que preservado o seu caráter sigiloso. Além disso, verifica-se que a própria Lei Complementar 105/2001 prevê penalidade rigorosa no âmbito criminal (art. 10) ao agente público que fizer uso indevido das informações, sem prejuízo da responsabilidade civil objetiva da entidade pública (art. 11).

O Código Tributário Nacional, por sua vez, prevê expressamente a requisição de informações, feita pela autoridade judiciária, quando houver o interesse da justiça (art. 198, § 1º, inc. I), vedada a sua divulgação.

Nessa hipótese, parece evidente que o interesse da justiça é a prestação jurisdicional[25], cujo efeito imediato é a satisfação do crédito tributário aposto na certidão de dívida ativa, e mediato, a reversão desse crédito em prol de toda a sociedade, através da prestação de serviços públicos.

---

[25] Neste sentido, a jurisprudência pátria de longa data tem se manifestado, conforme corroboram os seguintes acórdãos: EXECUÇÃO. BENS DO DEVEDOR. INFORMAÇÕES. BANCO CENTRAL. 1 – Em face do interesse da justiça na efetivação da penhora e restando comprovado que foram esgotados os demais meios à disposição da credora, admitir-se-á a requisição de informações ao Banco Central pelo Juízo sobre a existência de contas bancárias do devedor. 2 - Precedentes. 3 – Recurso provido. (STJ, Resp 144823 / PR, rel. Min. José Delgado, DJ 17.11.1997) - RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE INFORMAÇÕES A ÓRGÃOS PÚBLICOS. POSSIBILIDADE. 1. O pedido de informações a órgãos públicos (Receita Federal, Banco Central, etc) visando localizar bens susceptíveis de penhora, em processo de execução, é feito, segundo entendimento pretoriano, no "interesse da justiça como instrumento necessário para o Estado cumprir o seu dever de prestar jurisdição." 2. As informações, no entanto, guardam caráter sigiloso e serão de uso restrito, com resguardo da privacidade do devedor. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ, Resp 489378 / SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 25.08.2003). PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES À RECEITA FEDERAL. POSSIBILIDADE. 1. Esgotados

Não é demasiado referir que o Convênio firmado pelo Banco Central do Brasil, o Conselho da Justiça Federal, o Superior Tribunal de Justiça prevê cláusula expressa no sentido da manutenção do sigilo de toda e qualquer informação obtida [26].

Dessa feita, não são aplicáveis ao sistema BACEN JUD as críticas que se fazem ao artigo 6º da LC 105/2001, que prevê acesso aos dados dos correntistas independentemente de autorização do Poder Judiciário, pois aqui o exeqüente dirige seu pedido ao juiz e este maneja diretamente o sistema. Portanto, preservado o princípio da reserva de jurisdição.

Tampouco há de se falar em afronta ao princípio do devido processo legal e ao princípio do contraditório porque o pedido de bloqueio é solicitado pelo Fisco somente após a citação do executado e o decurso de prazo para que nomeie bens à penhora, sendo cumpridas fielmente as disposições processuais e resguardando-se o direito à oposição de embargos após a garantia da dívida.

O BACEN JUD, por não disponibilizar ao Fisco dados financeiros dos executados, não constitui instrumento de intervenção arbitrária estatal para colher informações sobre a vida privada dos executados. Conforme já ressaltado anteriormente, a penhora atinge o valor certo da execução relativa ao processo, não implicando em bloqueio total das contas e tampouco em busca de informações sobre origem, natureza e destino dos valores depositados. A utilização é tão-somente destinada à garantia do crédito tributário. Nada mais.

Há que se ter presente que o convênio que instituiu a penhora *on line* foi firmado pelo Conselho de Justiça Federal, órgão colegiado composto de Ministros do Superior Tribunal de Justiça e por Desembargadores Federais dos Tribunais Regionais Federais do País, a quem compete determinar as providências necessárias ao regular funcionamento da Justiça e à disciplina forense, sendo presumível que tenha se orientado em respeito aos preceitos constitucionais e legais. Conclusão diversa implicaria em concluir que o aludido convênio, firmado por intérpretes abalizados da lei, teria estipulado autorização abstrata de quebra de sigilo bancário, violando direito fundamental. Não é esse o caso, pois como já vimos a sistemática de bloqueio de contas por intermédio do Banco Central já é de longa data utilizada pelo Poder Judiciário.

---

os meios para localização dos bens do executado, é admissível a requisição, através do juiz da execução, de informações à Receita Federal, face ao interesse da justiça na realização da penhora.2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Resp 161.296/RS, Rel Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 08.05.2000. - AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES À RECEITA FEDERAL. POSSIBILIDADE. Frustrados os esforços do credor para localizar bens do devedor, para garantir a execução; é possível a quebra do sigilo bancário e fiscal, sendo admissível a requisição de informações junto à Receita Federal. Neste caso, a requisição é feita no interesse da Justiça, como instrumento necessário para o Estado cumprir o seu dever de prestar jurisdição. Precedentes do STJ. Agravo provido. Voto vencido. (TJ/RS *AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70006478333, Rel. Des. Francisco José Moesch, j. 19/11/2003)*

[26] "Cláusula Décima Primeira – Além das responsabilidades previstas neste instrumento, os partícipes se obrigam a: a) manter sigilo acerca dos sistemas de segurança utilizados, bem como das informações de que os envolvidos na execução deste Convênio tiverem conhecimento: (...)" Disposição idêntica consta da claúsula Décima Segunda do Convênio firmado entre o Banco Central e o Tribunal Superior do Trabalho.

Embora o aludido convênio tenha sido submetido a controle de constitucionalidade concentrado, através do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3091-4/DF, até a presente data pendente de decisão pelo Supremo Tribunal Federal, há que se presumir que os atos administrativos, aí incluídos os convênios, foram expedidos em conformidade com a lei.

A referida ADIN nº 3091-4/DF ajuizada pelo Partido da Frente Liberal – PFL invoca que o convênio celebrado entre Banco Central e o Tribunal Superior do Trabalho, assim como os Provimentos 01 e 03 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho têm caráter normativo, prestando-se, por isso, ao controle abstrato de constitucionalidade. Aduz, em síntese, que tais instrumentos estão violando o art. 1º, caput, incisos II, III e IV, da Constituição Federal, além de afrontar direitos e garantias fundamentais, constantes do art. 5º da Carta, entre eles o direito à intimidade e à vida privada e o sigilo de dados.

O Procurador-Geral da República já ofereceu o parecer nº 2.444/CF[27], manifestando-se pela constitucionalidade do convênio, bem como dos provimentos que dispuseram sobre a matéria. Em primeiro lugar, reconhece que os atos impugnados não podem figurar como objeto de ação direta de inconstitucionalidade, pois se tratam de atos estatais concretos, despojados de normatividade ou de generalidade. Afirma que os juízes sempre se comunicaram com o Banco Central para obter informações sobre contas bancárias para instrução dos processos de execução judicial, o que antes era feito mediante ofício, e com o sistema BACEN JUD passou a ser feito por meio eletrônico. Assevera que não há qualquer inovação na ordem jurídica, sequer criação de norma processual, tratando-se apenas de facilitar a penhora de dinheiro. Refere que há previsão constitucional para celebração de convênios, que permitem a gestão associada de serviços públicos (art. 241 da CF). Refuta a tese de que haveria violação à garantia do sigilo bancário, repetindo as palavras do E. Presidente do Tribunal Superior do Trabalho em suas informações, as quais permitimo-nos transcrever:

> "em momento algum o juiz da causa toma conhecimento do teor dos depósitos bancários do devedor. O software, uma vez acionado, limita-se a verificar se, em alguma entidade financeira do país, há conta bancária em nome do executado, e se, em tal conta, uma vez existente, há importância suficiente para satisfazer a ordem judicial. Não dá a ele informações sobre outros valores, ou valores excedentes porventura existentes na mesma conta. Limita-se a responder ao juiz da causa que bloqueou a importância requisitada, que, depois, será transferida à agência do Banco do Brasil ou da Caixa Econômica Federal, à disposição do juiz requisitante."

---

[27] Parecer nº 2.444/CF , exarado em 23/04/2004 pelo Procurador-Geral da República, Exmo. Sr. Cláudio Fonteles, acostado às fls. 185-193 dos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.091-4/DF.

Acrescenta, ainda, que:

> " De toda a forma, não se pode esquecer que as informações são solicitadas pelo juiz da execução, não se podendo falar, portanto, em violação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, assim como alegar violação ao sigilo bancário."

Outro aspecto relevante a salientar é o de que somente faz sentido falar-se em proteção à privacidade e do sigilo como direito individual amparado pela Constituição Federal relativamente às pessoas naturais, e não às pessoas jurídicas. É certo que as empresas podem ter segredos industriais, em relação aos quais não há o menor interesse em conhecimento pelo Estado, mas a sua vida financeira afeta a administração tributária e por isso não se justifica que tais dados sejam inacessíveis, muito menos através de requisição emanada do Poder Judiciário, como é o caso da aplicação do BACEN JUD. A esse propósito, o magistério do Ministro Francisco Rezek é bastante elucidativo, no voto proferido no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729-4/DF, em que se discutia a transferência do sigilo bancário para o Ministério Público, ao discorrer sobre o art. 5º, inc. X, da Constituição:

> "O inciso X do rol de direitos fala assim numa intimidade onde a meu ver seria extraordinário agasalhar a contabilidade, mesmo das pessoas naturais, e por melhor razão a das empresas.
> Numa reflexão extra legal, observo que a vida financeira das empresas e das pessoas naturais não teria mesmo porque enclausurar-se ao conhecimento da autoridade legítima – não a justiça tão-só, mas também o parlamento, o Ministério Público, a administração executiva, já que esta última reclama, pela voz da autoridade fiscal, o inteiro conhecimento do patrimônio, dos rendimentos, dos créditos e débitos, até mesmo do mais discreto dos contribuintes assalariados. Não sei a que espécie de interesse serviria a mística do sigilo bancário, a menos que se presumam falsos os dados em registro numa dessas duas órbitas, ou em ambas, e por isso não coincidentes o cadastro fiscal e o cadastro bancário das pessoas e empresas."[28]

De qualquer forma, ainda que se pudesse cogitar de quebra de sigilo bancário, na adoção da penhora *on line,* há argumento de autoridade que resguarda expressamente essa possibilidade em ações cíveis, inclusive para fins de localizar bens penhoráveis, com amparo em precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> "De nossa parte, como já afirmamos no item 2.4.7.5., a LC nº 105/2001, embora não tenha regulamentado expressamente, tampouco vedou a quebra de sigilo em ações cíveis. É que a quebra de sigilo pela autoridade judicial

---

[28] Acórdão citado por SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, no artigo "O acesso direto aos dados bancários por parte do Fisco: a transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal". Revista Fórum de Direito Tributário. Belo Horizonte, ano 2, n.11, p.63-109, set/out.2004.

está regulamentada, de forma genérica, no art. 3º, sem que tenha esgotado a enumeração das hipóteses. Como lá afirmado, seria contraditório entender que poderá a autoridade fazendária quebrar o sigilo, sem autorização judicial, para possibilitar o lançamento tributário, mas que idêntica medida estaria vedada à autoridade judicial em uma demanda na qual se pretende obter justamente a execução forçada daquela obrigação tributária ou, com maior razão, de obrigação alimentar. Demais disso, também a eficácia e a concretização da prestação jurisdicional dão suporte à medida. Assim, entendemos admissível a quebra de sigilo em ações cíveis, a fim de localizar bens executáveis, desde que demonstrados os esforços do exeqüente no esgotamento de outros meios (TRF4ª R., AI nº 2002.04.01.007358-6/PR, Rel. Des. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria, 1ª T., DJ 7.8.02, p.311, TRF4ª R., AI nº 2001.04.01.089465-6/SC, Rel. Dês. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon, 1ª T., un., DJ 30.10.02, p.852) ou "em presença de indícios de ilicitude e de fraude objetivando a ocultação de bens" (TRF 4ªR., AI 2003.04.01.0523640/SC, Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon, 3ªT., un., 11.5.04)"[29]

Por fim, importa ressalvar, que mesmo que se admitisse que há quebra de sigilo bancário, a Lei Complementar 105/2001 é inequívoca ao resguardar as informações obtidas pela Administração, transformando o sigilo bancário em sigilo fiscal. Mais do que isso, prevê penalidade para quem fizer uso indevido das mesmas, pois "o que a lei autoriza é identificar, e não dar publicidade aos fatos"[30].

Ora, se a própria Lei Complementar confere à atividade de fiscalização o acesso às informações bancárias nos termos ali estabelecidos, com maior razão ainda deve ser privilegiada a penhora *on line*, em que há o controle judicial efetivo da medida.

A penhora *on line* atende ao interesse do credor, possuidor de título executivo dotado de liquidez e certeza, bem como ao interesse da justiça, pois o sucesso da execução é instrumento fundamental para que o Poder Judiciário se desincumba de seu dever de prestar jurisdição.

2.2 Panorama Jurisprudencial

A jurisprudência sobre a matéria encontra-se ainda incipiente, sendo raros os precedentes que analisam a questão especificamente quanto à aplicabilidade do BACEN JUD, especialmente nos Tribunais Superiores.

---

[29] BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. op. cit. p. 132-133.
[30] Idem. p 159.

O Convênio celebrando pelo BACEN e pelo Tribunal Superior do Trabalho está sendo objeto da ADIN nº 3091-4/DF, conforme já referido, mas até o presente momento não há manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

No âmbito da Justiça Federal do Rio Grande do Sul, o aludido convênio foi objeto da Ação Declaratória nº 2002.71.00.009947-9, sendo proferida sentença pelo Juiz Federal Leandro Paulsen, em setembro de 2004, e cujo trecho a seguir transcrevemos:

> Vejamos os vícios atribuídos ao Convênio na inicial, fl. 04 dos autos: 'O Convênio possui um sem número de vícios, que podem ser assim resumidos: a) ele não prevê a forma, o modo, o momento processual ou as condições para a utilização deste poderoso instrumento; b) ele não prevê a necessidade de intimação da parte 'investigada' da quebra de seu sigilo bancário, que é feita 'por ofício eletrônico' (leia-se e-mail), sem deixar rastros no processo; c) ele não respeita, portanto, os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal; d) ele não impõe respeito aos requisitos elencados no CPC, na parte em que trata do arresto, para a realização do tal 'bloqueio eletrônico'; e) ele não impõe respeito aos requisitos do CPC na parte em que outorga AO DEVEDOR a prerrogativa de primeiro indicar bens à penhora; f) ele não impõe respeito aos mandamentos do CPC na parte em que exige que a execução se faça pelo menos meio gravoso ao devedor; g) ele não subordina a quebra do sigilo bancário à prática de qualquer ilegalidade, ou à presença dos requisitos elencados na LC nº 105; h) ao autorizar o ingresso nas contas e o bloqueio de valores através de 'ofício eletrônico', ele permite o exercício da jurisdição FORA DOS AUTOS DO PROCESSO, o que impossibilita qualquer tipo de controle por parte do administrado, e possibilita o desvirtuamento do poder jurisdicional em autoritarismo. O Convênio BACEN/TRT é omisso em todos este aspectos.' Tenho que do próprio elenco de vícios já se pode perceber que, em verdade, o Convênio em questão não regula as matérias ali tratadas. Aliás, o próprio Autor reconhece que o convênio é omisso quanto aos requisitos e condições para a quebra do sigilo. E é assim é porque não se tem, no referido Convênio, que implanta o chamado sistema BACEN JUD, qualquer inovação legislativa quanto ao sigilo bancário, o qual, por certo, encontra-se regrado pela LC nº 105/01. Deve o mesmo ser visto de modo contextualizado, à luz das normas materiais e processuais vigentes. O sistema em questão, conforme se infere da documentação acostada aos autos, simplesmente prevê a utilização de meio eletrônico para o encaminhamento de ofícios 'contendo solicitações de informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras, determinações de bloqueio e desbloqueio de contas envolvendo pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional, bem como outras solicitações'. Não implica, o sistema, qualquer supressão de prerrogativas processuais do devedor, ampliação das hipóteses ensejadoras da quebra de sigilo bancário

> ou mesmo atenuação de requisitos para tanto. Cuida da veiculação de decisões judiciais para a identificação de ativos financeiros e respectivo bloqueio, decisões estas que pressupõem, elas próprias, a análise dos pressupostos para tanto pelo Magistrado e que são de cumprimento obrigatório pelos destinatários da ordem. A omissão do Convênio quanto aos inúmeros pontos destacados na inicial, antes de constituírem um vício, revelam a ausência de qualquer interferência nas normas materiais e processuais pertinentes, não dispensando os Magistrados da sua observância, até porque não poderia fazê-lo. [...] De fato, não se pode vislumbrar na transmissão eletrônica de ofícios judiciais e das respectivas respostas, em si e por si, a violação de direitos fundamentais. A insurgência contra o Convênio implica combate ao instrumento de comunicação, quando, em verdade, a violação ou não ao sigilo deste nunca decorrerá, mas, eventualmente, da decisão quanto à quebra do sigilo em tais ou quais circunstâncias em contraste com a legislação aplicável[31].

No Superior Tribunal de Justiça, se encontram decisões entendendo que a requisição judicial é medida excepcional, que somente se verifica quando houver barreira intransponível na obtenção dos dados, comprovada pela demonstração inequívoca das diligências levadas a cabo pelo exeqüente, e quando for de relevância para a prestação jurisdicional[32].

Há ainda julgados que abordam a requisição de informações à Secretaria da Receita Federal quando frustrados os meios de localização de bens, concluindo por sua admissibilidade no interesse da justiça, interpretação essa que se conforma à hipótese da penhora *on line*. A título ilustrativo, transcrevemos o julgado abaixo, proferido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em sede de Embargos de Divergência em Recurso Especial:

> EXECUÇÃO. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES À RECEITA FEDERAL, A PEDIDO DO EXEQÜENTE, QUANDO FRUSTRADOS OS ESFORÇOS PARA LOCALIZAR BENS DO EXECUTADO. ADMISSIBILIDADE. ART. 600, CPC.
> A requisição, frustrados os esforços do exeqüente para localização de bens do devedor para a constrição, é feita no interesse da justiça como instrumento necessário para o Estado cumprir o seu dever de prestar jurisdição. Não é somente no interesse do credor.
> Embargos conhecidos e acolhidos (STJ, EResp 163.408/RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 11/06/2001)

---

[31] PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.1307.

[32] Nesse sentido, as decisões proferidas pelo Min. José Delgado no Resp 641.826 – SC, DJ 18/08/2004; e no Resp 644.456 – SC, DJ 05/08/2004, que negaram seguimento aos recursos especiais da Fazenda Nacional e do INSS, respectivamente. Na mesma linha , o Resp nº 703.882 que negou seguimento ao recurso especial da Fazenda Nacional por se tratar de matéria de índole constitucional.

Quanto à adoção do BACEN JUD, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acaba de proferir o primeiro julgado sobre a matéria, sinalizando seu entendimento nessa mesma linha, todavia não de forma unânime:

> EXECUÇÃO FISCAL. LOCALIZAÇÃO DE BENS. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO BACEN.
> 1. Não é cabível a quebra de sigilo fiscal ou bancário do executado para que a Fazenda Pública obtenha informações acerca da existência de bens do devedor inadimplente, excepcionado-se tal entendimento somente nas hipóteses de estarem esgotadas todas as tentativas de obtenção dos dados pela via extrajudicial. Precedentes.
> 2. No caso concreto, o acórdão reconheceu a impossibilidade de obtenção dos dados pela via extrajudicial.
> 3. Agravo regimental provido. (STJ, Ag.RG no REsp nº 644.456-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, vencido Min. José Delgado, que havia negado seguimento ao recurso especial, DJ 04/04/2005)

Em seu voto, o Min. Teori Albino Zavascki reconhece a possibilidade de adoção do sistema BACEN JUD na hipótese em que restarem esgotadas as tentativas do Fisco na obtenção dos dados, *in verbis*:

> " (...) 2. É importante salientar, inicialmente, que o convênio celebrado, em 08.05.2001, entre o Banco Central do Brasil, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal objetivou apenas facilitar o encaminhamento pelas autoridades judiciárias, por intermédio de sistema informatizado (BACEN JUD), "às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN", de "solicitações de informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras, determinações de bloqueio e desbloqueio de contas e comunicações de decretação e extinção de falências envolvendo pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional, bem como outras solicitações que vierem a ser definidas pelas partes" (cláusula primeira, parágrafo único). Cuida-se, portanto, de acordo de cooperação técnica, com o qual se pretendeu otimizar a operacionalização das medidas acima mencionadas, e que, evidentemente, não tem o condão de ampliar as hipóteses legalmente admitidas de adoção dessas providências.
> 3. Conforme demonstrado nos julgados colacionados no voto do relator, a jurisprudência do STJ está sedimentada no sentido de que não é cabível a quebra de sigilo fiscal ou bancário do executado para que a Fazenda Pública obtenha informações acerca da existência de bens do devedor inadimplente, excepcionando-se tal entendimento somente na hipótese de estarem esgotadas todas as tentativas de obtenção dos dados pela via extrajudicial.
> No caso em exame, o TRF reconheceu que "tem razão o INSS ao referir a impossibilidade de comprovar o esgotamento de todos os meios para descobrir bens penhoráveis da empresa devedora. Conforme se vê do final do despacho

agravado, o MM. Juiz Federal determinou a suspensão da execução com base no art. 40 da Lei 6.830/80. Isso, por si só, demonstra que não foram encontrados bens penhoráveis. Ademais, a certidão de fls. 53/54 também atesta tal impossibilidade" (fl. 60). Tem-se, assim, por satisfeito o requisito do esgotamento dos meios extrajudiciais de obtenção dos dados.(..)"

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a primeira decisão sobre a matéria rechaçou frontalmente a adoção do sistema BACEN JUD, tendo o Eminente Desembargador Federal Relator, Dr. Fábio Rosa, entendido que haveria violação ao sigilo bancário. A decisão restou assim ementada:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO.INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE RETENÇÃO DE VALORES PORVENTURA EXISTENTES EM CONTA DOS EXECUTADOS UTILIZANDO-SE DO SISTEMA BACEN JUD. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA.
> 1. A LC 105/2001 estabelece no art. 1º que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. O art. 2º da lei reza: o dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.
> 2. Estaria a exclusiva informação sobre existência de contas correntes excluída do âmbito do direito à intimidade? A LC 105 esclarece que não. Basta interpretar-se o § 1º do art. 2º, onde dispõe-se que o sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil. Disso deflui a conclusão evidente no sentido de que a existência de contas de depósitos e aplicações financeiras ficam resguardados pelo sigilo, só não oponível ao BACEN.
> 3. Observe-se que o convênio firmado entre o BACEN e o CJF (BACEN JUD) apenas visa a facilitar o acesso aos dados, quando a quebra do sigilo é autorizada, sendo que as hipóteses estão taxativamente disciplinadas na LC 105 (art. 1º, § 4º, art. 3º e art. 6º). Descobrir bens penhoráveis não constitui motivo para autorizar a quebra do sigilo bancário. Essa foi opção política do legislador ao formular a regra.
> 4. Dessa maneira, não se haverá de lançar mão do convênio BACEN JUD, ignorando-se os limites impostos pela LC 105, o que até pode tipificar o crime do art. 10 da lei em questão.
> 5. Enquanto não houver lei que tutele o erário previdenciário, expondo a vida econômica dos devedores, pela relativização de seu direito à intimidade, não se pode quebrar sigilo bancário por sistema algum. É ilícito administrativo e penal.
> 6. Agravo de instrumento improvido e agravo regimental prejudicado. (TRF4ªR, AI nº 2003.04.01.032251-7/SC, Rel. Des. Federal Fábio Rosa)

Tal entendimento, contudo, foi superado com a superveniência de novas decisões aceitando a aplicação do BACEN JUD para localização de numerário a ser penhorado, desde

que o exeqüente comprovasse já ter esgotado as possibilidades de localização de patrimônio do devedor. Nesse sentido, os seguintes acórdãos:

> EXECUÇÃO FISCAL. LOCALIZAÇÃO DE CONTAS BANCÁRIAS ATRAVÉS DO SISTEMA BACEN JUD. MEDIDA EXCEPCIONAL.
> Em caráter excepcional, quando não localizados outros bens passíveis de constrição, é viável, em execução fiscal, a localização de contas em nome do executado mediante utilização do sistema BACEN JUD. (TRF4ªR, AI nº 2003.04.01.044849-5/SC, Rel. Des. Federal Dirceu de Almeida Soares, DJ 07/01/2004)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. BACEN JUD. CONTA CORRENTE. BLOQUEIO DE VALORES. PENSÃO. BENS IMPENHORÁVEIS.
> 1. É pacífica a jurisprudência dos tribunais no sentido de que o sistema do BACEN JUD deve ser utilizado em situações excepcionais, de modo a tutelar a garantia constitucional do sigilo bancário.
> 2. Ao meu ver, deve ser utilizado o sistema do BACEN-JUD quando o exeqüente efetivamente tomou providências concretas visando à localização de bens penhoráveis, tais como pesquisas junto aos departamentos de trânsito e cartórios de registros de imóveis, medidas essas adotadas no caso em tela.
> 3. Não obstante a decisão agravada tenha ressalvado a impossibilidade de recair a constrição sobre bens impenhoráveis, faz-se mister ratificar tal determinação, uma vez que a pensão percebida pela parte agravante é depositada na conta bancária bloqueada.
> 4. Agravo de instrumento parcialmente provido. (TRF4ªR, AI nº 2004.04.01.013350-6, Rel. Des. Federal Álvaro Junqueira, DJ 18/08/2004)
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. MEDIDA EXCEPCIONAL.
> 1. Pacificou-se a jurisprudência dos tribunais no sentido de que a utilização da base de dados do Banco Central - seja através dos antigos ofícios encaminhados manualmente às instituições bancárias, seja através do BACEN-JUD - deve ser utilizado em situações excepcionais, de modo a tutelar a garantia constitucional do sigilo bancário.
> 2. O sistema do BACEN-JUD deve ser utilizado quando a exeqüente efetivamente tomou providências concretas visando à localização de bens penhoráveis, tais como pesquisas junto aos departamentos de trânsito e cartórios de registros de imóveis.
> 3. Agravo de Instrumento improvido. (TRF4ªR, AI nº 20040401008987-6, rel. Juiz convocado Ricardo Teixeira do Valle Pereira, DJ 07/07/2004)

Mais recentemente foi exarado o seguinte acórdão, em que resta inequívoca a posição do juízo de que o sistema BACEN JUD não importa em quebra de sigilo bancário:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL.

SISTEMA BACEN JUD. LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA.

A utilização do sistema BACEN JUD para a identificação de conta corrente e/ou aplicações financeiras de titularidade do devedor, com o fim de obter informações sobre bens passíveis de penhora, deve ser utilizado somente em casos excepcionais e mediante a comprovação de que o exeqüente esgotou os meios de que dispõe para localizar o patrimônio do executado. (TRF4ªR, AI 2004.04.01.048161-2/RS, rel. Des. Fed. João Surreaux Chagas, DJ 16.03.2005)

No voto condutor do acórdão, o Relator assevera que:

"(...) Inicialmente, convém referir que a existência do convênio Bacen Jud não altera em nada os requisitos para a obtenção de informações junto ao Banco Central. O convênio, que está restrito aos Tribunais, diz apenas coma operacionalização da requisição de informações, diminuindo a burocracia quando o pedido é deferido pelo juízo.
A jurisprudência pátria admite de forma restrita a expedição de ofícios pelo juízo a órgãos da administração pública para fins de obtenção de informações necessárias à localização de bens passíveis de garantir o juízo, ainda que isso possa acarretar quebra do sigilo bancário ou fiscal. Para que seja deferida a expedição, contudo, deve o exeqüente comprovar que exauriu os meios à sua disposição para localizar o patrimônio do executado.
Nesse sentido, transcrevo precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:
Execução Fiscal. Ofício à Receita Federal. Requerimento de informações sobre bens do devedor passíveis de penhora.
1. Fincou a Corte orientação no sentido de que o deferimento de expedição de ofício a órgãos da administração pública, com o fim de obter informações sobre bens passíveis de penhora, é restrito aos casos excepcionais e após a comprovação de que o exeqüente exauriu os meios à sua disposição para localizar o patrimônio do executado, requisito não demonstrado no caso concreto.
2. Precedentes jurisprudenciais. Incidência da Súmula 83/STJ.
3. Recurso n ã o conhecido. (Primeira Turma, RESP 160238/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU, 25/06/2001, p. 106)
RECURSO ESPECIAL " ART. 105, III, "a", CF " AJUIZAMENTO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO " EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA CONTRA CONTRIBUINTE QUE ENCERROU IRREGULARMENTE SUAS ATIVIDADES " NÃO LOCALIZAÇÃO DO ENDEREÇO E DE BENS DA EXECUTADA " CITAÇÃO DOS SÓCIOS " PRETENDIDA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL PARA OBTENÇÃO DE CÓPIA DA DECLARAÇÃO DE BENS DOS SÓCIOS DA EMPRESA EXECUTADA " NÃO PROVIMENTO AO RECURSO " ALEGADA

VULNERAÇÃO AOS ARTS. 399 DO CPC, 198 DO CTN E 40 DA LEI N. 6.830/80 " RECURSO NÃO CONHECIDO.

A requisição judicial, em matéria deste jaez, apenas se justifica desde que haja intransponível barreira para a obtenção dos dados solicitados por meio da via extrajudicial e, bem assim, a demonstração inequívoca de que a exeqüente envidou esforços para tanto, o que se não deu na espécie, ou, pelo menos, não foi demonstrado.Falecendo demonstração cabal de que foram exauridas, sem êxito, as vias administrativas para obtenção de informações referentes aos bens dos sócios, não há demonstração de vulneração aos arts. 399 do CPC e 198 CTN, que conferem ao magistrado a possibilidade de requisitá"las.

Não existindo bens a serem penhorados, e nem demonstrado qualquer esforço da exeqüente em obter as informações acerca dos bens de outra forma, correta a suspensão temporária do processo com base no artigo 40 da Lei nº 6.830/80.

A quebra do sigilo bancário (Lei nº 4.595/64), perseguida pela Fazenda Pública, é medida excepcional que depende da presença de relevantes motivos. Recurso não conhecido " Precedentes. Decisão unânime.(Segunda Turma, RESP 204329/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU, 19/06/2000, p. 131)

O requisito exigível para que o exeqüente possa se valer da intermediação do juízo, oficiando às instituições bancárias para que sejam localizados depósitos bancários suscetíveis de penhora, são os mesmos para que o BACEN"Jud possa ser acionado, ou seja, que o exeqüente já tenha esgotado todos os meios à sua disposição, sem sucesso, para a localização de bens do devedor.

No caso em tela, o INSS esclarece as diligências e providências efetuadas na tentativa de localização de bens do executado (cartório de imóveis), tendo até mesmo sido deferida a quebra de sigilo fiscal. Contudo, as declarações de rendimentos do executado não apresentavam bens sujeitos à constrição judicial, conforme informa o agravante.

Assim, verifica"se que o exeqüente esgotou as diligências na busca de bens penhoráveis.

Outrossim, cumpre ressaltar que o deferimento da utilização do Convênio BACENJUD não importa quebra de sigilo bancário, uma vez que as informações requeridas cingem"se à existência ou não de contas bancárias em nome do devedor e eventual saldo disponível, não se tendo acesso à movimentação financeira do executado. (...)"

Predomina, pois, o entendimento de que a adoção do BACEN JUD é medida excepcional, estando condicionada à prova inequívoca pelo exeqüente de ter esgotado os meios extrajudiciais de localização de bens aptos à penhora, embora ainda presente a divergência no que diz respeito a se o sistema implica ou não em violação ao sigilo bancário.

É na Justiça do Trabalho, todavia, que o sistema BACEN JUD tem sido amplamente utilizado para efetuar a penhora *on line* através do bloqueio de contas bancárias de empregadores, a fim de satisfazer o crédito dos reclamantes-empregados. No Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, os precedentes são inúmeros, destacando-se os seguintes:

> AGRAVO DE PETIÇÃO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO BANCO CENTRAL. EXECUÇÃO. SISTEMA BACEN JUD. O C. TST e o Banco Central do Brasil celebraram Convênio de Cooperação Técnico-Institucional, subscrito por este Regional em 05.03.02, possibilitando, aos órgãos judiciários, o acesso via *internet* ao sistema BACEN JUD, bem como a expedição de ofícios eletrônicos às instituições financeiras com a finalidade de agilizar as execuções trabalhistas. Desta feita, é parcial o provimento do apelo para assegurar ao exeqüente a obtenção das informações cabíveis junto ao Banco Central, por meio do Sistema BACEN JUD. ((TRT4ªR, processo nº 00339.305/99-1, Rel. Juíza Tânia Maciel, DJ 26/05/2003)

No voto, colhem-se os seguintes argumentos:

> (...) Como visto, o autor busca a execução dos créditos trabalhistas que lhe foram deferidos na sentença transitada em julgado de fls. 47-9, de natureza alimentar, não obtendo êxito no objetivo de pôr termo à execução, que se arrasta desde o ano de 2000, mostrando-se pertinente a postulação do agravante.
> Por outro lado, o C. TST e o Banco Central do Brasil celebraram Convênio de Cooperação Técnico-Institucional possibilitando, aos órgãos judiciários, a utilização de meios técnicos de informatização ágeis e úteis à prestação jurisdicional. Por meio deste, o Banco Central do Brasil permite ao Tribunal Superior do Trabalho, bem como aos Tribunais Regionais do Trabalho que venham a ele aderir, o acesso via *internet* ao Sistema de Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil. Segundo o disposto no parágrafo único da cláusula 1ª: *"Por intermédio do sistema BACEN JUD, o TST e os Tribunais signatários de Termo de Adesão, poderão, dentro de suas áreas de competência, encaminhar às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN ofícios eletrônicos contendo solicitações de informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras, determinações de bloqueio e desbloqueio de contas envolvendo pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional, bem como outras solicitações que vierem a ser definidas pelas partes"*. Em 05.03.02, a Presidência deste Regional firmou o Termo de Adesão ao referido Convênio. Assim é que possibilitado o aceso, via internet, ao sistema BACEN JUD, bem como a expedição de ofícios eletrônicos às instituições financeiras com a finalidade de agilizar as execuções trabalhistas.
> Outrossim, cumpre ressaltar que as informações requeridas pelo agravante respeitam à averiguação sobre a eventual existência de contas bancárias em

nome da executada, e não acerca da movimentação financeira nelas havida, a qual permanece sigilosa. E mais, não é por demasia registrar que o agravante não teria acesso às informações solicitadas sem a intervenção do Juízo. Diante das razões acima, é parcial o provimento do apelo para assegurar ao exeqüente a obtenção das informações cabíveis junto ao Banco Central, por meio do Sistema BACEN JUD." (TRT4ªR, processo nº 00339.305/99-1, Rel. Juíza Tânia Maciel, DJ 26/05/2003).

Outro julgado no mesmo sentido:

DA PENHORA SOBRE VALORES EM CONTA BANCÁRIA DA EXECUTADA. Hipótese em que não se tem a execução como mais gravosa, quando o Juiz determina o bloqueio de ativos financeiros da executada, mediante o convênio BACEN JUD, junto à Caixa Econômica Federal, com a liberação dos demais bloqueios após ter sido atingido o total do valor da execução. Execução definitiva na qual a exeqüente não concorda com os bens indicados pela executada. Ausência de abusividade ou ilegalidade no ato da autoridade apontada como coatora, quando faz observar a ordem preferencial do artigo 11 da Lei 6.830/80. Denega-se a segurança. (TRT4ªR, MS nº 01640-2004-000-04-00-7, Rel. Juíza Ana Luíza Heineck Kruse, DJ 21/10/2004)

Transcreve-se trecho do voto, bastante oportuna:

Na espécie, a penhora do crédito encontra respaldo na ordem preferencial do artigo 11 da Lei 6.830/80. Por oportuno, convém salientar que o sistema BACENJUD é disponibilizado pelo Banco Central do Brasil, em seu site, que realiza a remessa eletrônica das ordens judiciais às instituições financeiras automaticamente pelo sistema SISBACEN (sistema eletrônico de comunicação entre o BACEN e as instituições bancárias). Neste sentido, o Provimento01/2003 da Corregedoria da Justiça do Trabalho, referente à utilização do sistema BACENJUD em se tratando de execução definitiva. Demais, o princípio da menor onerosidade da execução previsto no artigo 620 do CPC não restou afrontado, máxime quando dependente da observância de que a execução é realizada sempre no interesse do credor (artigo 612 do CPC), detentor este de um crédito superprivilegiado. Assim, a questão da nomeação de bens deve ser analisada conjuntamente com o artigo 612 do CPC, sobrepondo-se ao artigo 620 do mesmo diploma legal, que deve ser analisado restritivamente em razão dos princípios tutelares trabalhistas. Na espécie, trata-se de execução definitiva, não tendo a exeqüente concordado com a nomeação de bens (fls. 49/50). Logo, não se tem a execução como mais gravosa, quando determinada a penhora de acordo com a ordem preferencial do artigo 11 da Lei 6.830/80, norma diretamente aplicável ao processo trabalhista (artigo 889 da CLT).

> Aplica-se, ainda, no caso concreto, a Orientação Jurisprudencial nº 60 da SDI-2 do TST: "Não fere direito líquido e certo da impetrante o ato judicial que determina a penhora em dinheiro de banco, em execução definitiva, para garantir crédito exeqüendo, uma vez que obedece à gradação prevista no art. 655 do CPC. (...)"

Julgado bastante recente trilha o mesmo caminho, com arrimo no Provimento 01/2003, da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, publicado no DJ de 01/07/2003, encoraja os magistrados trabalhistas a adotarem prioritariamente o sistema BACEN JUD [33]:

PENHORA BACEN-JUD. O Provimento nº 01/2003 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho dispõe, no seu art. 1º, que se tratando de execução definitiva, o sistema Bacen-Jud deve ser utilizado com prioridade sobre outras modalidades de constrição judicial. Agravo de petição provido. (TRT4ªR, AP nº 00208-2000-271-04-00-9, rel. Juíza Maria Helena Mallmann, DJ 06/12/2004)

Este é o quadro jurisprudencial acerca da matéria aqui estudada até o momento. Aguarda-se, portanto, a manifestação conclusiva da mais alta Corte do país, o Supremo Tribunal Federal, cujo pronunciamento na ADIN nº 3091-4/DF definirá a questão de forma definitiva.

CONCLUSÃO

A intimidade e a vida privada dos contribuintes, aí incluindo-se o sigilo bancário, estão protegidas pela Constituição Federal de 1988, no rol de direitos e garantias fundamentais, mas podem ser relativizadas quando presente legítimo interesse público.

A penhora *on line,* instituída pelo sistema BACEN JUD, não provocou alteração na legislação processual ou material, tratando-se tão-somente de mudança procedimental na efetivação da constrição patrimonial através de meio eletrônico. Trata-se de instrumento que garante segurança, agilidade e efetividade às decisões emanadas do Poder Judiciário, atendendo aos princípios da economicidade e da máxima eficiência.

Embora não tenha caráter absoluto, o direito ao sigilo bancário está devidamente resguardado através do sistema BACEN JUD, uma vez que a penhora *on line* é operacionalizada pelo próprio juiz, não disponibilizando ao Fisco quaisquer informações sobre saldos e aplicações financeiras, respeitando-se o princípio da reserva de jurisdição e do devido processo legal. Há absoluta preservação do núcleo essencial do direito fundamental, que é a não-divulgação dos dados financeiros do devedor.

---

[33] Segundo dispõe o art. 1º do aludido provimento: "Art. 1º - Tratando-se de execução definitiva, o sistema Bacen Jud deve ser utilizado com prioridade sobre outras modalidades de constrição judicial."

Eventuais problemas operacionais detectados no sistema, os quais poderão ser corrigidos por seu gestor, não devem inviabilizar a adoção da penhora *on line*, que há de ser vista como inovação louvável e irremediável da modernidade, que atende não só ao interesse do Estado-credor, mas de todos aqueles possuidores de títulos executivos que têm frustrada a possibilidade de êxito na execução, como medida hábil à satisfação de seus créditos, vislumbrado o interesse da justiça e da efetividade da jurisdição.

Cumpre sinalar que o sistema está sendo adotado dentro dos parâmetros fixados pelos signatários do convênio e no estrito respeito aos preceitos constantes da Constituição Federal e da legislação pertinente, conforme vimos através dos precedentes jurisprudenciais.

Por todo o exposto, verificando-se que não se trata de instrumento revelador da privacidade consagrada na Constituição Federal de 1988, conclui-se que não há quebra do sigilo bancário quando da efetivação da penhora *on line* através do sistema BACEN JUD.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARES, Manoel et al. Execução Fiscal, Doutrina e Jurisprudência. Coordenação Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Saraiva, 1998.

ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. 5ª edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1998.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Sigilo bancário e privacidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Curso de Processo Civil. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990

BARBEITAS, André Terrigno. O sigilo bancário e o resguardo da intimidade e da vida privada. Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União. Ano II nº 6 – janeiro/ março de 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo bancário. Revista Fórum de Direito Tributário v. 01 nº 1, fls. 64-80. Belo Horizonte, Editora Fórum, jan-fev.2003.

FOLMANN, Melissa. Interpretação constitucional principiológica & sigilo bancário. 1ª edição. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

GÓMES, Lineu Miguel. Penhora on line . Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 237, 1 mar. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4861>. Acesso em: 22 fev. 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. Repertório IOB de Jurisprudência nº 09/2001. Caderno 1.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O acesso direto aos dados bancários por parte do Fisco: a Transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal. Revista Fórum de Direito Tributário nº 11. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

TAGLIAFERRO, Kleber Auguto. A Constituição Federal e a Lei do Sigilo Bancário: Tensão entre Princípios. Revista Dialética de Direito Tributário. Nº 66. São Paulo: Dialética, 2001

TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Martin. A proteção da Privacidade. Aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2005.

TOURINHO, Lílian Oliveira da Costa. A quebra do sigilo bancário trazida pela Lei Complementar 105/2001 à luz da Constituição de 1988. Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil, nº 75/76, Editora Impetus, 2004.

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO nº 29, Porto Alegre, 1998, p. 357-371.

O Princípio da Isonomia Tributária e sua Aplicabilidade

Juliana Evangelista Montenegro Barbosa

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 concedeu aos princípios papel de destaque em seu texto. O princípio da igualdade, não bastasse a sua normatização constante no artigo 5º, *caput*, da Constituição, encontra-se preceituado por todo o texto constitucional, ganhando relevância, inclusive em matéria tributária, como pode ser verificado no artigo 150, inciso II, da Constituição, ao conceituar o princípio da igualdade na tributação, ou seja, o princípio da isonomia tributária.

Ocorre que, mesmo estando garantido pelo texto constitucional, o princípio da isonomia tributária é um instituto de difícil aplicação.

Assim, este trabalho tem o propósito de estudar o princípio da isonomia tributária e sua aplicabilidade, isto é, como aplicá-lo, compreendê-lo, interpretá-lo e utilizá-lo. Enfim, ter consciência da dimensão jurídica e da importância do princípio constitucional em estudo.

Para tanto, inicia-se este trabalho abordando o instituto da igualdade como princípio constitucional.

Nesta parte, faz-se necessário analisar alguns pontos de fundamental importância para o desenvolvimento do princípio da igualdade, tais como a distinção entre princípios e regras, a importância dessas normas no ordenamento jurídico, bem como o estudo sobre os princípios constitucionais.

Com o desenvolvimento dos pontos preliminares anteriormente referidos, segue-se o estudo com a abordagem do instituto da igualdade na Constituição Federal de 1988, dando destaque ao *caput* do artigo 5º do texto constitucional.

Evidencia-se, nesta etapa do estudo, a necessidade de desenvolver três pontos: a igualdade como um princípio fundamental, como um direito fundamental e sua aplicabilidade imediata.

Além disso, importante destacar também as diferenciações de tratamento e suas finalidades.

Com a finalização da primeira parte do trabalho, passa-se ao exame da isonomia como um princípio constitucional tributário, salientando que a estrutura do direito tributário encontra-se na Constituição, ou seja, é no texto constitucional que estão preceituados os limites ao poder de tributar e onde se estruturam os princípios de natureza tributária, princípios esses que formam a base de sustentação de todo o sistema tributário.

Assim, com a análise do princípio da isonomia tributária, estabelecido no artigo 150, inciso II, da Constituição, evidencia-se a necessária e importante abordagem de alguns pontos, tais como a vedação à arbitrariedade, os requisitos para a aplicação do princípio em estudo e os critérios para as diferenciações de tratamento, critérios esses que auxiliam na verificação do tratamento dado aos contribuintes, ou seja, na verificação se houve violação, ou não, ao princípio da isonomia tributária.

1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Nesta seção, para a compreensão do princípio constitucional da igualdade, serão tratadas a distinção entre os princípios e regras, os aspectos relevantes sobre os princípios constitucionais e a igualdade na Constituição Federal de 1988.

1.1 Princípios e Regras: Distinção e Importância

Atualmente, vasta doutrina considera os princípios e as regras como sendo as duas espécies de norma jurídica. Assim, torna-se importante distinguí-las[1].

Para Robert Alexy[2], o ponto decisivo na distinção das normas é o fato de que os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, mas que carecem de conteúdo de determinação, ao passo que as regras são normas que podem ser cumpridas ou não, ou seja, sempre contêm uma determinação, exigindo a feitura exata do seu ordenado.

Nesse sentido é também o entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho[3] quando define as regras como sendo normas que impõem, que prescrevem algo a ser seguido em

---

[1] A importância de distinguir as regras dos princípios é destacada por Robert Alexy, ao afirmar que se trata da distinção mais importante para a teoria dos direitos fundamentais, haja vista propiciar uma teorização sobre os limites e o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 81).

[2] ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 99.

[3] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 1145, 1239.

termos definitivos, ou seja, estabelecem uma exigência, a qual deve ser ou não cumprida, na medida exata dos seus ordenamentos. Em contrapartida, para o autor, os princípios são normas que exigem o cumprimento de algo da melhor forma possível, possuindo graus distintos de materialização, permitindo assim o equilíbrio de valores e interesses.

Destaca-se também análise feita por Humberto Ávila[4], ao argumentar que os princípios possuem eficácia interpretativa por instituírem um estado ideal de coisas a ser alcançado e que as regras são normas de maior rigidez, visto que descrevem comportamento obrigatório. O autor[5] complementa tal entendimento quando menciona que as regras definem e delimitam comportamentos a serem adotados para a concretização do estabelecido pelos princípios.

Celso Ribeiro Bastos[6] elucida que a diferença entre princípios e regras não está só no grau de abstração dos princípios, mas também na aplicabilidade direta que as regras possuem. Entretanto, mesmo havendo tais diferenças, esclarece que os princípios, juntamente com as regras, fazem parte do ordenamento jurídico, não se colocando além ou acima do direito, nem se contrapondo às regras, mas tão-somente aos preceitos.

Especificamente sobre o grau de abstração que os princípios possuem, o autor[7] esclarece que os princípios, além de possuírem função ordenadora, outras vezes podem exercer ação direta, nesse caso quando houver condições para serem auto-executáveis.

Outro posicionamento que convém referir é o de Walter Claudius Rothenburg[8], para quem as regras não conseguem expor integralmente os princípios, mas, quanto à aplicação, a regra deve ser aplicada e interpretada em conformidade com os princípios.

Nessa mesma linha de pensamento, Sacha Calmon Navarro Coelho[9] afirma que os princípios não instituem comportamento específico, mas sim comportamento padrão, sem exigência de condições para sua aplicação, sendo utilizado apenas para a interpretação dos casos e das leis.

Do exposto, pode-se concluir que as regras e os princípios são dois tipos de normas jurídicas que exercem dentro do sistema normativo papéis distintos, mas que se complementam. As regras possuem a função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadram em situações específicas por elas descritas. São normas de maior rigidez, haja vista descreverem comportamentos a serem seguidos.

---

[4] ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 38-40.

[5] ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 51 .

[6] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 339.

[7] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 341-342.

[8] ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 30-31.

[9] COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988. Sistema Tributário*. 6ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997. p. 106.

Já os princípios possuem um teor maior de abstração, pois expressam um valor ou uma diretriz, e não uma exigência ou um comportamento, como no caso das regras. Assim, por serem de maior flexibilidade, os princípios são normas abertas à interpretação[10].

Entretanto, cumpre frisar que os princípios não possuem apenas a característica interpretativa. Os princípios, além de auxiliarem na interpretação das normas, são normas impositivas de valores.

Nesse sentido é o entendimento de Eros Roberto Grau[11], ao diferenciar os princípios das regras. Segundo o autor, as duas espécies de norma possuem a generalidade como característica. Entretanto, especifica que a regra é geral porque é estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, ao passo que o princípio é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações.

O autor também salienta que os princípios, além de determinarem a interpretação das regras, atuam como mecanismo de controle de produção das regras, tornando-se, dessa forma, em medida de controle externo da produção das normas.

Importante ainda destacar entendimentos opostos com relação à hierarquia dessas duas espécies de normas jurídicas.

Conforme acima analisado, tanto os princípios como as regras possuem distintos e importantes papéis no ordenamento jurídico, papéis esses que se complementam, que se aperfeiçoam, mas que em determinados casos podem se contrapor, se confrontar.

Para Ávila[12], quando princípio e regra, de mesmo nível hierárquico, estiverem em conflito, deve ser dada primazia à regra. Conforme o autor, o grau de conhecimento do dever a ser cumprido, no caso das regras, é muito maior quando no caso dos princípios.

Assim, define que "descumprir o que já foi objeto de decisão é mais grave do que descumprir uma norma cuja função é servir de razão complementar ao lado de outras razões para futura decisão".

Em contrapartida, é outro o entendimento de Roque Antônio Carrazza[13], ao argumentar que os princípios cumprem importante papel dentro do ordenamento jurídico, haja vista sua função de direcionar, esclarecer e instruir, entre outras, a interpretação das normas jurídicas. Portanto, a aplicação das regras só se dará quando coerente com o estipulado pelos princípios.

---

[10] Sobre a abertura, como característica dos princípios, ver: ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 59; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 1147.

[11] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 153, 183.

[12] ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53-54.

[13] CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 36, 38.

O autor segue seu posicionamento, quando conceitua os princípios como normas indicativas e reguladoras da aplicabilidade de outras normas, por isso devendo ser sempre respeitados.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello[14] analisa que, pelo fato de a desatenção a um princípio implicar não apenas na ofensa de um mandamento específico, mas sim de todo o sistema de comandos, violar um princípio é mais grave que violar uma regra.

Ocorre que, mesmo havendo entendimentos distintos sobre a prevalência das normas jurídicas, evidencia-se não só o caráter geral mas fundamental dos princípios.

É pertinente esclarecer que tal análise será novamente abordada no transcorrer do trabalho, haja vista sua importância para o desenvolvimento e para a compreensão do tema central, qual seja, a aplicabilidade do princípio da isonomia tributária. Assim, seguindo o estudo dos aspectos preliminares, o ponto seguinte aborda os princípios dispostos na Constituição.

1.2 Aspectos Relevantes sobre os Princípios Constitucionais

A Constituição, no entendimento de Hans Kelsen[15], é norma positiva que regula a produção de normas jurídicas gerais e determina o conteúdo das leis futuras. É onde encontram-se estabelecidos os princípios, em sua maioria.

Para Ingo Wolfgang Sarlet[16] a Constituição é estatuto jurídico fundamental, é um sistema aberto de regras e princípios.

Na percepção de Canotilho[17], a lei constitucional, considerada ordenação normativa fundamental, é dotada de supremacia.

Ainda sobre a Constituição, Carrazza[18] destaca sua característica de lei máxima, de lei fundamental do Estado que representa o direito positivo mais elevado. Assim, é na Constituição que se encontram as normas jurídicas de mais alto grau, devendo estas, portanto, estar em harmonia com as normas constitucionais.

Tal entendimento é complementado por Sarlet[19] ao definir que toda norma constitucional é formada por determinado grau de eficácia normativa e aplicabilidade.

---

[14] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo.* 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 230.

[15] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 247-249.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 78.

[17] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 245-246.

[18] CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 28/29.

[19] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 234.

Para elucidar tal abordagem, cumpre referir o estudo de Cármen Lúcia Antunes Rocha[20], que conceitua princípio constitucional como sendo o elemento essencial ao ordenamento jurídico, visto ser a base formal e material da construção normativa, dando fundamento à regra jurídica.

Apoia-se também, neste ponto, em lição de Rothenburg[21], ao conceituar os princípios constitucionais como sendo normas dispostas por toda a Constituição, que estabelecem os valores essenciais de apoio e orientação à sociedade.

Desse modo, a violação dos princípios constitucionais, que caracterizam-se de uma normatividade potencializada e predominante, estará revestida de ilegalidade ou inconstitucionalidade, representando não só oposição ao estipulado pelo princípio mas também ao estipulado por todo o sistema, e em especial pelo seus valores fundamentais[22].

Logo, chega-se ao seguinte denominador: os princípios constitucionais são preceitos respaldados em valores fundamentais que têm como função conduzir e orientar outras normas, não só no âmbito constitucional, mas em todo o ordenamento jurídico. Mesmo possuindo diferentes graus de concretização, os princípios constitucionais possuem aplicabilidade e eficácia normativa.

Por isso, apresentam-se os princípios constitucionais como normas de máxima importância e relevância, não só por regulamentarem valores orientadores de normas jurídicas, mas também por instituírem comportamento padrão[23], por regulamentarem diretrizes a serem seguidas. Portanto, são normas que expressam valores que orientam a sociedade como um todo.

1.3 A Igualdade na Constituição Federal de 1988

Para a abordagem desta subseção, será dado destaque ao artigo 5º da Constituição Federal, evidenciando-se, com isso, a necessária e conveniente divisão desta subseção em outros três pontos: a igualdade como um princípio fundamental, como um direito fundamental e sua aplicabilidade imediata. Além disso, destaque foi dado às diferenciações de tratamento e suas finalidades.

---

[20] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 19.

[21] ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 81.

[22] Nesse sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 230. Sobre a hierarquia das normas jurídicas, importante novamente frisar o entendimento de Humberto Ávila, examinado na subseção 1.1 deste trabalho.

[23] Nesse sentido, ver posicionamento de Sacha Calmon Navarro Coelho, transcrito na subseção 1.1 deste trabalho.

1.3.1 Igualdade como Princípio Fundamental

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, institui, em seu Preâmbulo[24], um Estado Democrático destinado a assegurar, entre outros direitos, a igualdade.

Cármen Lúcia Antunes Rocha[25] ressalta que a Constituição de 1988 fora a primeira que especificou no seu Preâmbulo a igualdade como princípio determinante na elaboração do sistema normativo fundamental.

Seguindo a análise do texto constitucional, vale destacar que a parte inaugural da Constituição possui como título primeiro "Dos Princípios Fundamentais"[26]. Entretanto, conforme anteriormente referido[27], os princípios constitucionais não limitam-se apenas à parte destinada a eles na Constituição, estando dispostos por todo o texto constitucional.

O constituinte assegurou tal posicionamento ao estabelecer no *caput* do artigo 5º da Constituição[28], a garantia de que todos são iguais perante a lei, ou seja, o princípio da igualdade. Desta maneira, ressalta-se o papel de destaque que o instituto da igualdade tem no texto constitucional; destaque esse bem salientado por Aliomar Baleeiro[29] ao definir a igualdade como sendo o pilar básico do Estado Democrático de Direito.

Canotilho[30] completa o entendimento acima quando alega que o princípio da igualdade não se caracteriza somente como um princípio de igualdade de Estado de Direito, mas também como um princípio de igualdade de democracia econômica e social.

Nesse contexto, Cármen Rocha[31] institui que as normas constitucionais de maior expressão são as contidas no art. 5º da Constituição, visto que não sofrem impedimentos de outras normas do sistema constitucional. Continua a destacar o papel da igualdade na Constituição, ao referir que a igualdade jurídica, por estar contida no início do artigo 5º da

---

[24] Cármen Lúcia Antunes Rocha, define o preâmbulo como sendo o enunciado preliminar, que especifica valores que nortearam os constituintes. Não possui o preâmbulo aplicabilidade, mas traça o caminho a ser seguido pelas normas que compõem o sistema constitucional (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 67).

[25] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 67.

[26] A Constituição de 1988 também foi a primeira Constituição Brasileira à destinar uma parte especialmente aos princípios fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 101).

[27] Nesse sentido, ver orientação de Rothenburg, analisada na subseção 1.2 deste trabalho.

[28] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)"

[29] Nesse sentido, Aliomar Baleeiro define a igualdade como sendo o pilar básico do Estado Democrático de Direito (BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 525).

[30] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 348-349.

[31] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 70.

Constituição – que cuida dos direitos individuais e coletivos – encontra-se em posição de relevo, além de ser o instituto norteador dos direitos reconhecidos e assegurados no dispositivo legal.

A esse respeito, Bastos[32] elucida que a função do princípio da igualdade é o de informar e condicionar todo o restante do direito, não assegurando, desse modo, nenhuma situação jurídica específica, mas a má utilização da ordem jurídica.

1.3.2 Igualdade como Direito Fundamental

Abordada a posição doutrinária sobre a igualdade como um princípio fundamental e sua evidência no texto constitucional, torna-se interessante, neste momento, discorrer sobre os direitos fundamentais, já que o princípio da igualdade está estabelecido no Título II da Constituição, que trata dos "Direitos e Garantias Fundamentais", e, em específico, no Capítulo I, que trata dos "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos".

Direitos fundamentais, conforme Sarlet[33], são preceitos jurídicos constitucionais de diversos e importantes conteúdos, relativos às pessoas. Segundo o autor, haja vista o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição[34], os direitos fundamentais, por possuírem amplo conceito, podem ser encontrados em outras partes do texto constitucional.

Canotilho[35] ressalta que a função essencial dos direitos fundamentais é a defesa da pessoa humana e sua dignidade – é a defesa aos direitos dos cidadãos. Para o autor[36], outra função dos direitos fundamentais é nomeada como a função da não discriminação, qual seja, assegurar, mediante o princípio da igualdade, que o Estado trate todos os cidadãos de maneira igual.

---

[32] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 9, 13.

[33] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 77, 82, 91-92.

[34] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

[35] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 405.

[36] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 407.

Adicionalmente, Carrazza[37] destaca que os direitos fundamentais, além de serem garantias irrenunciáveis e imprescritíveis, são preceitos proibitivos de lesão. Segue o autor frisando que tais lesões podem vir por meio de leis, atos administrativos ou decisões judiciais e que, em contrariando tais valores, podem ser anulados com base em sua inconstitucionalidade.

Desta forma, poderia se chegar à conclusão de que a igualdade é um direito fundamental?

Canotilho[38] responde tal questionamento ao afirmar que o princípio da igualdade é um dos princípios que compõem o regime geral dos direitos fundamentais, e que a igualdade é requisito à regularização das liberdades individuais dos cidadãos sujeitos ao ordenamento jurídico. Fortalece esse posicionamento quando assegura que o princípio da igualdade não é apenas um princípio de Estado de direito mas também um princípio de Estado social, de justiça social.

A esse respeito, Cármen Rocha[39] elucida que a igualdade jurídica encontra-se em posição de direito fundamental individual, social e coletivo, sendo, assim, direito de todos.

Para não restar dúvida, vale referir orientação de Paulo Bonavides[40], que alega ser a igualdade o direito garantidor do Estado social, além do direito fundamental de maior importância no direito constitucional.

1.3.3 Aplicabilidade Imediata

Concluindo-se sobre a natureza fundamental da igualdade, convém destacar a norma estabelecida no § 1º do artigo 5º da Constituição[41]. Haja vista o referido preceito legal salientar a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, conclui-se que a igualdade jurídica, por ser um direito fundamental, possui aplicabilidade imediata.

Cármen Rocha[42], nesse sentido, esclarece que o direito à igualdade possui aplicabilidade imediata, e que se encontra materializado também em outras normas que se acoplam ao art. 5º da Constituição e dão, assim, conteúdo e instrumentalização constitucional necessária a seu aperfeiçoamento.

---

[37] CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 273.

[38] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 424.

[39] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade.* Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 92.

[40] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 11ª ed. São Paulo: Editores Malheiros, 2001. p. 341.

[41] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

[42] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade.* Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 71.

Contudo, Sarlet[43] expõe que cabe ao poder público o dever de extrair das normas que consagram os direitos fundamentais a maior eficácia possível. Além disso, o autor acautela sobre a possibilidade de haver distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, mesmo entre os direitos fundamentais, sendo que tal graduação poderá depender da forma de positivação, do objeto e da função que desempenha cada preceito.

Assim, pode-se dizer que o princípio da igualdade possui importante papel no texto constitucional, não só pelo seu caráter de direito fundamental, como também pelas suas inúmeras funções, dentre elas garantir justiça social, condicionando o poder legislativo aos seus preceitos.

Contudo, mesmo sendo um instituto de destaque consagrado e uma norma possuidora de eficácia plena e aplicabilidade imediata, sua aplicação dependerá de fatores externos à igualdade preceituada – o grau de aplicabilidade do direito à igualdade poderá ser maior ou menor, dependendo do caso[44].

É valido ainda ressaltar que a igualdade não obteve destaque apenas na Constituição de 1988; ela esteve presente em praticamente todas as Constituições Brasileiras.

Em análise ao artigo 153, § 1° da Constituição de 1967[45], com redação dada pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969, Bandeira de Mello[46] refere que o princípio da igualdade, além de nivelar os cidadãos, proíbe a edição de lei em desconformidade com a isonomia. O autor[47] continua sua análise, consagrando a isonomia como o mais importante princípio garantidor dos direitos individuais.

1.3.4 Diferenciações e Finalidades

Voltando-se ao estudo da Constituição de 1988, o texto constitucional especifica em seu art. 5°, *caput*, que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

---

[43] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 250-251.

[44] Sobre os requisitos para a aplicação do princípio da igualdade, tal ponto será abordado com mais propriedade na segunda parte deste trabalho.

[45] "Art. 153 A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1° - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei."

[46] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Iguadade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 13.

[47] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Iguadade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 58.

Humberto Ávila[48] destaca, de maneira peculiar, a fundamental atribuição que o instituto da igualdade possui no sistema constitucional. Dispõe que a igualdade não se limita apenas como um princípio que institui um estado igualitário, mas também como uma regra, que proíbe o tratamento discriminatório, e como um postulado, que estrutura a aplicação do direito em função de critérios de diferenciação e finalidade.

Já para Alexy[49], a igualdade é um princípio dirigido ao legislador[50], mas que não pode ser exigido em todas as propriedades naturais e em todas as situações fáticas, ou seja, não pode haver a exigência de que todos devam ser tratados exatamente da mesma maneira ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Assim, o autor[51] esclarece que havendo uma razão suficiente para ordenar tratamento desigual, serão admitidas as diferenciações, isto é, o princípio da igualdade exige o tratamento igual para todos, permitindo-se, todavia, tratamento desigual quando existirem razões plausíveis para a sua permissão.

A esse respeito, Cármen Rocha[52] dispõe que a igualdade constitucional é um modo justo de se viver em sociedade, mas que a adoção do princípio não significa o término dos critérios diferenciadores das pessoas e situações por elas vividas.

Nesse sentido, pode-se concluir que o princípio da igualdade não é violado caso os homens não sejam necessariamente iguais no intelecto, na capacidade laboral ou na condição econômica, por exemplo. O que o princípio realmente expressa é a igualdade perante a lei (igualdade formal) e na lei (igualdade material), chegando-se ao entendimento de que a igualdade deve ser imposta por norma legal voltada à aplicação de tratamento equânime entre as pessoas.

Entretanto, como já visto anteriormente, nem todas as desigualdades são violadoras do princípio da igualdade. Deve-se portanto estabelecer até onde e em que condições as desigualdades podem ser consideradas legítimas, sem causar injustiça;[53] em que circunstância é legítimo discriminar.

---

[48] ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 101-102.

[49] ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 385.

[50] Nesse sentido, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 424; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 37.

[51] ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 395-400.

[52] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 45.

[53] Nesse sentido: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 34.

A esse respeito, Bandeira de Mello[54] faz estudo minucioso sobre o reconhecimento das diferenciações e esclarece a necessidade de investigar o critério discriminatório, de verificar se há fundamento lógico para atribuir o específico tratamento jurídico desigual, bem como de analisar se o fundamento lógico está em consonância com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.

Adiciona o autor[55] que a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita, necessitando de adequação entre o tratamento diferençado e a razão para tal diferenciação. Caso isso não ocorra, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.

Resumidamente, para o autor[56], são quatro os elementos necessários para que uma diferenciação conviva com a isonomia: a desequiparação deve atingir mais de um indivíduo; as situações ou pessoas desequiparadas devem ser distintas entre si; a existência de correlação entre o fator diferenciador e a distinção de regime jurídico em função dele estabelecida pela norma jurídica e; a pertinência da fundamentação em atenção aos interesses constitucionalmente protegidos.

Ainda sobre a existência de tratamentos distintos, Cármen Rocha[57] esclarece que a lei não deve abrigar desigualdades sem fundamentação embasada nos critérios de justiça, devendo estar presente, sempre que possível, o princípio da igualdade, inclusive, se necessário, desigualando alguns aspectos para que o resultado seja o equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal.

Entretanto, do destaque sobre o necessário equilíbrio nos tratamentos a serem concedidos, a autora[58] chega em um dos porquês da dificuldade de se concretizar e aplicar o princípio constitucional da igualdade – a busca pelo critério justo para a igualação e para a desigualação.

Ao tentar dirimir a dificuldade encontrada, Celso Ribeiro Bastos[59] argumenta que a lei possui sim o papel de distinguir situações, mas o que se deve evidenciar para solucionar o problema da isonomia é a finalidade que a norma legal busca. Ressalta que o elemento discriminador da norma é uma decorrência do elemento finalidade da norma, não possuindo o *discrímen* autonomia para fornecer sozinho o critério de sua validade ou invalidade.

---

[54] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 27-28.

[55] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 49.

[56] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 53-54.

[57] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 38-39.

[58] Nesse sentido: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 45.

[59] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 9-10.

Portanto, para que se saiba quando o elemento discriminador violou o princípio da isonomia tributária, primeiramente deve-se evidenciar qual finalidade a lei possui.

Tal ressalva Humberto Ávila[60] também faz, ao analisar que a concretização do princípio da igualdade depende do critério diferenciador, e que tal diferenciação materializa-se quando agregada à uma finalidade. Isto é, os contribuintes serão considerados, entre si, iguais ou diferentes de acordo com um mesmo critério diferenciador e de um fim a ser alcançado.

Nesse contexto, Cármen Rocha[61] afirma que o critério diferenciador que não possa ser vinculado ao fim pretendido pela norma jurídica considera-se como inválido, ao passo que o critério diferenciador de tratamento sócio-econômico, com o fim de garantir a isonomia, somente será aceito quando, além de válido juridicamente, puder demonstrar a conexão entre a desequiparação normativa e o interesse protegido socialmente.

2 ISONOMIA COMO UM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

A estrutura do direito tributário encontra-se na Constituição, ou seja, é no texto constitucional que estão preceituados os limites ao poder de tributar e onde se estruturam os princípios de natureza tributária, princípios esses que formam a base de sustentação de todo o sistema tributário[62]. Ocorre que, conforme visto anteriormente (quando do estudo dos princípios constitucionais), os princípios dispostos fora do sistema tributário, mas de natureza constitucional, são a base primeira não só do sistema tributário, mas de todo o ordenamento jurídico.

Nessa linha, Carrazza[63] especifica que a funcionalidade e a validade dos princípios são colocadas em evidência no direito tributário, já que eles moldam e interferem nas leis tributárias. Exemplifica o autor[64], ao referir que o *caput* do art. 5º da Constituição, que proclama que todos são iguais perante a lei, interdita a arbitrariedade, inclusive em matéria tributária.

Ademais, Luciano Amaro[65] afirma que o princípio da igualdade, pelo fato de ser tanto um princípio constitucional quanto um axioma basilar do direito tributário, possui abrangência universal.

---

[60] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 101-102.

[61] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade.* Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 46.

[62] Nesse sentido, ver: AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 158.

[63] CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 37.

[64] CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 300.

[65] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 203.

Ocorre que, mesmo possuindo o art. 5º da Constituição abrangência universal, o texto constitucional de 1988, em seu art. 150, inciso II, normatizou o princípio da igualdade na tributação.

Nesse sentido, José Afonso da Silva[66] argumenta que a regra da isonomia estabelecida no *caput* do art. 5º da Constituição não foi suficiente para garantir a igualdade perante a tributação. Desta maneira, estabeleceu o contribuinte, no art. 150, inciso II, da Constituição, o princípio da isonomia tributária.

2.1 Vedação à Arbitrariedade

O artigo 150, inciso II, está disposto no Título VI da Constituição, dedicado à tributação e ao orçamento, e assim preceitua o princípio da isonomia tributária:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> (...)
> II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Tal princípio, conforme referido por Sacha[67], é um direito individual do contribuinte, de radicação constitucional, onde pessoas em idênticas condições devem ser tributadas igualmente ou devem ser imunes à tributação de modo igual.

Em outra obra sua, o autor[68] especifica que o princípio da isonomia tributária trata-se de um princípio constitucional, em matéria tributária, conexo aos direitos fundamentais.

Adicionalmente, Carrazza[69] especifica que o princípio em análise visa garantir uma tributação justa, visto que fora desenvolvido a partir da idéia de justiça. Entretanto, refere que a garantia de uma tributação justa não significa que as leis tributárias irão tratar todas as pessoas da mesma maneira, mas que precisam tratar da mesma maneira as pessoas que se encontrem em situações idênticas. Ou melhor, quem está na mesma situação jurídica deve receber o mesmo tratamento tributário.

---

[66] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 221.

[67] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *A Tributação dos Inativos, in* Revista Dialética de Direito Tributário, RDDT nº 103, abril/2004. p. 160.

[68] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 179-180.

[69] CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 300-301.

Na visão de Bandeira de Mello[70], a igualdade é o princípio que visa propiciar a garantia individual, bem como tolher favoritismos com a proibição de concessão, por lei, de tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, sem fundamentação válida para tal disparidade. Para o autor[71], o que a ordem jurídica pretende com o princípio da igualdade é garantir a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas.

Nesse sentido, Canotilho[72] especifica que o princípio da igualdade não proíbe a distinção feita por lei, mas o arbítrio, isto é, proíbe as distinções de tratamento sem fundamento suficiente para tanto.

Complementando os entendimentos anteriores, Alexy[73] afirma que se há razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então deverá ser ordenado o tratamento desigual. E mais, especifica que o tratamento não será arbitrário quando for a melhor ou mais justa solução, bem como quando existirem razões plausíveis para a sua permissão.

Portanto, conclui-se que para o tratamento desigual ser legítimo deverá haver uma justificação para tal diferenciação.

Assim, com os argumentos anteriormente analisados, chega-se a um consenso sobre o principal objetivo do princípio da isonomia tributária – a vedação ao tratamento diferenciado em situações idênticas ou ao tratamento idêntico em situações diferenciadas.

2.2 Requisitos para a aplicação do Princípio da Isonomia Tributária

Tendo em vista que o princípio da isonomia tributária é uma extensão do direito fundamental à igualdade, cumpre analisar se o princípio possui aplicabilidade limitada, isto é, *quando* aplica-se o princípio.

Tal assertiva encontra respaldo em abordagem feita por Baleeiro[74], que considera que a igualdade, entre outros princípios, integra o rol dos direitos e garantias fundamentais do contribuinte. E, como tais, são auto-aplicáveis.

---

[70] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 30, 44-45, 50.

[71] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 25.

[72] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 426-427.

[73] ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 395, 397, 400.

[74] BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar.* Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 521.

É também nesse sentido a manifestação de Sacha[75], ao entender que os princípios constitucionais tributários traduzem reafirmações e garantias dos direitos fundamentais, sendo, portanto, cláusulas perenes, pétreas, insuprimíveis.

Adicionalmente, Sarlet[76] também declara que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

Que o princípio instituído no art. 150, inciso II, da Constituição possui aplicação imediata, não resta dúvida. Mas essa aplicação, mesmo sendo imediata, é efetiva? Para garantir sua aplicação não é necessário preencher alguns requisitos?

Baleeiro[77] esclarece que para a aplicação justa da norma de tratamento igual deve-se seguir alguns requisitos, tais como a imparcialidade, a uniformidade e a regularidade na aplicação. Segue o autor, ao observar que a não aplicação de uma norma válida só pode ser motivada por peculiaridades do caso concreto.

Já para Humberto Ávila[78], a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de uma finalidade a ser alcançada, devendo ser ordenada em virtude de um determinado fim. Complementa o autor, ao especificar que "fins diversos levam à utilização de critérios distintos", ou seja, "fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle".

Em outra obra sua, e seguindo o mesmo entendimento, Humberto Ávila[79] afirma que a aplicação da igualdade depende dos seguintes elementos: duas ou mais pessoas ou situações, saber qual medida será empregada na comparação entre as pessoas ou situações e qual fim comparativo será utilizado na comparação (finalidade).

Explica-se: a igualdade, no entender do autor, só pode ser definida com vistas a uma finalidade determinada, ao passo que os contribuintes só serão iguais ou diferentes entre si em razão dos critérios a serem utilizados para a comparação.

Ocorre que destas afirmativas, o autor[80] conclui pela dificuldade em aplicar ou mesmo em definir o instituto da isonomia, que possui limitações em si próprio, dependendo sempre de um critério.

---

[75] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 181.

[76] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 71.

[77] BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar.* Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 533.

[78] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 102.

[79] ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 356-358.

[80] ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 358-359.

Nessa mesma linha, Luciano Amaro[81] entende que o princípio da igualdade indica o rumo a ser seguido, mas não permite que se identifique sua exata dimensão, dificultando, assim, sua aplicação.

Adicionalmente, Misabel[82], em nota do livro de Aliomar Baleeiro, refere que a dificuldade quanto à aplicação da igualdade está no critério de comparação e sua valoração: "Qual o critério a ser levado em conta, que diferenças devem ser desprezadas? Que características são relevantes para agrupar os objetos em consideração?"

Assim, é certo que a aplicação do princípio da isonomia tributária depende de uma série de fatores. Deste modo, na tentativa de entender e de dirimir as dificuldades encontradas para a aplicação do princípio da isonomia tributária, torna-se importante abordar os critérios para as diferenciações de tratamento.

2.3 Critérios para as Diferenciações

Em virtude das elucidações feitas na subseção anterior, constatou-se a dificuldade em aplicar e, até mesmo, em definir o princípio da isonomia tributária, haja vista o instituto em estudo depender da análise de uma série de fatores.

Tal dificuldade, para Hugo de Brito Machado[83], surge da necessidade de avaliar se o legislador pode estabelecer diferenciações e, nesse caso, quais os critérios que podem ser validamente utilizados e quais implicam em lesão ao princípio.

Nesse sentido, Celso Bandeira de Mello[84] salienta a importância de verificar quais discriminações são juridicamente intoleráveis, ou seja, qual a espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos do princípio da isonomia.

2.3.1 Capacidade Contributiva

Como anteriormente analisado, o art. 150, inciso II, da Constituição especifica que é vedado instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

---

[81] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 108.

[82] BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar.* Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 526.

[83] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário.* 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 28-29.

[84] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 15-16.

Nestes termos, Carrazza[85] argumenta que, além do princípio isonômico visar a garantia de uma tributação justa, visto que fora desenvolvido a partir da idéia de justiça, a garantia de uma tributação justa não significa que as leis tributárias irão tratar todas as pessoas da mesma maneira, mas que precisam tratar da mesma maneira as pessoas que se encontrem em situações idênticas.

Assim, para o direito tributário, torna-se essencial distinguir os contribuintes em função de suas condições econômicas.

Esta também é a orientação de Sacha[86], ao estabelecer que o princípio da isonomia tributária impõe ao legislador atenção à capacidade contributiva dos contribuintes, para que haja a discriminação adequada entre os desiguais e para que não haja a diferenciação entre os iguais, devendo, sim, receber mesmo tratamento.

A esse respeito, Hugo de Brito Machado[87] observa que, para os contribuintes serem igualmente tributados, aquele que tem maior capacidade contributiva deve pagar imposto maior, ou seja, a igualdade consiste na proporcionalidade da incidência à capacidade contributiva.

Desse modo, poderia se dizer que o princípio da isonomia tributária, disposto no inciso II do art. 150, e o princípio da capacidade contributiva, disposto no § 1º do art. 145[88], ambos da Constituição, complementam-se?

Para Cármen Rocha[89], sim. A autora especifica que os dois princípios em análise são normas de fundamental importância para o sistema constitucional tributário, e que não podem ser interpretados isoladamente. Segue sua análise, ao afirmar que o art. 150, inciso II, da Constituição, veda a desigualação entre contribuintes que possuam idêntica situação sócio-econômica, impondo respeito à capacidade contributiva do contribuinte.

Nessa mesma linha, Humberto Ávila[90] esclarece que o princípio da igualdade e o princípio da capacidade contributiva, por possuírem o mesmo conteúdo normativo e o mesmo âmbito de aplicação, estão intimamente ligados, complementando-se e ajustando-se. Complementando, o autor afirma a capacidade contributiva é o próprio critério geral para a aplicação da igualdade.

---

[85] CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 300-301.

[86] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário.* 6ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997. p. 328.

[87] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário.* 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 28.

[88] "Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetivamente a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte."

[89] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade.* Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 93-94.

[90] ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 356-359.

Cumpre ainda salientar que, para Misabel[91], em nota feita à obra de Aliomar Baleeiro, o princípio da capacidade contributiva, entre outros, é um desdobramento do princípio da igualdade, além de ser um dos critérios de comparação que inspiram o princípio da igualdade.[92]

Para a autora[93], o princípio da igualdade, além de ditar o dever do legislador de não discriminar, especifica também o dever de distinguir, para conceder tratamento menos gravoso àqueles que detêm menos capacidade econômica. Isto é, o princípio da igualdade, com o fim de reduzir as grandes disparidades, é invocado para justificar as desigualdades de tratamento.

Assim, não resta dúvida quanto à ligação que o princípio da isonomia tributária possui com o princípio da capacidade contributiva.

Entretanto, esse não é o único critério a ser analisado para a efetiva aplicação do princípio, podendo haver exceções à proibição de discriminar entre pessoas que demonstram idêntica capacidade contributiva.

2.3.2 Extrafiscalidade

Quanto à possibilidade de haver exceções à proibição de discriminar, como anteriormente frisado, tal ponto recebe ênfase no estudo de Sacha[94]. Para o autor, em certas situações o legislador está autorizado a tratar desigualmente os iguais, sem ofensa ao princípio. Tais casos são derivados da extrafiscalidade e do poder de polícia[95].

A extrafiscalidade, no entendimento de Sacha é a utilização dos tributos para outros fins que não os da simples arrecadação de meios para o Estado.

---

[91] BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar.* Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 523, 546.

[92] Esse também é o entendimento de Aliomar Baleeiro, que enfatiza ser a capacidade contributiva o princípio fundamental e a fonte principal de critérios discriminatórios (BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar.* Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 520).

[93] BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar.* Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 8, 536, 541.

[94] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário.* 6ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997. p. 328.

[95] O autor define o poder de polícia como sendo o poder investido à legisladores e administradores de meios, inclusive fiscais, com a finalidade de limitar direito em benefício do bem comum, prevalecendo o interesse do todo.

A esse respeito, Ricardo Lodi Ribeiro[96] menciona que o tratamento desigual, preceituado pelo legislador, dado aos contribuintes que possuem idêntica capacidade contributiva só pode se dar em função da finalidade extrafiscal, também amparada pela Constituição.

Assim, entende-se que quando os objetivos são alheios aos meramente arrecadatórios, ou seja, quando se pretende prestigiar situação social, política e econômica, está se falando em extrafiscalidade.

Com o intuito de corroborar com os argumentos anteriormente expostos, transcreve-se trecho de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> Não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do SIMPLES aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado.
>
> (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.643-1, Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 05 de dezembro de 2002. DJ 14/03/2003)

Desse modo, em virtude das elucidações expostas neste ponto, torna-se necessário reiterar a importância de analisar a finalidade da norma legal e os critérios que deverão ser levados em conta para a aplicação e para a verificação de violação ao princípio.

Sendo assim, de todo o exposto verifica-se que inúmeros são os pontos relevantes a serem levados em consideração quando da análise do princípio da isonomia tributária. Deste modo, os contribuintes devem estar sempre atentos às situações nelas enquadrados, verificando se estão garantidos pelo princípio da isonomia tributária, ou seja, se o seu direito à igualdade na tributação está sendo respeitado. Contudo, não é dos cidadãos, obviamente, a obrigação de eliminar as desigualdades e equilibrar as condições sócio-econômicas. Tal obrigação deve ser cumprida pelo Estado.

Pertinentemente, Cármen Rocha[97] menciona que, além da obrigação que tem o Estado de não permitir a prevalência de distinções arbitrárias e contrárias à justiça social, há que revelar a sua obrigação de atuar no sentido de garantir a igualdade. Assim, ao Estado é proibida a criação de discriminações legais, bem como a inércia quanto a necessária criação de situações de igualação para dirimir desigualdades estabelecidas.

---

[96] RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A Não-cumulatividade das Contribuições Incidentes sobre o Faturamento na Constituição e nas Leis, in* Revista Dialética de Direito Tributário, RDDT nº 111, dezembro/2004, p. 104.

[97] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade.* Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 40-42.

Portanto, há de prevalecer a igualdade de oportunidades sócio-econômicas e a proibição de favoritismos, de discriminações e de diferenciações entre contribuintes, sem justa fundamentação de sua finalidade. Prevalecendo tais condições, a sociedade terá garantida a efetividade do princípio constitucional da igualdade, tanto na tributação quanto no ordenamento jurídico como um todo.

CONCLUSÃO

Em 05 de outubro de 1988 é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil. Constituição essa essencialmente principiológica. Entretanto, mesmo estando garantidos os direitos fundamentais, as desigualdades sociais, juntamente com a arrecadação desmedida de tributos, não param de crescer. A partir dessa perspectiva, este trabalho se propôs a abordar o princípio constitucional da isonomia tributária e a verificação da efetividade de sua aplicação.

Os princípios constitucionais são normas jurídicas de extrema importância no ordenamento jurídico, não só por regulamentarem valores orientadores, mas também por instituírem um comportamento padrão, uma diretriz a ser seguida. São preceitos respaldados em valores fundamentais que têm como função conduzir e orientar outras normas.

Sobre o princípio da igualdade, por ser considerado um dos pilares do Estado Democrático de Direito, possuindo caráter de direito fundamental - de direito garantidor do Estado social – evidencia-se que inúmeras são as suas funções, entre elas, garantir a justiça social e econômica.

Entretanto, mesmo estando o princípio da igualdade disposto no artigo 5º da Constituição Federal, tal embasamento legal não foi considerado suficiente pelo constituinte para garantir a igualdade perante a tributação. Assim, o artigo 150, inciso II, da Constituição Federal, estabelece o princípio da isonomia tributária. Visa, o princípio da isonomia tributária, garantir uma tributação justa, devendo a lei ser igual para todos e a todos deve ser aplicada com igualdade.

Todavia, poderá ser permitido tratamento desigual quando houver razão suficiente (justificação) para sua permissão. Uma das razões para a distinção de tratamento é quando os contribuintes encontram-se em condições econômicas diferentes.

Assim, há a necessidade de analisar a condição econômica, ou seja, a capacidade contributiva de cada contribuinte para observar se houve a violação ou não do princípio. O princípio da isonomia tributária impõe ao legislador atenção à capacidade contributiva dos contribuintes, para que haja a discriminação adequada entre os desiguais e para que não haja a diferenciação entre os iguais, devendo, sim, receber mesmo tratamento.

Nesse sentido, para que os contribuintes sejam igualmente tributados, deve haver a análise da capacidade contributiva de cada um.

Além disso, é necessário analisar qual o critério diferenciador e qual a finalidade a ser alcançada pela norma jurídica.

Caso a finalidade da norma jurídica supostamente arbitrária seja a extrafiscalidade, está autorizado o tratamento desigual.

Entende-se por extrafiscalidade a utilização dos tributos para outros fins que não os da simples arrecadação de meios para o Estado, ou seja, quando os objetivos são alheios aos meramente arrecadatórios.

Sendo assim, importante destacar o papel da capacidade contributiva e da extrafiscalidade como critérios de discriminação, critérios esses que auxiliam na verificação do tratamento dado aos contribuintes, ou seja, na verificação se houve violação, ou não, ao princípio da isonomia tributária.

Portanto, conclui-se que o princípio da isonomia tributária, mesmo possuindo papel de destaque no texto constitucional, sua efetiva aplicação depende da análise de uma série de critérios. Assim, evidencia-se a relevância e a complexidade do princípio da isonomia tributária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário.* São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar.* Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 11ª ed. São Paulo: Editores Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *A Tributação dos Inativos, in* Revista Dialética de Direito Tributário, RDDT nº 103, abril/2004.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988. Sistema Tributário.* 6ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 153, 183.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário.* 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo.* 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A Não-cumulatividade das Contribuições Incidentes sobre o Faturamento na Constituição e nas Leis, in* Revista Dialética de Direito Tributário, RDDT nº 111, dezembro/2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade.* Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

A Conseqüência Jurídica do Conflito Normativo entre a Lei Ordinária e a Lei Complementar Tributária

Rogério A. Fernandes de Carvalho

INTRODUÇÃO

O problema proposto não é mera formulação abstrata desprovida de aplicação prática, visto que a qualificação jurídica dos fenômenos de contradição entre fontes jurídicas adquire grande importância em face das respostas que o direito venha dar e dos resultados que venha a estabelecer. Além disso, tem sua relevância justificada na medida em que há a ausência de estudos sistemáticos sobre o tema, sendo observável o seu rarefeito debate teórico explícito no direito público brasileiro. Com efeito, a contradição entre a lei complementar e a lei ordinária tem sido tratada na doutrina brasileira, majoritariamente, através de duas posições antípodas: uma que nega e outra que afirma a existência de hierarquia entre ambas, recentemente, alimentada pelos amplos debates que culminou com a edição da Súmula nº 276 do STJ. Entretanto, passou à margem de maiores especulações teóricas o fato de que já existia ampla produção jurisprudencial do STJ e do STF enfrentando a matéria, embora de forma não sistemática, e sem critérios precisos e uniformes para as várias hipóteses de ocorrência do conflito entre as duas espécies normativas. Esta é a contribuição que este trabalho pretende, dentro de seus limites, oferecer.

O objeto do trabalho busca, ao traçar um panorama das várias teorias envolvidas, oferecer uma resposta ao problema formulado com vistas à racionalização do controle de validade dos atos normativos. Ao almejar estabelecer critérios identificáveis e controláveis para resolver o confronto entre duas espécies normativas fundamentais do sistema de processo legislativo brasileiro, tenta-se ofertar uma contribuição científica para dar cumprimento a um dos objetivos traçados pela ordem constitucional, que é a segurança jurídica. Procurou-se fazer um corte metodológico, quanto ao próprio objeto de estudo, que não se preocupou em esgotar a amplitude da função da lei complementar no sistema tributário nacional, mas, principalmente, da lei complementar prevista e descrita no artigo 146 da Constituição. Quanto às fontes de decisão jurisprudencial consultadas, foram eleitos os tribunais superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Primeiramente, far-se-á um balanço das teorias que têm sido utilizadas pela doutrina para resolver, abstratamente, o problema, para em seguida averiguar como a jurisprudência dos dois principais tribunais superiores do país tem se posicionado e redefinido a natureza jurídica do conflito; num segundo momento, intentar-se-á delimitar o papel da teoria da hierarquia em consonância com a função exercida pela lei complementar no sistema constitucional tributário nacional para, finalmente, ofertar uma proposta de sistematização das hipóteses de conflito entre as duas espécies normativas.

1 QUAL A CONSEQÜÊNCIA JURÍDICA DO CONFLITO NORMATIVO ENTRE A LEI ORDINÁRIA E A LEI COMPLEMENTAR TRIBUTÁRIA? HIPÓTESES TEÓRICAS POSSÍVEIS PARA A RESOLUÇÃO DO PROBLEMA FORMULADO E A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA SUA REDEFINIÇÃO

O primeiro passo para avançar no problema proposto é descrever um conceito operacional de lei complementar e, após, estabelecer sua inter-relação com as teorias que tratam do conflito formulado: a "teoria da hierarquia", a "teoria da invasão de competência legislativa" e a "teoria da inconstitucionalidade reflexa". A teoria da hierarquia é a mais empregada e a que está na origem dos debates para resolver o problema proposto, e a aceitação ou negação da hierarquia entre estas duas espécies normativas resulta em diferentes conseqüências atributivas ao conflito. A teoria da invasão de competência é uma espécie de protótipo de negação da hierarquia e a teoria da inconstitucionalidade reflexa não contende, diretamente, com estas duas formulações teóricas, mas tem sua importância derivada de seu uso para solucionar o conflito.

1.1 Posições teóricas adotadas para a resolução do conflito normativo

1.1.1 Conceito de lei complementar

Em sentido *amplo* todas as leis seriam complementares à Constituição, mas em sentido *estrito*, são aquelas submetidas ao regime jurídico inscrito no art. 59 c/c art. 69 da Constituição. O regime jurídico-formal da lei complementar é o regime resultante de um processo legislativo vinculado a critérios constitucionais de *direito material ou substantivo* (a matéria correspondente a uma parcela do campo global de competências legislativas distribuído segundo rígidos esquemas constitucionais de repartição) e de *direito formal ou adjetivo* (o quorum especial e qualificado). As leis complementares são entes legislativos reconhecíveis *formal* (votada por maioria absoluta, a teor do artigo 69 da Constituição) e *materialmente* (tem por objetivo – conteúdo – a complementação da Constituição, quer ajuntando-lhe normatividade, quer operacionalizando-lhe os comandos, havendo leis complementares normativas e leis complementares de atuação constitucional). Em apertada síntese, lei

complementar é o ato legislativo para o qual se exige o quorum especial e qualificado previsto na Constituição, e, em relação ao seu objeto, o legislador constituinte elegeu determinadas matérias que estão submetidas a sua regulação formalmente específica. Em linhas gerais, não há, na doutrina jurídica brasileira, salvo honrosas exceções, relevante discrepância sobre o conceito ora esboçado.

A par de que há a concepção genérica de que todos os diplomas normativos assumem caráter complementar de dispositivos constitucionais, posto que implementam normas constitucionais de eficácia contida ou limitada, lei complementar no direito constitucional brasileiro é aquela que dispondo sobre matéria, expressa ou implicitamente, prevista na redação constitucional (requisito material ou ontológico) está submetida ao quorum qualificado do art. 69 (requisito formal)[1]. As diferenças entre a lei complementar a ordinária são basicamente duas: uma *material*, uma vez que só poderá ser objeto de lei complementar a matéria taxativamente prevista na Constituição, enquanto todas as demais matérias deverão ser objeto de lei ordinária[2]; outra *formal*, relacionada ao quorum qualificado para aprovação da lei complementar.

1.1.2 Teoria da hierarquia e sua tipologia

Para Borges (1975), o termo "hierarquia" só tem sentido juridicamente para significar que uma norma é inferior a outra norma quanto a segunda regule a forma de criação da primeira norma. Com inspiração em Kelsen, diz Borges:

> O direito regula a sua própria criação, enquanto uma norma jurídica pode determinar a forma pela qual outra norma jurídica é criada, assim como, em certa medida, o conteúdo desta última. Regular a sua própria criação, de modo que uma norma apenas determine o processo mediante o qual outra norma é produzida ou também, em medida variável, o conteúdo da norma a ser produzida, é uma particularidade do direito. [...] A norma jurídica é válida, então, porque foi criada na forma estabelecida por outra norma que funciona como o seu fundamento ou razão de validade. Dado o caráter dinâmico do direito, uma norma jurídica somente é válida na medida em que é produzida

---

[1] A razão de existência da lei complementar, para Moraes (2002), consubstancia-se no fato de o legislador constituinte ter entendido que determinadas matérias não deveriam ser regulamentadas na própria Constituição, sob pena de engessamento de futuras alterações; ao mesmo tempo, porém, não poderiam comportar constantes alterações por meio de um processo legislativo ordinário.

[2] Há autores que defendem a possibilidade de que outras matérias, além daquelas explicitamente submetidas à reserva de lei complementar no texto constitucional, possam ser reguladas por esta espécie normativa, e.g., Machado (1996) e Carvalho (2003). Entretanto, como Filho (2003), entendemos que a lei complementar só pode regular as matérias que estão previstas taxativamente no texto constitucional, não deixando arbítrio ao legislador [...] porque as matérias sujeitas à reserva de lei complementar são matérias que o legislador constituinte quis resguardar do tratamento pelas maiorias ocasionais, emprestando-lhe maior rigidez.

> pelo modo determinado por uma outra norma que representa o seu fundamento imediato de validade. Para Kelsen, a relação entre a norma que regula a produção de outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada por uma imagem espacial de supra-infra-ordenação[3].

A norma determinante da criação de outra é superior a esta; a criada de acordo com a primeira, lhe é, ao contrário, inferior. A criação de uma norma – a de grau mais baixo – é determinada por outra – a de grau superior – cuja criação é, por sua vez, determinada por outra norma de grau mais alto[4]. Em outro trabalho, refere Borges (1973):

> A relação de hierarquia supõe que uma norma retira a sua validez da conformidade com outra norma. A segunda norma constitui a razão da validez da primeira porque determina a sua criação. Diz-se então que a primeira é uma norma subordinada ou de grau inferior e, a segunda, uma norma subordinante ou de grau superior. A relação entre a norma subordinante e a norma subordinada, cuja criação é regulada pela norma subordinante, é uma relação de hierarquia, consistente num vínculo de supra e subordinação.[5]

Adotando esse *conceito relacional de hierarquia*, ou seja, um conceito de relação entre normas jurídicas (relação de supra-subordinação), importa identificar sua *tipologia* em relação ao objeto desse estudo, isto é, classificar os diferentes tipos de posições teóricas assumidas pelos juristas quanto ao tema do conflito entre lei complementar e lei ordinária.

Prima facie, há três posicionamentos teóricos identificáveis: a) há hierarquia necessária entre lei complementar e lei ordinária; b) não há hierarquia em nenhuma hipótese; c) não há hierarquia necessária, mas pontual, nos casos em que a própria Constituição determina. No campo do direito tributário, é Machado (1996) quem faz, no debate contemporâneo[6], a defesa mais enfática da existência necessária de hierarquia entre as duas espécies normativas, sendo a superioridade hierárquica das normas jurídicas em geral conferida pelo elemento

---

[3] BORGES, José Souto Maior. Lei Complementar Tributária. São Paulo: RT, 1975, p.81.

[4] Para Kelsen, mesmo quando a norma de grau superior determina apenas o órgão que deve criar a norma de grau inferior (e não o seu conteúdo), ou seja, quando autoriza esse órgão a determinar, de acordo com seu próprio critério, o processo de criação da norma inferior e o seu conteúdo, a norma superior é "aplicada" na criação da norma inferior. E, para ele, a norma superior tem que determinar quando menos o órgão incumbido da criação da norma inferior. Fundamento de validade de uma norma é, pois, a norma reguladora de sua criação, op. cit., p. 82.

[5] BORGES, José Souto Maior. Eficácia e Hierarquia da Lei Complementar. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 25, p. 93-103, 1973.

[6] A hierarquia da lei complementar em relação à lei ordinária já fora objeto de defesa de Pinto Ferreira; do "primeiro" Geraldo Ataliba (esboçada em sua obra "Lei Complementar na Constituição"), posição depois revista quando da contundente crítica de José Souto Maior Borges; de José Afonso da Silva (na primeira edição de sua "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", em 1968), posição também atenuada e adaptada à teoria desenvolvida por Souto Maior Borges; de Nelson Sampaio, de Wilson Accioli, de Haroldo Valadão.

formal[7] e não pelo elemento material, isto é, pelo conteúdo da norma. Por esta caracterização, a lei complementar teria superioridade hierárquica em relação à lei ordinária tanto quando regulasse matéria que lhe é atribuída pela Constituição (reunião dos requisitos *formal* – quorum qualificado – e *material* – matéria reservada a regulação pela lei complementar) como quando regulasse matéria não sujeita à reserva de lei complementar (presença tão somente do requisito *formal*). Diz Machado (1996):

> Na verdade a lei complementar é espécie normativa superior à lei ordinária, independentemente, da matéria que regula, e mesmo que disponha sobre matéria a ela não reservada pela Constituição, não poderá ser revogada por lei ordinária. [...] não há na vigente Constituição qualquer norma [...] que expressa ou implicitamente autorize a conclusão de que a lei complementar somente pode cuidar das matérias a estas reservadas pela Constituição. Existem é certo, dispositivos que tornam determinadas matérias privativas de lei complementar, o que é coisa rigorosamente diverso. A existência de um campo de reserva de lei complementar, todavia, não quer dizer que não possa a lei complementar cuidar de outras matérias[8].

Ferreira Filho (2003) entende a lei complementar no sistema constitucional brasileiro como um *tertium genus* interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta) e a Constituição (e suas emendas), sendo que o fundamento para este entendimento é o da maior garantia de representatividade que foi emprestado a determinadas matérias pelo legislador constituinte. Nessa qualidade de ato intercalar entre a Constituição e a lei ordinária a lei complementar não tem natureza de norma constitucional, mas é hierarquicamente superior à lei ordinária, como explica o referido constitucionalista:

[...] Da inserção da lei complementar entre a Constituição e a lei ordinária, decorrem conseqüências inexoráveis e óbvias. [...] a lei ordinária, a medida provisória e alei delegada estão sujeitas à lei complementar. Em conseqüência disso, não prevalecem contra ela, sendo inválidas as normas que a contradisserem[9].

---

[7] No mesmo sentido, DIFINI (2003): [...] Se o legislador optar pela lei complementar, com maiores exigências formais, esta não poderá ser modificada ou revogada por lei ordinária, para a qual as exigências formais são menos rígidas, do que decorre menor hierarquia legislativa.

[8] MACHADO, Hugo de Brito. Posição Hierárquica da Lei Complementar. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 14, p. 19-22, 1996.

[9] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 371 p.; Do Processo Legislativo. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

Moraes[10] (2002) também defende a tese de que há hierarquia entre as duas espécies normativas, não aceitando as alegações correntes de que ambas retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição, bem como possuem diferentes campos materiais de competência.

A posição contrária, bem explicada por Bastos (1999), é a negação de existência de qualquer hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária[11], pois estas não se subordinam reciprocamente, porquanto versam sobre matérias distintas e buscam seus fundamentos de validade diretamente na Constituição. Não há hierarquia, como relação de supra e subordinação existente entre determinadas normas, mas sim *repartição de competências legislativas*[12] estabelecida na própria Constituição. A exigência de quorum especial de votação para as leis complementares traduziria apenas a preocupação do constituinte em dificultar um pouco a mudança de certas matérias, por ele havidas por relevantes.

A hierarquia pressupõe a existência de um requisito básico, qual seja, a existência de um *campo material comum*. Existe hierarquia toda vez que o ato subordinante delimita a área material de atuação do subordinado (hierarquia material) ou quando estabelece o seu modo de produção (hierarquia formal); entretanto, a hierarquia pressupõe que o ato subordinante e o ato subordinado estejam dentro do mesmo campo material. Não é que acontece com a lei complementar e a lei ordinária, que possuem campos materiais diferentes de atuação, discriminados pelo texto constitucional através de esquemas de repartição de competências legislativas. Não há relação de *verticalidade* (hierarquização ou subordinação) entre a lei complementar e a lei ordinária, mas de *horizontalidade* (coordenação), visto que ambas retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição, e a lei ordinária não tem seu fundamento de validade na lei complementar, como disserta Bastos (1999):

> As leis complementares não são dotadas da rigidez das normas constitucionais, nem são dotadas da flexibilidade das leis ordinárias. As leis complementares são justamente as leis que dão aplicação e desenvolvem determinados

---

[10] [...] Em relação ao primeiro argumento, devemos lembrar que todas as espécies normativas primárias retiram seu fundamento de validade da própria Constituição Federal, inclusive as próprias Emendas Constitucionais, e nem por isso se diga que estariam no mesmo patamar hierárquico que as demais. O segundo argumento, tecnicamente corretíssimo, corresponde a uma das diferenças entre lei complementar e lei ordinária. Enquanto a primeira tem reservadas as matérias pelas quais poderá ser editada, a segunda possui um campo residual de competência. Ocorre que o Direito como ciência não é estanque, e determinada matéria reservada à lei complementar poderá possuir tantas subdivisões, que em uma delas poderá acabar confundindo-se com outra matéria residual a ser disciplina por lei ordinária.

[11] Posição também defendida por Michel Temer, pelo "segundo" Geraldo Ataliba (reviu sua posição após crítica de Souto Maior Borges), por André Ramos Tavares, por Moreira Alves.

[12] Os campos da lei complementar e da lei ordinária, em princípio, não se interpenetram, numa decorrência da técnica constitucional de distribuição ratione materiae de competências legislativas. Não se coloca o problema da revogação quando se está em campos legislativos distintos: se a lei ordinária invadir o campo material da lei complementar será inválida (teoria da invasão de competência legislativa), independente de revogação; se a lei complementar invadir o campo material da lei ordinária terá validade de lei ordinária..

> dispositivos constitucionais. Todavia, isso não implica em nenhuma hierarquia em relação às demais leis não complementares. Vale dizer mais uma vez que na hierarquia o ente hierarquizado extrai a sua existência do ser hirarquizante, pelo que, não há que se falar, propriamente, em compatibilização, visto que a espécie inferior só encontra validade nos limites traçados pela superior. Na hipótese de normas do mesmo nível, mas com matérias próprias, pode dar-se este vínculo de não contradição que, insistamos, independe de pressupor-se uma necessária inferioridade. Pelo contrário, exatamente por serem do mesmo nível é que têm de se coordenar[13].

O terceiro posicionamento teórico é o de que não há hierarquia necessária entre as duas espécies normativas, mas tão somente naqueles casos pré-determinados pela Constituição, em que a lei complementar for o fundamento de validade da lei ordinária. Esta é a posição de Borges (1975), cujos clássicos estudos publicados em 1973 e 1975 serviram como divisor de águas sobre o tema. Borges (1973) enfoca a questão a partir da análise do conteúdo do princípio de isonomia das pessoas constitucionais. Nessa perspectiva, não há hierarquia ou subordinação, do ponto de vista jurídico, entre as pessoas constitucionais (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal), visto que estas têm existência fundada diretamente na Constituição. A técnica constitucional brasileira adotou o expediente de repartir, por campos privativos, as competências legislativas destes. Tem-se, portanto, que a competência legislativa está repartida em compartimentos estanques, representados pelos campos privativos de legislação da União, dos Estados-membros e dos Municípios. E como os poderes legislativos das pessoas constitucionais extraem sua competência diretamente da Constituição, suas respectivas leis não estão em relação de hierarquia umas com as outras, mas cada qual possui um campo de competência constitucionalmente delimitado e repartido. A partir dessa premissa, e, como todas as leis complementares estão submetidas ao mesmo *regime jurídico formal*, a lei complementar, em relação ao seu *regime jurídico material*, não é categoria legislativa unitária, embora disciplinada pela Constituição em caráter uniforme[14]. Resta indagar se a lei complementar funciona como o fundamento de validade das leis ordinárias (e, eventualmente, de outros atos legislativos) federais, estaduais e municipais, na qual Borges (1975) faz a seguinte classificação:

> [...] Essa análise revelará dois grupos básicos de leis complementares: 1º) leis complementares que fundamentam a validade de atos normativos (leis ordinárias, decretos legislativos e convênios); 2º) leis complementares que não fundamentam a validade de outros atos normativos.

---

[13] BASTOS, Celso. A Inexistência de Hierarquia entre a Lei Complementar e as Leis Ordinárias. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, n. 26, p. 10-20, 1999.

[14] Embora Borges utilize o texto da Constituição de 1969 para construir seu argumento, o raciocínio permanece válido para o regime jurídico da lei complementar sob a Constituição de 1988.

Em relação à matéria tributária, Borges (1975) identifica diversas hipóteses prescritivas de leis complementares que fundamentam a validade de outros atos normativos (leis ordinárias, decretos legislativos e convênios), entre os quais o das normas gerais de direito tributário:

> Art. 18 – (omissis)
>
> § 1º - Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e regulará as limitações constitucionais ao poder de tributar[15].

Carvalho (2003) entende, com Souto Maior Borges, que não há um perfil unitário para as leis complementares, visto que há aquelas que fundamentam a validade de outros atos normativos e aquelas que não o fazem, como mostra o seguinte trecho:

> Há a hierarquia sintática, de cunho eminentemente lógico, assim como há a hierarquia semântica, que, se biparte em hierarquia formal e hierarquia material. {...} A primeira, quando a norma superior dita apenas os pressupostos de forma que a norma subordinada há de respeitar; a segunda, sempre que a regra subordinante preceituar os conteúdos de significação da norma inferior.[16].

Nesse esquema analítico, há normas introduzidas por lei ordinária dos entes tributantes (norma subordinada) que deverão procurar o âmbito de validade material de seu conteúdo prescritivo em normas de legislação complementar (norma subordinante), cujo exemplo está nas regras do art. 146 que dispõem sobre conflitos de competência[17].

Trata-se [...] de hipótese de hierarquia material, em que a regra veiculada por lei complementar submete suas inferiores hierárquicas: as introduzidas por lei ordinária [...][18]. No mesmo sentido, Ávila[19]:

> As leis ordinárias situam-se, em dois casos, numa relação de hierarquia com as leis complementares: numa relação de hierarquia formal-procedimental, na hipótese de a lei complementar regular o modo de elaboração, redação, modificação e consolidação das leis ordinárias (art. 59); e numa relação de

---

[15] Atos normativos cuja validade dependem de lei complementar: leis ordinárias federal (arts. 18, § 5º, 21 e 22), estadual (art. 23) e municipal (art. 24). Também, o 23, § 6º (isenção heterônoma do ICM): ato normativo cuja validade depende de lei complementar: convênio e decreto legislativo de ratificação do convênio.

[16] CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

[17] Em relação à hierarquia formal, a Constituição de 1988 trouxe inovação prevista no art. 59, que prevê lei complementar para dispor sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

[18] Idem, ibidem, p. 208.

[19] ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004.

hierarquia material-conteudística, no caso de a lei complementar estabelecer normas gerais predeterminadoras do conteúdo das leis ordinárias instituidoras de tributos (art. 146)[20].

1.1.3 Teoria da invasão de competência legislativa

O sistema jurídico tem imputado a cominação ou do vício de inconstitucionalidade ou do vício de ilegalidade como conseqüência do confronto da lei ordinária com a lei complementar. A rigor, a temática tem sido tratada de forma tangencial pela doutrina, havendo carência de estudos sistemáticos. As posições teóricas dos autores nacionais, em sua maioria defensores de que haveria o vício de *inconstitucionalidade*, inter-relacionam-o com as teorias da *"hierarquia"* e da *"invasão de competência legislativa"*.

Bastos (1999) divide as leis complementares em duas espécies: a) leis complementares *exaurientes*: são aquelas que incidem de maneira direta sobre os fatos ou comportamentos reguladores, não necessitando de qualquer normatização complementar, possuindo plena eficácia; corresponderia àquelas leis que não fundamentam a validade de outros atos normativos, na tipologia de Souto Maior Borges; b) leis complementares *continuáveis*: são aquelas que permitem a existência de outras espécies normativas, que lhe intermediam a eficácia; corresponderia àquelas leis que fundamentam a validade de outros atos normativos, na tipologia de Souto Maior Borges. Entretanto, para Bastos (1999), há absoluta autonomia entre a lei complementar e a lei ordinária, no sentido de que, esta última, em absoluto, extrai o seu fundamento de validade da primeira, no que discorda de Souto.

O que haveria seria necessária correlação de harmonia entre estas espécies normativas. Não há que se confundir uma relação de compatibilização harmônica, que pode existir entre normas do mesmo nível, com uma relação de subordinação, visto que na relação de hierarquia o ente subordinado extrai a sua existência do ente subordinante, o que não ocorreria entre a lei complementar e a lei ordinária. As *leis complementares exaurientes* não suscitam qualquer problema em relação a sua precedência ou posterioridade cronológicas relativamente à lei ordinária, pois são normas voltadas a puro ato de execução. As *leis complementares continuáveis*, no entanto, suscitam este problema e são classificadas em duas espécies com conseqüências particulares: *I) lei complementares que são pré-requisito indispensável à edição da lei ordinária: II) leis complementares que não se constituem em pré-requisito à edição de lei afim.* No primeiro caso, diz Bastos (1999):

---

[20] Idem, ibidem, p.133: [...] pode a lei ordinária revogar uma lei complementar? Se houver hierarquia necessária entre as fontes, não. Se não houver e for um caso em que inexiste a hierarquia, sim. [...] segue-se o entendimento no sentido de que não há hierarquia necessária entre a lei complementar e a lei ordinária. A hierarquia é eventual, existente no caso de a lei complementar exercer uma função fundante da lei ordinária. Mas não sendo esse o caso, se o legislador escolheu a lei complementar como instrumento para regular determinada situação de fato sem que a Constituição o exigisse, na verdade a lei complementar exerce função de lei ordinária [...].

> a) se a lei complementar existe e a lei ordinária com ela conflita temos que a lei ordinária é inconstitucional, porque aquela matéria foi reservada pela Constituição à Lei Complementar; b) se a lei complementar não existe e a lei ordinária é editada, esta também será inconstitucional, porque contraria frontalmente a Constituição uma vez que esta prevê para regular tal matéria a edição de uma lei complementar, e não de uma lei ordinária[21].

No segundo caso, prossegue o autor:

> a) a lei complementar existe e a lei ordinária com ela conflita, estamos diante da inconstitucionalidade desta última; b) a lei complementar não existe quando da edição de lei ordinária, mas quando pós editada configura uma inadequação, estamos diante de um caso de cessão de eficácia da lei ordinária[22].

Bastos[23] (2001), partindo da premissa que inexiste hierarquia entre elas, entende que a hipótese de colisão da lei ordinária editada após a complementar implica na *inconstitucionalidade* daquela, pois haveria *invasão de competência* da lei ordinária no campo normal de atuação da lei complementar designado no texto constitucional. Silva (2003), seguindo a doutrina de Souto Maior Borges, entende que há relação hierárquica entre a lei complementar e a lei ordinária, quando aquela for o fundamento de validade desta. E se do confronto entre a lei ordinária e a lei complementar que lhe empresta fundamento de validade ocorre vício de ilegalidade ou inconstitucionalidade é por Silva (2003) assim tratada:

> A lei ordinária que ofender a lei complementar é ilegal, ou inconstitucional? [...] se não houver ainda lei complementar regulando a matéria mesmo nesse caso, termos simplesmente uma invasão de competência, que se resolve pelo confronto entre a lei ordinária (ou outro ato) e a própria Constituição. A questão da ofensa à lei complementar, evidentemente, só se coloca se esta já existir e for de natureza normativa, ou seja, fundante da validade de outros atos normativos, como a do art. 146 (Código Tributário Nacional). [...] Dizer que se trata de mera ilegalidade não só repugna considerar uma *lei ilegal*, como teríamos um modo de invalidar lei, que goza de presunção constitucional de validade, sem a observância de regras de controle de constitucionalidade [...][24].

---

[21] BASTOS, Celso. Lei Complementar – Teoria e Comentários. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 106.

[22] Idem, ibidem, p. 110

[23] [...] a hipótese consistente em uma lei ordinária ser seguida por uma lei complementar continuável. Essa hipótese comporta uma dúplice solução conforme estejamos diante de um dos dois seguintes casos. No primeiro, a lei ordinária poderia ter sido editada mesmo sem a complementar. [...] O que se dá no caso em exame é uma verdadeira perda de eficácia equiparável, se bem que não idêntica, à revogação. [...] o segundo caso, qual seja, o de a lei complementar ser pré-requisito indispensável para a edição da lei ordinária. Aqui a solução se nos afigura muito simples. Trata-se de pura e manifesta inconstitucionalidade. BASTOS, Celso. Do Estudo da Inconstitucionalidade no Campo Específico da Lei Complementar. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n. 37, p. 55-63, 2001.

[24] SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 277 p.

Silva (2003) cria a alcunha *ilegitimidade constitucional* para esses casos, emprestada da doutrina italiana, asseverando que o controle de ilegitimidade constitucional atenderia aos mesmos princípios do controle de inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

> Com efeito, lei ordinária que ofenda uma lei complementar estará vulnerando a própria Constituição, visto que disciplinará interesses que esta determina sejam regulados por ela. Tratar-se-á, então, de conflito de normas, subordinado ao princípio da compatibilidade vertical, entroncando, pois, na norma de maior superioridade hierárquica, que é a que ficou ofendida – a Constituição. Pronunciamo-nos, destarte, pelo controle de constitucionalidade das leis, com todas as suas conseqüências, quando uma regra jurídica ordinária conflite com uma complementar[25]. (grifo nosso).

A premissa defendida por Poletti (2001) é de que há hierarquia entre as leis complementares e as ordinárias, com prevalência da primeira sobre a segunda; no entanto, entende que a idéia de hierarquia não se coaduna com a tese de que haveria ilegalidade no confronto entre essas duas espécies normativas:

> [...] A solução está na tese da inconstitucionalidade, embora isso deva ser explicado. Se uma lei ordinária dispõe contrariamente a uma lei complementar deve ser declarada inconstitucional. As leis complementares contêm matéria constitucional do ponto de vista formal, embora do prisma material possa ocorrer, como acontece no próprio texto constitucional, trate do assunto em relação ao qual a Constituição a ela não cometera. Isto parece, todavia, não afastar, como não afasta em relação à Constituição, a declaração de inconstitucionalidade.[26]

A fundamentação do autor é baseada em julgados do Supremo Tribunal Federal que trataram do tema[27], principalmente, no Recurso Extraordinário nº 84.994[28], onde se discutiu

---

[25] Idem, ibidem, p. 277.

[26] POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. b

[27] O Ministro Alfredo Buzaid entendeu que "Violação de lei complementar para efeito de recurso extraordinário se equipara à lei ordinária, não sendo, portanto, o mesmo que ofensa à Constituição". RTJ 103-1.062.

[28] No referido recurso, excertos do debate travado entre os Ministros Leitão de Abreu e Moreira Alves revelam o teor da controvérsia das duas teorias em confronto: O Sr Ministro Leitão de Abreu – A questão, no caso, se resolve em face da hierarquia das leis. Havendo conflito de norma colocado em grau hierárquico inferior com norma hierarquicamente superior, esta prevalece, acarretando a invalidade da primeira. [...] O Sr. Ministro Moreira Alves – Mesmo que fosse problema de hierarquia se uma lei inferior invadisse a competência de lei superior seria inconstitucional. O Sr. Ministro Leitão de Abreu – É ilegal. O Sr. Ministro Moreira Alves – Decreto-lei que invade atribuição reservada à área de competência de lei ordinária, que está no mesmo plano hierárquico, é inconstitucional, sem qualquer dúvida. Se invadisse a esfera de competência de legislação complementar, que V. Exa. considera superior hierarquicamente. O Sr. Ministro Leitão de Abreu – A inferior será ilegal, não inconstitucional, o que acontecerá quando entrar em conflito com a Constituição. [...] A lei ordinária entrou em choque com a lei hierarquicamente superior, isto é, lei complementar, tornando-se, por isso, inválida, não inconstitucional, pois isto só ocorre quando contraria a Constituição. O Sr. Ministro Moreira Alves – O problema é sempre de invasão de competência, e a conseqüência a mesma: a inconstitucionalidade.

o problema da ilegalidade ou inconstitucionalidade, com o enfoque em duas teorias: a teoria da hierarquia e a da invasão de competência legislativa.

Barroso (2004) converge quanto à natureza do vício (de inconstitucionalidade) atribuível ao confronto, mas entende que não há uma relação de hierarquia, mas de competência:

> Não há entre ela e a lei ordinária uma relação de hierarquia, senão que de competência. Logo, não é possível controlar uma lei ordinária em face de uma complementar. Mas, se a lei ordinária dispuser de tema assinalado à lei complementar, incidirá em inconstitucionalidade, por violar a demarcação de competência de uma e de outra instituída na Constituição[29].

Paulsen (2005), ao explicar seu posicionamento contrário às reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça que tem entendido que o "confronto entre lei ordinária e lei complementar não é matéria constitucional, porque o princípio da hierarquia das leis está inserido na Lei de Introdução ao Código Civil" expõe:

> Trata-se, sim, de questão constitucional, a ser dirimida pelo STF. Inexiste juízo de "ilegalidade complementar" no sentido de analisar a adequação de lei ordinária à lei complementar, sendo o caso, sempre, se saber se houve invasão de matéria reservada constitucionalmente à lei complementar e, portanto, matéria constitucional[30].

1.1.4 Teoria da inconstitucionalidade reflexa ou indireta

Posição contrária à precedente é oferecida por Miranda (2002), para quem há clara diferenciação entre a legalidade e a constitucionalidade, sendo a primeira a relação de conformidade entre um ato normativo com a lei ordinária (ou com o Direito Ordinário), e a segunda a relação de conformidade com a Constituição; negativamente, têm-se as noções de ilegalidade e inconstitucionalidade. A diferença entre os dois conceitos não é de natureza jurídica, mas se dá pela qualidade dos preceitos ofendidos, ou seja, o *parâmetro* de controle é que diferencia a conceituação: se o parâmetro ofendido é a lei ordinária, tem-se a ilegalidade; se a Constituição tem-se a inconstitucionalidade. Diz o autor português:

A distinção radica na norma que disciplina o acto de que se trate, fixando-lhe pressupostos, elementos, requisitos (de qualificação, validade e regularidade). Se fora a Constituição, o acto será inconstitucional em caso de desconformidade; se tais requisitos não se encontrarem senão na lei, já a sua falta torná-lo-á meramente ilegal[31].

---

[29] BARROSO Luis Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004.

[30] PAUSEL, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência. 7ª Ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2005.

[31] MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 546 p..

Embora a Constituição seja o fundamento de toda a ordem jurídica, a qual todo o direito ordinário está submetido, não podendo contrariá-la nem opor-se a seus comandos, disto não decorre que qualquer desarmonia se traduza em inconstitucionalidade. Prossegue Miranda (2002):

> O problema complica-se em alguns casos: quando a Constituição prescreve (ou quando é a Constituição a prescrever) a subordinação de um acto a um norma infraconstitucional e quando, portanto, uma infracção dessa norma – que parece interposta – vem a redundar em violação da Constituição. [...] Reiteramos a opinião que há muito sustentamos de que se trata de um problema de ilegalidade (ou de ilegalidade *sui generis*), e não de inconstitucionalidade. E isso não somente por virtude do próprio teor do fenômeno: pois o que está em causa em qualquer das hipóteses é, primariamente, a contradição entre duas normas não constitucionais, não é a contradição entre uma norma ordinária e uma norma constitucional; e é somente por se dar tal contradição que indirectamente (ou, porventura, conseqüentemente) se acaba por aludir a inconstitucionalidade. Por outras palavras: a distinção encontra-se quer numa perspectiva de fundamentação ou condição de validade [...] quer num critério prático de confronto entre a norma que seja argüida de desconformidade e a norma que, directa e imediatamente, recai sobre o seu objecto e que deve ter-se por seu parâmetro[32].

Síntese desse posicionamento é que a invalidade dos atos jurídicos não se esgota sempre em inconstitucionalidade. Isto se explica, também, porque o sistema jurídico não está organizado de forma circular, mas hierarquizada[33]. Interessante construção teórica aplicável ao problema proposto é a *teoria da inconstitucionalidade reflexa ou indireta.* O problema da inconstitucionalidade das leis resulta de uma relação imediata de incompatibilidade com a Constituição. Esta a idéia chave para se compreender a definição de *inconstitucionalidade oblíqua ou reflexa*, sintetizada por Palu[34] (2001) como sendo aquela em que "a norma inferior extravasa conteúdo de norma superior (mas não a Constituição), normalmente a lei,

---

[32] Idem, ibidem, p. 546.

[33] É que o sistema jurídico não está organizado de forma circular, com a Constituição no centro e todos os actos amarrados a ela, a igual distância: em primeiro lugar, porque a Constituição material historicamente surgiu tendo como escopo limitar o poder político [...]; em segundo lugar, porque a complexidade das situações da vida e das intervenções do Estado na sociedade impõe a multiplicação e a descentralização de fontes e órgãos de produção jurídica. Domina, antes, como bem se sabe, uma estrutura hierarquizada, em que cada acto jurídico-público tem se assentar, formal e materialmente, num preceito determinado, que, por seu turno, se funda noutro de grau superior. MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 546 p.

[34] PALU, Oswaldo. Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos. 2ª Ed. S.Paulo: RT, 2001.

resultando em juízo de ilegalidade, ainda que possa vir, oblíqua ou reflexamente, atingir a Constituição", e detalhada por Bester[35] (2005):

> É a inconstitucionalidade que se estabelece pela via reflexa, ou seja, que não ofende diretamente a Constituição, parâmetro do controle. Dá-se quando uma norma inferior é incompatível com uma norma superior, por ter extravasado o seu conteúdo, sem que esta norma superior seja a própria Constituição.

Ramos (1994) entende que não há possibilidade de instaurar-se a relação de inconstitucionalidade mediante a interposição de outro ato legislativo interposto, sendo que o parâmetro da inconstitucionalidade há de ser sempre, direta e imediatamente, uma norma de natureza constitucional:

> Cabe determinar, outrossim, se a relação de inconstitucionalidade pode instaurar-se mediante a interposição de outro ato legislativo entre a Constituição-parâmetro e a lei-objeto, de modo que a desconformidade existirá diretamente entre a lei e o ato interposto e indiretamente com referência às normas constitucionais que lhe dão suporte. A resposta se nos afigura negativa, por restringirmos a questão da inconstitucionalidade legislativa à incompatibilidade direta e imediata entre a lei e a Constituição[36].

Entretanto, Ramos (1994) não identifica essa hipótese no confronto entre lei complementar e lei ordinária, por entender que ambas possuem campo material próprio de regulação, inocorrendo subordinação hierárquica entre elas, visto que "[...] a relação de superioridade vertical se estabelece quando sobre a mesma matéria podem incidir dois tipos legislativos, sendo que um deles prevalece sobre o outro, na medida em que condiciona a sua validade [...]". O conflito entre lei complementar e lei ordinária se resolveria em termos de se apurar qual o tipo legislativo adequado *ratione materiae*, o que se faz com apoio no texto constitucional. Mesmo a lei complementar que veiculasse normas gerais de direito tributário (art. 146 da Constituição) não comportaria (sic) relação hierárquica com a legislação ordinária, pois ambas teriam campo material específico: aquela regularia as "normas gerais" e esta as "normas específicas" do tributo.

O problema conceitual da *inconstitucionalidade indireta* ou *inconstitucionalidade por ato interposto* é a *redução* de todas as hipóteses de contrariedade normativa intra-sistema à inconstitucionalidade, e, paradoxalmente, a *ampliação* elástica deste conceito,

---

[35] No Brasil, segundo entendimento do STF, isto impede o processo objetivo abstrato (ADI 1.347-5), uma vez que se trata de juízo de ilegalidade e não de inconstitucionalidade, ainda que reflexamente atinja a Constituição. O STF só admite jurisdição concentrada de inconstitucionalidade direta e frontal com a Constituição (AgRg 159.081, rel. Min. Celso de Mello). BESTER, Gisela Maria. Direito Constitucional, volume 1: Fundamentos Teóricos. São Paulo:Manole, 2005.

[36] RAMOS, Elival da Silva. A Inconstitucionalidade das leis: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.

que perde sua utilidade mínima e seu papel de relevo no controle dos atos normativos. A tentativa, ou tentação, de ampliar a noção de inconstitucionalidade pode enfraquecer o próprio conceito, impingindo-lhe um esgotamento por excesso, já que, em tese, todas as violações diretas de normas infra-constitucionais são, indiretamente, violações da Constituição.

Tavares[37] (2003) apreendeu corretamente o problema e para preservar uma funcionalidade teórica e aplicativa do conceito de inconstitucionalidade, deve-se utilizá-lo em sentido estrito: "[...] Inconstitucionalidade, portanto, dá-se apenas entre a lei e a Constituição, numa relação direta, sem que ocorra qualquer intermediação de outros atos jurídicos entre ambas, e que coloque à norma-objeto outro padrão (intermediário) de validade [...]". Ocorre um complicador quando é a própria Constituição que determina que um ato normativo deve obedecer a um outro ato normativo infra-constitucional, pois, aqui teríamos um caso de "inconstitucionalidade e ilegalidade a um só tempo diretas[38]". A resposta a esse problema é dada como negativa por Tavares (2003) com forma de preservar o conteúdo mínimo do conceito de inconstitucionalidade e sua relevância prática como mecanismo de controle de constitucionalidade de normas. Na medida em que há um confronto entre duas normas não constitucionais, não há inconstitucionalidade em sentido estrito, pois o mandamento constitucional que impõe obediência de uma norma infraconstitucional a outra, igualmente infraconstitucional, nada mais é do que a reprodução expressa, do ordenamento jurídico como sistema hierárquico composto por normas jurídicas de diversos graus.

Nesta medida, é também a Constituição que impede que os decretos extrapolem os limites presentes nas leis que regulamentam. Em outras palavras, um decreto ilegal seria, ao mesmo tempo, inconstitucional, porque a própria Constituição ordena que os decretos restrinjam-se às leis. Quando a análise é aplicada à lei complementar, todavia, as premissas da construção teórica do autor não são aplicadas em suas conclusões; este entende que não há relação de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, mesmo nos casos em que aquela fosse do tipo continuável (classificação de Celso Bastos), pois, tratar-se-ia sempre de atuação (das duas espécies normativas) em âmbitos próprios (distintos) de competência, sem relação de subordinação hierárquica. Essa posição é mitigada pela referência feita à hipótese

---

[37] Fica evidente, pois, que todas as violações normativas seriam reduzíveis a uma questão de inconstitucionalidade (entendida aqui em sentido amplíssimo), tendo em vista que a Constituição é sempre o fundamento último de validade de todas as demais normas do sistema, estejam estas situadas no nível de uma portaria, de mera instrução ou mesmo no nível de lei. Em outras palavras, a ilegalidade, por infração de uma norma infraconstitucional, ou a invalidade, por infração de uma norma infralegal, sempre podem ser conduzidas em termos de violação indireta da norma hierarquicamente superior àquela violada diretamente, até se alcançar a Constituição.TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

[38] TAVARES, André Ramos, op. cit., p. 184.

do art. 22, § único, da Constituição, em que é admitida a hierarquia entre lei federal e estadual[39], e a hipótese de que atos normativos que se situam num mesmo nível possam ser considerados norma-parâmetro e norma-objeto, na medida em que a relação entre um e outro está determinada constitucionalmente[40].

1.2 A jurisprudência oscilante do STJ e do STF: posições contraditórias e o uso instrumental e casuístico das teorias

Um balanço da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal revela um posicionamento não uniforme em relação à conseqüência aferível do confronto entre lei complementar e lei ordinária.

Como o escopo do trabalho defluiu de uma tentativa de sistematização das hipóteses consequenciais do confronto no campo tributário, a análise das decisões restringiu-se às interpretações conferidas aos incisos do artigo 146 da Constituição. No Superior Tribunal de Justiça, dois conjuntos de decisões são identificados, em relação ao art. 146, inciso III, alíneas "a" e "b": um que interpreta o conflito como possuindo natureza constitucional e outro que interpreta o conflito como possuindo natureza infraconstitucional. Analisar-se-á, primeiramente, a alínea "a".

A posição que atribui natureza constitucional ao conflito fundamenta-se na teoria da *invasão de competência*, segundo a qual o reconhecimento da incompatibilidade entre lei ordinária e lei complementar se resolve a favor do texto integrado em lei complementar, mediante juízo de inconstitucionalidade, pois, nesse caso, a lei ordinária ofende a Constituição por invadir competência que esta reservou à lei complementar. A consolidação dessa posição no âmbito do Superior Tribunal de Justiça tem seus precedentes nos sucessivos votos do Ministro Ari Pargendler[41], cujo *leading case* parece estar no voto proferido no Resp 71.639/MG[42], cuja ementa ficou assim registrada:

---

[39] Em tal caso, sendo a competência legislativa privativa da União, e em havendo lei complementar desta que autorize Estados a editarem leis em questões específicas (delegadas a esses entes), pode-se dizer que essa legislação aufere seu fundamento de validade diretamente na lei de delegação (federal) e só mediatamente na própria Constituição Federal. TAVARES, André Ramos, op. cit., p. 187.

[40] TAVARES, André Ramos, op. cit., p. 185.

[41] No mesmo sentido, os ministros Francisco Peçanha Martins: Resp 167.014/RS; REsp 129.644/RS; REsp 225.391/SC; REsp 148.988/RS; REsp 226.511/PR; Teori Albino Zavascki: REsp 381.406/PR (discute-se a contrariedade da Lei 8.541/92 com o art. 43 do CTN); Humberto Gomes de Barros: REsp 413.611/SC; REsp 436.380/PR; Garcia Vieira: RESP 255.544/AL; Francisco Falcão: AgRg no REsp 287.766/PR; AgRG no REsp 298.423/PR; Hélio Mosimann: REsp 97.946/SC; REsp 108.123/PF; REsp 106.317/RS; REsp 98.166/RS;

[42] No Resp 76.652/RS, o confronto entre a lei ordinária (art. 30, §1º, da Lei 7.730, de 1989 e art. 30, caput, da Lei 7.799, de 1989) e a lei complementar (art. 43 do Código Tributário Nacional) ficou assim decidido: Eventual contrariedade do artigo 30, par. 1º, da lei 7.730, de 1989, com o art. 43 do Código Tributário Nacional não pode ser examinada no âmbito do recurso especial; trata-se de matéria própria de recurso extraordinário, porque, a ser demonstrado, no caso, que lei ordinária usurpou competência reservada pela constituição federal, incide ela em inconstitucionalidade, e não em mera ilegalidade, segundo os iterativos pronunciamentos do S. Tribunal Federal.

> CONSTITUCIONAL. ANTINOMIA ENTRE LEI ORDINARIA E NORMA GERAL DE DIREITO TRIBUTARIO DISPOSTA EM LEI COMPLEMENTAR. CONFLITO QUE SE RESOLVE PELA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ORDINARIA. A lei ordinária deriva sua validade diretamente da constituição, de modo que, se invadir área reservada a lei complementar, afronta o texto básico, caracterizando-se como inconstitucional. O acórdão que, para decidir o litígio, enfrenta essa questão esta sujeito a recurso extraordinário [...][43].

Pargendler[44] (1999) identifica três grupos de questões cuja competência é indefinida entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, sendo o 3º grupo o *que se alega incompatibilidade entre leis ordinárias (federais, estaduais ou municipais) e normas gerais de Direito Tributário estabelecidas por lei complementar ou pelo Código Tributário Nacional, que é uma lei ordinária com força de lei complementar*[45]: questão debatida pelo Tribunal Federal de Recursos no julgamento da Argüição de Inconstitucionalidade na AMS nº 89.825/RS, em que a teoria da invasão de competência foi aplicada[46]. No REsp 644.497/MG, o Ministro Luiz Fux[47], adota a mesma conclusão, mas aplica como fundamento a "inconstitucionalidade reflexa", numa singular interpretação:

> TRIBUTÁRIO – ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO DO IRPJ - VIOLAÇÃO AO ART. 43, DO CTN - MATÉRIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL - COMPETÊNCIA DO STF - PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO REFLEXA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Concluindo o aresto recorrido que a lei que autoriza a antecipação do pagamento do IRPJ (artigo 8º, da Lei n.º 9.430/96) contraria o disposto no artigo 43, do Código Tributário Nacional, que reproduz texto constitucional, significa, por via reflexa, afirmar a inconstitucionalidade de referida disposição, matéria apreciável pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, guardião dos comandos constitucionais.

---

[43] No caso, questionava-se o confronto entre o art. 35 da Lei 7.713, de 1988, ante o art. 43 do CTN.

[44] PARGENDLER, Ari. O Recurso Especial e o Código Tributário Nacional. STJ: Dez Anos a Serviço da Justiça: Doutrina – ed. comemorativa. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

[45] Os outros dois grupos são: a) 1º grupo – em que o desate da lide depende de saber se a lei anterior à Constituição Federal de 1988 foi recepcionada ou revogada por ela: o STJ entendia que o fenômeno da recepção seria de sua competência, até que o STF decidiu o contrário; b) 2º grupo – em que o recurso especial alega que o julgado contrariou norma legal que repete norma constitucional: questão mais complexa, em que não há posição unívoca de ambos os tribunais a respeito.

[46] O Egrégio Tribunal Federal de Recursos declarou a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.582, de 1977, porque, ao definir o fato gerador do imposto sobre Transportes Rodoviários, deixou de observar o art. 68, I, do Código Tributário Nacional. Entretanto, houve voto-vencido do Ministro Sebastião Reis: "[...], só há de falar-se em controvérsia constitucional, quando a colisão da Lei menor com a Lei Magna se instaura direta e imediatamente, interpretação restritiva que se impõe, principalmente quando se considera nas cautelas constitucionais em torno da decretação do vício máximo e a tradição de nossa jurisprudência e doutrina no sentido de evitar-se o confronto com a Constituição, quando a discrepância pode ser dirimida num cotejo de normas infraconstitucionais".

[47] Também de Luiz Fux: REsp 460.986/PR; REsp 476.995/MG; REsp 441.219/RS; AgRg no Ag 586.137/PR.

A posição que atribui natureza infraconstitucional ao conflito fundamenta-se na teoria da *inconstitucionalidade reflexa*, segundo o qual o confronto entre a lei ordinária e o Código Tributário Nacional (lei ordinária com eficácia de lei complementar) é inconstitucional apenas por via reflexa, ou indireta, o que enseja o recurso especial, e tem na Ministra Eliana Calmon sua mais destacada formuladora e defensora, cujo *leading case* está no EDcl no REsp nº 226.062/SC[48]:

> PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CONFRONTO ENTRE LEI ORDINÁRIA E LEI COMPLEMENTAR – MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. 1. A questão constitucional só admite recurso extraordinário quando enfrentada claramente pela decisão recorrida. 2. Princípios constitucionais que chegam aos julgados por via reflexa, princípios estes contidos na Lei de Introdução ao Código Civil, podem ser examinados pelo STJ, em exame infraconstitucional. 3. O confronto da lei ordinária com o CTN é constitucional apenas por via reflexa, o que enseja recurso especial[49].

Calmon (2000) considera que a incompatibilidade entre a lei ordinária e a lei complementar é de índole infraconstitucional, pelos seguintes fundamentos:

> a) se a discussão do confronto foi solucionada nas instâncias ordinárias em nível infraconstitucional, não há como chegar ao STF pelo recurso extraordinário;
>
> b) se no STJ a questão é examinada confrontando as leis, a ordinária e a complementar, ainda não há exame da Constituição, senão por via reflexa;
>
> c) por via reflexa, chega-se à Constituição Federal, porque o STJ, como na hipótese, concluiu pela prevalência da lei complementar.

Ainda que, em alguns casos, não se tenha debatido expressamente qual a natureza do conflito normativo, inúmeros julgados dos ministros da corte decidiram a questão como sendo infraconstitucional[50]. Na maioria desses julgados, ou se defluiu, expressamente, a *quaestio júris* como sendo infraconstitucional, na medida em que os julgados esboçaram de forma explícita os fundamentos teóricos que lhe deram embasamento (via de regra, a "*teoria da inconstitucionalidade reflexa*"), ou a natureza infraconstitucional é constatada, implicitamente, quando os ministros admitem, de forma tácita, julgar recursos cuja matéria é o confronto entre lei ordinária e o CTN. Um outro conjunto de julgados chegou à mesma

---

[48] A matéria em julgamento é o conflito entre a lei ordinária nº 9.430/96 e a lei complementar nº 70/91.

[49] No mesmo sentido, tendo como relatora a Ministra Eliana Calmon: EDcl no REsp 227.942/RS; com a mesma conclusão, mas julgando o confronto entre a Lei 8.541/92 e o art. 43 do CTN: REsp 226.978/PR.

[50] Min. Demócrito Reinaldo: REsp 166.868/SC, cuja matéria julgada foi o confronto entre a Lei 8.541/92 e o art. 43 do CTN; Franciulli Neto: REsp 642.686/MG; Milton Luiz Pereira: REsp 193.084/MT; José Delgado:REsp 129.249/RS; Garcia Vieira: REsp 202.040/PR; REsp 227.931/SC; REsp 217.562/RS; REsp 203.973/PR

conclusão sobre a natureza infraconstitucional do conflito, mas com base na "*teoria da hierarquia*", e levou a edição da Súmula nº 276.

A definição jurisprudencial do conflito entre a lei ordinária e a complementar encerra uma oscilante e contraditória postura do Superior Tribunal de Justiça quando a analise recai sobre a alínea "b", do inciso III, do art. 146, da Constituição. Com efeito, os mesmos ministros que cerraram firme posição ao definir como sendo inconstitucionalidade o vício decorrente do conflito (quando as decisões se referiram a alínea "a" do inciso III do art. 146), agora defendem o contrário (vício de ilegalidade), posicionando-se sobre a prevalência das regras contidas no Código Tributário Nacional sobre regras de lei ordinária que trate de prescrição e decadência tributárias. Os julgados admitem, implicitamente, a possibilidade da confrontação infraconstitucional da lei ordinária tributária, a qual deve estar submetida à norma geral de direito tributário, o CTN; nesse particular, a jurisprudência que se pacificou no STJ é no sentido de que o CTN (art. 174) prevalece sobre a Lei nº 6.830/80 (lei de execuções fiscais). O REsp nº 132.846/PR, cuja ementa se transcreve, ilustra esta posição, tendo como relator para o acórdão o Ministro Demócrito Reinaldo[51]:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 40 DA LEI Nº 6830/80 E ART. 174 DO CTN. A jurisprudência que se pacificou no STJ é no sentido de que, o Código Tributário Nacional (art. 174), por Lei Complementar, prevalece sobre a Lei nº 6830/80, que é Lei ordinária. A suspensão do processo de execução fiscal (art. 40 da Lei 6830/80) há de compatibilizar com a regra prevista no art. 174, I, do CTN, de modo a que o débito tributário não se torne imprescritível, quando já em fase de execução.

Esta posição já havia se uniformizado em julgados anteriores da corte, cujo *leading case* foi o REsp 1.924/PR, que teve como relator Ministro José de Jesus Filho. Desde então (o julgado é de 1990), a jurisprudência do STJ alinhou-se a este posicionamento[52]. A

---

[51] No mesmo sentido, e tendo como relator o Min. Demócrito Reinaldo: REsp 154.012/PR; REsp 140.172/SP; REsp 111.611/PR; REsp 88.999/RS; REsp 85.178/PR; REsp 171.272/SP; REsp 165.219/RS.

[52] Min. José Delgado: REsp 218.286/SP; REsp 249.262/DF; REsp 228.093/SP; AgRg no REsp 241.530/PE; AgRG no REsp 227.793/SP; EREsp 85.144/RJ; AgRg no REsp 443.971/PR; AgRg no REsp 503.785/RO; AgRg no REsp 503.376/RO; REsp 258.137/SP; REsp 695.881/RJ; REsp 570.771/SP; Adhemar Maciel: EREsp 97.328/PR; REsp 67.300/PR; REsp 168.964/SP; César Asfor Rocha: REsp 36.855/SP; Hélio Mosimann: REsp 34.318/PR; Antonio de Pádua Ribeiro: REsp 36.311/SP; REsp 36.855/SP; Eliana Calmon: REsp 123.392/SP; REsp 55.651/RS; AgRg no Ag 157.520/SP; REsp 178.500/SP; REsp 46.131/SP; Francisco Peçanha Martins: REsp 12.443/RN; REsp 106.816/PR; REsp 43.354/PR; REsp 76.739/RS; REsp 152.390/SP; REsp 95.421/RS; REsp 88.807/MG; AgRg no Ag 339.041/RS; REsp 194.296/SC; REsp 263.661/MG; AgRg no Ag 541.255/RS; Nancy Andrighi: REsp 237.079/SP; Garcia Vieira: REsp 227.772/SP; REsp 235.202/RO; REsp 346.230/SP; Milton Luiz Pereira:REsp 67.254/PR; REsp 81.832/RS; REsp 182.429/PR; Humberto Gomes de Barros: REsp 198.755/SP; REsp 178.399/SP; REsp 114.609/SP; AgRg no REsp 251.216/SP; Luiz Fux: REsp 331.484/PE; REsp 401.525/RJ; RE 524.692/ES; REsp 524.680/ES; REsp 511.878/BA; REsp 556.644/RO; REsp 671.517/RS; REsp 618.644/PE; REsp 669.393/RJ; Francisco Falcão: AgRg no Ag 550.208/MG; AgRg no Ag 568.680/MG; AgRg no Ag 341.556/SP; AgRg no Ag 376.799/SP; Denise Arruda: AgRg nos EDcl no REsp 623.104/RJ; Franciulli Neto: REsp 502.740/PR; Castro Meira: REsp 673.162/RJ.

única exceção a este entendimento foi encontrada no voto do Ministro Teori Albino Zavascki, que foi coerente com seu voto adotado em relação à alínea "a" do inciso III do art. 146, adotando o entendimento de que se trata de vício de inconstitucionalidade, como se aufere no AgRg no RESP 616.348/MG:

> As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social.

Na função da lei complementar estabelecer o adequado tratamento ao ato cooperativo (art. 146, inciso III, "c", da Constituição) prevalece, no Superior Tribunal de Justiça, a tendência de auferir como infraconstitucional o vício decorrente do conflito. No confronto entre a lei complementar 70/91 (instituiu isenção para cooperativas) com a lei 9.718/98 (revogadora da isenção) entendeu o STJ, que a referida LC 70/91 deu o *adequado tratamento* ao ato cooperativo, ostentando formal e, materialmente, natureza de lei complementar. Resolveu o conflito como vício de ilegalidade e com base na "teoria da hierarquia", como expressa o REsp 543.828/MG, relator o Min. Castro Meira:

> TRIBUTÁRIO. SOCIEDADES COOPERATIVAS. COFINS. ATOS COOPERATIVOS. NÃO-INCIDÊNCIA. ART. 6º, I, DA LC Nº 70/91. REVOGAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS. [...] 4. O art. 6º, I, da LC nº 70/91, apesar de utilizar a expressão "são isentas", veicula uma regra de cunho eminentemente explicativo e declaratório, cuja doutrina acostumou-se a chamar de norma de não-incidência didática. 5. Por se tratar de norma sob referência declaratória e não constitutiva de direitos, não há que se falar em revogação. 6. Ainda que se tratasse de isenção, a regra contida no art. 6º, I, da LC nº 70/91 não poderia ser revogada por norma de inferior hierarquia Lei nº 9.718/98. Inteligência do princípio da hierarquia das leis. 7. O art. 146, III, "c", da Carta Magna, coloca sob reserva de lei complementar a regra que disponha sobre o "adequado tratamento tributário" a ser dispensado ao ato cooperativo[53].

---

[53] Também tendo como relator o Min. Castro Meira: REsp 614.764/MG; REsp 546.380/MG; REsp 544.194/MG; no mesmo sentido, Eliana Calmon: REsp 388.921/SC; REsp 625.270/MG; Luiz Fux: REsp 616.219/MG; Francisco Peçanha Martins: REsp 463.022/RS.

Em relação ao Art. 146, inciso I, da Constituição[54], há precedentes do Superior Tribunal de Justiça em resolver o hipotético conflito de competência, arvorando para si, portanto, a resolução do conflito entre a lei complementar que fixa o critério de resolução do conflito e a(s) lei(s) ordinária(s) que o contrariam, delineando, implicitamente, a natureza infraconstitucional e o vício de legalidade dele resultante. No caso do *conflito de competência material* dois entes tributantes intentam buscar a incidência tributária sobre o mesmo fato gerador, tendo em vista divergência sobre a natureza da materialidade que o integra.

Em outras palavras, dois entes tributantes entendem ser competentes para instituição de tributo de sua competência sobre o mesmo fato gerador, por visualizarem-no dentro do seu campo de incidência. Veja-se o item 32[55] da lista de serviços do ISS anexa ao Decreto-Lei 406/68; este item teve interpretação dada pelo STJ em relação ao concreto feito em caminhão betoneira ou equivalente, no sentido de que não incidiria o ICMS, pois o concreto seria feito em trânsito, tendo sido editada a Súmula nº 167, cujo teor é o seguinte *"O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS"*[56]. Houve fixação de resolução de conflito aparente de competência entre o ISS (de competência dos Municípios) e o ICMS (de competência dos Estados-membros).

O segundo tipo de conflito entre entes políticos tributantes pode se dar no *conflito territorial de competência*, que se resume em saber qual o local de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Em outros termos, qual os limite territorial de abrangência da lei do ente tributante que instituiu o tributo? Se o fato gerador ocorreu em outro lugar, que não em seu território, como se conciliaria o aspecto material da hipótese de incidência com o aspecto espacial da hipótese de incidência.

Na vigência do Decreto-Lei 406/68, a jurisprudência do STJ pacificou seu entendimento pela *territorialidade* da lei, conforme ilustra o EDREsp nº 168.023/CE, que teve como relator o Ministro Paulo Galotti:

---

[54] Entendemos que há duas funções na determinação constitucional referida: 1) evitar que haja a concomitância de incidência de dois entes tributantes sobre o mesmo fato gerador (conflito de competência material); 2) evitar que haja a exigibilidade do mesmo tributo por dois entes tributantes (conflito de competência territorial).

[55] 32-Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICM).

[56] Elenca-se mais dois casos de resolução jurisprudencial de conflito de competência, também pelo STJ: Súmula nº 163 (O fornecimento de mercadorias com a simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação) e Súmula nº 156 (A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS). Ambas as súmulas do STJ resolvem dois conflitos de competência material entre Estados e Municípios o que revela a aplicabilidade e funcionalidade da previsão normativa contida no inciso I do art. 146 da Constituição.

"Tributário. Iss. Fato Gerador. Município. Competência Para Exigir O Tributo. 1. O município competente para exigir o ISS é aquele onde o serviço é prestado. 2. Precedentes. 3. Recurso conhecido e rejeitado."

Para o nosso questionamento, o relevante é que o STJ admite, implicitamente, sua competência para a resolução dos hipotéticos conflitos de competência entre entes tributantes, o que revela o caráter infraconstitucional aplicável ao confronto da lei complementar com a lei ordinária. Ou seja, quando o STJ interpreta a lei complementar definindo que um ente tributante (em detrimento de outro ente tributante) é competente para instituir determinado tributo (no caso do conflito material de competência) ou entendendo que o tributo deve ser cobrado em determinado local (no caso do conflito territorial de competência) o STJ está atribuindo caráter vinculativo à lei complementar: a lei ordinária do ente tributante que não foi contemplado na interpretação dada pelo STJ ou não poderá ser aplicada no caso concreto ou, se aplicada, será ilegal em confronto com a regra da lei complementar (vício de ilegalidade).

Assim como o STJ, o Supremo Tribunal Federal tem sido pródigo em não sistematizar seu posicionamento a respeito do conflito entre a lei complementar e a lei ordinária, possuindo decisões conflitantes sobre a natureza do conflito, não havendo uma uniformidade passível de identificação na análise de sua jurisprudência. Os julgados que tratam da matéria, diretamente, no campo tributário são mais escassos que no STJ, e, mais evidente do que as decisões daquele tribunal, a matéria é, via de regra, explicitada nos votos dos ministros.

É antiga a posição no STF de que o conflito entre lei complementar e lei ordinária resolve-se com a "*teoria da invasão de competência legislativa*". Este posicionamento já fora adotado no RE 84.994/SP, tendo como relator o Min. Xavier de Albuquerque, no RE 90.332/SP, cujo relator foi o Min. Soares Muñoz, e na Representação 1.141/MA, relator o Min. Décio Miranda.

No mesmo sentido, tendo como relator o Min. Moreira Alves, o RE nº 100.642/SP[57] e o RE 101.339/SP[58]; tendo como relator o Min. Aldir Passarinho, o RE nº 101.083/SP[59]; tendo como relator o Min. Marco Aurélio, o RE 172.058-1/SC[60] e o RE 407.190/RS[61]. Como já visto, a "teoria da invasão de competência" legislativa resulta no *vício de inconstitucionalidade*. As decisões referidas tratam de situações de confronto das hipóteses do art. 146, III, "a", da Constituição. Em relação ao inciso II, do art. 146, o tribunal enfrentou o contraste entre a *lei complementar reguladora das limitações*

---

[57] No mesmo sentido, o RE 101.084/PR, RE 101.191/SP, RE 101.878/MG, RE 101.170/SP, RE 101.336/PR, RE 100.795/SP, RE 101.073/SP, RE 101.946/RS, RE 101.464/SP.

[58] Os três recursos trataram do confronto entre o CTN e o Decreto-Lei nº 1.438/75.

[59] Tratou, também, do confronto entre o CTN e o Decreto-Lei nº 1.438/75.

[60] Tratou do confronto entre o CTN e a Lei 7.713/88.

[61] Tratou do confronto entre o CTN e a Lei 8.212/91.

constitucionais ao poder de tributar (o CTN) e a lei ordinária, nos casos da lei 9.532/97 (ADI 1.802-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e das leis 8.212/91 e 9.732/98 (ADI 2.028-5/DF, rel. Moreira Alves), segundo o qual ficou assentado que a lei ordinária que contrariar dispositivo da lei complementar que regulamentou limitação constitucional ao poder de tributar é *inconstitucional*. Não obstante os estudos doutrinários brasileiros afirmarem que este é um posicionamento uníssono do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, há decisões que abordam-na sob outro enfoque, o da *"teoria da inconstitucionalidade reflexa"*, concluindo pela ocorrência do *vício de ilegalidade* como na Questão de Ordem no RE nº 117.809/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, na qual se extrai o seguinte excerto de seu voto: "[...] Do mesmo modo, é de reputar de ilegalidade e não de inconstitucionalidade o vício da lei estadual incompatível com a lei federal à qual deva observância, segundo a Constituição[62]". Na ADI 1.540-1/MS[63], o voto do Min. Maurício Correia[64] adota o mesmo fundamento, que é mantido na Questão de Ordem na ADI 2344/SP, rel. o Min. Celso Mello:

---

[62] [...] a aferição da validade da própria lei local em face de lei federal pode resumir-se a uma indagação de legalidade e não de constitucionalidade. Certo, no federalismo dualista clássico, a regra é ser a relação entre a lei federal e a lei estadual não um problema de hierarquia, mas sim, de competência. E só no caso de que se trate de um problema de competência é que efetivamente a prevalência de uma ou de outra resultará necessária e diretamente da Constituição Federal [...]. Mas, como também é sabido, na prática do federalismo, essa repartição constitucional de competências conhece duas técnicas diversas. A primeira, típica do federalismo clássico, é a que Raul Machado Horta denominou 'repartição horizontal de competências' (Autonomia do Estado membro..., Belo Horizonte, 12964, f. 49 ss.), que consiste na discriminação das matérias em dois círculos, entregues, a título de competência exclusiva, um à ordem central, e, o outro, a cada uma das ordens estaduais, no limite do". território respectivo. [...] na técnica da 'repartição vertical de competência, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União e os Estados-membros, estabelecendo condomínio legislativo consoante regras constitucionais de convivência. Dessas 'regras constitucionais de convivência' entre órbitas da competência concorrentes, a mais comum é a da prevalência de lei federal, anterior ou posterior, sobre a lei local atinente à mesma matéria [...] Na esfera da técnica de repartição vertical, invertem-se, pois, os termos dae equação do federalismo clássico: a relação entre lei federal e lei estadual deixa de ser uma questão de competência, que, em tese, é comum à União e aos Estados, para reduzir-se a uma questão de hierarquia de normas (cf. Pontes de Miranda, Comentários à Cosntituição de 946, 1953, I/441). Ora, problema de hierarquia normativa entre preceitos infraconstitucionais – ainda, como é normal, que a regra da prevalência provenha de Constituição – não é, senão mediatamente, uma questão constitucional. Assim, a jurisprudência da Corte tem entendido que o regulamento ofensivo da lei regulamentada não é inconstitucional, mas ilegal e, por isso, insusceptível de submissão aos mecanismos peculiares ao controle de constitucionalidade.

[63] No mesmo sentido: AgRg na ADI 1.035/SC, relator Min. Carlos Velloso; ADI 384-4/PR e ADI 252-0/PR, relator o Min. Moreira Alves.

[64] [...] A regulamentação das promoções dos policiais militares insere-se no capítulo que dispõe sobre as normas gerais de organização dos policiais-militares. Estas normas gerais, por sua vez, estão sob reserva de lei federal, consoante dispõe o art. 22, XXI, da Constituição. [...] Vê-se que o impugnado art. 57, na sua atual redação, não obedece aos parâmetros fixados pelo art. 24 do Decreto-lei nº 667/69 nem pelo art. 62 da Lei nº 6.880/80. Destas ponderações conclui-se que a disposição legal questionada afronta diretamente à lei federal, e não à Constituição, e, em conseqüência, sendo o caso de ilegalidade, não pode ela ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade E do excerto do voto do Min. Sepúlveda Pertence extrai-se o argumento da inconstitucionalidade reflexa: [...] Teríamos aí, o caso típico da chamada inconstitucionalidade por violação da norma ordinária interposta que – como na prática, por exemplo, da Corte Constitucional italiana (e Zagrebelsky o demonstra exaustivamente), não se tem considerado matéria adequada ao controle abstrato da constitucionalidade das normas que é o objeto da ação direta [...].

> Nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24), nas quais se estabelece verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal e os Estados-membros (RAUL MACHADO HORTA, "Estudos de Direito Constitucional", p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de entender incabível a ação direta de inconstitucionalidade, se, para o específico efeito de examinar-se a ocorrência, ou não, de invasão de competência da União Federal, por parte de qualquer Estado-membro, tornar-se necessário o confronto prévio entre diplomas normativos de caráter infraconstitucional: a legislação nacional de princípios ou de normas gerais, de um lado (CF, art. 24, § 1º), e as leis estaduais de aplicação e execução das diretrizes fixadas pela União Federal, de outro (CF, art. 24, § 2º). Precedentes. É que, tratando-se de controle normativo abstrato, a inconstitucionalidade há de transparecer de modo imediato, derivando, o seu reconhecimento, do confronto direto que se faça entre o ato estatal impugnado e o texto da própria Constituição da República. Precedentes.

E, ainda, no AgRg no RE 274.362/RS, a Min. Ellen Gracie julgou que o acórdão recorrido julgara o confronto entre normas de índole ordinária (CTN e Lei 8.212/91), e o conflito de normas infraconstitucionais não se reveste de conteúdo constitucional, impedindo a admissão do recurso extraordinário. Observa-se que a jurisprudência de nossas duas principais cortes não oferece critérios coerentes e estáveis para resolver o problema proposto; ao contrário, o uso indiscriminado e casuístico de teorias conflitantes leva a um estado de incerteza sobre quem tem a competência para controlar o confronto entre as duas espécies normativas.

2 INTER-RELAÇÃO DA TEORIA DA HIERARQUIA COM AS FUNÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR NO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

Analisada a *teoria da hierarquia* entre a lei complementar e a lei ordinária, cumpre-nos identificar as funções daquela no sistema constitucional tributário, pois há decorrente inter-relação entre a *teoria da hierarquia*, a função exercida pela lei complementar e as conseqüências do conflito normativo desta com a lei ordinária. Em outras palavras, a hierarquia da lei complementar tributária depende da função específica que esta exerce no sistema constitucional.

2.1 Tipologia das funções da lei complementar no sistema tributário

Coelho[65] (1999) explica o lugar da lei complementar no ordenamento jurídico através de seu *enlace com a teoria do federalismo*. Arrimado em Kelsen, e, utilizando-se do *âmbito de validade espacial das leis* (o espaço político onde a lei tem vigência e eficácia, onde produz efeitos), Coelho (1999) distingue as leis que são válidas em todo o território do Estado federal (normas centrais) das que são válidas apenas para determinadas partes desse mesmo território (normas parciais), pois há uma *ordem jurídica total* (nacional) formada por *três ordens jurídicas parciais* (federal, estadual e municipal), todas tendo seu fundamento de validade na ordem constitucional.

O órgão de emissão da lei complementar é o mesmo que emite a lei federal ordinária (o Congresso Nacional), e seu âmbito de validade espacial é igual ao âmbito da lei federal, não havendo aí diferenciação entre a lei complementar e as leis federais. A distinção está no papel desenvolvido pela lei complementar relacionado a fazer atuar determinações constitucionais de interesse de toda a Nação, para fins de complementação e atuação constitucional, como detalha Coelho (1999):

> [...] a lei complementar está a serviço da Constituição e não da União Federal. [...] Por isso mesmo, por estar ligada à expansão do texto constitucional, a lei complementar se diferencia da lei ordinária federal que, embora possua também âmbito de validade espacial nacional, cuida só de matérias de interesse ordinário da União Federal, cuja ordem jurídica é parcial, tanto quanto são parciais as ordens jurídicas dos Estados-Membros e dos Municípios. A lei complementar é, por excelência, um instrumento constitucional utilizado para integrar e fazer atuar a própria Constituição[66].

A sede jurídica de estudo das normas gerais de direito tributário situa-se na teoria do federalismo e, mais especificamente, na repartição das competências legislativas nos Estados Federais, nos quais Horta[67] (1995) aponta duas espécies: *repartição horizontal* (as pessoas políticas, isonômicas, recebem cada qual suas áreas de competência devidamente delimitadas e apartadas) e *repartição vertical* (o *discrimine* se faz por graus, pois as matérias são regradas por mais de uma pessoa política – também denominada competência concorrente). Coelho (2000) fornece três aclaramentos:

---

[65] COELHO, Sacha Calmon Navarro. A Lei Complementar como Agente Normativo Ordenador do Sistema Tributário e da Repartição de Competências Tributárias. 8º Simpósio Nacional IOB de Direito Tributário, São Paulo, p. 135-149, 1999.

[66] Ainda que concordemos com Sacha em sua assertiva genérica, é certo que Borges (1975) já criticara a identificação necessária entre lei complementar e lei nacional, pois "[...] a análise do conteúdo das diversas leis complementares previstas na Constituição evidencia que elas não assumem sempre a feição de lei nacional, embora esta seja a regra, sendo que há leis ordinárias que regulam matéria de lei nacional, no que é possível a distinção entre leis ordinárias federais e leis ordinárias materialmente nacionais [...]".

[67] HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. B.Horizonte: Del Rey, 1995.

A) lei complementar é *veículo legislativo*, e, norma geral, *conteúdo normativo*, ou *lei = forma* e *norma geral = conteúdo;*

B) a norma geral de Direito Tributário *condiciona* as legislações tributárias da União, Estados e Municípios enquanto *lex legum, loi de cadre*, no dizer dos gauleses, ou leis sobre leis, como dizia Pontes de Miranda (art. 24, § 4º); e

C) possibilitam as leis complementares de normas gerais, em países federativos, a *existência de códigos nacionais* em matérias *administrativas* e *tributária*[68].

A função da lei complementar no sistema tributário é objeto de ampla discussão[69]. Não obstante a impossibilidade de adentrar no mérito da presente discussão adota-se, neste trabalho, o posicionamento de que são três as funções da lei complementar, em consonância com o texto constitucional e com a chamada corrente "tricotômica". Segundo Coelho (1999), as leis complementares operam dentro do sistema tributário: 1) com função de fazer *atuar diretamente dispositivo constitucional* (ex.: art. 148, CF); 2) com função de *complementar dispositivos constitucionais de eficácia contida*, balizando-lhes o alcance (ex.: art. 155, § 2º, "a", CF), ou, ainda, 3) com função de *integrar dispositivos constitucionais de eficácia limitada*, conferindo-lhes normatividade plena (ex.: art. 150, VI, "c", CF). São identificáveis três objetos materiais genéricos da lei complementar tributária segundo o art. 146 da Constituição de 1988: a) dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária entre as pessoas políticas. Não haveria conflito de competência propriamente dito, dada a rigidez do sistema de repartição de competências tributárias e sua rigorosa segregação dos impostos privativos e apartados por ordem de governo e taxas e contribuições de melhoria atribuídas com base na precedente competência político-administrativa das pessoas políticas[70].

Nesse caso, a lei complementar atuaria na qualidade de lei interpretativa, explicativa e operativa da discriminação das fontes de receitas tributárias, oferecendo critérios[71], e, evitando o aparente conflito de competência (pois eles são subjetivos e não objetivos),

---

[68] COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.119.

[69] A partir da análise da Constituição de 1967, duas correntes passaram a disputar espaço no debate acadêmico: I) a chamada corrente "dicotômica", que entendia que as leis complementares serviriam unicamente para veicular normas gerais de direito tributário, que exerceriam duas funções: a) dispor sobre conflitos de competência entre as entidades tributantes; b) regular as limitações constitucionais ao poder de tributar: II) a corrente chamada "tricotômica", entendendo que haveria três funções distintas para a lei complementar: (a) emitir normas gerais de direito tributário; b) dispor sobre conflitos de competência entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; e c) regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

[70] Tratar-se-ia, em verdade, de possíveis invasões de competência em razão da insuficiência intelectiva dos relatos constitucionais pelas pessoas políticas destinatárias das regras de competência relativamente aos fatos geradores de seus tributos. Cada pessoa política passaria a exercer a tributação de maneira mais ampla que a prevista na Constituição, causando conflito em área reservada a outra pessoa política.

[71] O Decreto-Lei 406/68 intenta solver possíveis conflitos entre o campo de incidência do ICMS e do ISS.

através de "regras explicativas do discrímine". *A lei complementar nessa espécie é regra de atuação direta*, não complementando nem contendo dispositivo constitucional, não podendo, alterar o texto constitucional; b) a regulação das limitações constitucionais ao poder de tributar.

Nessa hipótese, o dispositivo constitucional limitador (norma de eficácia limitada) exige complementação quanto aos requisitos sem os quais não é possível a fruição da imunidade. *A lei complementar nessa espécie é regra de complementação de dispositivos constitucionais de eficácia limitada ou contida*; c) editar normas gerais de Direito tributário (art. 24, I, c/c art. 146, III, CF), cujas características são: A) são normas veiculadas pela União, através do Congresso Nacional, mediante leis complementares (lei nacional), que serão observadas pelas ordens jurídicas parciais, salvo inexistência, quando as ordens parciais poderão suprir a lacuna (art. 24, § 3º, da CF) até e enquanto não sobrevenha a solicitada lei complementar, a qual, se e quando advinda, paralisa as legislações locais, no que lhes for contrária ou incongruente (art. 24, § 4º, da CF); B) a lei com status de normas gerais de direito tributário, ora em vigor, é o CTN, a teor do art. 34, § 5º, do ADCT; C) a lei complementar de normas gerais é norma de equalização e unificação do Direito Tributário; D) o art. 146, III, da CF, enumera nominalmente alguns conteúdos de normas gerais, que são meramente exemplificativos. Conclui Coelho (1999):

> [...] o campo de eleição da lei complementar tributária é a norma geral de Direito Tributário [...] O fundamento de validez das normas gerias é a própria Constituição. A seu turno, pelas normas gerais são fornecidos os critérios para a elaboração material das leis tributárias ordinárias federais, estaduais e municipais, sendo, portanto, materialmente, nexos fundantes da validade dessas leis das ordens jurídicas parciais, que delas só podem prescindir num único caso: inexistência (art. 24, § 3º, da CF). Mas, tão logo sobrevenha a norma geral, as leis ordinárias em contrário ficam paralisadas, sem eficácia (art. 24, § 4º, da CF). Retifique-se: no art. 24, § 4º , onde se lê lei federal, leia-se lei complementar.[72] (grifo nosso)

As normas gerais veiculadas pelas leis complementares articulam o sistema tributário da Constituição às legislações das pessoas políticas (ordens jurídicas parciais), sendo normas sobre como fazer normas em sede de tributação, e se endereçam aos legisladores das três ordens jurídicas parciais da federação, seus destinatários. Para Torres (2001) a primeira função da lei complementar corresponde ao exercício da competência legislativa tributária da União (legislação *federal*) para a criação de seus tributos originariamente atribuídos na Constituição; nesse caso, não há hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, porquanto sua função exaure-se com a instituição do tributo, cessando com o próprio exercício

---

[72] Idem, ibidem, p. 119.

da competência. A segunda função corresponde à competência da União para a criação de *normas gerais de direito tributário* (legislação *nacional*)[73]. A hierarquia da lei complementar em relação às leis ordinárias dependerá da função que ela exerça no sistema. Na *função de veículo de normas gerais* as leis complementares, porque exercerão função constitutiva de fundamento de validade, formal ou material, sempre terão prevalência sobre qualquer outra lei, federal, estadual ou municipal, pois estas estarão adstritas ao conteúdo material das *normas gerais*. O CTN, como norma geral de direito tributário está numa posição, hierarquicamente, superior às demais leis no sistema de fontes do sistema tributário nacional, como se extrai da ilação de Torres (2001):

> Lei 5.172/66, enquanto 'lei nacional' que é, naquilo que for fundamento de validade material para a construção da legislação do 'sistema tributário nacional', terá preeminência sobre todas as demais leis, ordinárias ou complementares, não importa, elaboradas por qualquer uma das pessoas políticas. [...] na medida que o art. 34, §5º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, lhe garantiu força de recepção, alçando-a ao patamar funcional de sobrenorma [...][74].

---

[73] São as seguintes as funções da lei complementar como veículo de normas gerais: I) normas gerais com função de regular limitações constitucionais ao poder de tributar, como se verifica no art. 150, VI, "c" ou do art. 195, § 7º; II) normas gerais com função de evitar conflitos de competência entre as pessoas tributantes, não podendo ofender a repartição constitucional de competências, pertinente ao federalismo. Esse é o caso de possíveis conflitos entre pessoas políticas distintas (artigos 146, I e III, "a"; 155, § 2º, XII; e 156, III), entre Estados-membros (ICMS: art. 155, § 2º, XII; ITCMD: art. 155, § 1º, III), ou entre Municípios (ISS: art. 156, § 3º, I). Esta hipótese se aplica somente aos impostos previstos na Constituição; III) normas gerais com função de definir os tributos e suas espécies (art. 146, III, "c"), pelo qual a norma geral deverá ater-se aos caracteres gerais, tipificando as características dos tributos, nas suas várias espécies, limitando, nessa hipótese, inclusive a própria União em relação a seus tributos; IV) normas gerais com função de harmonizar os procedimentos de cobrança e fiscalização dos tributos, tratando de obrigação, lançamento e crédito tributário (art. 146, III, "b"; 155, § 2º, XII); V) normas gerais com função de uniformizar os prazos de decadência e prescrição; e VI) normas gerais com função de dar o adequado tratamento ao ato cooperativo (art. 146, III, "c").

[74] Ávila (2004), ao lado da função de editar normas gerais, atribui à lei complementar as funções de: II) instituição de tributos específicos: (art. 148 e art. 154I, da Constituição), casos em que a lei complementar possui "eficácia direta"; III) regulação das limitações ao poder de tributar: (ex.: imunidade do art. 150, VI, "c", da Constituição), IV) delimitação das regras de competência: trata-se da delimitação do âmbito material de competência, que empresta às leis complementares duas funções: a) limitar ou restringir o âmbito material de competência, quando a Constituição o exige (ex.: ITCD: art. 155, § 1º; ISS: art. 156, III; art. 156, § 3º, II; ICMS: art. 155, § 2º, X, "a"; art. 155, § 2º, XII; art. 155, § 2º, XII, "g"); b) especificação de regras de competência para evitar conflitos de competência: a função da lei complementar, nesse caso, não reside na definição das competências dos entes tributantes, já fixada na Constituição, mas em evitar potenciais conflitos de competência naquelas hipóteses em que o âmbito material da hipótese de incidência repercute na competência de mais de uma pessoa política; V) tratamento diferenciado e favorecido: função de implementar uma política de diferenciação favorecida para as microempresas e empresas de pequeno porte (introduzido pela Emenda Constitucional nº 42/03), imprimindo estabilidade e uniformidade legislativa no Estado Federal.

2.2 Proposta de sistematização das hipóteses de conflito

Da confluência das teorias estudadas, entendemos que a sistematização das hipóteses de conflito deve ser feita a partir da função que a lei complementar exerce no sistema tributário: quando esta servir como fundamento de validade da lei ordinária, haverá *hierarquia* e, conseqüentemente, a natureza do conflito será *infraconstitucional* e o vício dele resultante a *ilegalidade;* são as hipóteses do art. 146, incisos I e III, da Constituição; na hipótese contrária, haverá *invasão de competência*, e a natureza do conflito será *constitucional* e o vício dele resultante a *inconstitucionalidade*; trata-se da hipótese do art. 146, inciso II, da Constituição.

A Constituição inaugura competências específicas num campo material comum (o direito tributário) para a lei complementar e para a lei ordinária. Nas hipóteses normativas previstas no artigo 146, incisos I e III, da Constituição, a lei complementar e a lei ordinária estão atuando sob um campo material comum por determinação constitucional; se à primeira (*competência constitucional delimitadora*) cabe dispor sobre conflitos de competência entre os entes tributantes (inciso I) e estabelecer "normas gerais" para definir os contornos genéricos dos impostos (alínea "a" do inciso III)[75], definir regras sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários (alínea "b" do inciso III), e para definir o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo (alínea "c" do inciso III), é certo que à segunda cabe respeitar esse conteúdo genérico no momento de instituir o tributo em espécie ou a regra específica (*competência constitucional instituidora*), na qual se estabelece relação de subordinação. Relação esta determinada constitucionalmente. A própria Constituição estabeleceu uma relação de hierarquia e subordinação (o destinatário das normas gerais é o legislador ordinário das três ordens jurídicas parciais: União, Estados-membros e Municípios) entre as duas espécies normativas, sendo a lei complementar norma-parâmetro e a lei ordinária norma-objeto.

Cumpre à lei ordinária do ente tributante instituir o imposto em observância ao conteúdo da norma geral; instituir a regra sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários e dar o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo em observância ao conteúdo da norma geral; instituir o tributo em observância ao critério de resolução do eventual conflito de competência. Tem-se nessas hipóteses de conflito a atribuição de natureza infraconstitucional (conflito entre duas leis – atos infraconstitucionais – que só, reflexamente, atinge a Constituição), e o vício resultante do conflito é a ilegalidade, sendo que o controle

---

[75] Não é possível à lei complementar de normas gerais modificar a norma de competência, que outorgou quais tributos seriam instituídos por cada uma das três ordens jurídicas parciais. Mas como a definição do fato gerador, da base de cálculo e do contribuinte não foi exaurido pelo legislador constituinte, este fixou competência para o legislador complementar esclarecer o conteúdo dos elementos que integram a norma de competência; desse "esclarecimento" não pode discrepar o legislador ordinário da União, dos Estados-membros e dos Municípios no momento de instituir o tributo (não há margem de discricionariedade para atuação deste, que possa ampliar os limites dos conceitos previstos na norma geral).

deve estar na competência jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça. Obedecendo às próprias competências fixadas na Constituição, nas situações em que a lei complementar não for o fundamento de validade da lei ordinária, há *invasão de competência*, quando esta regular matéria sujeita a ser regulamentada por àquela. O campo material específico da lei complementar, nesse caso, não é comum ao da lei ordinária, criando-se não uma relação de hierarquia, mas de competência, na qual a natureza *constitucional* do conflito resta presente, e o vício resultante será a *inconstitucionalidade*. Haverá relação de ofensa direta à Constituição, pois uma espécie normativa teria usurpado competência exclusiva de outra espécie normativa, ferindo a norma constitucional de competência, como no caso do inciso II, do artigo 146, em que a lei complementar é regra de atuação direta. O controle, nesse caso, deve estar na competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

Nas hipóteses em que a função da lei complementar for instituir tributo específico (art. 148, art. 153, VII e art. 154, I) terá *atuação direta*, nos casos que atuar para resolução de conflitos de competência (art. 155, § 1º, III; art. 155, § 2º, XII; art. 156, § 3º) servirá como parâmetro obrigatório (*fundamento de validade*) para a lei ordinária, assim como no caso do art. 156, III. Esquematicamente, pode-se sistematizar da seguinte forma as hipóteses de conflito entre a lei ordinária e a lei complementar tributária, prescritas no art. 146 e demais dispositivos da Constituição da República:

Dispositivo Constitucional	Função da lei complementar em relação à lei ordinária	Categoria relacional entre as duas leis	Forma de conflito com a Constituição	Natureza do conflito	Vício decorrente do conflito
Art. 146, inciso I	Fundamento de validade	Hierarquia	Indireta	Infraconstitucional	Ilegalidade
Art. 146, inciso II	Atuação direta	Competência	Direta	Constitucional	Inconstitucionalidade
Art. 146, inciso III, alínea "a"	Fundamento de validade	Hierarquia	Indireta	Infraconstitucional	Ilegalidade
Art. 146, inciso III, alínea "b"	Fundamento de validade	Hierarquia	Indireta	Infraconstitucional	Ilegalidade
Art. 146, inciso III, alínea "c"	Fundamento de validade	Hierarquia	Indireta	Infraconstitucional	Ilegalidade
Art. 148	Atuação direta	Competência	Direta	Constitucional	Inconstitucionalidade
Art. 153, inciso VII	Atuação direta	Competência	Direta	Constitucional	Inconstitucionalidade
Art. 154, inciso I	Atuação direta	Competência	Direta	Constitucional	Inconstitucionalidade
Art. 155, § 1º, III	Fundamento de validade	Hierarquia	Indireta	Infraconstitucional	Ilegalidade
Art. 155, § 2º, XII	Fundamento de validade	Hierarquia	Indireta	Infraconstitucional	Ilegalidade
156, III	Fundamento de validade	Hierarquia	Indireta	Infraconstitucional	Ilegalidade
156, § 3º	Fundamento de validade	Hierarquia	Indireta	Infraconstitucional	Ilegalidade

Por fim, se a lei complementar for eleita pelo legislador como espécie normativa para regular matéria a ela não reservada constitucionalmente, concordamos com as conclusões de Celso Bastos e da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual ter-se-á lei complementar *materialmente ordinária*, e lei ordinária superveniente poderá abrogá-la ou alterá-la. Não se estabelecerá, nesse caso, a hierarquia; é caso de simples revogação ou derrogação.

CONCLUSÃO

A análise da jurisprudência dos dois tribunais superiores demonstra não haver critério definidor uniforme da natureza e da conseqüência do conflito entre a lei complementar e a lei ordinária, o que suscita inconstância e casuísmo no uso de diferentes teorias, encerrando um quadro de insegurança e de ausência de parâmetros seguros para o controle normativo do conflito. No presente trabalho, sustenta-se que a natureza do conflito entre as duas espécies normativas está relacionada ao papel desempenhado pela lei complementar no sistema constitucional tributário: se esta exercer a função de fundamento de validade da lei ordinária (o que ocorre nas hipóteses do artigo 146, incisos I e III, da Constituição), então, ter-se-á, que a natureza do conflito será infracontitucional, e o vício decorrente do conflito é a ilegalidade, pois as duas espécies normativas estarão numa relação de hierarquia, e atuando sobre um âmbito material comum.

Caso contrário, se a lei complementar tiver atuação direta, isto é, não servir como fundamento de validade da lei ordinária, a hipótese de conflito normativo entre ambas possui natureza constitucional e se resolve em vício de inconstitucionalidade, pois se trata de invasão de competência legislativa (as espécies normativas estão atuando sobre âmbitos materiais não comuns) e não de hierarquia (o que ocorre na hipótese do artigo 146, inciso II). A mesma sistematização aplica-se às demais hipóteses em que o texto constitucional exige, explicitamente, a lei complementar como espécie normativa para regular matérias tributárias. As bases para a solução do conflito estão na conjunção das teorias da hierarquia e da invasão de competência legislativa com as próprias competências estatuídas pela Constituição, que funda relações de subordinação ou de coordenação entre diferentes normas primárias de seu sistema de processo legislativo. O artigo 146 da Constituição deve ser interpretado em estrita conexão sistemática com o artigo 24, § 1º, como forma de preservar o sistema federativo.

De outra parte, não há como negar a importância da teoria da inconstitucionalidade reflexa para a resolução do conflito como suporte de uma consistente teoria da inconstitucionalidade, que preserva o núcleo essencial do conceito e afasta as hipóteses indiretas de ofensa ao texto constitucional. Decorre disso, que, *a priori*, o conflito entre duas espécies normativas primárias, contidas no sistema de processo legislativo (fontes formais de criação do direito) da Constituição deve ser controlável infraconstitucionalmente (lei complementar: norma-parâmetro e lei ordinária: norma-objeto) e a não ser nos casos em que a ofensa se der diretamente ao texto da lei fundamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Lei Complementar Tributária. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 06, p. 47-70, 1994.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ATALIBA, Geraldo. Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 53-76.

ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. 601 p.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado (Atual.). Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 859 p.

BASTOS, Celso. A Inexistência de Hierarquia entre a Lei Complementar e as Leis Ordinárias. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, n. 26, p. 10-20, 1999.

_____. Lei Complementar – Teoria e Comentários. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. Do Estudo da Inconstitucionalidade no Campo Específico da Lei Complementar. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n. 37, p. 55-63, 2001.

BARROSO Luis Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BATALHA, Célio de Freitas. Lei Complementar em Matéria Tributária. Revista de Direito Tributário, São Paulo, n. 49, p.121-129, 1991.

BESTER, Gisela Maria. Direito Constitucional, volume I: Fundamentos Teóricos. São Paulo: Manole, 2005.

BITENCOURT, Lúcio. O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BORGES, José Souto Maior. Eficácia e Hierarquia da Lei Complementar. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 25, p. 93-103, 1973.

_____. Lei Complementar Tributária. São Paulo: RT, 1975.

CALMON, Eliana. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição. Revista de Estudos Tributários, Porto Alegre, n. 16, p.1-10; 2000.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. Lei Complementar Tributária. Cadernos de Pesquisa Tributária. São Paulo: Resenha Tributária. 1990

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CASSONE, Vitorio. Direito Tributário: fundamentos constitucionais da tributação, classificação dos tributos, interpretação da legislação tributária, doutrina, prática e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2000, 484 p.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. A Lei Complementar como Agente Normativo Ordenador do Sistema Tributário e da Repartição de Competências Tributárias. 8º Simpósio Nacional IOB de Direito Tributário, São Paulo, p. 135-149, 1999.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2003.

ESTEVES, Maria do Rosário. Normas Gerais de Direito Tributário. São Paulo: Max Limonad, 1997

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Do Processo Legislativo. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Curso de Direito Constitucional. 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 371 p.

MACHADO, Hugo de Brito. Posição Hierárquica da Lei Complementar. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 14, p. 19-22, 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sistema Tributário na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha, 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999, 375 p.

_____. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 546 p..

MORAES, Alexandre. Direto Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Constituição do Brasil interpretada e legislação infraconstitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

NETTO, André Luiz Borges. Fontes de Direito Tributário. Previsão Constitucional. Lei Complementar. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 15, p. 128-148, 1996.

NEVES, Marcelo. Teoria da Inconstitucionalidade das Leis. São Paulo: Saraiva, 1988, 177 p.

PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2001.

PARGENDLER, Ari. O Recurso Especial e o Código Tributário Nacional. STJ: Dez Anos a Serviço da Justiça: Doutrina – ed. comemorativa. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

PAUSEN, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência. 7ª Ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2005.

PIZOLIO JÚNIOR, Reinaldo. Considerações acerca da lei complementar em matéria tributária. Cadernos de direito tributário e finanças públicas, n. 14, p. 173-206, jan./mar. 1996.

POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. A Inconstitucionalidade das leis: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994

RIZZINI, Antonio Ferreira. Leis Complementares. Aspectos de sua aplicabilidade. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n.13, p.138-144, 1995.

TAVARES, André Ramos. Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário. In: TAVARES, André Ramos (Org.). Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 3-60.

_____. Curso de Direito Constitucional. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1033 p.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TORRES, Heleno Taveira. Código Tributário Nacional: Teoria da Codificação, Funções das Leis Complementares e Posição Hierárquica no Sistema. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 71, p. 84-103, 2001.

XAVIER, Alberto. Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva. São Paulo: Dialética, 2002.

Status Isonômico das Leis Complementares e Leis Ordinárias no Direito Tributário Brasileiro

Diego Ferreira

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como escopo analisar o status hierárquico entre a Lei Complementar e a Lei Ordinária, ou seja, especificamente, averiguar se há ou não hierarquia entre estas normas.

O tema tem gerado grandes discussões entre os doutrinadores tanto nacionais como estrangeiros, face a repercussão jurídica que a abordagem diferenciada da temática pode acarretar no sistema tributário pátrio.

Melhor esclarecendo tem-se a colaboração de Alexandre Morais:

> Discussão eternizada na doutrina, a eventual existência ou não de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária obteve de ambos os lados grandes juristas e brilhantes argumentações[1]

A questão reverte-se de maior complexidade e relevância na medida em que a controvérsia doutrinária acima referida é também vislumbrada nos julgados de nossos Tribunais Superiores.

Outrossim, deve-se frisar que para o Direito Tributário o estudo concentrado na questão da hierarquia entre Lei Complementar e Lei Ordinária, certamente, tem maior importância do que para outros ramos do direito, pois o Sistema Tributário Nacional prevê inúmeras vezes a utilização da lei complementar.

A doutrina e a jurisprudência, como se perceberá, encontram-se bastante divididas.

---

[1] MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional. Nova Edição. São Paulo, 2001, p. 533.

Aqueles que defendem a tese da inexistência de hierarquia entre Lei Complementar e Lei Ordinária sustentam que a Constituição Federal não estabeleceu hierarquia entre estas normas, mas tão somente determinou quais as matérias devem ser tratadas por meio de lei complementar. Desta forma, se lei ordinária versasse sobre matéria reservada à lei complementar seria inconstitucional, uma vez que a Carta Magna exigiria para o caso Lei Complementar. Todavia, se ocorresse o inverso, ou seja, Lei Complementar versasse sobre matéria de Lei Ordinária, teria aquela valor e eficácia de Lei Ordinária.

Por outro lado, os doutrinadores que sustentam a existência de hierarquia entre Lei Complementar e Lei Ordinária, referem que o texto constitucional ao prever o processo legislativo, estabeleceu a hierarquia entre as normas, estando a Lei Complementar em grau superior à Lei Ordinária. Outro argumento é de que a superioridade da Lei Complementar sobre a Lei Ordinária se revela quando a própria Constituição Federal requer para sua aprovação quorum qualificado. Desta forma, sempre que houvesse edição de Lei Complementar, versando sobre determinada matéria, mesmo que não fosse matéria de Lei Complementar, a Lei Ordinária não poderia mais revogá-la.

Destarte, para uma melhor abordagem do tema proposto, dividiu-se a monografia em dois capítulos, onde, no primeiro, se analisará a questão da competência legislativa tributária, procurando estabelecer sua definição, a necessidade de distribuição da competência em face do princípio Federativo, as espécies de competência e o significado das normas gerais em Direito Tributário

No segundo, primeiramente, tecem-se alguns comentários acerca da definição e do processo legislativo tanto da Lei Complementar quanto da Lei Ordinária. Após, analisam-se as finalidades da Lei Complementar. E, por derradeiro, adentra-se no tema em específico.

Portanto, a presente monografia pretende tecer comentários a respeito do tema da hierarquia entre a Lei Complementar e Lei Ordinária, buscando demonstrar se existe hierarquia ou isonomia entre estes instrumentos normativos.

1 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA TRIBUTÁRIA

1.1 Definição de competência

Primeiramente, deve-se esclarecer que o termo "competência tributária" não se confunde com o termo "poder tributário", ainda que haja conexão entre ambos.

Diz-se isso, pois competência tributária segundo a ótica de Maristela Miglioli Sabbag é "a manifestação da autonomia da pessoa política que a detém",[2] com suporte no princípio da Federação, consubstanciado no art. 1º da Constituição Federal de 1988, em que cada uma das pessoas políticas internas possui autonomia. Em contrapartida, o poder tributário, conforme a mesma doutrinadora, se operaria "tão-somente no âmbito dos Estados unitários, nos quais existe uma única pessoa política central, imbuída do poder absoluto de tributar, sem quaisquer restrições".[3]

Não obstante o acima expedido, a doutrina mais abalizada rechaça essa diferenciação acadêmica baseada no autoritarismo do Estado, haja vista entenderem que "competência tributária" e "poder tributário" estão presentes em todo o Estado Constitucional.[4]

Noutros termos, pode-se dizer que o poder tributário é o jus imperium do Estado em manifestação de sua soberania, sendo originalmente ilimitado. Com a organização jurídica do Estado o poder tributário passa a ter limitações vinculadas às normas que definem a sua atuação, surgindo, então, a competência tributária.[5]

Nessa mesma linha de entendimento, encontra-se o magistério de José Souto Maior Borges, o qual assevera que a competência tributária consiste "numa autorização e limitação constitucional para o exercício do poder tributário".[6]

Em vista disso, a competência tributária apenas pode ser exercida mediante lei, em observância ao princípio da legalidade tributária.

Destarte, a competência tributária segundo Roque Antonio Carraza

> (...) é a possibilidade de criar, 'in abstracto', tributos, descrevendo, legislativamente, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas.[7]

---

[2] SABBAG, Maristela Miglioli. Competência Tributária. Revista os Tribunais, São Paulo, jun. 1996, v. 728, p. 682.

[3] Idem, ibidem.

[4] MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 25

[5] MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 212.

[6] BORGES, José Souto Maior. Isenções Tributárias. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 18.

[7] CARRAZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 345.

Portanto, a expressão "competência tributária" pode ser definida como sendo o poder, atribuído pela Constituição Federal, observadas as normas gerais de Direito Tributário, de instituir e fiscalizar o cumprimento das obrigações tributárias, compreendendo a competência legislativa e administrativa.

1.2 Distribuição de competência

Não se pode olvidar que o princípio Federativo adotado pelo Estado Brasileiro, que denota uma carga de autonomia aos entes políticos, exige uma distribuição, repartição ou mesmo discriminação de competências tributárias.

A repartição da competência, consoante o entendimento de Aliomar Baleeiro, é essencial à estrutura federal de Estado, de modo que cada ordem jurídica parcial, que somente vale dentro do âmbito territorial de cada ente descentralizado, possa nascer de Poder Legislativo próprio daquele ente estatal descentralizado.[8]

Em vista disso, a distribuição/repartição da competência vem expresso no art. 145[9] da Constituição Federal de 1988, quando estatui que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir tributos.

Outrossim, a Constituição Federal em seus artigos. 153, 155 e 156, sob as epígrafes "Dos impostos da União", "Dos impostos dos Estados e do Distrito Federal" e "Dos impostos dos Municípios", estabeleceu a competência desses entes políticos. Há de se atentar ainda para a competência residual da União, em observância ao art. 154 da Carta Constitucional.

Diante do exposto, infere-se que a repartição de competências tributária, como já se disse, decorre "da própria estrutura do Estado Federado e, para que tenha condições de plena eficácia, deve ser rígida e exaustiva, objetivando prevenir os conflitos e invasões de uma pessoa política por outra".[10]

Por fim, urge deixar claro que a distribuição de competência tributária definida pela CF é taxativa, não admitindo quaisquer invasões entre os entes fiscais, pois a Constituição oferece titularidade ou exclusividade dos tributos à União, Estados, ao Distrito Federal e Municípios. Assim, qualquer tentativa no sentido de instituir tributo alheio a competência do ente restará infrutífera, pois este será incompetente. Da mesma forma será considerada nula a lei que usurpa competência tributária alheia, garantindo o direto de restituição à quem quer que tenha pago indevidamente o tributo.

---

[8] BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. Atualização: Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 40.

[9] Importante salientar que o artigo 145 da Constituição Federal de 1988 não é o único dispositivo que encerra normas de distribuição e repartição de competência. Veja-se também artigos 148 e 149 da Carta Magna, entre outros.

[10] SABBAG, Maristela Miglioli. Op. cit., p. 684.

1.3 Espécies de competência

Primeiramente, é oportuno frisar que os doutrinadores não são harmônicos quanto ao número de espécies de competência tributária.[11]

De qualquer sorte, no âmbito da repartição de competências, corolário do princípio Federativo, mencionam-se as seguintes, quais sejam:

a) competência cumulativa ou comum - encontra-se disciplinada no art. 145, II e III, da Constituição Federal de 1988, sendo aquela atribuída a uma ou mais entidades políticas, como, por exemplo, a que possibilita a cobrança das 'taxas' e 'contribuição de melhoria' pela União, Estados Distrito Federal e Municípios, evidentemente dentro das respectivas competências de atuação.

b) competência privativa ou exclusiva - é a atribuída específica e exclusivamente a um ente político, ou seja, ocorre quando apenas uma pessoa política pode tributar sobre determinada base econômica, excluindo-se a competência dos demais entes, como no caso do Imposto sobre Produto Industrializado - IPI.

c) competência residual - é o poder de instituir outros tributos não previstos na Constituição Federal, em seus artigos 153, 154 e 155. No Brasil, cabe ressaltar, somente a União detém a competência residual, nos termos do art. 154.

d) competência legislativa plena - é o poder de legislar sobre todos os aspectos do tributo, tais como fato gerador, base de cálculo, alíquota, contribuintes, entre outros, consoante disposto no art. 6º do Código Tributário Nacional - CTN, observando-se as normas gerais de direito tributário.

e) competência legislativa supletiva ou suplementar - é a atribuída aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para, nas suas respectivas esferas, editarem normas complementares, nos termos do art. 24, § 2º, da Constituição Federal.

f) competência concorrente - é a competência atribuída pela Constituição Federal aos três níveis de governo para legislar sobre direito tributário, consoante a dicção do art. 24.

Portanto, como se pode perceber, é a Constituição Federal quem atribui competência em matéria tributária, que, sintetizando o pacto federativo, traça os contornos gerais do Estado nas suas três esferas de poder. Como expressão pura desse pacto ela distribui as competências tributárias entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, formando, juntamente com os princípios e regras de direito tributário, o Sistema Tributário Nacional.

---

[11] Cf. ICHIHARA, Yoshiaki. Direito Tributário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 30 e ss. e DECOMAIN, Pedro Roberto. Anotações ao Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 44 e ss.

1.4 Significado das normas gerais Tributárias como pressuposto ao estudo da lei complementar à luz da Constituição de 1988

Quanto à definição do que sejam as chamadas "normas gerais", o certo é que nenhuma doutrina conseguiu estabelecer uma definição rigorosa.

A respeito desse problema da identificação da extensão do conceito de normas gerais, Fernanda Dias Menezes de Almeida, versando sobre a extensão das competências outorgadas pelo Texto Constitucional, leciona:

> O grande problema que se coloca, a propósito, é o da formulação de um conceito de normas gerais que permita reconhecê-las, na prática, com razoável segurança, já que a separação entre normas gerais e normas que não tenham esse caráter é fundamental.[12]

Na busca de uma melhor compreensão do significado das normas gerais, deve-se frisar a lição de Carvalho Pinto, que estabeleceu uma delimitação negativa, ou seja, estabelecendo o que não pode ser considerada como norma geral. Diz o autor:

> a) Não são normas gerais as que objetivem especialmente uma ou algumas dentre várias pessoas congêneres de direito público, participantes de determinadas relações jurídicas; b) não são normas gerais as que visem, particularizadamente, a determinadas situações ou institutos, com exclusão de outros, da mesma condição ou espécie; c) não são normas gerais as que se afastem dos aspectos fundamentais ou básicos, descendo a pormenores ou detalhes.[13]

Sacha Calmon Navarro Coêlho definiu as normas gerais, nos seguintes termos:

> As normas gerais de Direito Tributário, veiculadas pelas leis complementares, são eficazes em todo o território nacional, acompanhando o âmbito de validade espacial destas, e se endereçam aos legisladores das três ordens de governo da Federação, em verdade, seus destinatários. A norma geral articula o sistema tributário da Constituição às legislações fiscais das pessoas políticas (ordens jurídicas parciais). São normas sobre como fazer normas em sede de tributação.[14]

---

[12] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 146.

[13] PINTO, Carvalho *apud* Heleno Taveira Tôrres. Funções das Leis Complementares no Sistema Tributário Nacional: hierarquia de normas. Revista de Direito Tributário, São Paulo, n. 84, p. 55-56.

[14] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 109.

A definição deste último autor, sem dúvida, foi influenciada pelo pensamento Ponteano, pois no que diz respeito as normas gerais do Direito Tributário nos ensina Pontes de Miranda:

> Não se trata de lei de tributação, mas sim de lei sobre leis de tributação.[15]

Assim, partindo-se de uma leitura do art. 146, da Constituição Federal de 1988, normas gerais somente serão aquelas que venham a ser criadas, quando o Legislativo da União, revestindo-se das magnas funções de legislador nacional, as introduza no ordenamento para:

> "a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas; e, d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, da contribuição a que se refere o art. 239, no Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS no Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviço - ICMS.

As normas gerais de Direito Tributário são normas que objetivam o equilíbrio do subsistema tributário nacional, as quais, em hipótese alguma, restringirão as competências previamente outorgadas pela Constituição Federal de 1988. Tal fato ocorre, pois somente quem atribui a competência poderá, em outro momento, limitar seu exercício. Assim, a Constituição Federal é que restringe as competências que ela própria outorgou - e nunca a norma geral nacional.

Neste diapasão cabe salientar as ponderações de Renato Romeu Renck no que concerne a superioridade hierárquica no tocante as normas de estrutura:

> Quando se estiver diante de normas que, para serem aplicadas ao caso concreto, dependem da aplicação de outra norma, pode-se falar em hierarquia. (...) Assim, pode-se ver que há hierarquia no âmbito das competências concorrentes, previstas no art. 24 da Carta, quando a Federação legisla em termos de norma geral e a suplementação é feita pelos Estados e Municípios. Há, pois, duas competências distintas: uma para traçar normas gerais, conferida à Federação, e outra para suplementa-las, conferida aos Estados-Membros. Haverá hierarquia entre normas, tão-somente se a norma federal

---

[15] MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: RT, 1967, t.II, p. 369.

for de estrutura de outras normas inferiores. No caso das normas gerais - incluindo as de natureza concorrente - , a hierarquia se estabelece em face dos contornos - tanto materiais como formais, que são criados e que circunscrevem os limites da competência dos Estados.[16]

2 LEI COMPLEMENTAR E LEI ORDINÁRIA

2.1 Considerações gerais acerca da lei complementar e da lei ordinária como fundamento de isonomia entre estes instrumentos normativos

Inicialmente, antes de se adentrar na análise específica acerca da existência ou não de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, faz-se necessário tecer algumas considerações gerais sobre o processo de criação destas normas.

A lei complementar brasileira tem por origem o direito constitucional francês, onde existe a chamada loi organique que tem como conteúdo material a estruturação e organização dos Poderes Públicos.

A lei complementar pode ser definida como sendo aquela que, dispondo sobre matéria, expressa ou implicitamente, prevista na redação constitucional, está submetida ao quorum qualificado previsto no art. 69 da Constituição Federal de 1988.

Desta forma, a votação visando a aprovação de lei complementar, será realizada mediante apuração da maioria absoluta dos votos dos integrantes de cada Casa Legislativa.

A sanção, a promulgação e a publicação da lei complementar caberá ao Presidente da República, tendo em vista a incidência do art. 66, caput e § 7°, da CF/88.

Destarte, as leis complementares são entes legislativos reconhecíveis formal e materialmente.

Sob o ponto de vista formal, a lei complementar da Constituição Federal é aquela votada por maioria absoluta (quorum de votação de metade mais um dos membros do Congresso Nacional), por força do art. 69, da CF/88.

Sob o ponto de vista material, a Lei Complementar da Constituição Federal é aquela que tem por objetivo a complementação da Constituição, quer ajuntando-lhe normatividade, quer operacionalizando-lhe os comandos.

---

[16] RENCK, Romeu Renato. Imposto de Renda da Pessoa Jurídica. Do Advogado, 2001, p. 67/68.

A lei ordinária, por sua vez, pode ser elaborada pelos Poderes Legislativos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de conformidade com a competência material outorgada pela Constituição Federal, exigindo para sua aprovação tão somente maioria simples.

Em vista disso, pode-se perceber que o órgão de emissão da lei complementar é o mesmo que emite a lei ordinária, assim como o âmbito de validade espacial. Nessa aspecto as leis complementares e as leis ordinárias são idênticas.

Assim, pode-se esclarecer que a presença do processo legislativo especial e qualificado na lei complementar é que confere a esta uma nítida distinção em relação à lei ordinária.

Portanto, o processo de inserção de lei complementar no ordenamento jurídico brasileiro distingue-se daquele referente à legislação ordinária somente no que concerne ao quorum exigido para a aprovação do projeto correlato, nas duas casas legislativas, que compõem o Congresso Nacional. Para a anuência de norma ordinária impõe-se a maioria simples, a qual se perfaz com número de votos correspondente a qualquer fração superior à metade dos presentes à sessão. A aceitação de proposta de lei complementar, contudo, subordina-se à aquiescência da maioria absoluta dos membros, a qual se obtém com a manifestação positiva de mais da metade dos componentes de cada plenário.

De outra banda, cabe destacar a natureza política no tocante à exigência de lei complementar adotada pela Constituição Federal de 1988, destacada pelo Ministro Nelson Jobim:

> Em relação à exigência de lei complementar que a Constituição de 1988 adota, quer-me parecer que as decisões para a escolha de ser lei ordinária ou lei complementar são de natureza política, e o foram na Constituição de 1988. Na verdade, a Constituição continuou exigindo lei complementar porque a situação anterior a 88 exigia, ou passou a exigir lei complementar por situações exclusivamente políticas...Toda a decisão, portanto, em determinar lei complementar ou não, é uma decisão política no sentido de se exigir um tipo de maioria qualificada para decidir determinada matéria. Não há nenhuma razão essencialista, na Constituição de 88, para se exigir a lei complementar. (...)...não há que se fazer interpretações ou exegeses de qualquer natureza, se tentar ler o que na Constituição não está. Se está lei, é lei, não será lei complementar, salvo se ela for remissiva - aqui, há uma opção específica do legislador. Esta era a técnica legislativa, em 1988, para se compor determinados tipos de conflitos políticos não-resolvidos no seio da Assembléia Nacional Constituinte: recorria-se a alguns instrumentos e um deles era esta espécie de acordo dilatório, de jogar pra frente algo que não se poderia decidir naquele momento. E para se jogar pra frente, jogar-se para legislação, optava-se pela legislação complementar ou pela lei ordinária,

dependendo da natureza da matéria e do grau de controvérsia que houvesse no seio da Assembléia. A outra técnica que se utilizou, e que a Constituição utiliza, foi dos advérbios de modo, no processo legislativo, em que se minimiza basicamente o texto.[17]

2.2 Finalidades da lei complementar

Alguns eminentes juristas pátrios entendiam, em face da redação do art. 18, § 1º, da Emenda Constitucional n. 1/69[18] que era dupla a função da lei complementar. A maioria da doutrina, entretanto, encampou a tríplice função, ou seja, a de estabelecer normas gerais, prevenir conflitos de competência e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

A tríplice função da lei complementar está descrita no art. 146, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual dita, *in verbis*:

> Art. 146 - Cabe à lei complementar:
> I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
> II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;
> III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

O primeiro aspecto referido pela Constituição é o de que a lei complementar dispõe sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O segundo inciso faz menção às limitações ao poder de tributar expostas na Constituição, reproduzindo o discurso anterior.

Se a limitação é ao poder de tributar, tal limitação refere-se à faculdade que o Poder tributante tem de tributar. Se a limitação fosse do poder de tributar, tal limitação referir-se-ia ao próprio Poder tributante. A configuração gramatical, todavia, não altera o produto final da limitação, que impõe restrições, de rigor, à faculdade e ao próprio poder, por decorrência.

Por fim, a função de estabelecer normas gerais de legislação tributária. Com efeito, há normas gerais que são estruturalmente normas gerais e outras que têm o perfil de normas gerais porque são veiculadas por lei complementar, como há normas constitucionais que só ganham tal delineamento porque surgem no texto constitucional, mas cuja estrutura é de legislação complementar ou ordinária.

---

[17] Excerto do voto do Ministro Nelson Jobim no RE n. 225.602-8, novembro/1988.

[18] Emenda Constitucional n. 1/1969, Constituição Federal de 1967: Art. 18, *Caput:* Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir. Parágrafo primeiro: Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sôbre os conflitos de competência nesta matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar.

2.3 A Questão da Hierarquia Entre Lei Complementar e Lei Ordinária

O sistema jurídico é constituído por um conjunto de normas em que as partes se harmonizam com o todo e o todo com as partes, formando um conjunto único e harmônico.

Segundo Francisco Ribeiro dos Santos "as normas do ordenamento jurídico formam uma estrutura totalizadora, sendo o todo considerado como unidade, por sintetizarem-se nele os conceitos de unidade e pluralidade".[19]

Entretanto, as normas que compõem o ordenamento jurídico não possuem entre si a mesma hierarquia, mas são compostas de degraus hierarquizados.

Nesse sentido, aliás, é o magistério de Juarez Freitas, o qual conceitua o sistema jurídico:

> Como sendo uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição.[20]

Para explicar este fenômeno, Hans Kelsen idealizou sua pirâmide jurídica demonstrando que as normas são hierarquizadas e que o fundamento de validade está em que a inferior extrai sua validade na superior.[21]

Em vista disso, a leitura de nosso sistema jurídico positivo, mais especificadamente do art. 59 da Constituição Federal de 1988, poderia levar a conclusão da existência de hierarquia entre as normas jurídicas, segundo a pirâmide kelsiana, já que estabelece, *in verbis:*

> Art. 59 - O processo legislativo compreende a elaboração de:
> I - emendas à Constituição;
> II - leis complementares;
> III - leis ordinárias;
> IV - leis delegadas;
> V - medidas provisórias;
> VI - decretos legislativos;
> VII - resoluções.

---

[19] SANTOS, Francisco Ribeiro dos. *apud* ICHIHARA, Yoshiaki. Op. cit., p. 33.
[20] FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 46.
[21] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, p. 269.

Deve-se referir que a problemática em torno da hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, surge, sobretudo, após a alteração realizada no artigo 46 da Constituição de 1967 (correspondente ao artigo 49 da redação original) pela Emenda n. 1/69, onde grande parte da doutrina, sobretudo a partir da obra de Miguel Reale, passou a considerar as leis complementares como sendo uma espécie legislativa hierarquicamente superior a lei ordinária, sendo caracterizada como um tertius genus normativo.[22]

Nessa linha, pode-se observar o magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

> Analisando esse texto, Miguel Reale demonstrou serem estas leis um 'tertium genus' de leis, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais, nem tampouco devem comportar a revogação (perda de vigência), por força de qualquer lei ordinária superveniente.[23]

Ainda, nesse sentido, lembra Maria do Rosário Esteves, que:

> juristas de escol como Pontes de Miranda, Miguel Reale, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e outros sustentam ser a lei complementar um 'tertium genus' interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária e a Constituição.[24]

Conforme esclarece José Souto Maior Borges, fundamentava-se a referida superioridade da lei complementar nos seguintes termos:

> I - O art. 46 da Constituição de 1967, com redação que lhe deu a Emenda n. 1/69 colocou logo abaixo das emendas à Constituição (item I), as leis complementares (item II), revelando a sua posição hierárquica, entre as regras jurídicas componentes do ordenamento jurídico nacional, superior à da lei ordinária;
>
> II - A lei complementar é formalmente superior à lei ordinária porque esta não pode alterá-la ou revogá-la sendo nula a parte da lei ordinária que contravenha dispositivo de lei complementar, mas inversamente a lei complementar revoga e altera a legislação ordinária;
>
> III - O quorum especial e qualificado, estabelecido para a sua aprovação, conferiria à lei complementar uma 'superioridade formal' ou 'eficacial' com relação à lei ordinária.[25]

---

[22] REALE, Miguel. Parlamento Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 110-111.

[23] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 260.

[24] ESTEVES, Maria do Rosário. Normas Gerais de Direito Tributário. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 80.

[25] BORGES, José Souto Maior. Lei Complementar Tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 19-20.

Outrossim, Yoshiaki Ichihara defende a hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária. Sustenta o doutrinador:

> Dentro da hierarquia, sem dúvida alguma, a lei complementar coloca-se em superioridade se comparada à lei ordinária, pelo seu aspecto formal de exigência do quorum qualificado e quando esta lei aparece como sobrenorma ou estabelece normas gerais necessárias à edição da lei ordinária.[26]

A respeito da superioridade da lei complementar sobre a lei ordinária, deve-se referir o posicionamento de Geraldo Ataliba, segundo o qual:

> Abaixo das leis constitucionais, localizou as complementares, seguidas imediatamente das ordinárias. A hierarquia ideal corresponde a esta gradação. A principal conseqüência jurídica desta circunstância reside na superioridade da lei complementar sobre a ordinária. E esta graduação tem, em muitos casos, conseqüências também de caráter formal.
> Consiste a superioridade formal da lei complementar - como em geral das normas jurídicas eminentes, em relação às que lhe são inferiores - na impossibilidade jurídica de a lei ordinária alterá-la ou revogá-la. Nula é, pois, a parte desta que contravenha disposição daquela.
> Inversamente, a lei complementar revoga e altera a ordinária, impondo em outros casos absoluto afeiçoamento desta àquela, pelo menos quanto ao espírito.[27]

Para Ives Gandra Martins, também, há hierarquia, pois segundo o autor, a lei complementar":

> é norma de integração entre os princípios gerais da Constituição e os comandos de aplicação da legislação ordinária, razão pela qual, na hierarquia das leis, posta-se acima destes e abaixo daqueles. Nada obstante alguns autores entendam que tenha campo próprio de atuação, no que têm razão, tal esfera própria de atuação não pode, à evidência, nivelar-se àquela outra pertinente à legislação ordinária. A lei complementar é superior à lei ordinária, servindo de teto naquilo que é de sua particular área mandamental.[28]

---

[26] ICHIHARA, Yoshiaki. Op. cit., p. 93.

[27] ATALIBA, Geraldo. Lei Complementar na Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 29. Deve-se esclarecer que o professor Geraldo Ataliba, diante das críticas apresentadas pelo Prof. José Souto Maior Borges, modificou seu posicionamento, passando, então, a defender a tese da inexistência de hierarquia entre a lei ordinária e a lei complementar.

[28] MARTINS, Ives Gandra. Sistema Tributário na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 69.

Ademais, há que se salientar que segundo Vittorio Cassone, trata-se de questão tanto de competência quanto de hierarquia, na medida em que defende que:

> a lei ordinária, ao tratar do tipo tributário, deve respeitar a lei complementar - desencadeando, nessa oportunidade, o fenômeno da hierarquia das leis, ou seja, se ela não respeitar o campo de incidência fixado pela lei complementar, incorre em desobediência hierárquica que provoca a declaração de inconstitucionalidade (invasão da competência constitucional conferida à lei complementar).
> Trata-se, portanto, de questão de competência e de hierarquia, pois tanto a lei complementar tem a competência para definir os fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, como a lei ordinária tem a competência para exigir o tributo, ocasião em que deve dispor e adotar tais definições, momento em que desencadeia o fenômeno da hierarquia das leis.[29]

Destarte, para os que defendem a existência de hierarquia entre as normas, não poderia uma simples lei ordinária derrogar uma norma complementar, mesmo que esta não tratasse de matéria que necessitasse da edição de lei complementar, uma vez que esta foi elaborada mediante quorum privilegiado e maioria absoluta.

A tese da hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária passou rigidamente a ser questionada por José Souto Maior Borges, quando sustentou que:

> o art. 46, da Constituição de 1967 não expressava qualquer benefício de ordem no tocante à hierarquia. Segundo o doutrinador concluir que a lei complementar seria hierarquicamente superior apenas por estar situada, no elenco do art. 46, imediatamente abaixo das emendas constitucionais e logo acima das leis ordinárias, seria tão descabido quanto sustentar que as leis delegadas e os decretos-leis, por estarem abaixo das leis ordinárias, seriam hierarquicamente inferiores a esta. A hierarquia, para o direito, ocorre sempre que uma norma (inferior) retirar o fundamento de validade formal ou material de outra (superior).[30]

Conforme Souto Maior Borges, o problema da possibilidade de ser a lei complementar revogada por lei ordinária seria um falso problema. A interpretação sistemática de repartição de competência indicaria que:

> se a lei complementar (a) invadir o âmbito material de validade da legislação ordinária da União, valerá quanto uma lei ordinária federal, se, inversamente, (b) a lei ordinária da União invadir o campo da lei complementar estará eivada

---

[29] VITTORIO, Cassone. Direito Tributário: fundamentos constitucionais da tributação, classificação dos tributos, interpretação da legislação tributária, doutrina, prática e jurisprudência. 16. ed. São Paulo: Altas, 2004, p. 55.
[30] BORGES, José Souto Maior. Op. cit., p. 23-24.

> de visceral inconstitucionalidade porque a matéria, no tocante ao processo legislativo, somente poderia ser apreciada com observância de um quorum especial e qualificado, inexiste na aprovação da lei ordinária, se ocorrem as hipóteses (c) de invasão, pela lei complementar, da esfera de competência legislativa dos Estados-membros e Municípios ou (d) de a lei ordinária dos Estados-membros e Municípios invadir o campo privativo da lei complementar, estaremos diante de atos inconstitucionais do Congresso ou das Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores, conforme a hipótese.[31]

Do mesmo modo, Michel Temer nega tal hierarquia, pois que ambas as espécies normativas encontrariam seu fundamento de validade na Constituição, havendo então, simples delimitação de matérias para a lei complementar, que possui, como diferença específica, apenas o quorum de aprovação, maioria absoluta, nos termos do artigo 69 do texto Constitucional.[32]

Nessa mesma linha de argumentação, Ivani Silva da Luz, refere:

> associo-me à corrente doutrinária que entende que não há hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, porque ambas encontram se fundamento de validade da Constituição: o que há são campos materiais distintos atribuídos pela Constituição para cada espécie normativa. Assim, quando desrespeitado o âmbito de incidência material, há uma invasão de competência legislativa.

Não existe hierarquia entres as espécies normativas elencadas no art. 59 da Constituição Federal. Com exceção das Emendas, todas as demais espécies se situam no mesmo plano. A lei complementar não é superior à lei ordinária, nem esta é superior à lei delegada, e assim por diante. O que distingue uma espécie normativa de outra são certos aspectos na elaboração e o campo de atuação de cada uma delas. Lei complementar não deve cuidar de matéria de lei ordinária, da mesma forma que a lei ordinária não pode tratar de matéria de lei complementar ou de matéria reservada a qualquer outra espécie normativa. De forma que, se cada uma das espécies tem o seu campo próprio de atuação se uma espécie invadir o campo de atuação de outra, estará ofendendo a Constituição. Será inconstitucional.

Dessa mesma forma, importante destacar a lição de Celso Ribeiro Bastos, segundo o qual:

> No que diz respeito a relação existente entre lei complementar e lei ordinária, vale ressaltar, que a lei ordinária retira a sua validade da sua conformidade com a Constituição e não da lei complementar como gostariam aqueles que defendem a superioridade hierárquica desta última em relação a lei ordinária.

---

[31] BORGES, José Souto Maior. Op. cit., p. 25-27.

[32] TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 162.

> Todavia, a lei ordinária é obrigada a respeitar o campo privativo da lei complementar estabelecido pela própria Lei Maior, da mesma maneira que é vedada a lei complementar invadir o campo de atuação da lei ordinária.[33]

Por fim, no tocante ao entendimento jurisprudencial, deve-se destacar que a contradição encontra-se presente, também, nas Cortes Superiores, na medida em que enquanto o Superior Tribunal de Justiça defenda a hierarquia, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, defende que não há hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária.

O Superior Tribunal de Justiça, em que pese os argumentos da tese da inexistência de hierarquia, não reconhece a alteração de lei simplesmente denominada de lei complementar, por lei ordinária. A respeito, cabe observar o seguinte extrato jurisprudencial:

> TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. COFINS. ISENÇÃO. SOCIEDADES CIVIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS. LC Nº 70/91. LEI Nº 9.430/96. DL Nº 2.397/87. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 276/STJ.
> 1. A Lei Complementar nº 70/91, de 30/12/1991, em seu art. 6º, II, isentou, expressamente, da contribuição da COFINS, as sociedades civis de que trata o art. 1º, do Decreto-Lei nº 2.397, de 22/12/1987, sem exigir qualquer outra condição senão as decorrentes da natureza jurídica das mencionadas entidades.
> 2. Em conseqüência da mensagem concessiva de isenção contida no art. 6º, II, da LC nº 70/91, fixa-se o entendimento de que a interpretação do referido comando posto em Lei Complementar, conseqüentemente, com potencialidade hierárquica em patamar superior à legislação ordinária, revela que serão abrangidas pela isenção da COFINS as sociedades civis que, cumulativamente, apresentem os seguintes requisitos:
> - sejam sociedades constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no Brasil;
> - tenham por objetivo a prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada; e
> - estejam registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.[34]
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - COFINS - ISENÇÃO - SOCIEDADES CIVIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS - LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91 - LEI Nº 9.430, DE 27.12.96 (LEI ORDINÁRIA) - DECRETO-LEI Nº 2.397, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1987 - PRECEDENTES.

---

[33] BASTOS, Celso Ribeiro. A Inexistência de Hierarquia entre a Lei Complementar e as Leis Ordinárias. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 7, n. 26, jan.-mar./1999, p. 11-20.

[34] STJ, S1, EREsp n. 497284, rel. Min. José Delgado, DJ 09.08.2004.

> - Em obediência ao princípio da hierarquia das leis é ilícita a revogação, por lei ordinária, das disposições contidas na Lei Complementar nº 70/91.
> - A isenção da COFINS concedida pelo art. 6º, II da Lei Complementar nº 70/91 abrange as sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, de que trata o art. 1º do Decreto-lei nº 2.397, de 22.12.87), exigidas somente as condições decorrentes da natureza jurídica de tais entidades.
> - Recurso especial conhecido e provido.[35]
> TRIBUTÁRIO - COFINS - ISENÇÃO - SOCIEDADE LIVRE: LC N. 70/91 - REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO PELA LEI N. 9.430, DE 27/12/98.
> 1. Estabelecida isenção da COFINS em lei complementar, não é lícita a supressão do favor fiscal por lei ordinária.
> 2. Recurso especial provido.[36]

Todavia, como já se disse anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, mais acertadamente, vem reconhecendo a inexistência de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária.

A título de exemplo, pode-se citar o RE 336134, onde se discutia a constitucionalidade do aumento da alíquota da Cofins através da lei ordinária 9.718/98, a suprema Corte declarou válida a majoração de 2% para 3%, mesmo sob o argumento de que a referida contribuição social havia sido criada por lei complementar (LC 70/91).

No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 84994 também reafirmou a inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, porque ambas encontram seu fundamento de validade na Constituição. O que vislumbra-se, na verdade, são campos materiais distintos atribuídos pela Carta Magna para cada espécie normativa. Assim, quando invadido o âmbito de incidência material, há uma invasão de competência legislativa. Veja-se o inteiro teor do voto do Ministro Moreira Alves no Recurso Extraordinário referido:

> Como os eminentes Ministros relator e Cunha Peixoto, considero que o acréscimo de que trata o artigo 1o da Lei Estadual n. 10.421/71 se choca com o disposto nos artigos 113 e 201 do Código Tributário Nacional, uma vez que não se enquadra quer na categoria de obrigação tributária principal, quer na da obrigação tributária acessória, e a dívida ativa tributária é a proveniente apenas do crédito tributário, que é a contra-partida da obrigação tributária na relação jurídica desta natureza. Parece-me, entretanto, que o conflito da norma ordinária estadual com dispositivos do Código Tributário Nacional (lei complementar) acarreta, não há ilegitimidade ou a ilegalidade daquela, mas, sim, a sua inconstitucionalidade, por invasão indébita em área

---

[35] STJ, 2ª Turma, REsp. rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 18.02.2002.
[36] STJ, 2ª Turma, REsp n. 226062-SC, rela. Min. Eliana Calmon, DJ 12.06.2000.

> reservada, pela Constituição Federal, à lei complementar. Em casos como o presente, a doutrina se tem manifestado pela inconstitucionalidade (assim, JOSÉ AFONSO DA SILVA. Aplicabilidade das normas constitucionais, pág. 238, Ver. Dos Tribunais, São Paulo, 1968; SOUTO MAIOR BORGES, Lei Complementar tributária, pág. 27, Ver. Dos tribunais, São Paulo, 1975; NELSON DE SOUZA SAMPAIO, O processo legislativo, pág. 34, Ed. Saraiva, São Paulo, 1969). Em face do exposto, acompanho o eminete relator, declarando, porém, inconstitucional o artigo 1a da Lei 10.421, de 3 de dezembro de 1971, do Estado de São Paulo.

O argumento de que a lei complementar goza de superioridade hierárquica, em função da posição que ocupa no artigo 59 da Constituição, acima da lei ordinária, portanto, é enfraquecido, na medida que, notoriamente sabe-se que a lei delegada e as demais espécies normativas que se encontram abaixo da lei ordinária não são inferiores a ela.

É certo, todavia, com já foi colocado oportunamente, que a matéria reservada à lei complementar não pode ser disciplinada por lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade, embora o inverso seja admitido, considerando-se como válida lei complementar que trate de matéria reservada a lei ordinária, visto que, nessa situação, tem apenas aparência de lei complementar, pois, na realidade, é lei ordinária, podendo, nesse sentido, ser alterada ou revogada por legislação ordinária.

Veja-se a propriedade do voto do Ministro Moreira Alves, proferido no RE 103.639, pelo qual denota-se a perda do status da lei complementar, quando esta versa sobre matéria reservada a lei ordinária:

> É doutrina pacífica, em face do direito constitucional federal, que só se exige lei complementar, para aquelas matérias paras quais a Carta Magna Federal, expressamente, exige essa espécie de lei, o que implica dizer que os dispositivos que integram formalmente uma lei complementar, mas disciplinam matéria que não está sujeita a legislação desse tipo, conservam a natureza de dispositivo de lei ordinária, podendo, inclusive, ser alterados por legislação ordinária posterior.

CONCLUSÃO

A lei complementar, em matéria tributária não assume nenhuma hierarquia constitucional com relação à lei ordinária.

Diz-se isso, pois a hierarquia é um dos recursos de que se vale o sistema jurídico para resolver os conflitos lógicos que suas proposições normativas encerrem.

Na medida em que nosso ordenamento jurídico não é composto por um sistema de normas da mesma hierarquia, mas sim por uma ordem escalonada de diferentes normas

jurídicas, doutrinadores sustentaram a tese da hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, com base no disposto, hoje, no art. 59, da Constituição Federal.

Todavia, como se teve a oportunidade de destacar, o art. 59, da Constituição Federal de 1988 não estabelece nenhuma ordem de hierarquia. A circunstância da lei complementar ser referida em posição anterior a lei ordinária no dispositivo citado, nada determina em termos de posicionamento hierárquico. Se este raciocínio fosse de plano aceito, então, pela mesma razão, também à lei ordinária seria hierarquicamente superior à lei delegada e à medida provisória, o que notoriamente é falso.

A exigência de um quorum qualificado, por certo, indica uma maior ponderação a ser utilizada pelo legislador, ao tratar dos temas reservados à lei complementar, mas não implica que esta seja hierarquicamente superior à lei ordinária.

A questão da hierarquia entre normas está relacionada à norma que lhe dá validade, e, no que diz respeito à relação existente entre lei complementar e lei ordinária, vale ressaltar que a lei ordinária retira a sua validade da sua conformidade com a Constituição e não da lei complementar como alegam aqueles que defendem a superioridade hierárquica desta última em relação à lei ordinária. A lei ordinária é obrigada a respeitar o campo privativo da lei complementar estabelecido pela própria Carta Maior, da mesma maneira que não deve a lei complementar invadir o campo de atuação da lei ordinária.

Portanto, a questão não é de hierarquia mas sim de competência, na medida em que lei complementar na forma e no conteúdo só é contrastável com a Constituição e, por isso, pode adentrar em área material que lhe esteja expressamente reservada. Se, porventura, a lei complementar regular matéria diversa, desbordando daquela que lhe é reservada, incorre em queda de status, pois terá valência de simples lei ordinária federal, podendo ser modificada, portanto, por simples lei ordinária. Em contrapartida, a recíproca não é verdadeira, ou seja, a lei ordinária excederá se cuidar de matéria reservada expressamente à lei complementar, sendo inconstitucional, mas não por razões de hierarquia, mas sim, porque invadiu competência que não lhe cabe, não sendo possível sua recondução ao texto constitucional.

Por fim, em que pese a controvérsia jurisprudencial demonstrada entre os julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ e do Supremo Tribunal federal - STF, cabe salientar, por oportuno, que, em se tratando de matéria referente a competência legislativa e não de hierarquia de normas, como aqui defendido e demonstrado, a tese da posição hierárquica superior da lei complementar face a lei ordinária, consubstanciada nos julgados do STJ mais uma vez é prejudicada, pois ao decidir sobre questões de natureza constitucional, como de fato são aquelas que cercam a matéria ora em análise, o STJ usurpa funções do STF, exclusivas a esta Corte Suprema como guardiã permanente da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ATALIBA, Geraldo. Lei Complementar na Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. Atualização: Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. A Inexistência de Hierarquia entre a Lei Complementar e as Leis Ordinárias. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 7, n. 26, jan.-mar./1999, p. 11-20.

____. Lei Complementar: teoria e comentários. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BORGES, José Souto Maior. Isenções Tributárias. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

____. Lei Complementar Tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

CARRAZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Anotações ao Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2000.

ESTEVES, Maria do Rosário. Normas Gerais de Direito Tributário. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2001.

FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra. 6. ed. São Paulo:Martins Fontes, 1998.

ICHIHARA, Yoshiaki. Direito Tributário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARTINS, Ives Gandra. Sistema Tributário na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: RT, 1967.

MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: 2001.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

REALE, Miguel. Parlamento Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1962.

RENCK, Renato Romeu. O Imposto de Renda da Pessoa Jurídica. Do Advogado, Porto Alegre, 2001.

SABBAG, Maristela Miglioli. Competência Tributária. Revista os Tribunais, São Paulo, jun. 1996, v. 728.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TORRÊS, Heleno Taveira. Funções das Leis Complementares no Sistema Tributário Nacional: hierarquia de normas. Revista de Direito Tributário, São Paulo, n. 84.

VITTORIO, Cassone. Direito Tributário: fundamentos constitucionais da tributação, classificação dos tributos, interpretação da legislação tributária, doutrina, prática e jurisprudência. 16. ed. São Paulo: Altas, 2004.

As Presunções e Ficções no Direito Tributário

Gabriela Grings Fleck

INTRODUÇÃO

As presunções e ficções têm recebido cada vez mais atenção por parte dos profissionais da área do Direito nos últimos anos. Trata-se de um instituto conhecido e utilizado há muito tempo no âmbito jurídico, mas tem se mostrado cada vez mais freqüente na área do Direito Tributário. Neste sentido, o presente trabalho tem como objetivo tratar de um dos assuntos recentes mais importantes e polêmicos no campo do Direito Tributário, que são as presunções e ficções tributárias.

Este tema foi escolhido em decorrência de nos deparamos com situações capazes de suscitar inconformismo, especialmente aquelas que envolvem a atividade fiscal. O Fisco para o desempenho das suas atividades tem procurado encontrar maneiras que assegurem uma arrecadação mais eficiente e ágil e por outro lado, os contribuintes, muitas vezes, dificultam essa atividade ou tentam impedir ou burlar a ocorrência de determinados fatos geradores. Dentro desse contexto, é que as presunções e ficções se mostram importantes no Direito Tributário.

No decorrer deste trabalho, faremos um estudo acerca dessa importância. Para tanto, faremos uma breve análise das características gerais das presunções e ficções: histórico, conceito, classificação e as diferenças entre esses dois institutos.

Após, analisaremos a possibilidade da utilização e aplicação das presunções e ficções no Direito Tributário. Falaremos sobre a possibilidade de lei tributária valer-se de presunções ou ficções ao instituir a norma de incidência. Também, é importante esclarecer quais as funções desempenhadas pelas presunções e ficções no âmbito tributário.

Ainda, abordaremos os limites ao uso das presunções e ficções no Direito Tributário. Nesse aspecto, trataremos das normas de competência tributária estabelecidas na Constituição Federal e da extrapolação de presunções e ficções na definição das hipóteses de incidência e na base de cálculo.

Por fim, trataremos do fato gerador na substituição tributária para frente, mais especificamente do artigo 150, parágrafo 7º, da Constituição Federal, frente à doutrinária e a jurisprudência. Na realidade, trata-se de um fato gerador presumido, no qual o legislador utiliza-se de uma presunção para impor a exigibilidade de um tributo.

Assim, diante desse breve estudo, é que procuramos demonstrar que as presunções e ficções são institutos presentes, importantes e, acima de tudo, necessários, no Direito Tributário brasileiro.

1 NOÇÕES DE PRESUNÇÕES E FICÇÕES E A SUA UTILIZAÇÃO NO DIREITO TRIBUTARIO

1.1 Breve Análise sobre as Presunções e Ficções

1.1.1 Histórico sobre as Presunções

No direito arcaico, os primeiros vestígios históricos do instituto das presunções encontram-se no direito hebraico, no direito indiano e no direito persa.[1] Já no direito romano, em que pese haver presunções lógicas, as mesmas não eram subordinadas a nenhuma norma, exceto a presunção muciana[2], tendo surgido somente com o direito justinianeu o instituto da presunção tal qual conhecemos hoje (presunção legal).[3]

Na idade média, por volta dos séculos XII e XIII, é que efetivamente iniciou-se a doutrina das presunções. Entretanto, somente com o movimento das codificações, a partir do século XIX, é que o legislador estabeleceu regras sobre sua classificação e aplicação.

No ordenamento Brasileiro, as presunções surgiram com o Regimento 737, de 25 de novembro de 1850, que as incluiu no rol das provas.[4]

Após, as Constituições Estaduais, tais como a do Rio de Janeiro, Pernambuco e Minas Gerais, o Código Comercial, o Código Civil de 1916, o Código Tributário[5], o Código de Processo Civil e o Código Civil de 2002, incluíram esse instituto em seus textos.

---

[1] COVELLO, Sérgio Carlos. A Presunção em Matéria Civil. São Paulo: Saraiva, 1983. pg. 05.

[2] Presunção muciana era aquela prevista em lei que considerava como provenientes do cônjuge varão os bens possuídos pela mulher casada, toda vez que a origem fosse desconhecida. COVELLO, Sérgio Carlos. A Presunção em Matéria Civil. São Paulo: Saraiva, 1983. pg. 8.

[3] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 53.

[4] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 55.

[5] De acordo com Maria Rita Ferragut "(...) no Código Tributário Nacional, as presunções estão previstas no artigo 185 (é fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, pelo sujeito passivo em débito inscrito com a Fazenda Pública) e 204 e parágrafo único (presunção relativa de certeza e liquidez de dívida regularmente inscrita)." FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 56.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu artigo 150, parágrafo 7º, acrescido pela Emenda Constitucional (EC) nº 03/93, outorgou competência para a criação de regra presuntiva ao autorizar que os entes políticos cobrem impostos e contribuições com base em fatos jurídicos indiciários de eventos de provável ocorrência futura[6], o que será objeto específico de análise.

De acordo com a jurista Maria Rita Ferragut:

> (...) as presunções estão presentes em diversas leis ordinárias, que contemplam pautas fiscais de valores, regime de estimativa, tributação reflexa dos sócios, sinais exteriores de riqueza, passivo fictício, preços de transferência, plantas de valores e outras (...)[7]

1.1.2 Conceito de Presunção

Vários são os ordenamentos estrangeiros e doutrinadores que conceituam o vocábulo presunção. Para Sérgio Carlos Covello, tomando por base o fundamento lógico-jurídico, presunção é o convencimento antecipado da verdade provável a respeito de um fato desconhecido obtida mediante fato conhecido e conexo.[8]

Também, segundo Pontes de Miranda:

> (...) presunção legal (*praesumptio iuris*) (...), em vez de meio de prova, é o conteúdo de regras jurídicas que estabelecem a existência de fato, fato jurídico, ou efeito de fato jurídico (e.g., direito), sem que se possa provar o contrário (*praesumptiones iuris et de iure*, presunções legais absolutas), ou enquanto não se prova o contrário (presunções legais relativas). Tais presunções se distinguem, portanto, das presunções de meio de prova, *praesumptiones facti* ou *hominis*, e das normas legais sobre provas, que fixam a força probatória do meio de prova." (...).[9]

De acordo com Alfredo Augusto Becker

> "(...) presunção é o resultado do processo lógico mediante o qual, do fato conhecido cuja existência é certa, infere-se o fato desconhecido cuja existência é provável."[10]

---

[6] Este é o teor do § 7º, artigo 150, cuja redação foi incluída pela Emenda nº 3 de 1993: "§ 7.º A lei poderá atribuir ao sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido." BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. pg. 115.

[7] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 56.

[8] COVELLO, Sérgio Carlos. A Presunção em Matéria Civil. São Paulo: Saraiva, 1983. pg. 19.

[9] MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. III, pg. 420.

[10] BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral no Direito Tributário. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. pg. 508.

Segundo Paulo Celso Bergstrom Bonilha:

> (...) presunção é, assim, o resultado do raciocínio do julgador, que se guia nos conhecimentos gerais universalmente aceitos e por aquilo que ordinariamente acontece para chegar ao conhecimento do fato probando. É inegável, portanto, que a estrutura desse raciocínio é a do silogismo, no qual o fato conhecido situa-se na premissa menor e o conhecimento mais geral da experiência constitui a premissa maior. A conseqüência positiva resulta do raciocínio do julgador e é a presunção.[11]

Para Igor Tenório e J. Motta Maia presunção é:

> Meio de prova consistente em conclusões ou deduções que se podem extrair de um fato conhecido para chegar-se a aceitar como verdadeira e provada a existência de outro fato. É meio de prova indireta. Presunção absoluta, presunção comum são duas modalidades distintas pelas suas conseqüências. No primeiro caso, se trata da chamada presunção jurídica, a que não se admite prova em contrário. No segundo caso, elas caracterizam os indícios, ou presunções do homem.[12]

Por fim, no dizer de Maria Rita Ferragut:

> O vocábulo presunção detém mais de uma definição, posto tratar-se de proposição prescritiva, relação e fato. (...) Como proposição prescritiva, presunção é norma jurídica deonticamente incompleta (norma *latu sensu*), de natureza probatória que, a partir da comprovação do fato diretamente provado (fato indiciário, fato diretamente conhecido, fato implicante) implica juridicamente o fato indiretamente provado (fato indicado, fato indiretamente conhecido, fato implicado).

Constitui-se, com isso, uma relação, vínculo jurídico que se estabelece entre o fato indiciário e o aplicador da norma, conferindo-lhe o dever e o direito de construir indiretamente um fato.

Já como fato, presunção é conseqüente da proposição (conteúdo do conseqüente do enunciado prescritivo), que relata um evento de ocorrência fenomênica provável e passível de ser refutado mediante apresentação de provas contrárias. É prova indireta, detentora de referência objetiva, localizada em tempo histórico e espaço social definidos.[13]

---

[11] BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. Da Prova no Processo Administrativo Tributário. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1997. pg. 92/93.

[12] TENÓRIO, Igor e MAIA, J. Mota. Dicionário de Direito Tributário. São Paulo: José Bushatskey, 1975. pg. 315.

[13] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 62.

1.1.3 Classificação das Presunções

As presunções, de acordo com a classificação tradicional, podem ser classificadas utilizando-se dois critérios fundamentais: o da procedência e o da força probante.[14]

Quanto ao critério da procedência, as presunções podem ser classificadas em legais[15] (*iuris*), quando elaboradas pelo legislador e impostas como normas jurídicas em razão do interesse público, e comuns ou judiciais, humanas (*hominis*), se construídas pelo aplicador da norma.

Já no que tange à força probante, as presunções podem ser relativas (*iuiris tantum*), admitindo prova em contrário[16], e absolutas *(iuris et de iure*), que são aquelas que se impõem como verdade absoluta, não admitindo prova em contrário.

Entretanto, a classificação tradicional recebe inúmeras críticas de diversos doutrinadores.

Assim, a melhor classificação é aquela que leva em consideração três critérios fundamentais, quais sejam, o da procedência, o da finalidade jurídica e o da matéria.[17]

O critério da procedência classifica as presunções em dois grandes grupos: as comuns, advindas de uma elaboração mental do magistrado, e as legais, fruto do Poder Legislativo.

Já pelo critério da finalidade jurídica, as presunções são classificadas em três categorias: as que visam a permitir a produção de certos efeitos jurídicos, as que visam reconhecer a modalidade de uma relação jurídica já constituída e as que reconhecem o desfazimento de uma relação jurídica.

Por fim, no que tange ao critério da matéria, as presunções classificam-se em: relativas às pessoas, aos bens e à propriedade, às sucessões, às obrigações e à família. Ainda, sob esse aspecto é que podemos classificar as presunções em civis, penais, comerciais, trabalhistas e tributárias.[18]

---

[14] Iso Chaitz Scherkerwitz classifica as presunções pelo critério da procedência como sendo quanto a sua origem, que se subdivide em presunções simples ou comuns, que são aquelas que são conseqüência do próprio raciocínio do homem em face dos acontecimentos que observa ordinariamente, e presunções legais ou de direito, que são estabelecidas pela lei. Já quanto ao critério da força probante, o mesmo autor classifica as presunções de acordo com a possibilidade de produção de prova contrária. Assim, as presunções legais poderiam ser subdivididas em presunções relativas, que comportam dilação probatória em sentido contrário, presunções mistas, que apenas admitem contra a verdade por elas estabelecidas os meios de prova referidos e previstos na própria norma e presunções absolutas, que não comportam dilação probatória em sentido contrário. SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. Presunções e Ficções no Direito Tributário e no Direito Penal Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pg. 32/33.

[15] Maria Rita Ferragut diz que: "Presunções legais são normas jurídicas latu sensu que nada presumem juridicamente, mas estabelecem como verdadeiro fato descritor de evento cuja ocorrência é indiretamente provada. (...) essas normas visam suprir deficiências probatórias, ao disciplinar o procedimento de construção de fatos jurídicos." FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 13.

[16] Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 67146/MG, da 1ª Turma do STF, Relator Ministro Luis Galotti, Brasília, DJ 28/11/1969.

[17] COVELLO, Sérgio Carlos. A Presunção em Matéria Civil. São Paulo: Saraiva, 1983. pg. 30/31.

[18] COVELLO, Sérgio Carlos. A Presunção em Matéria Civil. São Paulo: Saraiva, 1983. pg. 32/34.

Consoante Maria Rita Ferragut, a generalidade e abstração, a existência vinculada à ocorrência de fatos indiciários e o conteúdo do fato indiciado são os critérios que classificam as presunções legais.[19]

1.1.4 Conceito de Ficção

A ficção é uma criação do legislador que faz uma valoração jurídica, dentro de uma norma legal, de um fato pré-jurídico que acontece no mundo natural, desvinculando desse fato os seus efeitos normais, criando, assim, uma verdade jurídica diferenciada da verdade real.[20]

Maria Rita Ferragut diz que as ficções jurídicas (*fictio juris*) são regras de direito material que criam uma verdade legal contrária à verdade natural, ou seja, alteram a representação da realidade ao criar uma verdade jurídica que não lhe corresponde ou, ainda, "produzem efeitos jurídicos prescindindo da existência empírica dos fatos típicos que originariamente ensejariam tais efeitos.[21]

O doutrinador Luciano Amaro é incisivo ao dizer que a ficção no plano jurídico é de utilização privativa do legislador, atribuindo a lei a determinado fato características que, sabidamente, não são reais.[22]

1.1.5 Classificação das Ficções

As ficções podem ser classificadas em históricas e dogmáticas.[23]

As ficções históricas são aquelas verdades jurídicas criadas pelo legislador, visando disciplinar acontecimentos novos, adaptando-se às instituições já existentes e as ficções dogmáticas são aquelas que resultam de uma apuração puramente intelectual.[24]

1.1.6 Diferenças entre Presunções e Ficções

Sobre essa questão Leonardo Sperb de Paola ensina que:

> (...) o que diferencia o instituto das presunções das ficções é o relacionamento entre o fato conhecido do fato desconhecido. Enquanto naquelas essa relação é provável, nestas pelo contrário, é improvável ou, desde logo, sabida

---

[19] A doutrinadora Maria Rita Ferragut, em sua obra, explica cada um dos critérios utilizados para classificar as presunções legais. FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 66.

[20] SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. Presunções e Ficções no Direito Tributário e no Direito Penal Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pg. 35/36.

[21] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 85.

[22] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. pg. 258.

[23] SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. Presunções e Ficções no Direito Tributário e no Direito Penal Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pg. 38/39

[24] Liz Coli Cabral Nogueira apud SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. Presunções e Ficções no Direito Tributário e no Direito Penal Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pg. 38.

> inexistente. Para alguns, a idéia de probabilidade, maior ou menor, deve ser, de plano, excluída, no caso das ficções. Assim, as ficções sempre implicariam falseamento da realidade, por via de equiparações entre coisas que nela não se equiparam.[25]

O tributarista Luciano Amaro estabelece uma fundamental diferença entre o instituto das presunções e o da ficção jurídica, ao dizer que:

> A ficção jurídica não se confunde com a presunção absoluta, embora, praticamente, dela se aproxime. Na presunção absoluta, a conseqüência do fato conhecido é provável, embora passível de dúvida, mas a lei valoriza a probabilidade e recusa a prova em contrário. Na ficção, não há dúvida sobre o fato real, mas a lei, conscientemente, nega a realidade fática e constrói uma realidade jurídica diversa daquela. Dada a própria natureza da ficção, não cabe sequer cogitar-se de prova em contrário.[26]

Também, Jackson Borges de Araújo, fazendo uma análise da distinção entre as presunções legais absolutas e as ficções jurídicas, com base no entendimento de Pérez de Alaya, diz que as ficções jurídicas se colocam fora do campo da prova e toma como verdade jurídica o que é falso e improvável.[27]

A presunção absoluta cria uma relação entre duas realidades ou fatos naturais, com o intuito de facilitar a prova do fato presumido; por outro lado, a ficção jurídica cria uma realidade jurídica que não há na realidade natural ou que não corresponde à realidade físico-natural em nenhum sentido, não guardando, assim, qualquer relação de causalidade com ela.[28]

1.2 As Presunções e Ficções no Direito Tributário

1.2.1 Possibilidade do Uso das Presunções e Ficções no Direito Tributário

Há doutrinadores que questionam a possibilidade de lei tributária valer-se de presunções ou ficções ao instituir a norma de incidência. Segundo eles, se o emprego dessas técnicas implicar afronta, mesmo que de modo indireto, a qualquer princípio constitucional, esses institutos devem ser repelidos.[29]

---

[25] PAOLA, Leonardo Sperb de. Presunções e Ficções no Direito Tributário. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. pg. 76.

[26] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. pg. 258.

[27] Pérez de Alaya apud ARAÚJO, Jakson Borges. ICMS Ficção do Fato Gerador na Substituição Tributária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. pg. 89

[28] Pérez de Alaya apud ARAÚJO, Jakson Borges. ICMS Ficção do Fato Gerador na Substituição Tributária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. pg. 89/90. Na sua obra, o doutrinador utiliza um exemplo citado por Pérez de Alaya para explicar a diferença existente entre as presunções absolutas e as ficções jurídicas.

[29] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. pg. 258.

Assim defende Ives Gandra da Silva Martins, que sustenta que as presunções e as ficções não podem ser adotadas no Direito Tributário brasileiro, em face dos princípios da estrita legalidade, da tipicidade fechada, da vedação da integração analógica impositiva e da benigna ampliada. E nesse sentido aduz:

> A presunção é inadmissível do ponto de vista de doutrina pura, porque nem a lei pode criar presunção absoluta em eventual conflito com os fatos, nem pode permitir presunção relativa em detrimento do sujeito passivo, sem ferir a "tipicidade cerrada", que deve acompanhar permanentemente, o "perfil da imposição". A "ficção legal" não pode ser adotada, porque a lei não tem o direito de criar "mentira oficial" em desacordo com o retrato constitucional e complementar da imposição.[30]

Também, há quem afirme que o princípio da capacidade contributiva por si só impede o uso de presunções absolutas e ficções no âmbito do Direito Tributário.[31]

Porém, Luciano Amaro, citando o entendimento de Gilberto Ulhôa Coelho, refere ser legal o recurso do legislador às ficções e presunções sempre que a verdade legal por esse meio declarada não esteja, expressamente ou implicitamente, em desacordo com a verdade legal enunciada pela norma superior.[32]

Leonardo Sperb de Paola diz que:

> As presunções e ficções, em Direito Tributário, não são fenômenos periféricos. Pelo contrário, são encontráveis em praticamente todos os tributos. São utilizados tanto nas normas que criam a obrigação tributária, como nas que dispõe sobre o processo administrativo tributário.[33]

No que tange especificamente ao uso das ficções no Direito Tributário, há posição contrária na doutrina brasileira. Para essa corrente, não é possível a utilização desse instituto no âmbito tributário, tendo em vista ser inconstitucional a sua utilização para a criação de obrigações tributárias, já que na ficção jurídica considera-se como verdadeiro aquilo que, da perspectiva fenomênica, é falso, ou seja, tem como fato jurídico tributário um fato que, diante da realidade fática e jurídica comprovada, não é.[34]

Segundo esse entendimento, a utilização de ficções viola diversos princípios constitucionais, tais como legalidade, tipicidade e a discriminação de competências, além de implicar em um alargamento da regra-matriz da incidência tributária, sem fundamento de validade na Constituição Federal.[35]

---

[30] Ives Gandra da Silva Martins apud ARAÚJO, Jakson Borges. ICMS Ficção do Fato Gerador na Substituição Tributária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. pg. 96.

[31] ARAÚJO, Jakson Borges. ICMS Ficção do Fato Gerador na Substituição Tributária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. pg. 98.

[32] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. pg. 258

[33] PAOLA, Leonardo Sperb de. Presunções e Ficções no Direito Tributário. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. pg. 97.

[34] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 88.

[35] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 88

Já Susy Gomes Hoffmann, ao tratar do tema das presunções e indícios como meios de provas no processo administrativo tributário, diz que somente poderão ser aceitas, no direito, as presunções legais e afirma que:

> (...) como meio de prova no Direito Tributário, temos que somente valerão, segundo nosso entendimento, nos casos expressos em lei e desde que respeitados os princípios da legalidade e da tipicidade legal, isto é, o fato jurídico tributário deve se enquadrar em todos os critérios definidos na classe de fatos constante do suposto da norma geral e abstrata que impõe a incidência tributária.[36]

Nesse mesmo sentido, discorreu Luiz Eduardo Schoueri:

> (...) a razão porque não cabe o emprego de presunções simples em lugar das provas é imediata: estando o sistema tributário brasileiro submetido à rigidez do princípio da legalidade, a subsunção dos fatos à hipótese de incidência tributária é mandatória para que se dê o nascimento da obrigação do contribuinte. Admitir que o mero raciocínio de probabilidade por parte do aplicador da lei substituta a prova é conceber a possibilidade – ainda que remota diante da altíssima probabilidade que motivou a ação fiscal – de que se possa exigir um tributo sem que necessariamente tenha ocorrido o fato gerador.[37]

Porém, quanto à existência de presunções legais no âmbito tributário, podemos citar a seguinte ementa como exemplo:

> ICM. Diferença de controle. Presunção legal, estabelecida no artigo 211, inciso II, do RICMSC (Lei 4283/69, art. 23) é de natureza "juris tantum". Alegações insubsistentes não a elidem. Notificação mantida. Decisão confirmada.[38]

Quanto ao uso das presunções simples no Direito Tributário, a sua aplicação deve reunir três requisitos: seriedade quanto à necessidade de um nexo evidente entre o fato conhecido e sua conseqüência; precisão quanto à idoneidade do fato conhecido e a concordância a respeito da relação entre os fatos para se chegar à conclusão que se pretende demonstrar, cercada de absoluta certeza.[39]

---

[36] HOFFMANN, Susy Gomes. Teoria da Prova no Direito Tributário. São Paulo: Copola Livros, 1999. pg. 216/217.

[37] Luiz Eduardo Schoueri apud HOFFMANN, Susy Gomes. Teoria da Prova no Direito Tributário. São Paulo: Copola Livros, 1999. pg. 217.

[38] BRASIL. Conselho de Contribuintes. Processo nº CO13-0097/86-1, Conselho de Contribuintes de Santa Catarina, Relator Cons. Alcides Vettorazi, Santa Catarina, DJ 02.03.1988. Em: SOARES, Carlos Dalmiro da Silva. Efeitos e Natureza Jurídica do Parcelamento Administrativo de Créditos Tributários. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1338>. Acesso em: 17 nov. 2004.

[39] BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. Da Prova no Processo Administrativo Tributário. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1997. pg. 96.

Na prática, quanto à utilização das presunções simples para servir de fundamento na autuação emitida pelo Fisco, o Conselho do Contribuinte, no acórdão nº 107-06.229, de 22.03.2001, estabeleceu que:

> Nas presunções simples é necessário que o fisco esgote o campo probatório. A atividade do lançamento tributário é plenamente vinculada e não comporta incertezas. Havendo dúvida sobre a exatidão dos elementos em que se baseou o lançamento, a exigência não pode prosperar, por força do disposto no art. 122 do CTN.[40]

Do conteúdo do voto, cujo Relator foi o Conselheiro Luiz Martins Valero, extraem-se as seguintes ponderações:

> (...) o Fisco não pode autuar unicamente com base em indício, por não ter este a força probatória de uma genuína presunção. Vale dizer, diferentemente das presunções legais, a autuação lastreada, apenas no primeiro, e muitas vezes único, elemento colhido pelo Fisco não encontra guarida no bom Direito. A presunção simples, na qualidade de prova indireta, somente é meio idôneo para referendar uma autuação quando resultar da soma de indícios convergentes. Se todos os fatos levarem ao mesmo ponto, a prova da omissão de receitas restará assegurada.[41]

1.2.2 Funções desempenhadas pelas Presunções e Ficções no Direito Tributário

Primeiramente, cumpre salientar que são duas as principais funções gerais das presunções. Por primeiro, no plano judiciário, a sua existência vem da dificuldade de provar determinados fatos por via direta, apresentando-se como um meio de prova. Por segundo, no plano legislativo, a presunção corresponde à necessidade de dar estabilidade e economia às relações jurídicas.

De um modo geral, podemos dizer que essa técnica jurídica, qual seja, a instituição de presunções legais serve para dar certeza às relações e facilitar as provas, construindo certas verdades considerando inequívocas determinadas situações a partir da constatação de certos fatos ou realização de determinados atos.[42]

---

[40] PROLIK, Escritório Augusto. As Presunções Fiscais e o Lançamento Tributário. Disponível em: <http://www.prolik.com.br/34-01.html>. Acesso em 17 nov. 2004.

[41] PROLIK, Escritório Augusto. As Presunções Fiscais e o Lançamento Tributário. Disponível em: <http://www.prolik.com.br/34-01.html>. Acesso em 17 nov. 2004.

[42] SOARES, Carlos Dalmiro da Silva. Efeitos e Natureza Jurídica do Parcelamento Administrativo de Créditos Tributários. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1338>. Acesso em; 17/11/2004.

Os nossos tribunais têm admitido a utilização do recurso das presunções como meio de evitar a sonegação fiscal.[43]

De acordo com Sérgio Carlos Covello, "na impossibilidade de alcançar diretamente o fato, o legislador vale-se do expediente da técnica jurídica que se denomina presunção, para atingi-lo e elaborar a regra adequada."[44]

As presunções absolutas e as ficções jurídicas exercem, segundo Jackson Borges de Araújo, na esfera do Direito Tributário, as mesmas funções que desempenham nos outros ramos do direito, resumindo-as na denominada função "redução simplificadora dos elementos substanciais do Direito", cuja expressão é do doutrinador François Geny.[45]

Leonardo Sperb de Paola ensina que são três as principais funções cumpridas pelas presunções e ficções no Direito Tributário, quais sejam: auxiliar na busca da riqueza do contribuinte, aumento da eficácia de arrecadação (potencialização da eficácia arrecadatória) e combate à sonegação de tributos.[46]

O jurista Paulo Celso Bergstrom Bonilha, em sua obra Da Prova no Processo Administrativo Tributário, cita o comentário de Lucien Mehl, com relação à função das presunções legais com o intuito de deslocar o ônus da prova para o contribuinte, referindo:

Além do mais e não obstante as regras gerais, a vontade de lutar contra a fraude fiscal conduz o legislador a editar presunções legais, que não podem ser evitadas a não ser que o contribuinte produza a prova em contrário (doações a título gratuito, distribuição de lucros) e a deixar a carga da prova para o contribuinte lançando de ofício, em conseqüência de sua negligência ou de irregularidades graves.[47]

Ao abordar o tema da causa da existência das presunções, Maria Rita Ferragut, diz que apenas as razões de aumento da arrecadação não justificam por si só a utilização das presunções no Direito Tributário, tendo em vista que o ordenamento jurídico dá ao Poder Legislativo outras formas para a instituição de tributos.[48]

Ainda, para ela, um dos motivos para a criação das presunções no Direito Tributário foi o de "sanar a dificuldade de se provar certos fatos mediante prova direta", pois muitos fatos relevantes são muitas vezes ocultados por meio de fraudes à lei fiscal, além de colaborar

---

[43] SOARES, Carlos Dalmiro da Silva. Efeitos e Natureza Jurídica do Parcelamento Administrativo de Créditos Tributários. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id= 1338>. Acesso em; 17/11/2004.

[44] COVELLO, Sérgio Carlos. A Presunção em Matéria Civil. São Paulo: Saraiva, 1983. pg. 2.

[45] ARAÚJO, Jackson Borges. ICMS Ficção do Fato Gerador na Substituição Tributária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. pg. 91.

[46] PAOLA, Leonardo Sperb de. Presunções e Ficções no Direito Tributário. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. pg. 98/113.

[47] Lucien Mehl apud BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. Da Prova no Processo Administrativo Tributário. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1997 pg. 95.

[48] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 80/81.

para a atividade arrecadatória, através da simplificação da arrecadação, quando a prova direta é impossível ou difícil de ser produzida. Assim, mesmo nesse segundo caso (arrecadação) as presunções visam suprir deficiências probatórias.[49]

Por fim, refere que minoritariamente as presunções foram criadas para "preservar o interesse público, a estabilidade do sistema e a segurança das relações sociais, tais as presunções de constitucionalidade das leis e certeza e liquidez da dívida inscrita, estas contidas no artigo 204 do Código Tributário Nacional (CTN)[50]".[51]

2 LIMITES AO USO DAS PRESUNÇÕES E FICÇÕES NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Conforme já analisando no item anterior, em que pese haver entendimento doutrinário contrário ao uso das presunções no Direito Tributário, a sua utilização é cada vez mais freqüente. As presunções têm se apresentado como um meio seguro e eficaz no desempenho da função do Fisco, tendo em vista a falta de colaboração dos contribuintes em muitos casos.

Contudo, esse instituto não pode ser utilizado de forma arbitrária pelo Fisco, sob pena de descaracterizar a função essencial desse instituto no Direito Tributário (praticabilidade e arrecadação). Dessa forma, as limitações na utilização das presunções e ficções visam combater eventual arbitrariedade e abuso, pois instituem limites que devem ser observados quando da definição das hipóteses de incidência, dando segurança aos contribuintes.

Nesse aspecto, o estudo da discriminação de competências mostra-se extremamente relevante no que tange aos limites da utilização das presunções e ficções no âmbito tributário, tendo em vista que a própria Constituição é quem estabelece as limitações ao poder de tributar e as regras de competência, não podendo o legislador infraconstitucional (também ao prever presunções e ficções) extrapolar tais limites e os conceitos indeterminados contidos na Constituição.

---

[49] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 80/81.

[50] Assim: "Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. "Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite." BRASIL. Código Tributário Nacional. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. pg. 88/89.

[51] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 81.

2.1 As Implicações das Presunções e Ficções frente às Normas de Competência Tributária

2.1.1 Extrapolação de Presunções e Ficções na Definição de Hipótese de Incidência

No Direito Tributário brasileiro, os limites ao uso das presunções e ficções se dão através dos Princípios Constitucionais e da discriminação de competências estabelecida na Constituição Federal de 1988[52].[53]

Quanto aos princípios constitucionais, Jakson Borges de Araújo relata que:

> (...) tanto o princípio da igualdade (art. 150, II, CR/88), como o da capacidade econômica do contribuinte (art. 145, § 1º, CR/88), constituem os dois maiores e mais importantes limites à ação do legislador e do aplicador da norma tributária, na criação de normas remissivas de presunções e ficções jurídicas.[54]

Todos esses limites, que devem ser observados pelo legislador na definição das hipóteses de incidências e nas bases de cálculo, têm como objetivo dar maior segurança ao contribuinte e impedir a invasão de competência de um ente sobre o outro, haja vista que a válvula de escape do sistema está na atribuição da competência residual à União.[55]

Tanto a divisão constitucional de competências, como as garantias constitucionais de que os contribuintes são titulares informam o exercício da função de tributar.[56]

Para Iso Chaitz Scherkerkewitz:

> Todo o fenômeno tributário brasileiro é expressamente delineado pela Constituição Federal. A nossa carta é minuciosa ao definir o nosso sistema tributário. Inúmeros princípios estão expressamente firmados no texto constitucional, e estes princípios servem, entre outros objetivos, para evitar as deformações do fenômeno tributário.[57]

---

[52] Humerto Ávila, tratando a respeito das características do Sistema Tributário Nacional, nos ensina que: "A Constituição Brasileira tem, (...), um título específico (...) que regula tanto o "Sistema Tributário Nacional" (...) quanto as "Finanças Públicas" (...) A determinação de um ordenamento constitucional formulado especificamente para um âmbito material faz com que o Direito Tributário (e Financeiro) Brasileiro tenha seu fundamento (embora não excluindo) na própria Constituição: os princípios gerais, as limitações ao poder de tributar e as regras de competência da União, dos Estados e dos Municípios estão dispostas na própria Constituição." ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. pg. 107.

[53] PAOLA, Leonardo Sperb de. Presunções e Ficções no Direito Tributário. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. pg. 174.

[54] ARAÚJO, Jakson Borges. ICMS Ficção do Fato Gerador na Substituição Tributária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. pg. 93.

[55] Vide artigo 154 da Constituição Federal de 1988. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. pg. 117.

[56] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 140.

[57] SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. Presunções e Fieções no Direito Tributário e no Direito Penal Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pg. 53

Neste ponto, é fundamental a análise das normas de competência tributária dentro do estudo das presunções e ficções tributárias, principalmente quando está em discussão questões de incidência, o que será, nesse momento, objeto de breve análise.

A respeito da competência tributária[58], bem leciona Marco Aurélio Grecco, ao dizer que:

> A Constituição Federal discrimina competências tributárias entre as várias entidades tributantes; vale dizer, define o âmbito de cabimento da criação de tributos, a partir do qual cada entidade poderá instituir um tributo a fim de gerar recursos para o desempenho de suas finalidades. A atribuição constitucional de competência tributária poderá adotar, como critério de discriminação, a indicação de uma finalidade a ser buscada ou a especialização de certa materialidade concreta. Quando a Constituição adota o segundo critério, a materialidade da competência tributária (parcela da realidade por ela qualificada) pode se constituir num fenômeno econômico (p.ex. renda), e nesta medida juridicializado, ou num fenômeno que denote um conteúdo econômico (p. ex. a transmissão da propriedade imobiliária, o contrato de seguro etc).[59]

A discriminação de competências é rígida e exaustiva, outorgando aos entes políticos (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios) o direito de tributar os fatos constantes dessa divisão.[60]

Neste aspecto, afirma Eurico Marcos Diniz de Santi: "a competência para instituir impostos é limitada e está rigidamente delineada pela Constituição Federal."[61]

Também, Humberto Ávila leciona:

> (...) o Sistema Tributário é um sistema rígido. Essas há muito conhecidas rigidez e exaustividade decorrem de dois fundamentos: de um lado, as regras de competência e a repartição das receitas são intensamente reguladas pela própria Constituição. Todos os impostos da União (art. 153), dos Estados (art. 155) e dos Municípios (art. 156) são definidos pela própria Constituição mesma. (...) A referida rigidez decorre também da repartição de competências para a instituição de cada tributo. O Sistema Tributário Nacional determina, no art. 153 e seguintes, quais tributos podem sr instituídos pela União, pelos Estados e pelos Municípios. O importante é que a Constituição não apenas define as hipóteses de incidência, mas também predetermina o conteúdo material para o exercício da competência. Essas prescrições são instituídas pela Constituição toda (...)[62]

---

[58] A respeito da competência tributária, vide artigos 6º, 7º e 8º do Código Tributário Nacional.

[59] GRECO, Marco Aurélio. Susbtituição Tributária ICMS, IPI, PIS e COFINS. São Paulo: IOB, s/a. pg. 09.

[60] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 99

[61] SANTI, Eurico marcos Diniz (Coord.). Curso de Especialização em Direito Tributário – Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro, Forense: 2005. pg. 549.

[62] ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. pg. 111.

Há três aspectos relevantes no tocante à competência tributária. Um deles diz respeito ao fundamento do poder de tributar, ou seja, as pessoas políticas titulares de competências impositivas: a União, Estados-Membros, Distrito Federal e os Municípios; outro aspecto refere-se ao tributo e suas espécies, como reparti-los, referindo a Carta Magna que as pessoas políticas que formam a Federação poderão instituir os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria e; por fim, diz respeito à repartição de competências pela natureza dos fatos jurígenos (suporte fático).[63]

A doutrina atribui à competência tributária determinadas características, quais sejam: privatividade, ou seja, quem recebe a atribuição para instituir determinado imposto tem competência privativa, não podendo outra entidade instituí-lo; indelegabilidade[64], que nos diz que quem recebe a competência não pode delegá-la, nem por lei, para outra entidade, cabendo essa função apenas à Constituição Federal; incaducabilidade, que refere-se a faculdade no seu exercício e que em caso de haver omissão tal exercício não caduca; irrenunciabilidade, que significa que não se pode renunciar à competência outorgada, devendo se omitir na instituição do tributo e facultatividade, sendo uma faculdade o seu exercício.

Roque Antônio Carrazza diz que o Princípio da Discriminação de Competências é:

> (...) a habilitação (...), a faculdade potencial, que a Constituição confere a determinadas pessoas (as pessoas de direito público interno) para que, por meio de lei, tributem, evidentemente editando, primeiramente, lei descritiva das hipóteses de incidência (artigo 150, I da Constituição Federal).[65]

A conclusão lógica que pode ser extraída do texto constitucional é que a Constituição Federal não cria tributos, simplesmente atribui competências às pessoas políticas para instituí-las através de lei, instituindo, assim, o princípio da legalidade da tributação[66], que pode se dar tanto por lei ordinária como por lei complementar.[67]

Diante do citado princípio temos que todas as disposições que se refiram aos elementos que compõe a exigência do tributo dependem de lei[68], como, por exemplo, que dizem respeito a sua instituição, extinção, majoração, redução, definição de base de cálculo, fato gerador ou alíquota, definição do sujeito passivo, salvo as exceções previstas constitucionalmente[69].

---

[63] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. pg. 67.

[64] Nesse aspecto, afirma Hugo de Brito Machado: "a competência tributária é indelegável." MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. pg. 184.

[65] CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. pg. 146.

[66] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. pg. 68.

[67] Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 156.287-SP, da 1ª Turma do STF, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DJ 20.05.94 PP-12273 EMENT VOL-01745-04 PP-00706.

[68] GRECO, Marco Aurélio. Susbtituição Tributária ICMS, IPI, PIS e COFINS. São Paulo: IOB, [190-]. pg. 13.

[69] As exceções dizem respeito às alíquotas do II, IE, IPI, IOF, CIDE e as Contribuições – vide artigos 153, § 1º e 177, § 4º, I, b da Constituição Federal.

Da própria leitura dos artigos 150, I, e 5º, I, da CF/88, podemos afirmar que para a instituição ou aumento de tributos é necessário a edição de lei[70], de forma que somente o poder legislativo por meio de procedimento legislativo pode instituir ou aumentar tributos.[71]

Não cabe ao legislador se afastar dessa divisão de competências constante na Constituição Federal, seja para mais ou para menos, independentemente do processo legislativo[72] utilizado.[73] Ademais, por ser a discriminação de competências rígida e exaustiva, não há que se falar em modificação por norma infraconstitucional dessa atribuição de competência estabelecida pela Constituição Federal.

A Constituição não abre espaço à fixação de competências tributárias por meio de atos normativos infraconstitucionais, empregando vocábulos que vinculam o legislador.[74]

Podemos então afirmar que as presunções e ficções tributárias, quando utilizadas para a composição da hipótese de incidência, definição de base de cálculo, fato gerador ou alíquota não podem atribuir aos signos empregados na Constituição outros significados que ali não definidos.

Nessa seara, bem leciona Andrei Pitten Velloso:

> (...) o fato de que os signos empregados pela Constituição para outorgar competências tributárias aos entes políticos possuem efetivamente significados (conceitos), os quais devem ser respeitados pelo legislador, por estes está jungido em sua atividade legiferante. Entendimento diverso importaria na admissão de competências ilimitadas, o que não resiste a um mero juízo analítico: a ilimitação é uma nota inerente ao conceito de competência, que só existe na medida em que outorgada.[75]

A respeito das bases econômicas, o Supremo Tribunal Federal (STF) vedou a utilização de ficções que impliquem extrapolação das bases econômicas, ao analisar a incidência do imposto de importação (II) sobre mercadoria nacional reimportada. Entendeu que: "Ao considerar estrangeira, para efeito de incidência do tributo, a mercadoria nacional reimportada, o art. 93 do Decreto-lei nº 37/66 criou ficção incompatível com a Constituição de 1946 (...) " e, assim, declarou inconstitucional o dispositivo legal referido[76].[77]

---

[70] Como bem lembrado por Humberto Ávila, atualmente o Poder Executivo, através de medidas provisórias pode instituir tributos. ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. pg. 121.

[71] ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. pg. 120.

[72] As espécies legislativas compreendem: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos ou resoluções. A esse respeito, ver artigo 59 e incisos da CF/88. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. pg. 62.

[73] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 99.

[74] VELLOSO, Andrei Pitten. Conceitos e Competências Tributárias. São Paulo: Dialética, 2005. pg. 28.

[75] VELLOSO, Andrei Pitten. Conceitos e Competência Tributária. São Paulo: Dialética, 2005. pg. 30.

[76] Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 104.306-7/SP, do Pleno do STF, Relator Ministro Octavio Galotti, Brasília, DJ 18.04.1986.

[77] Adotando esse mesmo entendimento, ver: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. MAS 2002.02.01.0005539, Relator Desembargador Federal Ney Fonseca, Rio de Janeiro, DJ 02.08.2002.

Cumpre destacar parte do fundamento da decisão que adotou esse entendimento, cujo Relator foi o Ministro Octavio Galotti:

> "Tem-se, na espécie, uma ficção jurídica criada pela legislação ordinária, que inseriu, no núcleo da hipótese de incidência do imposto de importação, um novo elemento, sem observar a necessária correspondência com a previsão constitucional pertinente. O art. 21, I, da Constituição, ao definir a tributação de mercadorias importadas, restringiu o alcance da exação aos bens estrangeiros, afastando, por conseguinte, a cobrança do imposto em questão, sobre produtos de fabricação nacional. (...) ao legislador ordinário, (...), ao ampliar, por um artifício, o conteúdo da regra constitucional, afrontou a própria natureza e o fundamento do gravame tributário, em detrimento dos pressupostos enunciados na Constituição."[78]

Quanto ao poder que cada ente tributante possui, os artigos 145 ao 162 da CF/88 prevêem regras que o delimitam constitucionalmente, vetando qualquer liberdade ao legislador para modificar os fatos que podem ou que não podem ser objeto de tributação.[79]

Diferente das ficções que entendemos não ser possível a sua utilização, as presunções só podem ser utilizadas se previstas em lei, ou seja, as presunções legais, não podendo, o legislador infraconstitucional, inclusive, alterar ou criar, mediante a equiparação de fatos, a competência de tributar constitucionalmente prevista.

Dessa forma, refere Maria Rita Ferragut:

> Regras infraconstitucionais não podem alterar o arquétipo constitucional dos tributos, sendo possível a inovação do sistema apenas com a introdução de enunciado fundado no artigo 154, inciso I, da Carta Magna. E, se é assim, as presunções legais não podem ser utilizadas visando modificar, mediante a equiparação de fatos, a competência de tributar, constitucionalmente conferida aos entes políticos.[80]

Ainda, no que tange a utilização das presunções, há quem refira que tal instituto não tem o condão de alargar a competência tributária, tendo em vista que as presunções não criam novos fatos típicos (fatos geradores) não previstos na competência da pessoa política tributante, mas apenas permitem que o fato possa ser indiretamente provado.[81]

Nessa seara, como exemplo podemos referir a responsabilidade tributária por substituição do tomador de serviços mediante cessão de mão-de-obra, relativamente à

---

[78] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 104.306-7/SP, do Pleno do STF, Relator Ministro Octavio Galotti, Brasília, DJ 18.04.1986.

[79] ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. pg. 58.

[80] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 120.

[81] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 99.

contribuição sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço, cujo contribuinte é a empresa prestadora de serviços – artigo 31, da Lei 8.212/91, com redação dada pela Lei 9.711/98[82]. Nesse caso, o legislador utilizou uma presunção, qual seja, a de que o montante devido corresponda a 11% do valor na nota, para a retenção e recolhimento pelo tomador quando do pagamento dos serviços, tendo como referência o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços. Ainda, em decorrência da vedação da tributação com base de cálculo no fato fictício, o legislador admitiu que o prestador de serviços possa proceder à compensação dos valores retidos quando for efetuar o pagamento da contribuição previdenciária de toda a sua folha, bem como de que o contribuinte tem direito a eventual repetição do montante retido além do devido, na hipótese de não ser possível a compensação integral.[83]

Comentando essa questão, bem leciona Leandro Paulsen:

> "(...) A figura da substituição tributária existe, justamente, para atender a princípios de racionalização e efetividade da tributação, ora simplificando os procedimentos, ora diminuindo as possibilidades de inadimplemento e ampliando garantias de recebimento do crédito etc. Não se tem, aqui, de forma alguma, a instituição de nova contribuição. A presunção de um valor a ser recolhido, seja mediante presunção da base de cálculo ou da utilização de outro crédito como o que foi utilizado em no caso em discussão, é da natureza da substituição tributária e só a descaracteriza, implicando novo tributo ou, se não admitindo constitucionalmente por razões formais ou materiais, implicando "tributação" irregular, caso não fosse possível a compensação ou restituição de eventuais recolhimentos feitos a maior em face do efetivamente devido, considerada a base de cálculo real e a alíquota respectiva. Tendo em conta que não estamos diante de uma nova exação, não há que se falar na necessidade de lei complementar e na vedação do *bis in idem* e da bitributação (...).[84]

2.1.2 Da Exigibilidade do Tributo – Fato Gerador na Substituição Tributária para Frente – Artigo 150, parágrafo 7º, da Constituição Federal de 1988

No ordenamento jurídico brasileiro o fato gerador presumido foi introduzido pela Lei Complementar (LC) nº 44/83, que foi posteriormente complementada pelo Convênio nº 66/88[85], criado pelos Estados e Distrito Federal, prevendo que, em caráter provisório,

---

[82] Ver: BRASIL. Lei Ordinária nº 9.711, de 20 de novembro de 1998. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 1998.

[83] PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Esmafe, 2004. pg. 937.

[84] PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Esmafe, 2004. pg. 937/938.

[85] Nesse sentido ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 212983/ES, da 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Brasília, DJ 10.02.2003 p.176.

e até a promulgação de lei complementar, esses entes celebrariam convênio, necessário à instituição do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), consoante a Lei Complementar nº 24/75.[86]

A constitucionalidade da utilização da substituição tributária para frente passou a ser questionada perante os tribunais reiteradamente, obtendo êxito os contribuintes em muitos casos, até que, com o fim de atribuir fundamento de validade às normas jurídicas que dispusessem a respeito dessa espécie de substituição, foi publicada a Emenda Constitucional nº 03/93, que instituiu o § 7º ao artigo 150 da Constituição Federal de 1988.[87]

Assim, desde então, a substituição tributária para frente encontra respaldo na Constituição Federal, no parágrafo 7º do artigo 150, assim redigido:

> § 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.[88]

A introdução da chamada substituição tributária para frente pela Emenda Constitucional nº 3/93 teve como objetivo, também, facilitar a fiscalização e cobrança, principalmente do ICMS, em setores como o automotivo, o farmacêutico, de bebidas, de combustíveis e outros.[89]

Tal fato nos mostra que o uso das presunções e ficções, como ocorre nessa espécie de substituição, está diretamente ligado ao Princípio da Praticabilidade, que é aquele que estabelece o dever de se evitar as aplicações complexas da lei, devendo essa ser sempre simplificada, econômica e viável.[90]

Justificando a criação do fato gerador presumido, Eurico Marcos Diniz de Santi, bem relata:

> A facilidade na arrecadação e na viabilização de outros aspectos da política tributária justificou a criação de previsão expressa para se antecipar o fato gerador, mas não permitiu a burla do princípio da legalidade: os aspectos que definem e possibilitam a exigência da antecipação do tributo hão de respeitar a legalidade.[91]

---

[86] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 119.

[87] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 119.

[88] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. pg. 115.

[89] SANTI, Eurico marcos Diniz (Coord.). Curso de Especialização em Direito Tributário – Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro, Forense: 2005. pg. 546

[90] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 98.

[91] SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coord.) Curso de Especialização em Direito Tributário – Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro, Forense: 2005. pg. 549.

O regime de substituição tributária para frente (progressiva) tem sido objeto de inúmeras discussões doutrinárias[92] e jurisprudenciais desde a sua instituição.[93]

O dispositivo anteriormente referido contém um requisito de natureza formal – exigência de lei para a disciplina – e três requisitos substanciais – vinculação, atribuição e devolução do excesso. Assim, somente encontrará fundamento constitucional a norma de antecipação/substituição que atender cumulativamente a esses quatro requisitos.[94]

Sacha Calmon Navarro Coêlho analisando criticamente o dispositivo em questão, faz três observações importantes. Por primeiro, nos diz que o referido dispositivo, em nome do princípio da praticabilidade [95] da tributação, institui no nosso Sistema Tributário um tipo novo de substituição tributária para frente, com vista a superar o óbice de cobrar imposto antecipadamente de um substituto por fato gerador de terceiro ainda não praticado; por segundo, que o dispositivo é imprudente, tendo em vista que não declina os impostos a que se aplica e; por terceiro, que ao menos se resolveu o ressarcimento imediato, caso não se realize o fato gerador presumido na substituição, pela cláusula de imediata e preferencial de restituição ao substituído de valor maior que o substituto[96].[97]

Grande parte da doutrina brasileira sustentou a inconstitucionalidade da Emenda nº 03/93, tendo em vista que a Constituição Federal aceita tão somente a tributação da capacidade concreta e efetiva do contribuinte, em face do disposto no artigo 145, § 1º, da CF/88.[98]

Também, passou-se a questionar se o fato gerador presumido poderia ser declarado inconstitucional por ferir os princípios constitucionais alçados à condição de cláusulas pétreas[99].[100]

---

[92] O doutrinador Eurico Marcos Diniz Santi analisa criticamente essa espécie de substituição tributária e, segundo ele, essa técnica flexibiliza a competência tributária e fundamenta novas hipóteses de incidência correlatas à competência tributária original. SANTI, Eurico Marcos Diniz. (Coord.) Curso de Especialização em Direito Tributário – Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro, Forense: 2005. pg. 551.

[93] A esse respeito, ver citação de parte do artigo de Aroldo Gomes de Mattos publicado na Revista Técnica Dialética sobre a Emenda nº 3/93 constante na obra de Sacha Calmon Navarro Coelho, pg. 616. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. pg. 616.

[94] GRECO, Marco Aurélio. Substituição Tributária – ICMS – IPI - PIS – COFINS. São Paulo: IOB, [19-]. pg. 77.

[95] Há quem entenda que a praticabilidade não é um princípio jurídico, sendo uma simples tendência para igualar e simplificar, não levando em consideração os princípios da justiça, da igualdade e da capacidade contributiva.

[96] Essa cláusula, ainda, nos traz duas conclusões: "a) a devolução indica que somente os impostos sobre circulação, plurifásicos, admitem a substituição para frente; e b) indica, ainda, que os impostos sobre a renda e a propriedade estão excluídos. Neles é impossível a imediata e preferencial restituição." COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. pg. 616.

[97] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. pg. 615.

[98] ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. pg. 363.

[99] As cláusulas pétreas estão previstas no § 4º, do artigo 60 da CF/88.

[100] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 118.

Há quem afirme que o fato gerador presumido é inconstitucional, embora não seja esse o entendimento que os Tribunais vem adotando.[101]

O fato gerador presumido exige o pagamento do tributo com base em um mero indício da ocorrência futura do fato típico, sendo, assim, incompatível com os princípios da segurança jurídica, da legalidade, da tipicidade e da capacidade tributária, os quais compreendem os direitos e garantias individuais dos contribuintes. Ademais, pode-se dizer que é incompatível, também, com o disposto no artigo 113, § 1º, do Código Tributário Nacional[102].[103]

O Supremo Tribunal Federal (STF), analisando a possível inconstitucionalidade da substituição tributária para frente, decidiu pela sua constitucionalidade. De acordo com o STF, quando da análise da exigência do ICMS, entendeu que a Emenda Constitucional nº 03/93, ao introduzir o parágrafo 7º, ao artigo 150, da CF/88, apenas aperfeiçoou o instituto da substituição tributária para frente, o qual já era previsto no nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o mesmo fato gerador ao final. Ainda, afirmou que: "A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar (...)".[104]

Também, o Pretório Excelso, quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 213.396-SP, cujo relator foi o Ministro Ilmar Galvão, decidiu, por maioria, ser constitucional o regime de substituição tributária para frente - em que se exige do industrial, do atacadista, ou de outra categoria de contribuinte, na qualidade de substituto, o recolhimento antecipado do ICMS incidente sobre o valor final do produto cobrado ao consumidor, retirando-se do revendedor ou varejista, substituído, a responsabilidade tributária. O recurso teve por objeto operações realizadas anteriormente à Emenda Constitucional nº 3/93, que introduziu no art. 150, da CF, o § 7º. Restaram vencidos, no presente caso, os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que votaram no sentido da inconstitucionalidade do referido regime no período anterior à EC nº 3/93, por entenderem que não poderia o legislador ordinário autorizar a antecipação do ICMS sem que houvesse ocorrido o seu fato gerador.[105] [106]

---

[101] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 121.

[102] Prescreve o referido parágrafo o seguinte: "§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente."

[103] FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. pg. 120.

[104] Vide julgamento da ADIN 1.851, pelo Pleno do STF, cujo Relator foi o Ministro Ilmar Galvão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851/AL, Pleno do STF, Relator Ministro Ilmar Galvão, Brasília, DJ DATA 22-11-2002 PP-00055 EMENT VOL-02092-01 PP-00139.

[105] Nesse mesmo sentido, ver: ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. pg. 363.

[106] Ainda, esses mesmos argumentos foram adotados quando do julgamento do AI-AgR 240057-2, cujo Relator foi o Ministro Néri da Silveira. BRASIL. Supremo tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 240057-2, Segunda Turma do STF, Relator Ministro Néri da Silveira. Brasília. DJ 26-05-2002.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se pela legalidade da existência da substituição tributária para frente, afirmando ser uma realidade que está presente no nosso ordenamento tributário[107]. De acordo com o STJ, a exigência de pagamento antecipado, via substituição tributária, não é ilegal, pois com o pagamento antecipado não ocorre recolhimento do imposto antes da ocorrência do fato gerador. Ainda, entenderam que o momento da incidência do tributo fixado em lei não se confunde com a cobrança do tributo, de molde que a substituição tributária não "agride o ordenamento jurídico tributário".[108] Nesse mesmo sentido, foi o entendimento utilizado nos julgamentos do Recurso Especial (RESP) nº 56776/SP, cujo relator foi o Ministro Francisco Peçanha Martins, Diário de Justiça (DJ) 15.03.1999 p. 198[109] e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) nº 9428/ES, cujo relator foi o Ministro Franciulli Netto, DJ 19.02.2001 p. 145[110].

O Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) tem decidido pela possibilidade da existência da substituição tributária para frente em face da ocorrência do fato gerador presumido. Ainda, tem reconhecido que o contribuinte substituído tem direito de creditar-se do ICMS pago a maior, pelo seu substituto legal, na hipótese de o valor da mercadoria, quando da sua posterior saída, vir a revelar-se menor do que aquele que serviu de base de cálculo à tributação antecipada, tanto quanto tem ele a mesma obrigação de suplementar eventual diferença na hipótese de o valor da mercadoria vir a revelar-se a maior.[111]

Sobre esse aspecto, em relação ao ICMS, cabe dizer que a expressão qual seja "cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido" pode ser interpretada em dois sentidos. Por primeiro, que é assegurada a restituição da quantia paga a maior quando o contribuinte pagar antecipadamente o imposto com base em fato gerador presumido, mas se verificar, posteriormente, que o valor do fato gerador real (base de cálculo) foi inferior ao

---

[107] Vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8420/GO, 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Francisco Falcão, Brasília, DJ 25.10.1999 p. 70

[108] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8773/GO, 1ª Turma do STJ, Relator Ministro José Delgado, Brasília, DJ 02.08.1999 p. 137

[109] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 56776/SP, 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Brasília, DJ 15.03.1999 p. 198

[110] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 9428/ES, 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Franciulli Netto, Brasília, DJ 19.02.2001 p. 145

[111] Sobre esse entendimento, ver os seguintes julgados: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70005036165, 1ª Câmara Cível do TJRS, Relator Desembargador Irineu Mariani, Porto Alegre, Data do Julgamento 18.12.2002, BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70006371959, 1ª Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, Relator Desembargador Roque Joaquim Volkweiss, Porto Alegre, Data do Julgamento 06.06.2003, BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70006953269, 2ª Câmara Cível do TJRS, Relator Desembargador Roque Joaquim Volkweiss, Porto Alegre, Data do Julgamento 15.10.2003 e BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70007303795, 1ª Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, Relator Desembargador Irineu Mariani, Porto Alegre, Data do Julgamento 07.11.2003.

presumido; por segundo, que somente ocorrerá à restituição do pagamento efetuado com base em fato gerador presumido quando não se verificar a ocorrência do fato gerador real.[112]

Alguns Estados optaram pelo sentido da primeira interpretação (São Paulo e Pernambuco) e outros pela segunda. O Supremo Tribunal Federal já decidiu nos dois sentidos, mas sinaliza atualmente para a primeira posição.[113]

O segundo entendimento não nos parece a melhor interpretação dada à segunda parte do dispositivo em análise. O contribuinte tem direito a restituição da diferença apurada sempre que se verificar que o fato gerador que serviu de base de cálculo à tributação antecipada tenha ocorrido a menor, assim como tem direito o Fisco de cobrar eventual diferença caso se apure eventual aumento na base de cálculo.

Tal fato se deve tendo em vista que a presunção no fato gerador presumido na substituição tributária para frente admite prova em contrário (presunção relativa – *juris tantum*). Assim, tanto o contribuinte como o Fisco tem a possibilidade de provar que o fato gerador real ocorreu diversamente do fato gerador presumido.

A presunção instituída na substituição tributária para frente não se trata de presunção *juris et de jure*, o que já foi objeto de análise pelo STJ.[114]

Outra questão que merece destaque no estudo do fato gerador presumido diz respeito de definir a partir de que momento a obrigação tributária torna-se exigível, se o fato gerador não ocorreu, ainda, qual o real montante da obrigação e quem é seu sujeito passivo. Temos que, em todos esses questionamentos, somente a lei poderá definir, assim, o novo fato tributário, nova base de cálculo e o sujeito passivo, conforme já concluído anteriormente.[115]

Quanto às ficções, à luz dos pressupostos estudados brevemente no primeiro capítulo desse artigo, podemos afirmar que não podem ser objeto de utilização para a instituição de hipóteses de incidência e criação de obrigações no Direito Tributário, não sendo abrangidas na substituição tributária para frente, no que tange ao fato gerador presumido. As ficções não respeitam o Princípio da Capacidade Contributiva e violam as normas de competência tributária, vez que atribuem ao fato características que não são reais.

Diferente é o que pode ser verificado com o instituto de presunções, sendo legítimo o seu uso no âmbito do Direito Tributário brasileiro. Tal instituto, inclusive, tem previsão estabelecida constitucionalmente, no que tange à substituição tributária para frente, conforme ora estudado.

---

[112] SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coord.) Curso de Especialização em Direito Tributário – Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro, Forense: 2005. pg. 547.

[113] SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coord.) Curso de Especialização em Direito Tributário – Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro, Forense: 2005. pg. 547.

[114] Ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 203551/MG, 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Ari Pargendler, Brasília, DJ 03.05.1999 p. 138

[115] SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coord.) Curso de Especialização em Direito Tributário – Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro, Forense: 2005. pg. 548.

As presunções, ao admitirem a realização de prova em contrário, instituem a possibilidade de restituição imediata e preferencial quando o valor real for diferente do valor da base de cálculo anteriormente utilizado para a cobrança do tributo, ou seja, quando não realizado o fato gerador presumido, tal qual presumido. Assim, o valor da base de cálculo não será uma mera presunção, mas sim o valor real da operação, tenha ocorrido ele a maior ou menor sobre o valor presumido.

Essa possibilidade de restituição por parte dos contribuintes ou a possibilidade do Fisco na cobrança da diferença eventualmente apurada caso a base de cálculo real seja superior a base de cálculo presumida vem de encontro ao princípio da capacidade contributiva e das normas de competência tributárias estabelecidas na CF/88 anteriormente estudadas.

CONCLUSÃO

As Presunções e as Ficções não são sinônimos e não podem ser utilizadas com o mesmo significado. Presunção é a conclusão ou o convencimento antecipado de uma verdade ou existência provável de um fato ainda desconhecido extraído mediante um fato conhecido e conexo, podendo ou não ser refutada mediante a realização de prova em contrário. Ficção é uma criação da lei de uma realidade jurídica diversa da realidade real, ou seja, supõe a existência de efeitos ou verdades jurídicas que na realidade não existem sobre determinado fato.

As presunções estão presentes no nosso ordenamento jurídico, são uma realidade no Direito Tributário e, cada vez mais, se tornam essenciais ao exercício da atividade arrecadatória.

As presunções encontradas tanto na Constituição Federal como em leis infraconstitucionais são criadas em face do princípio da praticabilidade, ou seja, com o fim de buscar a melhor aplicação da lei (que deve ser de forma simplificada e eficaz), auxiliando o Estado na potencialização da eficácia arrecadatória e no combate à sonegação de tributos.

Entretanto, tais presunções devem ser aplicadas com limites e não podem violar as normas de competência tributárias, tampouco o direito dos contribuintes de se oporem às presunções mediante prova em contrário, com a possibilidade de restituição imediata e preferencial quando o valor real for diferente do valor da base de cálculo anteriormente utilizado para a cobrança do tributo, forte nos princípios constitucionais da capacidade contributiva, da igualdade e da legalidade.

Os operadores do direito, contudo, não têm dedicado a atenção que esse assunto merece, razão pela qual, em muitas decisões, não vemos o entre a simplificação da arrecadação e a observância dos direitos dos contribuintes, pois ainda encontramos julgados que não reconhecem o direito do contribuinte de ser restituído quando o valor real for diferente do valor da base de cálculo anteriormente utilizado para a cobrança do tributo.

Por fim, no que tange as ficções, por sua vez, por atribuírem ao fato características não reais, não podem ser objeto de utilização no Direito Tributário, principalmente no que tange a criação de obrigações tributárias, sob pena de violarem o Princípio da Capacidade Contributiva e as normas de competência tributárias estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 487p.

2. ARAÚJO, Jackson Borges. ICMS Ficção do fato Gerador na Substituição Tributária. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. 168p.

3. ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. 601p.

4. BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral no Direito Tributário. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. 686p.

5. BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. Da Prova no Processo Administrativo Tributário. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1997. 127p.

6. BRASIL. Código Tributário Nacional. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 914p.

7. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 422p.

8. BRASIL. Lei Ordinária nº 9.711, de 20 de novembro de 1998. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 1998

9. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 203551/MG, 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Ari Pargendler, Brasília, DJ 03.05.1999 p. 138.

10. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 212983/ES, da 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Brasília, DJ 10.02.2003 p.176.

11. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 56776/SP, 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Brasília, DJ 15.03.1999 p. 198.

12. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8420/GO, 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Francisco Falcão, Brasília, DJ 25.10.1999 p. 70.

13. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 9428/ES, 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Franciulli Netto, Brasília, DJ 19.02.2001 p. 145.

14. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8773/GO, 1ª Turma do STJ, Relator Ministro José Delgado, Brasília, DJ 02.08.1999 p. 137

15. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851/AL, Plano do STF, Relator Ministro Ilmar Galvão, Brasília, DJ DATA 22-11-2002 PP-00055 EMENT VOL-02092-01 PP-00139.

16. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 240057-2, 2ª Turma do STF, Relator Ministro Néri da Silveira, Brasília, DJ 26-05-2002.

17. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 156.287-SP, da 1ª Turma do STF, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DJ 20.05.94 PP-12273 EMENT VOL-01745-04 PP-00706.

18. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 104.306-7/SP, do Pleno do STF, Relator Ministro Octavio Galotti, Brasília, DJ 18.04.1986

19. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 67146/MG, da 1ª Turma do STF, Relator Ministro Luis Galotti, Brasília, DJ 28/11/1969.

20. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70005036165, 1ª Câmara Cível do TJRS, Relator Desembargador Irineu Mariani, Porto Alegre, Data do Julgamento 18.12.2002.

21. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70006953269, 2ª Câmara Cível do TJRS, Relator Desembargador Roque Joaquim Volkweiss, Porto Alegre, Data do Julgamento 15.10.2003.

22. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70006371959, 1ª Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, Relator Desembargador Roque Joaquim Volkweiss, Porto Alegre, Data do Julgamento 06.06.2003.

23. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70007303795, 1ª Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, Relator Desembargador Irineu Mariani, Porto Alegre, Data do Julgamento 07.11.2003.

24. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. MAS 2002.02.01.0005539, Relator Desembargador Federal Ney Fonseca, Rio de Janeiro, DJ 02.08.2002

25. CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 486 p.

26. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 801p.

27. COVELLO, Sérgio Carlos. A Presunção em Matéria Civil. São Paulo: Saraiva, 1983. 139p.

28. FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2001. 175p.

29. GRECO, Marco Aurélio. Substituição Tributária – ICMS – IPI - PIS – COFINS. São Paulo: IOB, [19—]. 188p.

30. HOFFMANN, Susy Gomes. Teoria da Prova no Direito Tributário. São Paulo, Copola Livros, 1999. 246p.

31. MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 400p.

32. MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t. III. 511p.

33. PAOLA, Leonardo Sperb. Presunções e Ficções no Direito Tributário. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 278p.

34. PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 6. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais: Esmafe, 2004. 1.365p.

35. PROLIK, Escritório Augusto. As Presunções Fiscais e o Lançamento Tributário. Disponível em: <http://www.prolik.com.br/34-01.html>. Acesso em 17 nov. 2004

36. SANTI, Eurico marcos Diniz (Coord.) Curso de Especialização em Direito Tributário – Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro, Forense: 2005. 1185p.

37. SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. Presunções e Ficções no Direito Tributário e no Direito Penal Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 244p.

38. SOARES, Carlos Dalmiro da Silva. Efeitos e Natureza Jurídica do Parcelamento Administrativo de Créditos Tributários. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1338>. Acesso em: 17 nov. 2004.

39. TENÓRIO, Igor e MAIA, J. Mota. Dicionário de Direito Tributário. São Paulo: José Bushatskey, 1975. 415p.

40. VELLOSO, Andrei Pitten. Conceitos e Competências Tributárias. São Paulo: Dialética, 2005. 351p.

QUARTA PARTE

Direito Administrativo

Atos Administrativos Sujeitos a Registro pelos Tribunais de Conta e a Decadência da Prerrogativa Anulatória da Administração Pública

Rafael Da Cás Maffini

Advogado em Porto Alegre;
Mestre e Doutorando em Direito pela UFRGS;
Professor de Direito Administrativo.

INTRODUÇÃO

O Direito e a Constituição são o que as Cortes Constitucionais dizem que são. Tal máxima – referida por Hart[1] – revela-se absolutamente apropriada num sistema judiciário como o brasileiro, em que o Supremo Tribunal Federal é qualificado solenemente na Carta Política como o "*guardião precípuo da Constituição*"[2]. Demais disso, questões de política judiciária, notadamente aquelas pertinentes ao excessivo volume de demandas que deságuam no Poder Judiciário[3], germinam uma tendência cada vez mais acentuada de concentração decisória de matérias constitucionais no Supremo Tribunal Federal, em óbvio detrimento dos mecanismos de controle difuso de constitucionalidade[4]. Por certo, a interpretação constitucional oriunda do Pretório Excelso merece respeito e impõe obediência, dada a legitimação institucional que lhe é imanente.

---

[1] "*A supreme tribunal has the last word in saying what the law is and, when it has said it, the statement that the court was wrong has no consequences within the system: no one's rights or duties are thereby altered. .... This leads to another from of the denial that courts in deciding are ever bound by rules: "The law (or the constitution) is what the court say it is.*" (HART, Herbert L.A., The concept of Law, London: Oxford, 1961, p. 138).

[2] "CF, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, *a guarda da Constituição, ...*".

[3] O próprio Poder Público, não se pode olvidar, é um dos principais responsáveis pelo incomensurável número de demandas que vertem ao Poder Judiciário.

[4] A Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004 (publicada no DOU de 31.12.2004) cristalizou ainda mais tal tendência, ao ampliar ou atribuir vinculatividade às decisões oriundas do STF, especialmente com a redação dada aos Artigos 102, § 2º ("*As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*") e 103-A ("*O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei*"). Antes da EC 45/04, a referida tendência já aparecia na legislação infraconstitucional, especialmente na Lei nº 9.868/99 (Art. 28, § único) e na Lei nº 9.882/99 (Art. 10, § 3º).

No entanto, o mister institucional cometido ao Supremo Tribunal Federal de ser a boca que pronuncia as palavras da Constituição Federal[5], seu intérprete autêntico[6], pois, não o imuniza de críticas. Ao jurista se impõe uma avaliação atenta das decisões exaradas pelo STF – ou por qualquer outro órgão jurisdicional – seja para revelar e reconhecer a correção dos fundamentos que ensejaram a decisão, seja para apontar eventuais equívocos de premissa ou, em sentido mais amplo, a incorreção inerente ao julgamento analisado.

Tal posicionamento crítico, longe de significar afronta ao importante papel desempenhado pelo STF, o coloca em relevo. O produto da atividade jurisdicional necessariamente carece de mediatização humana e, como tal, apresenta-se suscetível a erros. Tanto quanto falível, a condição humana traz consigo a característica da mutabilidade, razão pela qual se permite cogitar de uma alteração de posicionamento[7], mesmo que levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, o papel da Ciência Jurídica, e pois, daqueles que dela se ocupam, deve visar sempre à construção, mesmo que, para tanto, tenha de destruir, no plano teórico, os argumentos jurídicos empregados como fundamentos para as decisões judiciais.

O presente ensaio almeja justamente promover uma análise crítica de uma orientação intrínseca a decisões recentemente levadas a efeito pelo Supremo Tribunal Federal. Tratam-se dos Mandados de Segurança n° 24.958[8], 24.997[9], 25.015[10], 25.036[11], 25.037[12], 25.090[13], 25.095[14] e 25.192[15], todos impetrados contra atos praticados pelo Tribunal de Contas da União.

---

[5] Tal consideração não é mais do que uma paráfrase a Montesquieu (MONTESQUIEU, O espírito das leis, trad. Pedro Vieira Mota. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 176), que obviamente não pode ser interpretada com uma ode endereçada a um comportamento autômato e restritivo dos integrantes daquela Corte.

[6] Aqui, *intérprete autêntico* é expressão utilizada no sentido empregado por Kelsen. *Verbis*: "*a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. ... Mas autêntica, isto é, criadora de Direito, é-o a interpretação através de um órgão aplicador do Direito, ainda quando crie Direito apenas uma norma individual ou execute uma sanção*" (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, trad. João Baptista Machado, 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, 1979, p. 472).

[7] Tradução de mutabilidade e de humildade é a passagem de CARNELUTTI, Francesco. Diritto e Processo. Napoli: Morano, 1958, XXI, pela qual "*chi vuol sapere perché, dopo tanti anni, continuo a studiare e a scrivere, sappia dunque che cosi faccio per correggere, fino a che posso, i mieri errori*".

[8] MS 24.958-7/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 02.02.2005.

[9] MS 24.997-8/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 02.02.2005.

[10] MS 25.015-1/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 02.02.2005.

[11] MS 25.036-4/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 02.02.2005.

[12] MS 25.037-2/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 02.02.2005.

[13] MS 25.090-9/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 02.02.2005.

[14] MS 25.095-0/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 02.02.2005.

[15] MS 25.192-1/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 07.04.2005.

O que assemelha tais decisões é o fato de que, embora tenham tido um resultado unânime de concessão da ordem pleiteada, deixaram de reconhecer a decadência da potestade administrativa de invalidação *ex officio* de atos administrativos, sob o argumento de que a jurisprudência daquela corte, segundo o Min. Eros Grau, tem "*entendido que o ato de aposentadoria configura ato administrativo complexo, aperfeiçoando-se somente com o registro perante o Tribunal de Contas. Submetido, pois, a condição resolutiva, não se operam os efeitos da decadência antes da integração da vontade final da Administração*"[16].

Em outras palavras, entendeu-se, em relação aos atos sujeitos a registro[17] pelos Tribunais de Contas, que, embora tais atos administrativos tenham sido praticados há largo tempo, o prazo decadencial havido para a Administração Pública promover a sua invalidação não teria o seu termo inicial, senão após a decisão de registro do referido ato pela respectiva Corte de Contas, uma vez que somente após esse momento é que se poderia considerar perfectibilizado o ato administrativo.

Ora, em que pese o já referido papel do STF de "*dizer*" a Constituição Federal, bem assim da importância dos relatores dos arestos ora criticados – Min. Marco Aurélio e Min. Eros Grau –, que tanto contribuem para a construção do Direito Público pátrio, quer parecer que tais decisões não se coadunam com a melhor aplicação do princípio da proteção da confiança, o qual se apresenta cada vez mais relevante à construção teórica do Direito Administrativo.

A demonstração de que a orientação jurisprudencial aqui criticada desgarra-se efetivamente do princípio acima referido (princípio da proteção da confiança), apresenta-se o objeto desse artigo, o qual será dividido em duas partes.

Na primeira delas, tratar-se-á do enquadramento – ao que parece equivocado – dos atos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas como "*atos administrativos complexos*". Num segundo momento, as decisões acima referidas serão criticadas à luz do princípio da proteção da confiança.

---

[16] Tal passagem é encontrada em todos os Acórdãos acima referidos, relatados pelo Min. Eros Grau.

[17] Em relação à categoria dos atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas, tem-se a base normativo-constitucional no Artigo 71, III, da Carta Política ("*Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: ... III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;...*") , que embora se referia ao Tribunal de Contas da União, projeta-se aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando houver, por força do Artigo 75, também da CF/88.

1 ATOS SUJEITOS A REGISTRO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS E ATOS ADMINISTRATIVOS COMPLEXOS

Dispõe o Artigo 71, da Constituição Federal[18] que compete aos Tribunais de Contas apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, ressalvados para os cargos em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões. Em outras palavras, uma vez investido um agente público em um cargo, emprego ou função pública, tais atos de provimento serão apreciados pelos respectivos Tribunais de Contas para fins de registro. Do mesmo modo, uma vez perpetrada a aposentadoria, a reforma ou o pensionamento de algum servidor, militar ou dependente de servidor público, esses atos de concessão de benefício previdenciário serão apreciados pelos Tribunais de Contas respectivos para fins de registro.

Tal "*apreciação, para fins de registro*", cumpre salientar, consiste na verificação, sem caráter jurisdicional, da legalidade ou, num sentido mais amplo, da validade dos atos administrativos benéficos àqueles que são investidos em funções públicas, inativados ou pensionados pela Administração Pública[19].

Em face da necessidade de que a investidura e a inativação da maior parte dos agentes públicos sejam submetidas à apreciação e, por fim, ao registro pelos Tribunais de Contas, vários são os julgados exarados tanto pelo Supremo Tribunal Federal[20] quanto pelo Superior Tribunal de Justiça[21] no sentido de que tais atos seriam "*atos administrativos complexos*"[22] [23].

---

[18] Uma interessante análise do desiderato e da organização dos Tribunais de Contas é encontrada em BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas, *in* Administração Pública – Direito Administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas, org. Carlos Maurício Figueiredo e Marcos Nóbrega. São Paulo: RT, 2002, p. 97-109.

[19] Nesse sentido, MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública. São Paulo: RT, 1993, p. 135.

[20] Além dos julgados acima referidos (vide notas 8-15), que se fazem objeto dos comentários críticos aqui vertidos, podem ser citados os seguintes precedentes: MS 8.886, Rel. Min. Candido Motta, j. 06.12.1963; MS 19.861, Rel. Min. Thompson Flores, j. 31.03.1971; MS 19.873, Rel. Min. Amaral Santos, j. 09.06.1971; RE 195.861, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.08.1997; MS 24.754, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.10.2004.

[21] REsp 1.560, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 05.02.1990; RMS 693, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 28.11.1990; RMS 6.777, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 11.09.2001; EDcl nos Edcl no RMS 10.983, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 11.12.2001.

[22] Embora haja algumas discordâncias, algumas inclusive inseridas no presente ensaio, não se pode deixar de considerar interessante a abordagem sobre o pólo passivo do Mandado de Segurança quando da negativa de registro de atos de concessão de aposentadoria foi feita por HOMERCHER, Maria Cristina D'Arienzo. Da Autoridade Coatora no Mandado de Segurança em decisão denegatória de registro de ato de concessão de aposentadoria pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, UFRGS, 2003 (Monografia realizada como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Processo Civil – Processo e Constituição).

[23] A orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores, ademais, influencia decisões exaradas em Tribunais Inferiores, como se pode depreender dos EI 70.010.318.798, 2° Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, Rel. Desa. Matilde Chabar Maia, j. 11.02.2005 e AC 20020110501444, Rel. Des. Mario Belmiro, j. 22.11.2004, do TJDFT. Em sentido contrário, ou seja, no sentido das conclusões desse trabalho, vide AC 20021107116 52, Rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos, j. 16.08.2004, do TJDFT.

Tal conclusão, qual seja, a de que os atos sujeitos a registro seriam "*atos administrativos complexos*", rogando-se vênia à tradição e, pois, a quem para ela contribuiu, não parece ser a mais correta. Além disso, mesmo que se entendesse correta tal premissa – atos sujeitos a registro são atos administrativos complexos –, ainda assim não se poderia chegar à conclusão de que a decadência da potestade administrativa de invalidação de atos viciados somente teria o seu termo inicial quando do pronunciamento pelo Tribunal de Contas.

Com efeito, a classificação dos atos administrativos não pode ser considerada tema singelo. Isso porque, de um lado, apresenta-se árdua a tarefa de se catalogar uma categoria tão vasta e abrangente e, de outro, não se pode olvidar que os critérios taxiológicos por vezes carecem de cientificidade. Isso porque tais critérios de classificação são demasiadamente voltados à noção de utilidade, em detrimento da noção de correção. Não se pode olvidar a celebrizada passagem pela qual as classificações não poderiam ser classificadas como certas ou erradas, mas úteis ou inúteis[24]. Em solo pátrio, já se afirmou que "*toda classificação em ciência é feita sob o critério da utilidade: as classificações são formuladas para servirem a algum fim. Elas não existem por si, isto é, não derivam da 'natureza da coisa'*"[25]. Além disso, toda a tarefa de classificar e de delinear conceitos jurídicos apresenta-se naturalmente tormentosa. Aos problemas de técnica jurídica, aliam-se outros – talvez mais complexos – de linguagem, de metalinguagem, de hermenêutica[26].

Especialmente na classificação quanto à formação, ou quanto à composição de vontades, a classificação dos atos administrativos apresenta-se ainda mais tormentosa. Com base nesse critério, costuma-se dividir os atos administrativos em três espécies: atos administrativos simples, atos administrativos complexos e atos administrativos compostos.

Importante referir que uma das razões da já referida dificuldade de serem os atos administrativos classificados quanto à formação se dá justamente por que a diferenciação entre atos complexos e atos compostos é muito sutil, sendo que parte da doutrina se vale de uma classificação dicotomizada (atos simples e atos complexos). Opta-se, no presente ensaio pela divisão tricotomizada supramencionada, porquanto a dita sutil diferença entre atos complexos e atos compostos é justamente o cerne de um dos fundamentos pelos quais se poderia considerar equivocada a orientação jurisprudencial aqui criticada.

---

[24] CARRIÓ, Genaro. Notas sobre Derecho y Lenguaje. Buenos Aires: Abaledo-Perrot, 1965. p. 72-73.

[25] SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 144.

[26] Ensina OLIVEIRA, Regis Fernandes. Delegação e avocação administrativas, 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 21 que "*Os termos e conceitos jurídicos não se assemelham aos matemáticos. Não retratam perfis indeformáveis. Por constituírem-se em fórmulas verbais, os conceitos são amoldáveis à linguagem comum, e seu uso, com diversos focos de significação, torna difícil a exata compreensão do conceito. Por vezes, alguns juristas empregam-no em certo sentido; outros usam-no diversamente, separando-o do significado comum. A divergência terminológica confunde*".

A análise da doutrina brasileira sobre a classificação dos atos administrativos quanto à formação há de se iniciar pela compreensão dos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles. Para o renomado autor, ato simples seria "*o que resulta da manifestação de vontade de um único órgão, unipessoal ou colegiado*"[27]. Já o ato administrativo complexo seria "*o que se forma pela conjugação de vontade de mais de um órgão administrativo*". Assevera Hely Lopes Meirelles, ainda em relação aos atos complexos, que tal categoria possuiria como elemento essencial "*o concurso de vontades de órgãos diferentes para a formação de um ato único*", razão pela qual "*só se aperfeiçoa com a integração da vontade final da Administração, e a partir deste momento é que se torna atacável por via administrativa ou judicial*"[28]. Por fim, o ato administrativo composto seria aquele que "*resulta da vontade única de um órgão, mas depende da verificação por parte de outro, para se tornar exeqüível*"[29]. Conclui, então, o autor que "*o ato composto distingue-se do ato complexo porque este só se forma com a conjugação de vontade de órgãos diversos, ao passo que aquele é formado pela vontade única de um órgão, sendo apenas ratificado por outra autoridade*"[30].

Em termos gerais, a classificação proposta por Hely Lopes Meirelles e o conceito de ato administrativo complexo, bem como a diferença entre esses e os atos compostos[31] são seguidos pela doutrina brasileira[32], embora sempre com alguns temperamentos[33].

---

[27] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 30ª ed., atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 171.

[28] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 30ª ed., atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 172.

[29] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 30ª ed., atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 172.

[30] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 30ª ed., atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 172.

[31] Conveniente recordar que tal diferenciação não é seguida por todos os autores que debruçaram suas atenções sobre o tema.

[32] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 390; BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 109; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 4ªed. São Paulo: Lumen Juris, 1999, p. 87-88; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 215; GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 74; JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 209; MUKAI, Toshio. Direito Administrativo Sistematizado. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 213; OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 110; SEABRA FAGUNDES, Miguel. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 38-40; TELLES, Antonio A. Queiroz. Introdução ao Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1995, p. 59.

[33] Talvez os mais interessantes deles, pelo aprofundamento, sejam os propostos por ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 446-448; CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo, Vol. I, 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, 243-246 e por CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo, 18ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 168-172. Demais disso, deve-se apontar que alguns autores, embora não tenham divergências de fundo, atribuem outras denominações ao que considerou acima "ato administrativo complexo", como é o caso de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 107, ao preferir a terminologia "ato administrativo conjunto", resguardando a expressão "ato complexo" para manifestações bi ou plurilaterais de vontades mediante comunhão de interesses.

O que chama a atenção, entretanto, é que justamente esse conceito de ato complexo preconizado majoritariamente pela doutrina levaria à percepção de que os atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas não seriam enquadrados em tal categoria, embora o entendimento doutrinário em tela tenha sido empregado para a construção jurisprudencial aqui criticada, notadamente a decisão exarada por ocasião do julgamento ao Recurso Extraordinário nº 195.861[34].

Ora, se ato administrativo complexo é aquele para cuja formação ou existência, apresentam-se necessárias várias vontades conjugadas, os atos administrativos dependentes de registro pelos Tribunais de Contas não podem ser considerados atos administrativos complexos. Isso porque todos os elementos de aperfeiçoamento de tais atos administrativos já são implementados quando da prática dos mesmos pela própria Administração Pública. A simples menção constitucional ao fato de que a apreciação realizada pelos Tribunais de Contas tem como parâmetro a legalidade (ou validade) dos atos verificados induz, *per se*, a conclusão de que se tratam de atos já existentes.

Nesse sentido, não se pode olvidar a passagem já devidamente celebrizada de Pontes de Miranda, no sentido de que a legalidade (ou validade) é atributo de atos que existem[35]. Ou seja, tendo o Tribunal de Contas o mister de apreciar a legalidade (ou validade) dos atos sujeitos ao seu ato de registro, não se pode considerar tal apreciação uma manifestação volitiva componente ou requisito de sua formação.

Demais disso, ainda a contribuir para o não-enquadramento dos atos sujeitos a registro como atos complexos há de ser considerado um aspecto pertinente à sua produção de efeitos. Em efeito, tais atos sujeitos a registro (investidura, aposentadoria, pensionamento, etc) embora tenha a sua legalidade (ou validade) apreciada ulteriormente à sua efetivação pelos Tribunais de Contas, já produzem desde sua expedição e publicação todos os efeitos que lhe são imanentes. Isso significa dizer que tais atos administrativos não dependem da apreciação e, ao final, do registro pelos Tribunais de Contas para produzirem a totalidade de seus efeitos, uma vez que os mesmos já são produzidos desde a sua perpetração pela própria Administração Pública.

---

[34] Vide nota 20.

[35] "*Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Sòmente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tão-pouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos*" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, t. IV, 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 7. Do mesmo modo, MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico (plano da existência), 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 79.

Nesse sentido, tomando-se como exemplo do ato de concessão de aposentadoria de um servidor público inscrito no regime próprio (Art. 40, da CF/88), percebe-se que uma vez concedida a aposentadoria pela Administração Pública, antes mesmo de o ato ser remetido para a apreciação pelo Tribunal de Contas respectivo, já ocorre a produção de todos os efeitos jurídicos decorrentes da inativação. Em efeito, somente com a concessão de aposentadoria pela Administração Pública, portanto, já se opera a vacância do cargo, podendo o mesmo ser prontamente provido por outro servidor[36]. Demais disso, não se pode olvidar que a legislação referente ao tema estabelece que a aposentadoria compulsória é automática e tão-somente declarada por ato vigente a partir do dia imediato à implementação da idade-máxima de 70 anos[37], enquanto que a aposentadoria voluntária e por invalidez vigora a partir da publicação do respectivo ato[38]. Ou seja, uma vez implementada a idade-máxima, na aposentadoria compulsória, ou publicado o ato, nos casos de aposentadoria voluntária ou por invalidez permanente, o servidor já possuirá o *status* de inativo, passando a perceber proventos, ao invés de remuneração[39]. Importante salientar que nada disso (vacância, inativação, proventos) exige o dito registro pelo Tribunal de Contas, correspondendo, ao contrário a efeitos já produzidos em face do simples ato de concessão pela própria Administração Pública.

O mesmo ocorre com o ato de investidura dos servidores público em cargos de provimento efetivo. Uma vez aprovados em concurso público, nomeados e empossados, os servidores gozarão de todos os efeitos decorrentes de sua condição funcional, independentemente de qualquer pronunciamento, verificação ou registro pelo Tribunal de Contas. Assim, o conceito de servidor público[40], a percepção da remuneração[41], a contagem do tempo de serviço[42], o prazo para fins de estabilização[43], o período aquisitivo de férias[44], a condição de funcionário público para fins penais[45], a condição de agente público para efeitos da Lei de Improbidade[46], ou seja, todas as repercussões decorrentes da condição de servidor público, como visto, independem do registro do ato de investidura pelo Tribunal de Contas.

Ou seja, deve-se entender que os atos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas são formal e materialmente autônomos em relação ao ulterior pronunciamento pela respectiva Corte de Contas. A circunstância que lhes peculiariza não condiz com o conceito de ato administrativo complexo, uma vez que esse pressupõe manifestações de vontades conjugadas

---

[36] Em relação aos servidores públicos federais, por exemplo, o Art. 33, VII, da Lei nº 8.112/90 preceitua que "*a vacância do cargo público decorrerá de: ... aposentadoria;...*".

[37] Vide Art. 187, da Lei nº 8.112/90.

[38] Vide Art. 188, da Lei nº 8.112/90.

[39] Vide Art. 189, da Lei nº 8.112/90.

[40] Vide Art. 2º, da Lei nº 8.112/90.

[41] Vide Art. 41, da Lei nº 8.112/90.

[42] Vide Art. 100, da Lei nº 8.112/90.

[43] Vide Art. 21, da Lei nº 8.112/90 e, especialmente, o Art. 41, da CF/88.

[44] Vide Art. 77, da Lei nº 8.112/90.

[45] Vide Art. 327, do CP.

[46] Vide Art. 2º, da Lei nº 8.429/92.

para a formação de um único ato administrativo. No caso em comento, tem-se duas manifestações de vontade que não só são autônomas, como são formal e materialmente consistentes em atos (manifestações de vontade) autônomos.

Ainda a demonstrar dita autonomia havida entre o ato sujeito a registro e o registro propriamente dito, além do fato de que tais atos sujeitos a registro já produzem seus efeitos desde sua prática/publicação, deve-se recordar que a decisão de registro propriamente dita pressupõe, de forma autônoma, toda uma processualidade, na qual há de se observar, por exemplo, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, deve-se recordar um fato que esclarece tal autonomia de vontade havida nos atos de registro, em relação ao ato objeto de tal verificação. Trata-se do fato de que o próprio STF já se pronunciou, em diversas ocasiões, no sentido de que seria inválida a decisão de negativa de registro – independente do ato sujeito a registro – em que não se observou os princípios do contraditório e da ampla defesa[47]. Ora, inquestionável, pois, a autonomia de tal decisão.

Sendo assim, quer parecer equivocado o enquadramento dos atos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas como atos administrativos complexos, porquanto esse pressupõe vontades conjugadas para a formação de um único ato, enquanto que no caso dos atos sujeitos a registro o que se tem são duas decisões independentes e autônomas, quais seja, o ato propriamente dito e o registro de tal ato.

Isso significa dizer que, segundo a definição que se depreende da doutrina majoritária, os atos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas não seriam atos administrativos complexos, mas atos administrativos compostos. Para se alcançar tal conclusão, destaca-se o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem "*ato composto é o que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação a do outro, que edita o ato principal. Enquanto no ato complexo fundem-se vontades para praticar um ato só, no ato composto, praticam-se dois atos, um principal e outro acessório; este último pode ser pressuposto ou complementar daquele*"[48].

Ao contrário do que entende o STF, nos atos administrativos sujeitos a registro pelo Tribunal de Contas, a mecânica existente não consiste em uma manifestação de vontade sujeita a uma condição resolutiva, mas de duas manifestações de vontade – uma principal (o

---

[47] RMS 23.383, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.06.2003; MS 24.268, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 05.02.2004; MS 22.357, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2004. Em relação à necessidade de contraditório e ampla defesa como condição para a extinção de atos administrativos benéficos aos seus destinatários o STF já havia se pronunciado, em especial, nas seguintes decisões: RE 158.543, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.08.1994; RE 199.733, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.12.1998. Todas essas decisões vão ao encontro da feição procedimenal da proteção às legítimas expectativas depositadas em atos estatais. Nesse sentido, vide: SCHONBERG, Soren J. Legitimate expectations in Administrative Law. Oxford: Oxford Press, 2000, p. 31/63 e ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 22 de novembro de 2004, p. 2/5.

[48] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 215

ato sujeito a registro) e uma acessória e complementar (a decisão de registro de tal ato) –, ou seja, de dois atos administrativos, autônomos, seja quanto à formação, seja quanto aos efeitos, seja, por fim, quanto aos princípios que orientam suas respectivas perfectibilizações. Trata-se, pois, de ato composto e não de ato complexo.

Tal consideração – a de que atos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas são atos administrativos compostos e não complexos – por representar um equívoco de premissa contido nas decisões aqui criticadas, já se prestaria a contraditá-las.

Ainda que assim não fosse, ou seja, mesmo que se entendessem tais atos sujeitos a registro como complexos, no sentido de que a sua formação somente estaria aperfeiçoada quando da decisão de registro pelo Tribunal de Contas, um outro aspecto – já referido – poderia ser empregado para que se concluísse pelo equívoco nuclear das decisões aqui criticadas, o de que não se poderia falar em prazo decadencial senão após a decisão de registro pelo Tribunal de Contas. Trata-se do fato de que, como já mencionado acima, uma vez praticado/publicado um ato sujeito a registro[49], todos os seus efeitos, notadamente os efeitos favoráveis aos seus destinatários, já são produzidos, independentemente de qualquer pronunciamento oriundo da Corte de Contas incumbida de verificar a validade e registrar, pois, tal ato.

Em função disso, como será demonstrado no próximo item, mesmo que se considerassem os atos sujeitos a registro atos administrativos complexos – o que não é o caso – ainda assim, seria possível concluir que as decisões aqui comentadas padeceriam do vício consistente na inobservância do princípio da proteção da confiança, consectário que é do princípio da segurança jurídica.

2 A DECADÊNCIA DA POTESTADE ADMINISTRATIVA DE INVALIDAÇÃO DE ATOS E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Um dos consectários do Estado de Direito, previsto no Art. 1°, da CF/88 consiste justamente na exigência de que toda a atividade estatal deva submissão à ordem jurídica – constitucional ou infraconstitucional – por ele mesmo criada[50].

---

[49] Nomeação para cargo efetivo, aposentadoria de servidor inscrito no regime próprio de previdência, concessão de pensão, por exemplo.

[50] RE 158.215, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.04.1996; RE 154.159, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.06.1996; RE 158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.08.1996; RE 162.309, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.1996; RE 198.016, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01.04.1997; RE 170.463, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.12.1997; RE 223.230, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01.06.1999; RE 215.624, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.12.1999; RE 194.295, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.11.2000; RE 252.245, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 14.11.2000; RE 242.064, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14.11.2000; RE 247.262, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13.02.2001.

Em função disso, o princípio da legalidade, é colocado, por razões óbvias, em posição destacada nos estudos de Direito Administrativo[51] desde o reconhecimento da autonomia científica de tal disciplina, o que coincide, com o surgimento do próprio Estado de Direito em sua feição liberal[52].

Depreende-se da legalidade, por seu turno, a potestade atribuída ao Estado, e aqui interessa à Administração Pública, de invalidar, extinguir, desconstituir os atos, condutas ou procedimentos que se apresentem, direta ou indiretamente, contrários ao Direito e à lei[53]. Tais prerrogativas extintivas de atos e condutas contrários à ordem jurídica representam, pois, manifestação da assim denominada "*autotutela administrativa*", desde há muito reconhecida no Direito Administrativo brasileiro[54].

Ocorre que a legalidade, embora extremamente relevante, não deve ser considerada como um "*princípio absoluto*"[55]. Trata-se, ao contrário, de um primado hermenêutico necessariamente instrumental, no sentido de que a legalidade não traz consigo um fim em si mesmo. Isto é, não se pretende um estado de coisas decorrente da legalidade, por uma simples simpatia à legalidade.

---

[51] Diz Celso Antônio Bandeira de Mello que "*este* [a legalidade] *é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo*" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 90). Também nesse sentido, "*o Direito Administrativo é determinado por toda uma série de princípios. O mais importante é, seguramente, o princípio da legalidade da administração pública*" (MAURER, Hartmut. Elementos de Direito Administrativo Alemão. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 45). Concorda-se com os ilustres autores – e este ao que parece é o contexto unicamente cabível – quanto ao fato de que o princípio da legalidade é o mais tratado doutrinariamente e mais diretamente relacionado com a atividade concreta ou normativa da Administração Pública. Uma hierarquização *a priori* e abstrata que coloca a legalidade em posição de maior importância em relação aos demais princípios, como se poderia depreender das passagens isoladamente consideradas não se apresenta, todavia, adequada.

[52] SÉRVULO CORREIA, José Manuel. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 1987, p. 19.

[53] Vide, no plano federal, o disposto no Artigo 2°, § único, I, da Lei n° 9.784/99 ("*A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. ... Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: ... I - atuação conforme a lei e o Direito*"). É notável a influência do Artigo 20.3, da Constituição da Alemanha ("*Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*").

[54] Pode-se reconhecer como marcos da autotutela administrativa a edição, em 1963, da Súmula 346 (*A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos*) e, posteriormente, em 1969, da Súmula 473 (*A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial*), ambas do STF.

[55] Ora, não é dado olvidar que "princípio absoluto", consoante os hodiernos estudos de hermenêutica jurídica, consiste em uma contradição em termos, isso porque se algo é princípio jurídico não pode ser considerado absoluto e, sendo absoluto, não se lhe pode reconhecer a feição de princípio. Demais disso, para uma crítica à perspectiva totalizante e absoluta do princípio da legalidade, contrária, pois, ao seu próprio mister axiológico, vide OHLWEILER, Leonel. Direito Administrativo em perspectiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

Como se afirmou, a legalidade administrativa consiste em um instrumento voltado à obtenção de segurança jurídica para, em conjunto com tal princípio constitucional, conformar a noção de Estado de Direito[56]. Daí porque se afirmar que "*la seguridad jurídica no es solamente seguridad en legalidad, sino también, seguridad en el Derecho*"[57]. Cumpre salientar que, na maioria dos casos, a legalidade cumpre o seu desiderato instrumental de garantia da segurança jurídica e, assim, de conformação do próprio Estado de Direito. Assim, não seria equivocado asseverar que uma determinada conduta administrativa contrária à lei e ao Direito representaria, também, contrariedade à noção de Estado de Direito, razão pela qual haveria de ser retirada no mundo jurídico, com efeitos retroativos, inclusive.

Ocorre que, por vezes, em casos obviamente excepcionais, a legalidade induz a decorrências que, ao invés de concretizar a segurança jurídica, culmina por contrariá-la, razão pela qual se impõe a ponderação de tais valores, com vistas à consecução do Estado de Direito. Impõe-se, pois, como dito em outra época, que a legalidade seja "*temperada*" com outros valores não menos relevantes à segurança jurídica[58].

Desse fluxo de idéias, tem-se como um dos mais importantes instrumentos de ponderação da legalidade e da segurança jurídica a fixação de uma delimitação prazal para que a Administração Pública exerça potestade que lhe é outorgada de invalidar seus próprios atos administrativos. Eis a decadência administrativa que, em termos gerais, e em relação ao plano federal, é prevista no Artigo 54, da Lei nº 9.784/99[59].

Trata-se de uma nítida manifestação do princípio da proteção da confiança, o qual, dada a tradição eminentemente "*legalista*" do Direito Público pátrio, vem sofrendo indevidas resistências[60]. Com efeito, o princípio da proteção da confiança apresenta-se com uma

---

[56] Pet 2.900 QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2003.

[57] LUENGO, Javier García. El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2002, p. 198.

[58] O emprego da expressão "temperar a legalidade com outros cânones da estabilidade das relações jurídicas" deve-se a uma remissão a precedentes de lavra do eminente Min. Humberto Gomes de Barros, no Superior Tribunal de Justiça, dos quais se destacam o REsp 6.518, Rel. Min. Gomes de Barros, j. 19.08.1991 e o REsp 45.522, Rel. Min. Gomes de Barros, j. 14.09.1994.

[59] "*O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé*".

[60] "*... el principio de protección de la confianza legítima tiene un contenido realmente chocante para nuestra mentalidad jurídico-administrativa, formada en el respeto absoluto de la legalidad de la actuación administrativa, respeto que actúa como límite al juego de otros principios utilizados por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa como el de la buena fe o el de los actos proprios, ya que permite mantener los efectos de determinadas situaciones ilegales, mantenimiento que se justifica por la protección que merece el particular que confió legítimamente en la estabilidad de la situación jurídica creada por la Administración. En tales supuestos, la seguridad jurídica prima sobre el principio da legalidad de la actuación administrativa e impide a la Administración remover la situación favorable al Administrado por muy ilegal que sea*" (MARIN RIAÑO *apud* BLANCO, Federico A. Castollo. La protección de confianza em el Derecho Administrativo. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 99). Almiro do Couto e Silva ensina, ainda, que "*A Administração Pública brasileira, na quase totalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do*

dedução do princípio do Estado de Direito[61] e da segurança jurídica, sendo dessa uma feição subjetiva[62], tendo por precípua finalidade a obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos das atividades estatais.

O referido mister, por seu turno, encontra concreção através de diversos instrumentos, dos quais se destaca a preservação ou manutenção de atos administrativos[63], mesmo que praticados de modo contrário à ordem jurídica, desde que a confiança neles depositada pelos seus destinatários seja legítima, em função da boa-fé[64] e do decurso de um largo espaço de

---

princípio da segurança jurídica. A doutrina e a jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica" (COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. Revista de Direito Público, n° 84. São Paulo: Malheiros, out/dez 1987, p. 62).

[61] Nesse sentido, vide: CALMES, Sylvia. Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et français. Paris: Dalloz, 2001, p. 63 e HECK, Luís Afonso. O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. Porto Alegre: Safe, 1995, p. 186.

[62] COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n° 9.784/99). Revista de Direito Administrativo, n° 237. Rio de Janeiro: Renovar, jul/set 2004, esp. p. 272-276. Do mesmo modo CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256, para quem "*o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conforma autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos*".

[63] COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n° 9.784/99). Revista de Direito Administrativo, n° 237. Rio de Janeiro: Renovar, jul/set 2004, esp. p. 274. Antes de tal trabalho, o ilustrado professor gaúcho já havia tratado do assunto em outros dois trabalhos: COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. Revista de Direito Público, n° 84. São Paulo: Malheiros, out/dez 1987 e COUTO E SILVA, Almiro. Prescrição quinqüenária da pretensão anulatória da Administração Pública com relação a seus atos administrativos. Revista de Direito Administrativo, n° 204. Rio de Janeiro: Renovar, abr/jun 1996.

[64] PÉREZ, Jesús Gonzáles. El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo, 3ª ed. Madri: Civitas, 1999, p. 55, para quem "*Y así lo pone de manifiesto el resumen que se ofrece a continuación del régimen jurídico del principio de la confianza legítima. Los requisitos para que opere el principio y los efectos no difieren sustancialmente de los que constituyen el régimen jurídico del principio de la buena fe*".

tempo. Tal delimitação prazal é prevista, no plano federal, no Art. 54, da Lei n° 9.784/99[65], que concretiza a proteção da confiança e a segurança jurídica na medida em que não permite a perpetuação da prerrogativa anulatória da Administração Pública, impondo a preservação de atos administrativos mesmo quando inválidos, se ultrapassado, da prática do ato ou da fruição de seus efeitos patrimoniais, o prazo decadencial de cinco anos.

Cumpre salientar que a decadência da potestade invalidatória que se analisa reclama, basicamente, a conjugação de três requisitos legalmente previstas[66]. O primeiro critério diz respeito à natureza do ato administrativo, porquanto somente se possa falar em decadência da potestade anulatória da Administração Pública quando se tratar de atos que produzem efeitos benéficos aos seus destinatários, ou seja, quando de tratar de um "*ato administrativo ampliativo*"[67].

O segundo requisito exigido como critério de ponderação entre a proteção da confiança e a legalidade administrativa, também prevista pelo Artigo 54, da Lei n° 9.784/99, consiste na boa-fé do destinatário do ato, assim compreendida o fato de que esse não tenha contribuído para a invalidade que eiva o ato[68].

---

[65] Importante ser dito que, em criticável providência, adotou-se o imperial instrumento previsto no Artigo 62, da Constituição Federal, para, através da Medida Provisória n° 138, de 20.11.2003, convertida na Lei n° 10.839/04, inserir-se o Artigo 103-A, à Lei n° 8.213/91, o qual previu que o "*o direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé*". Tal regra, que obviamente não revogou o Artigo 54, da Lei n° 9.784/99, trouxe norma especial em relação à "*Previdência Social*", em que se ampliou o prazo para 10 (dez) anos. Quanto ao novel dispositivo tem-se a dizer, inicialmente, que o prazo decenário é exagerado e, portanto, não alcança o desiderato de se dar concreção ao princípio da segurança. Ademais, "*Seguridade Social*" consiste em uma expressão deveras ampla e carente de significado, porquanto não denota nenhuma pessoa jurídica ou órgão público integrantes da Administração Pública Federal. Após tudo isso, a regra do Art. 103-A, da Lei n° 8.213/91 foi alterada por outra Medida Provisória, qual seja a MP 242, a qual, por seu turno, encontra-se suspensa por decisão liminar exarada pelo Min. Marco Aurélio nas ADIs 3467,3473 e 3505.

[66] A inexistência de critérios objetivos e previamente determinados quanto à ponderação entre a legalidade e a proteção da confiança geraria, por mais paradoxal que pareça, um estado de insegurança jurídica. Ensina LUENGO, Javier García. El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2002, p. 88, que "*la falta de unos requisitos claros a la hora de determinar la aplicabilidad del principio de protección de la confianza genera, paradójicamente, inseguridad jurídica*".

[67] Atos ampliativos "*constituam direitos na esfera jurídica do destinatário, eliminem restrições ao exercício de direitos pré-existentes, eliminem ou restrinjam obrigações, ou, ainda, que constituam na esfera jurídica do particular situações jurídicas activas diferentes dos direitos subjectivos, designadamente simples poderes ou faculdades*" (SÉRVULO CORREIA, José Manuel. Legalidade e autonomia contratual nos Contratos Administrativos. Coimbra: Almedina, 1987, p. 290). No texto do Artigo 54, da Lei n° 9.784/99, utilizou-se a expressão "*atos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários*".

[68] Nesse sentido, importante referir o REsp. 603.135, Rel. Min. Teori Zavazcki, j. 08.06.2004, no qual se deixou de aplicar a regra em comento em face da má-fé comprovada do destinatário do ato.

Por fim, o último dos requisitos reclamados pelo Art. 54, da Lei n° 9.784/99, ou seja, para a decadência administrativa corresponde ao prazo qüinqüenário a contar da prática do ato viciado ou, no caso a efeitos patrimoniais contínuos, da percepção do primeiro pagamento. Trata-se de um critério flagrantemente objetivo, cuja aferição se faz, por isso mesmo, singela. O lapso temporal é, como não poderia deixar de ser, determinante para a implementação do prazo extintivo decadencial[69].

Retomando-se a análise das decisões do STF que se fazem objeto do presente ensaio, tem-se justamente em relação a esse último requisito para a implementação da decadência administrativa, o núcleo do que parece ser a incorreção cometida pelo Pretório Excelso, na medida em que considerou no caso dos atos sujeito a registro pelos Tribunais de Contas – mal tidos como atos complexos – que o termo inicial do prazo decadencial seria não a prática do ato administrativo sujeito a registro, mas do registro exarado pelo Tribunal de Contas.

Ora, a decadência administrativa corresponde a uma garantia que terá o destinatário de um ato administrativo inválido para que, mesmo reconhecida tal vício, não seja o ato administrativo anulado. No cerne de tal proteção, encontra-se a legitimidade da expectativa depositada pelo administrado. Considerando-se que tal expectativa se inicia não com o registro pelo Tribunal de Contas, mas com a prática do ato, é desse momento – e não daquele – que há de se iniciar a contagem do prazo de decadência administrativa.

Não se pode negar, pois, que é da prática do ato – e não do registro – que se inicia o "*depósito*" de confiança do ato administrativo sujeito a registro. Como se afirmou, tal ato apresenta-se formal e materialmente autônomo em relação ao seu ulterior registro. Desde a sua prática pela Administração Pública, tal ato se entroniza no mundo jurídico, porquanto já implementa todos os pressupostos pertinentes ao plano da existência. Praticado o ato, ademais, seus efeitos já são todos produzidos, como se viu acima, independentemente do registro pelo Tribunal de Contas.

Demais disso, o ato administrativo sujeito a registro, uma vez praticado ou publicado, já se vê qualificado pela presunção de legitimidade que também auxilia na construção da confiança digna de proteção. Nesse sentido, não se poderia afirmar que a presunção de legitimidade do ato somente teria início quando da decisão de registro pelo Tribunal de Contas.

---

[69] Nesse sentido, pode-se dizer, tal como faz OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1069, que o "*tempo desempenha em Direito Administrativo, tal como em qualquer outro sector do ordenamento, um papel de facto gerador do 'esquecimento' de situações jurídicas contrárias ou conformes à legalidade jurídico-positiva, modificando e invertendo o seu sentido ou os seus efeitos*".

Ultima ratio, a confiança digna de proteção já se inicia com a prática do ato e não tão-somente com o seu registro, razão pela qual o prazo decadencial há de ter seu início quando efetivamente se inicie a produção de seus efeitos[70].

Um único exemplo concreto, extraído justamente das decisões aqui criticadas, será suficiente para a demonstração do que se está sustentando. No caso do Mandado de Segurança nº 25.015, tinha-se a seguinte situação: o impetrante, militar reformado desde 1975, acumulava tais proventos com os proventos decorrentes de aposentadoria em cargo civil de auxiliar de informações da ABIN, desde 1995, quando se inativou na última das funções, até que, em 2004, após negativa de registro pelo Tribunal de Contas, foi suspensa a percepção dos proventos decorrentes do cargo civil[71]. Percebe-se, pois, que do ato supostamente invalido (ato de aposentadoria no cargo civil) até a decisão de registro pelo Tribunal de Contas da União operou-se o transcurso de nove anos, nos quais o impetrante se encontrava no pleno gozo dos efeitos benéficos decorrentes da aposentadoria.

Assim, se o que se pretende com a decadência administrativa é a concretização do princípio da proteção da confiança e, com isso, a obtenção de um estado de segurança jurídica, impõe-se concluir que a decisão do STF não cumpre seu desiderato de guarda do Estado de Direito e, pois, da Constituição, ao deixar de reconhecer como termo inicial da decadência a prática do ato, para fazê-lo em relação tão-somente com a decisão de registro pelo Tribunal de Contas respectivo.

CONCLUSÕES

Não se nega que se mostra extremamente desconfortável a posição de criticar uma significativa quantidade de decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, seja pela autoridade que tal corte traz consigo, seja pelo reconhecimento técnico e pessoal de que cada um de seus membros é merecedor. Todavia, buscou-se no presente ensaio, o qual ambiciona incentivar ao debate, contrariar respeitosamente um posicionamento havido na Corte Constitucional, através da análise das premissas teóricas nele vertidas, com vistas a alcançar conclusões que podem ser assim resumidas:

---

[70] Nesse sentido, pensando-se no princípio da proteção da confiança é que se referiu anteriormente que, para se demonstrar a incorreção das decisões aqui criticadas, seria irrelevante qualificar os atos sujeitos a registro como atos administrativos complexos ou compostos, porquanto de qualquer forma não se poderia negar que o início da fruição de seus efeitos se dá com a prática do ato sujeito a registro e não com a decisão de registro pelo Tribunal de Contas.

[71] Importante recordar que, embora não se tenha reconhecido a alegação de decadência, a ordem foi concedida sob o argumento de que "*o art. 93, § 9º, da Constituição do Brasil de 1967, na redação da EC 1/69, bem como a Constituição de 1988, antes da EC 20/98, não obstavam o retorno do militar reformado ao serviço público e a posterior aposentadoria no cargo civil, acumulando os respectivos proventos*".

- A destacada posição institucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, na interpretação, aplicação e guarda de Constituição Federal não se presta a imunizar de críticas as decisões exaradas naquela Corte, sendo imposto aos operadores do Direito que se promova o exame do conteúdo decisório criticado, seja para com ele concordar, seja para dele discordar, sempre com vistas ao aprimoramento da Ciência Jurídica;

- Colocou-se sob lentes críticas a orientação jurisprudencial sedimentada por uma série de Mandados de Segurança julgados pelo STF, nos quais se deixou de reconhecer o início da contagem do prazo de decadência da potestade anulatória da Administração Pública em atos sujeitos à verificação pelos Tribunais de Contas, nos termos do Art. 71, III, da CF/88, senão após a decisão de registro;

- Ao contrário do que entende o STF, como premissa teórica para a orientação criticada, os atos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas não são atos administrativos complexos, uma vez que esses consistem em atos para cuja formação é necessária a conjugação de vontades de órgãos ou entes diversos;

- Isso porque, de um lado, a verificação realizada pelos Tribunais de Contas é pautada pela noção de legalidade (ou validade) do ato, o que pressupõe a sua existência e, de outro, porque os atos sujeitos a registro e a decisão de registro propriamente dita são formal e materialmente atos administrativos autônomos;

- A autonomia de tais atos, um principal (o ato sujeito a registro) e o outro acessório e complementar (a decisão de registro), é demonstrada pelo fato de que cada um deles surte efeitos jurídicos diversos, bem assim possuem pressupostos e formalidades independentes. Tratam-se, seguindo-se a doutrina majoritária, de atos administrativos compostos;

- A juridicidade, assim compreendida a necessidade de que a atividade estatal de administração pública seja adequada à ordem jurídica, é uma decorrência do Estado de Direito, razão pela qual a legalidade administrativa merece posição de destaque no Direito Administrativo;

- Todavia, a legalidade não se apresenta absoluta, na medida em que possui o papel instrumental de garantir a segurança jurídica, outro princípio constitucional não menos relevante ao Estado de Direito. Assim, quando as circunstâncias determinadas pelo princípio da legalidade afrontarem a segurança jurídica, a legalidade deverá ser ponderada com vistas à consecução do Estado de Direito;

- Dentre os mecanismos de ponderação entre a legalidade e a segurança jurídica, coloca-se em destacada posição o princípio da proteção da confiança, o qual tem por precípua finalidade a obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos das atividades estatais;

- De tal princípio decorre, dentre outros institutos, a decadência da potestade de invalidação ex officio de atos administrativos quando tais atos tenham sido praticados em benefício de seus destinatários, sem que esses tenham contribuído para a invalidade e já se tenha transcorrido, desde a prática do ato, um significativo lapso temporal;
- Considerando-se que tal prazo decadencial se fundamenta na confiança legitimamente depositada no ato pelo destinatário, que os atos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas já produzem os seus efeitos desde a sua prática pela Administração Pública, bem como desde esse momento já se encontram portadores do atributo da presunção de legitimidade, a confiança depositada em tais atos apresenta-se legítima desde quando a Administração Pública o pratica e não desde quando venha o Tribunal de Contas a se pronunciar quanto ao registro, razão pela qual é da prática do ato que deve ser contado o prazo da decadência administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 22 de novembro de 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1994.

BLANCO, Federico A. Castollo. La protección de confianza em el Derecho Administrativo. Madrid: Marcial Pons, 1998.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas, *in* Administração Pública – Dirieto Administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas, org. Carlos Maurício Figueiredo e Marcos Nóbrega. São Paulo: RT, 2002.

CALMES, Sylvia. Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et français. Paris: Dalloz, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. Diritto e Processo. Napoli: Morano, 1958.

CARRIÓ, Genaro. Notas sobre Derecho y Lenguaje. Buenos Aires: Abaledo-Perrot, 1965.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 4ªed. São Paulo: Lumen Juris, 1999.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo, Vol. I, 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. Revista de Direito Público, n° 84. São Paulo: Malheiros, out/dez 1987.

_____. Prescrição qüinqüenária da pretensão anulatória da Administração Pública com relação a seus atos administrativos. Revista de Direito Administrativo, n° 204. Rio de Janeiro: Renovar, abr/jun 1996.

_____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n° 9.784/99). Revista de Direito Administrativo, n° 237. Rio de Janeiro: Renovar, jul/set 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo, 18ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

HART, Herbert L.A., The concept of Law, London: Oxford, 1961.

HECK, Luís Afonso. O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. Porto Alegre: Safe, 1995.

HOMERCHER, Maria Cristina D'Arienzo. Da Autoridade Coatora no Mandado de Segurança em decisão denegatória de registro de ato de concessão de aposentadoria pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, UFRGS, 2003 (Monografia realizada como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Processo Civil – Processo e Constituição).

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, trad. João Baptista Machado, 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, 1979.

LUENGO, Javier García. El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2002.

MAURER, Hartmut. Elementos de Direito Administrativo Alemão. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública. São Paulo: RT, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 30ª ed., atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico (plano da existência), 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MONTESQUIEU, O espírito das leis, trad. Pedro Vieira Mota. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MUKAI, Toshio. Direito Administrativo Sistematizado. São Paulo: Saraiva, 1999.

OHLWEILER, Leonel. Direito Administrativo em perspectiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. Delegação e avocação administrativas, 2ª ed. São Paulo: RT, 2004.

OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PÉREZ, Jesús Gonzáles. El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo, 3ª ed. Madri: Civitas, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, t. IV, 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

SCHONBERG, Soren J. Legitimate expectations in Administrative Law. Oxford: Oxford Press, 2000.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TELLES, Antonio A. Queiroz. Introdução ao Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1995.

A Composição dos Colegiados da Administração Pública Direta e Indireta

Marília F. de Marsillac

INTRODUÇÃO

Embora há muito existam manifestações que conferem correto equacionamento às questões referentes aos colegiados da Administração Pública Direta e Indireta, permanecem incertezas quanto à possibilidade de integração a esses órgãos daqueles que já têm a condição de agentes públicos por titularem cargos, empregos ou funções.

Impasses que dificultam a constituição dos colegiados e seu funcionamento e que se contrapõem aos fins de interesse público visados em sua instituição.

Motivos determinantes do presente estudo, desenvolvido a partir da observação sobre a amplitude dessa forma orgânica de atuação, em suas diferenciadas espécies, as condições exigidas em sua composição, a atuação de seus integrantes em sua temporariedade, na forma de sua remuneração e seus efeitos, com vistas distingui-la de outras formas de investidura.

Desse modo, busca-se demonstrar, com base na interpretação sistemática do ordenamento vigente, a inconsistência dos óbices opostos e sugerir formas de adequação em aspectos que possam se tornar críticos, para concluir pela possibilidade de sua superação, na tentativa de viabilizar o adequado atendimento aos interesses públicos, mediante otimização dos melhores recursos humanos e justa remuneração.

Proposta em que se têm como orientação as palavras de Lúcia Valle Figueiredo:

> 6.2. O *nomem juris* não qualifica um instituto. Entretanto, em se considerando o 'usuário' da linguagem, torna-se bastante prejudicial a atribuição de uma 'qualificação' que não conote o instituto. Isso porque, funcionando as classificações como sinais, os intérpretes serão induzidos em erro e poderão atribuir ao instituto determinadas características que não lhe pertencem.[1]

---

[1] Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 81.

E de Manoel Oliveira Franco Sobrinho ao salientar:

> São precisamente as razões de fato e de direito antecedentes do ato administrativo que justificam sua finalidade e existência. Razões que resguardam o próprio ordenamento jurídico, que submetem a Administração e administrado a regras recíprocas de comportamento.

Resulta inquestionável que a finalidade contendo os efeitos há de vir qualificada *in concreto*, oferecendo figuração categórica ao ato administrativo, definindo-o na categoria tendo em mira determinado resultado de interesse público. (Grifo nosso.)[2]

1 AS DIVERSAS ESPÉCIES DE COLEGIADOS EXISTENTES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA

Definidos os entes e órgãos existentes na administração, sua natureza e seus fins[3], identificam-se, em sua composição, núcleos com estruturas singulares ou plúrimas que podem ser disciplinados também por normas de direito privado, quando a administração é descentralizada e atribuída a entidade com personalidade própria, destacada do Estado[4].

Enquanto os primeiros correspondem a atribuições concentradas (=competência) em cargos, empregos e funções titulados individualmente, os núcleos com estrutura plúrima constituem os chamados colegiados que, para Lafayette Pondé, são:

> [Órgãos ou centros de poder] providos de uma pluralidade de pessoas, tomadas estas como uma unidade funcional, um 'collegium', ou coletividade organizada, contínua, 'individualizada', mantida por um vínculo associativo, cujas decisões

---

[2] Atos Administrativos, São Paulo: Edição Saraiva, 1980, p. s. 17/18.

[3] Conforme Layete Pondé (in Peculiaridades do órgão colegiado. Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo nº 32, 2º semestre de 1972, p. 122.). No mesmo sentido, Oswaldo Aranha Bandeira De Mello (in Princípios gerais de Direito Administrativo. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1979, v. 2, p. 7.)
Para Hely Lopes Meirelles, "*Órgãos colegiados* ou *pluripessoais* são todos aqueles que atuam e decidem pela manifestação conjunta e majoritária da vontade de seus *membros*. Nos órgãos colegiados não prevalece a vontade individual de seu Chefe ou Presidente, nem a de seus integrantes isoladamente: o que se impõe e vale juridicamente é a decisão da maioria, expressa na forma legal, regimental ou estatutária. Nas relações com a própria Administração e com terceiros os órgãos colegiados são representados por seus dirigentes, e não por seus membros, conjunta ou isoladamente. O ato colegial só é necessário para a manifestação da vontade do órgão no desempenho específico de suas funções. Assim as Corporações Legislativas os Tribunais e as Comissões deliberam e decidem por seus plenários e câmaras, mas se fazem representar juridicamente e se administram por seus Presidentes, Chefes ou Procuradores." (Grifo nosso. Direito Administrativo brasileiro. 21ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 69-70.)

[4] Conforme Ruy Cirne Lima. (Princípios do Direito Administrativo, Porto Alegre: Sulina, 1964, p. 147.).

resultam de um processo de elaboração de que participam as declarações pessoais dos seus componentes, expressas em um momento dado e sob uma forma determinada.[5]

Alguns com existência necessária ao funcionamento do ente público ou privado, conforme estabelecido pelo ordenamento, outros legalmente instituídos pelos entes políticos competentes – União, estados, Distrito Federal e municípios, os colegiados – também denominados órgãos de deliberação coletiva – traduzem a tendência atual, ressaltada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, de busca da ponderação e da consensualidade[6] na prevenção e na composição de conflitos.

Colegiados que exercem uma única ou várias funções no ente ou órgão em que foram instituídos:

a) de natureza consultiva, em geral de caráter técnico e/ou político, denominados conselhos, comitês, comissões, fóruns;

b) de natureza administrativa, atuando na gestão ou no assessoramento, em geral chamados de conselhos deliberativos, de administração ou comissões;

c) de natureza decisória, com atuação em processos instaurados pelo administrado - juntas, conselhos ou tribunais;

d) de natureza fiscalizatória, comumente atuando no controle interno sob a denominação de comissões ou conselhos fiscais.

Em retrospectiva à Constituição de 1934, Themístocles Brandão Cavalcanti, anota que a formação de conselhos técnicos "deu um sentido novo à composição do Poder Executivo, maior maleabilidade no funcionamento dos departamentos ministeriais", salientando: "Somente por meio de autorização constitucional teria sido, efetivamente, possível dar aos Conselhos a força de veto a certas deliberações administrativas, diante do qual, se devem curvar os Ministros de Estado.".[7]

Atualmente previstos pela Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, com composição e competência ali definidas: os Conselhos da República (arts. 89 e 90), de Defesa Nacional (art. 91) e de Comunicação Social (art. 224), todos com função consultiva e política, os dois últimos também com funções de assessoramento (inciso IV, § 1º, do art. 91 e art. 224)[8]. Colegiados integrados somente por agentes políticos, os dois primeiros, enquanto o de Comunicação Social, conforme Lei federal 8.389, de 30/12/91, é composto por técnico

---

[5] Peculiaridades do órgão colegial. Revista de Direito público, v. 20, p. 25.

[6] Uma nova administração pública. Revista de Direito Administrativo, v. 220, p. 181.

[7] Tratado de Direito Administrativo. 2ª ed. revista e aumentada, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948, v. 1, p. 335.

[8] Conforme José Afonso da Silva. (Curso de Direito Constitucional positivo. 6ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 555-557.).

na área de comunicação social, representantes da sociedade e de categorias econômicas e profissionais. Prevista no art. 10, "a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação".

Embora sem previsão constitucional expressa, deve ser mencionado, pela relevância de suas funções, o Conselho Monetário Nacional, criado pela Lei federal nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que, com alterações posteriores, disciplina também suas atribuições e composição.

Ainda de referir, o conselho de política de administração e remuneração de pessoal a ser instituído pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a ser composto exclusivamente por servidores públicos, segundo a nova dicção conferida ao art. 39 da CRFB pela EC nº 19, de 4.06.98[9].

Verifica-se assim a existência de inúmeros colegiados existentes tanto na Administração Direta, vinculados diretamente aos diversos Ministérios e Secretarias[10], como na Administração Indireta, integrando a estrutura das autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, subsidiárias e controladas, que contam com a participação de agentes intitucionais[11], servidores públicos, de representantes de grupos profissionais e de vários segmentos da sociedade.

De suma importância no funcionamento das universidades, qualquer que seja sua natureza – pública ou privada, e nas instituições privadas que atuam em colaboração com o poder público.

De interesse registrar que a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 03.10.89, nos termos de seu art. 19, adota como um dos princípios da Administração Pública a participação, sendo previstos, inúmeros colegiados que a asseguram com diferentes finalidades. São os Conselhos: de Defesa e Segurança da Comunidade (art. 126);

---

[9] Atualmente sob argüição de inconstitucionalidade nos termos da ADIn 2135, ajuizada em 27/01/00, ainda sem decisão quanto ao pedido cautelar.

[10] Odete Medauar observa que, embora muitos conselhos e comissões situem-se na estrutura de Ministérios, Secretarias Estaduais e Municipais, sobre tais órgãos nem sempre incidem todas as conseqüências comuns da subordinação hierárquica. Em alguns, a eficácia de suas decisões depende de atos de homologação ou de aprovação de uma autoridade superior. Entretanto, esta não pode avocar competência, nem pode delegar, em virtude do caráter específico das funções desse órgão, por vezes arroladas em lei. Exemplifica citando o Conselho de Contribuintes, integrante do Ministério da Fazenda e a este subordinado do ponto de vista organizacional, atuando com independência funcional específica na apreciação e decisão dos recursos que lhe são submetidos. (Direito Administrativo moderno. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 70-1.).

[11] Expressão utilizada pelo Auditor do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, Substituto de Conselheiro, Professor e Doutor Pedro Henrique Poli de Figueiredo, nos ENCONTROS REGIONAIS DE CONTROLE E ORIENTAÇÃO promovidos por aquele Tribunal nos dias 12, 25 e 25 de setembro de 2003, nas Cidades de Santa Cruz, Santa Maria e Erechim, em palestras proferidas sobre o Tema Terceirização no Serviço Público, para designar os agentes públicos integrantes de instituições que têm radical constitucional e disciplinamento em lei orgânica.

Estadual da Criança e do Adolescente (art. 260, § 2º); Estadual de Cultura (art. 225); Estadual de Educação (art. 207 e 209); Estadual do Idoso (art. 260, § 2º); Popular, para acompanhamento da ação político-administrativa do Estado (art. 19, § 2º). Com finalidade restrita à formulação da política salarial, previsto pelo § 2º, art. 27 da mesma Carta, órgão "com participação paritária de representantes dos servidores públicos e empregados da administração pública, na forma da lei", e ainda o Conselho Estadual de Ciência e Tecnologia, instituído a partir da previsão constante do art. 235[12].

Relevante a atuação dos colegiados no controle interno da Administração direta e indireta.[13] Função que radica não só no disciplinamento específico das entidades, mas no dever de supervisão, conforme expresso pelo art. 26 do Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67[14], recepcionado pela CRFB que, no inciso I, parágrafo único, do artigo 87, reproduz o dispositivo contido no inciso I do art. 85 da EC nº 1, de 17.10.69[15].

Paralelamente, dispõem, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul Estado, conforme previsão contida no inciso I do art. 90, e o Decreto estadual nº 19.801, de 08.08.69[16], cujo art. 6º tem teor similar ao mencionado dispositivo do Decreto-Lei nº 200/67.[17]

Com funções decisórias, em processos instaurados pelos administrados, destacam-se, na área tributária, em âmbito federal, os Conselhos de Contribuintes; em âmbito estadual, o Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais – TARF[18], e em matéria de trânsito, as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações – JARIs[19], dentre outros tantos.

---

[12] Lei estadual nº 10.534, de 08/08/95.

[13] A Lei nº 4.478, de 09.01.63, do Estado do Rio Grande do Sul, que dispõe sobre a administração econômico-financeira das autarquias, disciplina sua fiscalização interna, atribuindo-a a uma Comissão de Controle (art. 38).

[14] Art. 26 – No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará assegurar, essencialmente: I – A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade. II – A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade. III – A eficiência administrativa. IV – A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.
Parágrafo único – A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento: *a) omissis*; b) designação, pelo Ministro, dos representantes do Governo Federal nas Assembléias-Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;

[15] Art. 87 – *Omissis*. Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: I – exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

[16] Art. 6º - Todo órgão da Administração Direta ou Indireta está sujeito à supervisão do Governador ou do Secretário de Estado em cuja área de atuação estiver enquadrada sua principal atividade. ..... § 2º - Além de outras medidas estabelecidas por ato do Chefe do Poder Executivo, a supervisão dos órgãos da Administração Indireta se exerce através de: ..... II - designação, pelo Secretário de Estado, ouvido o Governador, do representante do Governo nas Assembléias Gerais e nos órgãos de administração e de controle da entidade; No mesmo sentido, o art. 2º da Lei nº 10.356, de 10 de janeiro de 1995, do Estado do Rio Grande do Sul, regulamentado pelo Decreto nº 35.808, de 31 de janeiro de 1995.

[17] Ainda no Estado do Rio Grande do Sul, a Lei nº 4.478, de 09.01.63, dispondo sobre a administração econômico-financeira das autarquias, disciplina sua fiscalização interna, atribuindo-a a uma Comissão de Controle (art. 38).

[18] Disciplinado pelos artigos 97 a 113 da Lei nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, do Estado do Rio Grande do Sul.

[19] Previstas pelos artigos 7º, inciso VII, e 16, 17 e 285 da Lei federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro.

De interesse atentar às especificidades próprias dos órgãos colegiados, expressas em sua legislação de regência, em consonância com a finalidade de sua instituição vinculada a do próprio ente que integra, a condicionar sua formatação, composição e funcionamento.

Fora dos padrões gerais, estão os Conselhos Tutelares, disciplinados pela legislação municipal, que, a par das atividades típicas de colegiados, têm atribuições de natureza executiva e atuação cometida individualmente a seus membros. Atribuições que lhes são peculiares e distintas da atuação dos membros integrantes dos demais colegiados.

Nessa visão panorâmica, ainda útil a prudente observação de, José Gascon Y Marin[20]:

> No hay que censurar la existencia de Cuerpos consultirovs, técnicos o profesionales, originados por el creciente aumento de la actividad administrativa; pero sí conviene no abusar de sua actuación, que en ciertos casos puede constituir un elemento dilatorio de la acción administrativa. Por ello deben ser limitados los asuntos em que obligatoramente deban ser oídos los Cuerpos consultivos, y debe ser ejercida con una gran discreción por el órgano activo la facultad de poder oír al Cuerpo consultivo, reducida a los casos en que verdaderamente exista dificultad técnica o jurídica.

2 A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E SEUS COLEGIADOS.

Especial destaque merecem os colegiados das sociedades de economia mista, porque, sendo esta disciplinada pela Lei societária, comumente não é considerada em suas peculiaridades próprias, determinadas por normas que legitimam o direcionamento conferido pelo acionista controlador para concretização do interesse público definido na lei que autorizou sua criação a que se soma à supervisão exercida pelo Executivo/Ministério ou Secretaria a que estão vinculadas.

Nessa configuração, salienta-se a função de controle, dos Conselhos Fiscais, ali de existência necessária, como previstos pela Lei federal nº 6.404, de 15.04.76, e, embora com funções distintas, os Conselhos de Administração, de cujo desempenho depende a orientação da companhia, a teor do disposto pelo art. 238, combinado com os artigos 116 e 117, todos da mesma Lei[21].

---

[20] Tratado de Derecho Administrativo: princípios da legislación española, 6ª ed. revisada, Madrid: 1935, t.1, p. 283.

[21] Art. 238 - A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.
[Art. 116 - Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

Sobre tais disposições, esclarecedora é a análise de José Edwaldo Tavares Borba que, após ressaltar a impossibilidade de serem estabelecidas "normas especiais que excepcionem a lei geral das sociedades anônimas", aduz:

> Convém, todavia, distinguir um campo de relações inteiramente aberto ao disciplinamento especial, que é o das relações entre o Poder Público controlador e as administrações das sociedades sob seu controle. Ao disciplinar essa matéria, agirá o Poder Público como qualquer empresário privado que detenha o controle de um conjunto de empresas e que, por isso mesmo, precise manter um sistema de acompanhamento permanente e ordenado.
>
> Nessa linha de entendimento estruturou-se a supervisão ministerial, ou, no que concerne aos estados e municípios, a supervisão dos secretários e do próprio governador ou prefeito.
>
> A supervisão insere-se no nível das relações internas de natureza administrativa e pode comportar normas muito particulares, desde que respeitados os princípios e regras consagrados na legislação das sociedades anônimas.
>
> Essas normas, quando de caráter permanente, poderão ser definidas em lei ou decreto. Não serão normas de direito mercantil, mas sim de direito administrativo, uma vez que se destinam a regular as relações entre o Poder Público controlador e a administração da empresa. Equivaleriam às instruções e regulamentos baixados por um empresário privado. Funcionam como recomendações dirigidas aos administradores das várias sociedades sob o comando daquele controlador. Poderão, por conseguinte, ser produzidas em qualquer esfera de governo Poderão, por conseguinte, ser produzidas em qualquer esfera de governo (federal, estadual e municipal), mesmo porque não integram o direito mercantil, este reservado, com exclusividade, à competência da União (art. 22, I, da Constituição Federal)." (Grifo nosso.).[22]

---

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.]
Art. 239 - As companhias de economia mista terão obrigatoriamente Conselho de Administração, [...].
Art. 240 - O funcionamento do Conselho Fiscal será permanente nas companhias de economia mista,[...]."

[22] Direito societário. 3ª ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1997, p. 363/4. Aspectos detidamente examinados nos Pareceres PGE nºs 8.371/90 e 12.864/00, firmados pelas Procuradoras do Estado do Rio Grande do Sul Eliana Donatelli. Del Mese e Denise Vargas Amorim, respectivamente, disponíveis no site <http://www.pge.rs.gov.br >.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Os dirigentes das sociedades de economia mista investidos em decorrência de providências governamentais, exercidas em nome da supervisão ministerial, na forma do art. 26, parágrafo único, letras 'a' e 'b' (do Decreto-lei 200/67), normalmente exercem, em tais pessoas, mandatos, representantes que são do Poder Público no interior da entidade mista.(...)
>
> Com efeito, em alguns casos são diretamente nomeados pelo Governo e em outros eleitos pelo Estado acionista majoritário, mas, em qualquer hipótese, o controle estatal (de que são um dos veículos) *não é instituído apenas em nome do bom sucesso da empresa mas, e sobretudo, em nome da harmonização do comportamento da sociedade de economia mista com o planejamento administrativo global do Governo.* [23]

Aspectos assim enfocados por José Cretella Jr., citando Ernest Forsthoff (Tratado de Derecho Administrativo, ed. espanhola, 1958, p. 669):

> "Do ponto de vista do direito Administrativo, [a sociedade de economia mista] só pode ser estudada na medida em que se observa a influência que pode exercer, na sua gestão, o órgão administrativo participante, em virtude dos direitos sociais que lhe correspondem. Sob a forma deste tipo de influência, ou dito de modo mais preciso, da participação na direção empresarial, não apenas na participação do capital, surge o caráter peculiar de economia mista de tal empresa".

Adiante, referindo extensa bibliografia nacional, acrescenta: "É necessário que, além de subscrever parte, maior ou menor, ou mesmo, quase a totalidade do capital da sociedade, o Estado participe de modo ativo, na vida e nas realizações da empresa, [...]"[24]

E Maria da Conceição do Amaral Monch ressalta:

> Quando o Estado detém a maioria das ações de uma sociedade de economia mista, ele, em razão da preponderância financeira e administrativa acentuada, nomeia os administradores da empresa e a dirige na realidade, prevalecendo o interesse público sobre o privado, através do controle dos serviços pelos prepostos do Estado, através de administração estatal que existe, embora indireta. (Grifo nosso.).[25]

---

[23] Prestação de serviços públicos e Administração Indireta. São Paulo: Ed. RT, 1973, p. 119-121.

[24] Direito Administrativo brasileiro. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 164 e 169.

[25] As sociedades de economia mista e as empresas públicas: controle e responsabilidade. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.127, p.574, janeiro-março, 1977.

No Estado do Rio Grande do Sul, preceituação introduzida por Emenda Constitucional[26], cobra a efetividade do poder de gestão titulado pelo acionista controlador nas sociedades de economia mista.

3 A NATUREZA DA PARTICIPAÇÃO NOS ÓRGÃOS DE DELIBERAÇÃO COLETIVA

Em todos os colegiados, é ínsito o relevante interesse público das atribuições assumidas por seus membros, caracterizadas como múnus público[27], ainda quando exercem tal atividade em caráter profissional e mediante remuneração.[28]

De interesse registrar que o conceito de 'múnus público' surgiu com a civilização romana, significando a honradez com que a atividade pública deve ser desempenhada, vez que, necessariamente, aquele que age em benefício da coletividade tem de se submeter aos ditames éticos e jurídicos imprescindíveis à realização do bem comum.

Do que resulta estarem investidos nesse múnus, além dos agentes institucionais e agentes administrativos, em decorrência de suas próprias atribuições nas posições tituladas, – qualificando-as e obrigando a uma conduta compatível com os fins determinantes de sua atividade –, também aqueles que vêm a colaborar com o poder público, dentre os quais se encontram os membros dos órgãos de deliberação coletiva.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello salienta que, em tal condição, tais agentes "não são órgãos da administração, mas em conjunto, na assembléia ou agrupamento de que são membros"[29], e Lafayette Pondé, em análise às decisões do Tribunal de Contas e às resoluções de Conselho Universitário, determinadas pelo voto adotado pela maioria dos respectivos membros, reunidos em sessão, salienta que:

> Nenhum destes membros, porém, é 'órgão' do Estado. Órgão único é o Tribunal, é o Conselho da Universidade, cada qual provido por uma

---

[26] Emenda Constitucional nº 31, de 18.06.02, acrescentou dispositivos os §§ 2º e 3º ao artigo 22 da Carta Estadual: § 2º - Especialmente no caso das Sociedades de Economia Mista Banco do Estado do Rio Grande do sul S.A. e Companhia Riograndense de Saneamento, a alienação ou transferência do seu controle acionário, bem como a extinção, fusão, incorporação ou cisão dependerá de consulta popular, sob a forma de plebiscito. § 3º - Nas sociedades de economia mista, em que possuir o controle acionário, o Estado fica obrigado a manter o poder de gestão, exercendo o direito de maioria de votos na assembléia geral, de eleger a maioria dos administradores da companhia, de dirigir as atividades sociais e de orientar o funcionamento dos órgãos da companhia, sendo vedado qualquer tipo de acordo ou avença que implique em abdicar ou restringir seus direitos. (Grifo nosso.)

[27] Conforme Hely Lopes Meirelles. (Direito Administrativo brasileiro. 21ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 75.).

[28] Registra Aurélio Buarque de Holanda Ferreira: "*Múnus público. O que procede de autoridade pública ou da lei, e obriga o indivíduo a certos encargos em benefício da coletividade ou da ordem social.*" (Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa, 2ª ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro, 1986, p. 1172.).

[29] Princípios gerais de Direito Administrativo. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1979, v. 2, ps 288-290.

> 'organização unitária'. Seus membros, nenhum deles exerce a atribuição incluída na competência do respectivo órgão. Todos ocupam uma posição meramente instrumental, de contribuir tão-só para formar a maioria deliberante sobre matéria daquela competência[30]

Assumindo essa condição de membros integrantes de colegiados, e sendo inexistente prévia vinculação com a Administração pública Direta ou Indireta, as pessoas designadas ou eleitas para integrar os colegiados vêm a compor a categoria dos chamados agentes honoríficos, que, conforme Hely Lopes Meirelles, abrange:

> [...] os cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestarem, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade, ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração, [...][31]

Acrescentando:

> Os agentes honoríficos não são funcionários públicos, mas momentaneamente exercem uma *função pública* e enquanto a desempenham, sujeitam-se à hierarquia e disciplina do órgão que estão servindo, podendo perceber um *pro labore* [...]. Sobre estes agentes eventuais do Poder Público não incidem as proibições constitucionais de acumulação de cargos, funções ou empregos (art. 37, XVI e XVII) porque a sua vinculação com o Estado é sempre transitória e a título de colaboração cívica, sem caráter empregatício. Somente para fins penais é que esses agentes são equiparados a funcionários públicos quanto aos crimes relacionados com o exercício da função, nos expressos termos do art. 327 do CP.[32] (Grifo nosso.)

Do mesmo modo, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello definira:

> Os (agentes) honoríficos são os titulares acidentais de determinados cargos da alta administração, de caráter honroso, desempenhados ocasionalmente, como colaboradores da ação dos governantes, aconselhando ou decidindo a respeito de questões de superior interesse da coletividade, a serem, em regra, ordenadas por aqueles. São, por exemplo, os Membros do Conselho de Impostos e Taxas, do Conselho de Comércio e Finanças, do Conselho Penitenciário, os Jurados, etc. (...) em geral, exercem o serviço público em

---

[30] Peculiaridades do órgão colegial. Revista de Direito público, v. 20, p. 28.

[31] Hely Lopes Meirelles

[32] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 21ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 75.

> colégio, e assim, pessoalmente, na consecução das atribuições dos cargos, não são órgãos da administração, mas, em conjunto, na assembléia ou agrupamento de que são membros. [...] os cargos honoríficos não exigem dos seus titulares que se consagrem principalmente a eles, visto que os seus serviços são levados a efeito de intervalos a intervalos de tempo, em certas e determinadas ocasiões, por horas restritas de atividade, para o seu desempenho, quando chamados por órgãos competentes. Por essa razão, os cargos públicos honoríficos, de regra são gratuitos, percebendo apenas em alguns casos, os agentes públicos, por sessão realizada, certa importância a título de indenização. É o jeton.[33] (Grifo nosso.)

Já quando os designados ou eleitos têm prévia vinculação à Administração Direta ou Indireta, na condição de agentes institucionais ou servidores públicos, necessário distinguir a natureza desse vínculo, a natureza dos colegiados que integrarão e a existência ou não de disciplinamento permissivo dessa participação e da correspondente remuneração.

Genericamente, sendo a atuação dos agentes institucionais ou servidores imprescindível ao próprio funcionamento do colegiado - disciplinada legalmente a partir dos fins de interesse público que determinaram sua instituição -, possível sua caracterização como comissão legal, segundo a conceituação de Ruy Cirne Lima, que, após diferenciá-la dos cargos providos em caráter precário, registra:

> [...] entende-se como comissão, também, a tarefa estatal, de natureza execpcional e duração limitada, não ligada, por isso mesmo, a cargo público, de natureza permanente e com atribuições ordinárias. Nesta última acepção, há de entender-se a comissão, que a Constituição proíbe aos membros do Poder Legislativo aceitarem ou exercerem, desde a expedição do diploma (art. 48, I, b, Const. Fed.[34]). Vem-nos o termo, com esta significação, de nosso direito antigo. 'Também significa a palavra comissão – escreveu Pereira e Souza – a jurisdição conferida, extraordinária, a alguém sobre certos objetos'.[35]

---

[33] Princípios gerais de Direito Administrativo. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1979, v. 2, p. 288-290.

[34] "Os deputados e senadores não poderão: aceitar nem exercer comissão ou emprego remunerado de pessoa jurídica de direito público, entidade autárquica, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público;" Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18.09.46. Vedação similar à constante da alínea b, inciso I do art. 54 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

[35] Princípios de Direito Administrativo. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1964, ps. 178-179. Nota 35 – Pereira e Souza, Dicionário Jurídico, t. I, Lisboa, 1825, verb. Comissão.

Também de Plácido e Silva registra:

> COMISSÃO – Derivada do latim *commissio*, de *commitere*, significa não somente a ação de unir, concurso, como também a ação de confiar, de entregar.
>
> E nesse duplo sentido de união ou concurso para um fim determinado ou de *auxílio* e *cooperação* na execução de determinados misteres, possui o vocábulo, na linguagem jurídica, uma variedade de acepções.
>
> *Comissão*. No sentido que lhe empresta o Direito Público Administrativo e o Direito Internacional, é o vocábulo empregado:
>
> a) Para indicar todo encargo ou atribuição confiada ao empregado ou funcionário público efetivo, em virtude de sua investidura em cargo ou função que não é a própria.[36]

Caracterização que se acentua quando, por expressa determinação legal, o colegiado deva ser integrado por determinada categoria de agente público, em razão das atribuições do cargo ou função que ocupa na origem ou como representante de sua classe ou categoria (ex.: a participação de integrante do Ministério Público no Conselho Penitenciário; de integrantes da polícia rodoviária nas JARIs; de representante de servidores, no Conselho de Administração do órgão gestor de seu regime previdenciário, etc.)[37]

De modo similar, o art. 472 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que "O afastamento em virtude das exigências do serviço militar, ou de outro encargo público, não constituirá motivo para alteração ou rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador.", prevista, no § 1º do mesmo artigo, a prévia ciência do empregador[38]. Norma

---

[36] Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 1, p. 463. Entendimento também manifestado por Alaim de Almeida Carneiro (Cargos em comissão. Revista de direito Administrativo, v. 17, julho-setembro – 1949, p. 71), e José Cretella Jr. (Comentários à Constituição de 1988. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, v. 9, p. 4727).
Eduardo García de Enterría em perspectiva histórica, analisa a atuação do comissário como nova técnica administrativa, salientando: "En vez del carácter permanente del oficial, el comisario es esencialmente eventual, em cuanto que su papel se reduce al cumplimiento de uma 'comisión'. El comisario no ejerce competencias propias, sino competencias del Rey cuyo simple ejercicio le ha sido delegado [...]. No está la comisión constituída por una ley o por un edicto que haya estabelecido objetiva y permanemte un centro de atribuiciones, sino que la comisión procede de un mandato específico [...]; no es irrevocabele, sino revocable *ad nutun*[...]" (La organizacion y sus agentes: revisión de estructuras in La administración pública y el estado contemporaneo, Instituto de Estudios Politicos, Madrid: 1961, p. 178.).

[37] Esse encargo é admitido pela Lei Complementar nº 10.098, de 03.02.94 – Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio Grande do Sul, ao estabelecer:
Art. 178 – Ao servidor é proibido: [...] X – exercer ou permitir que subordinado seu exerça atribuições diferentes das definidas em lei ou regulamento como próprias do cargo ou função, ressalvados os encargos de chefia e as comissões legais. [...] Art. 266: "Do exercício de encargos ou serviços diferentes dos definidos em lei ou regulamento, como próprio do seu cargo ou função, não decorre nenhum direito ao servidor, ressalvadas as comissões legais. (Grifo nosso.)

[38] Aspectos analisados nos Pareceres PGE nºs. 10.175/94 e 8.756/91, disponíveis no site <http://www.pge.rs.gov.br >.

que tem incidência tanto para os empregados da Administração Direta como da Indireta. Cumpre consignar que, em geral, a designação ou eleição é precedida de consulta ao servidor e de sua aquiescência, que se faz imprescindível quando, na origem, o servidor tem vínculo contratual, sob pena de caracterizar-se indevida alteração do ajuste laboral, caso em que se torna conveniente colher sua manifestação por escrito.

4 OS FATORES QUE CONDICIONAM A PARTICIPAÇÃO

Havendo liberdade de escolha, esta tanto pode recair em pessoas estranhas à Administração Pública, como incidir sobre aqueles que já têm a condição de agentes públicos.

Porém, tanto em razão dos fins definidos por cada ente ou órgão da Administração Pública direta e indireta como dos princípios constitucionais da eficiência e da moralidade que a submetem, imprescindível a habilitação e a qualificação pessoal de seus integrantes em sua área específica de atuação, compreendendo o conhecimento técnico aliado à experiência e a condições morais de idoneidade.

Relevante, em alguns casos, a heterogeneidade na composição dos colegiados, em outros, a homogeneidade na habilitação.

Massimo Severo Giannini distingue também como critério eletivo a 'representação' da 'representatividade'[39], acentuando que a composição desses órgãos é determinada pelo desempenho das funções específicas ou múltiplas atribuídas ao órgão.

José Gascon Y Marin[40] observa que vários são os sistemas adotados para a organização dos corpos deliberantes: a eleição, a designação ou o sistema misto, acrescentando:

> Depende la adopción de uno u outro sistema de la naturaleza asignada al cuerpo deliberante. Si éste tiene carácter representativo, es natural que se acuda a la elección, medio adecuado para designar representantes; [...] podrá la elección ser directa o indirecta, a base tan sólo de elemento individual o con parte designada por los elementos sociales.

Aduz que, se a finalidade do corpo deliberante há de ser exclusiva ou predominantemente técnica, deverá ser adotado o sistema de designação dos indivíduos que sejam considerados mais aptos, combinando-se os sistemas, no segundo caso. Já nas hipóteses em que os próprios interessados devem ser os que administram os interesses comuns ou serviços que aos mesmos ser refere, então justifica-se a eleição, bem como a existência de

---

[39] GIANNINI, Massimo Severo. Insituzioni di Diritto Amministrativo. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1981, p. 81.

[40] Tratado de Derecho Administrativo: princípios da legislación española, 6ª ed. revisada, Madrid: 1935, t.1, p. 277-278.

outros designados pela Administração de esfera superior, conforme a maior ou menor intervenção por esta visada. Anota ainda a possibilidade da existência de membros natos: "individuos designados, no a título personal, sino en virtud de otros cargos o funciones principales." No mesmo sentido Manuel Maria Diez[41]. Nesse caso, necessária a manutenção da condição prévia e necessária estabelecida pelo disciplinamento aplicável, cuja perda determina a substituição do membro no colegiado.

Ewan Ferlie et al anotam que a substituição de representantes eleitos por representantes locais nomeados, com papel estratégico mais ativo, para alguns, favorece o envolvimento de profissionais experientes e especializados com a administração do serviço público, enquanto os críticos dessa forma de composição "apontam para a natureza não representativa e não responsável desse grupo de liderança. Todos concordam que essa é uma área importante para a pesquisa empírica, não obstante serem escassos os dados empíricos sistemáticos."[42]. Observam ainda que os colegiados constituem também "grupos de interesse porque eles podem com freqüência ser vistos como grupos heterogêneos e de múltiplos papéis", por integrarem representantes de vários grupos.

De ressaltar a necessidade de serem observadas as prescrições normativas referentes às condições pessoais, inclusive quanto à sua habilitação e verificação da inocorrência de impedimentos. Assim, relevante a vedação expressa constante do § 2º do art. 162 da Lei federal nº 6.404/76, de empregados da sociedade integrarem seu Conselho Fiscal.

Entretanto, cumpre ressalvar que a condição de os membros do Conselho de Administração serem acionistas da companhia, estabelecida no art. 146 da mesma Lei, é inaplicável à sociedade de economia mista, não estando o poder público, na condição de acionista controlador, adstrito a transferir ações a seus representantes, como analisado por Modesto Carvalhosa[43]:

> Outra questão que se põe diz respeito à necessidade de os conselheiros nomeados pelo Poder Público serem acionistas. Em princípio deveriam sê-lo, em razão dos arts. 146 e 235. Ocorre que os conselheiros nomeados pelo Poder Público revestem-se da qualidade de agentes públicos, com a função de representar o interesse público envolvido nessa atividade empresarial. A propósito, Paulo B. de Araújo Lima: "(...) A autoridade, ainda que detentora de ações, ao comparecer ao conselho, projetara sempre a vontade do Estado e não a sua.".

---

[41] Derecho Administrativo, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963, p. 195.

[42] A nova administração pública em ação. Brasília: Editora Universidade de Brasília: ENAP, 1999, p.54.

[43] Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. ed. revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 1998, v. 4, t.1, p. 394-5. Ver também Parecer PGE 12.864/00, de lavra da Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul Maria Denise Feix, disponível no site < http://www.pge.rs.gov.br >.

5 A DURAÇÃO DO MANDATO

Para determinação do período de investidura como membro integrante do colegiado, relevante a identificação de sua causa determinante, isto é, se ela resulta de designação ou de eleição. Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello, nos termos do excerto transcrito (v. item 1) e Hely Lopes Meirelles ao destacar:

> Merece, ainda, distinção entre o eleito para integrar um colegiado ou para dirigi-lo, e o que é nomeado para o mesmo órgão pelo Executivo: aquele exerce *um mandato administrativo*; este, uma *delegação administrativa* da própria Administração, e por isso mesmo pode ser destituído da função sumariamente e a qualquer tempo pelo delegante, embora a renovação de colegiado tenha prazo certo."[44]

Análise que deve ser acrescida com o exame das funções do colegiado, conforme interpretação desenvolvida ao influxo de inúmeros litígios[45].

As divergências sobre o tema ganharam vulto ao tempo do regime militar pela falta de motivação de vários atos de afastamento[46] que, suscitados em ações mandamentais, não foram apreciados por dependerem de instrução probatória.

O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 17/11/62, no julgamento, do MS nº 8.693, Relator Ministro Ribeiro da Costa, foi resumido em ementa do seguinte teor:

> Os membros que representam o Governo no Conselho Administrativo do Instituto de Aposentadoria e Pensões, para ele nomeados em razão de confiança, não têm direito líquido e certo de permanecer no cargo até o fim do mandato, podendo, pois, ser exonerados, se não mais merecerem confiança.[47]

Seguiu-se jurisprudência conducente à conclusão formulada pela Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul Rosa Maria de Campos Aranovich, ao enfocar a situação do Conselho Penitenciário, no Parecer PGE nº 8.900/91:

---

[44] Direito Administrativo brasileiro. 21ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 77.

[45] STF: RE 24.432-DF; Mandados de Segurança nºs.: 8.693, 8.778, 8.861, 8.787, 8.815, 8.884, 8.929,9.023, MS 8.884-DF, 9.997.

[46] Pelo Ato Institucional nº 5, de 13/12/68, foram excluídos de apreciação judicial todos os atos ali previstos, abrangendo aqueles arrolados no § 1º de seu art. 6º, concernentes a medidas excepcionais de afastamento de pessoal da Administração Direta e Indireta, referido pelo STF, em sessão plenária, no acórdão referente ao MS 19.227-DF, de 09/04/69.

[47] Conselho Administrativo de Instituto – representação do governo – mandado de segurança. Revista Forense, vol. 202, 1963, ps. 111-137. Em sentido contrário: J. Guimarães Menegale. Conselho Administrativo da Caixa Econômica Federal – mandato por nomeação, do Presidente – sua coincidência com o dos conselheiros – indemissibilidade "ad nutum". Revista Forense, v. 193, 1961, ps. 111-6.

> Interpretando as decisões do Supremo Tribunal, o deslinde da questão depende da natureza do cargo ou função a ser desempenhada. Assim se o órgão é de natureza meramente administrativa, a investidura a prazo certo marca o prazo final, mas permite a livre demissão pelo titular da competência para nomear, observada, se for o caso, a conjugação de vontades quando dela depender o ato. Nos demais casos em que há relativa autonomia do mandato, o poder de demitir só é possível se a lei confere.

E destacando o voto do Ministro Thompson Flores no voto condutor do acórdão referente ao MS nº 19.493-DF, prolatado em 21/05/69[48], a Parecerista esclarece:

> Nos órgãos administrativos judicantes (Conselhos de Contribuintes, etc.), o exercício da função por prazo certo (mandato) resguarda a independência do julgador. Nos demais, apenas visa a assegurar o princípio moralizador da rotatividade no desempenho de certas funções, notadamente aquelas que se identificam com gestões financeiras ou patrimoniais. O mandato, então, está a significar que o prazo não poderá ser excedido; nunca que não possa ser encurtado, a critério do Poder e Autoridade próprias.

Em 02/08/01, o STJ, em acórdão de sua 5ª Turma, referente ao MS nº 11.981-MT, concedeu a segurança a membro de Junta Comercial, representante da OAB, por esta substituído injustificadamente, isto é, sem embasamento nas hipóteses legais para tanto previstas, com base em precedente do mesmo Tribunal[49].

Portanto, ainda que vencidas as maiores vacilações, aspectos específicos ainda suscitam aprofundamento do tema e ampliação da abordagem.[50]

6 A REMUNERAÇÃO DOS MEMBROS DE COLEGIADOS

Inexistindo tratamento uniforme quanto à remuneração de membros de colegiados, conforme salientado por Hely Lopes Meirelles e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (v. item 2), essa é condicionada à legislação de regência daqueles que já integram a Administração Pública Direta ou Indireta e ainda às normas que instituem e disciplinam os referidos órgãos.

Dessa forma, verifica-se que os conselhos e comissões vinculados à Administração Direta federal, em que a participação é definida como encargo público relevante, têm prevista a gratuidade da participação de seus servidores, em consonância com o disposto pelo art. 119, *caput*, da Lei federal nº 8.112, de 11.1.90, - Regime único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

---

[48] Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 56, 1971, ps. 680-5.

[49] MS 1.480-0-MA.

[50] Pareceres PGE nºs. 12.985/01, 12.571/99, 12.505/99, 12.459/99, 9.904/93, disponíveis no site <http://www.pge.rs.gov.br >.

Themístocles Brandão Cavalcanti no acórdão referente ao MS 18.697-DF, de 21/05/69, registra a origem e a natureza da remuneração:

> [...]criada pelo Estado francês no tempo de Luís XIII, isto é, em 2 de fevereiro de 1625, que instituiu o *jéton d'argent* para os que comparecessem às sessões da Academia Francesa, substituído depois por Colbert em 1683, pelo *jéton de presence* (em 8 de janeiro).
>
> [...]No *Vocabulaire Juridique* de Henri Capitant, se encontra uma boa definição jurídica:
>
> "Importância atribuída a pessoas que assistem a certas sessões ou assembléias, ou a título de remuneração das funções que ali exercem, ou a título de retribuição de despesas."
>
> No Brasil foram introduzidas, segundo parece, no serviço público, para os Conselhos de Contribuintes.

No mesmo julgado, define:

> E ainda aqui convém fixar bem a natureza dessa retribuição pecuniária que, nada mais é do que uma gratificação, como a qualifica o estatuto dos funcionários públicos (art. 145, IX) pela participação em órgãos de deliberação coletiva [Lei federal nº 1.711, de 28 de outubro de 1952].
>
> Seria efetivamente uma gratificação em sentido próprio se o titular já fosse funcionário, mas não o será se não for funcionário. (Grifo nosso.)

Consagrado o entendimento sobre o tema expresso por Hely Lopes Meirelles, que classifica como

> *Gratificação de serviço* (*propter laborem*) aquela que a Administração institui para recompensar riscos ou ônus decorrentes de trabalhos normais executados em condições anormais de perigo ou de encargos para o servidor, como pela prestação de serviços extraordinários, fora do expediente, da sede ou das atribuições ordinárias do cargo.

Salientando:

> Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias *pro labore faciendo* e *propter laborem*. Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí por que não se incorporam

automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador.[51]

Contrariamente ao que dispõe o Estatuto Federal, gratificação com essa natureza é prevista pelos artigos 85, inciso III, e 122 da Lei Complementar nº 10.098, de 03 de fevereiro de 1994, que dispõe sobre o Estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul, estando seu valor disciplinado pela Lei estadual nº 7.369, de 18 de abril de 1980, com subseqüentes alterações[52], para todos os colegiados da entidade política e respectivas autarquias.

Dessa forma, embora tenha tido por vezes a caracterização como verba indenizatória, ou de representação, o entendimento atual é de que o jeton possui natureza remuneratória, como afirmado também pelo Ministério da Fazenda, em apreciação ao processo nº 200.678-60[53].

Nos entes dotados de personalidade de direito privado da Administração Indireta, a remuneração dos integrantes de seus diversos conselhos deve ser disciplinada nas respectivas normas estatutárias, embora sejam de necessária observância os parâmetros estabelecidos pela legislação federal aplicável. Nas sociedades de economia mista, aplicáveis as disposições específicas contidas na Lei federal nº 6.404, de 15/12/76[54].

Em âmbito federal, a Lei 9.292, de 12/07/96, ao dispor sobre essa remuneração mensal, conferiu nova redação ao parágrafo único do art. 119 da Lei nº 8212/90, e assim excepcionou a vedação expressa de remuneração pela participação em órgão de deliberação coletiva, revogando a Lei nº 7.733, de 14 de fevereiro de 1989, que vedava o pagamento pela participação de servidores públicos federais em colegiados de empresas estatais[55]

---

[51] Direito Administrativo brasileiro. 21ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 417.

[52] Normas disponíveis no site http://www.al..rs.gov.br .

[53] Imposto de renda "jeton" de presença – diárias. Revista de Direito Administrativo, v. 73, p. 371, 1963.

[54] Apontado, nos Pareceres PGE nº 9.002/91 e 9.635/93, de lavra das Procuradoras do Estado do Rio Grande do Sul Carita Galbinski e Rosa Maria Aranovich, respectivamente, que, nas companhias, a remuneração dos conselheiros é estabelecida em bases fixas e segue os parâmetros de reajuste adotados para os dirigentes, enquanto no segundo é lembrado que esta remuneração "tem sido estabelecida pelas próprias entidades em percentagem incidente sobre o valor da remuneração dos diretores, pré-fixada pelo Chefe do Executivo, respeitada obviamente, a competência dos órgãos internos, como é o caso da assembléia geral nas sociedades anônimas", consoante preceituado pelos artigos 152 e 162, § 3º, da Lei 6404/76.

[55] Art. 1º - A remuneração mensal devida aos membros dos Conselhos de Administração e Fiscal das empresas públicas e das sociedades de economia mista federais, bem como das demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, não excederá, em nenhuma hipótese, a dez por cento da remuneração mensal média dos diretores das respectivas empresas.

§ 1º - A remuneração só será devida ao membro suplente do Conselho Fiscal no mês em que comparecer a reuniões do conselho a que pertencer, conforme registro em ata, no livro próprio.

Útil na interpretação dos dispositivos em exame, o conhecimento da justificativa ao respectivo projeto de lei, do seguinte teor:

> [...] 2. A atenção devotada aos ditos conselhos [de administração e fiscal] deriva do fato de que eles se erigem como indispensável instrumento para a execução dos programas gerais e setoriais do Governo, pois, enquanto ao de administração cabe, precipuamente, a orientação estratégica dos negócios empresariais, ao fiscal compete o conseqüente controle do fiel cumprimento dessas estratégias.
>
> 3. Vê-se, pois, que as atividades de planejamento e controle governamentais, ora em revigoramento no âmbito da Administração Pública Federal, conduzem os membros desses conselhos a assumir responsabilidades que extrapolam os limites das funções usuais. Essa importância confirma-se, mais e mais, uma vez que o Estado vem consignando, em sucessivos normativos, rol de atribuições que os colocam, com propriedade, na condição de elo de coordenação das políticas eminentemente públicas e daquelas de caráter estritamente empresarial.

---

§ 2º - A prestação anual de contas das entidades de que trata este artigo será acompanhada de demonstrativo da remuneração paga aos respectivos conselheiros, bem como das atas das reuniões realizadas durante o exercício.
§ 3º - Aos membros dos conselhos a que se refere este artigo é vedada:
I - a participação, a qualquer título, nos lucros da entidade;
II - (Vetado.)
§ 4º - (Vetado.)
Art. 2º - O art. 119 da Lei 8112, de 11 de dezembro de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:
Art. 119 - (O servidor não poderá exercer mais de um cargo em comissão, exceto no caso previsto no parágrafo único do art. 9º, nem ser remunerado pela participação em órgão de deliberação coletiva.)
Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica à remuneração devida pela participação em Conselhos de Administração e Fiscal das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, bem como quaisquer entidades sob controle direto ou indireto da União, observado o que, a respeito, dispuser legislação específica.
Art. 3º - Compete aos órgãos integrantes do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo e aos conselheiros fiscais zelar pelo cumprimento do disposto nesta Lei.
Art. 4º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
Art. 5º - Revogam-se a Lei 7.733, de 14 de fevereiro de 1989, e as demais disposições em contrário. (Grifo nosso.)
Disciplinamento que foi regulamentado pelo Decreto nº 1.957, de 12..07.96:
Art. 1º É vedada a participação remunerada de servidores da Administração Federal, direta ou indireta, em mais de dois conselhos, de administração ou fiscal, de empresas públicas e de sociedades de economia mista federais, bem como das demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.
Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. (Grifo nosso.)

> 4. É mister, nesse contexto, até por questões de ordem prática, que se restabeleça a remuneração dos servidores da Administração Federal direta ou indireta como membros dos conselhos de administração e fiscal das empresas estatais, vedada pela Lei nº 7.733, de 14 de fevereiro de 1989, cuja revogação ora se propõe.
>
> 5. De outra parte, propõe-se, ainda, a inclusão de parágrafo único ao artigo 119, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, para adequá-la aos objetivos aqui pretendidos, uma vez que, sem a modificação proposta, o projeto de lei em causa seria conflitante com aquele diploma legal, que proíbe a remuneração pela participação em órgão de deliberação coletiva.
>
> 6. Para atender ao disposto nos artigos 152 e 162, § 3º, da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, o aludido projeto de Lei fixa limites para a remuneração dos ditos conselheiros e veda, aos mesmos (...) a participação nos lucros como forma de retribuição pecuniária pelo seu exercício, tanto na condição de conselheiro de administração, como na de conselheiro fiscal.
>
> 7. Resguardados os princípios da ordem pública que embasam as funções de administração e fiscalização de entidades federais, espera-se, com as disposições contidas nesta proposição, manter e aprimorar o profissionalismo na composição dos ditos conselhos.
>
> 8. Assim, considerando o caráter meritório dos objetivos ora pretendidos, especialmente no tocante ao inadiável restabelecimento da justa compensação por serviços prestados pelos membros dos conselhos de administração e fiscal das empresas estatais, sugerimos o encaminhamento do anexo projeto de lei à consideração dos Senhores Membros do Congresso Nacional." (Diário do Congresso Nacional, Seção I, 31/08/94. Grifo nosso.).

Argüída a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 5º da indigitada Lei federal nº 9.292/96, na ADIn nº 1485-4-DF sob o argumento de acúmulo, este foi afastado pelo STF em sessão plenária, no julgamento do pedido de medida cautelar, sendo Relator o Ministro José Néri da Silveira, em 07.08.96 (DJ de 16.08.96), em acórdão unânime, de cuja ementa consta:

> 5. Alega-se vulneração ao art. 37, XVI e XVII, da Constituição, quanto à acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas. 4. Não se cuida do exercício de cargos em comissão ou de funções gratificadas, stricto sensu, especialmente porque se cogita, aí, de pessoas jurídicas de direito privado. 5. Não se configura, no caso,

acumulação de cargos vedada pelo art. 37, XVI, da Lei Maior. 6. Não caracterização do pressuposto da relevância jurídica do pedido. 7. Medida cautelar indeferida.

E na fundamentação do voto, o Relator salienta:

> A Lei impugnada, ademais, em seu art. 1º, estipula que a remuneração mensal devida aos membros dos conselhos de administração e fiscal das entidades aludidas 'não excederá, em nenhuma hipótese, a dez por cento da remuneração mensal média dos diretores das respectivas empresas'. É, também, vedada, a teor do § 3º do art. 1º, do Diploma, aos membros dos conselhos a que se refere a Lei nº 9292, a participação, a qualquer título, nos lucros da entidade.
>
> É exato, ainda, que ao servidor não é vedado o exercício de função de chefia, cuja retribuição, na forma da lei, se acrescenta à remuneração do cargo de provimento efetivo. Não se trata, então, de acumulação de cargos, vedada pelo art. 37, XVI, da Lei Maior. A observação cresce de ponto, no caso concreto, em que se disciplina exercício por servidor de função em conselho de entidade de direito privado, com remuneração que guarda antes caráter correspondente a retribuição de representação.
>
> Assim sendo, nos limites de apreciação do feito, no juízo cautelar, indefiro a liminar pleiteada.[56]

De interesse referir que, após alteração da norma estatutária contida no art. 119 pela Lei federal nº 9.527, de 10.12.97[57], este artigo foi novamente modificado em 4.09.01, pela Medida Provisória no 2.225-45, para possibilitar a atuação de servidores públicos federais em diversos entes da Administração indireta federal.

Também sucessivamente alterado o inciso X do art. 117, ainda da mesma Lei federal nº 8.112/90, de modo a compatibilizar a vedação estatutária, à nova redação do dispositivo transcrito, atualmente com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.094, de 13 de janeiro de 2005.[58]

---

[56] Ação que ainda pendente da apreciação de mérito, redistribuída ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes em 13/08/03.

[57] Art. 119. O servidor não poderá exercer mais de um cargo em comissão, exceto no caso previsto no parágrafo único do art. 9º, nem ser remunerado pela participação em órgão de deliberação coletiva.
Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica à remuneração devida pela participação em conselhos de administração e fiscal das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, bem como quaisquer empresas ou entidades em que a União, direta ou indiretamente, detenha participação no capital social, observado o que, a respeito, dispuser legislação específica.

[58] Art. 117 – Ao servidor é proibido: [...] X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída por servidores públicos para prestar serviços a seus membros, e exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;

7 A REPERCUSSÃO PREVIDENCIÁRIA DA REMUNERAÇÃO PAGA AOS MEMBROS DE COLEGIADOS

Se o agente público, submetido a regime previdenciário próprio, estiver autorizado à percepção de jeton por sua legislação de regência, esse, em geral, é excluído da base de cálculo da contribuição (pelo disciplinamento do regime previdenciário próprio), porque tal atividade é desvinculada da remuneração de seu cargo efetivo, ainda que seja deste decorrente, em face da co-relação entre as atribuições exercidas na origem com as atividades desempenhas no colegiado. Atividades estas que, consoante já analisado, têm natureza de múnus público, categorizadas para o servidor público como comissões legais, sendo assim admitidas por seus estatutos. Dessa forma, o valor auferido pela participação nesses órgãos – jeton – constitui gratificação pelo trabalho extraordinário prestado ao Poder Público a que o agente público está funcionalmente vinculado. Razão por que, nesse caso, permanece filiado apenas ao regime previdenciário próprio, isto é, ao regime instituído pelo ente político no exercício da competência definida pelo § 1º do art. 149 (correspondente ao parágrafo único da redação original), combinado com o art. 25, ambos da CRFB.

Normas reafirmadas na preceituação constante do atual § 13 do art. 40 da mesma Carta, ao definir a filiação ao Regime Geral de Previdência Social apenas daqueles que desempenhem, com exclusividade, atividades temporárias[59].

Entretanto, se o pagamento do jeton não estiver categorizado como gratificação e assim autorizado e disciplinado, necessário considerar as disposições constantes dos planos de custeio e de benefícios da Previdência Social, expressas no § 1º do art. 13, combinado com o disposto na alínea 'f' do inciso V do art. 12 da Lei 8.212, e § 1º do art. 12, combinado com a disposição contida na alínea 'f' do inciso V do art. 11 da Lei 8.213, ambas da mesma data de 24 de julho de 1991. Disposições vigentes na forma conferida pela Lei 9.876, de 26 de novembro de 1999, que, respectivamente, prevêem a concomitância de atividades exercidas pelo servidor ou militar e a filiação ao Regime Geral de Previdência Social, na categoria de contribuinte individual, como "membro de conselho de administração de sociedade anônima", sendo definido como salário-de-contribuição, para essa categoria de contribuinte, "a remuneração auferida em uma ou mais empresas", nos termos do inciso III do art. 28 da Lei 8.212/91, com a redação alterada também pela Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999.

Previstas a mesma filiação e a mesma incidência no § 1º do art. 10 , combinado com a alínea 'f' do inciso V do art. 9º do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, ambas as disposições na redação conferida pelo Decreto nº 3.265, de 29.11.1999.

---

[59] Delúbio Gomes Pereira da Silva in Regime de previdência social dos servidores públicos no Brasil: perspectivas. São Paulo:LTr, 2003, ps. 76-80, e Wladimir Novaes Martinez in Reforma da previdência social – comentários à Emenda Constitucional nº 20/98. São Paulo:LTr, 2003, p. 67.

Ainda prevista a filiação ao RGPS do membro de conselho fiscal de sociedade por ações, conforme inciso V do § 15 do art. 9º do Decreto nº 3.048/99.

Disposições que terão incidência se concretizada a hipótese legal, como anota Sérgio Pinto Martins:

> Atualmente, a lei previdenciária considera os membros do Conselho de Administração na sociedade anônima como empresários. Contudo, é possível que uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada tenha conselho de Administração, porém a legislação previdenciária não menciona a sua condição, que poderia ser equiparada à do conselheiro da sociedade anônima, por analogia. Entretanto, o contribuinte deve ser definido em lei, sendo que o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei (§ 1º do art. 108 do CTN). Assim, o membro do Conselho de Administração de sociedade por cotas de responsabilidade limitada não será contribuinte ou empresário para os efeitos da seguridade social.[60](Grifo nosso.)

Esse questionamento, somado à constatação de que também inexiste previsão - na legislação previdenciária - de filiação do membro de conselho fiscal, parece comprometer a aplicação de tais disposições, quanto à incidência da contribuição previdenciária sobre a remuneração auferida pelos membros dos colegiados integrantes de entidades não especificadas, porque necessariamente restrita às hipóteses expressas nas mencionadas Leis.

Ademais, seria estranhável a filiação previdenciária - ao RGPS - do servidor em face do desempenho de um encargo que decorre (direta ou indiretamente) de sua vinculação originária, mormente quando permanece no desempenho de suas atribuições funcionais e filiado a seu regime previdenciário próprio. Situação que parece desconforme aos princípios determinantes da manutenção do servidor, exclusivamente no regime previdenciário próprio, durante afastamentos sem ônus para a origem sendo remunerado por outras fontes.[61]

---

[60] Direito da Seguridade Social. 17ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002, p. 126. A doutrina é uniforme quanto à exigência de prévia e expressa definição legal da incidência contributiva, podendo ser citados exemplificativamente: Wladimir Novaes Martinez, in O salário-de-contribuição na lei básica da Previdência Social. São Paulo: LTr., 1993, p. 109; Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen, in Direito da Seguridade Social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, ps. 350-351; Bernardo Ribeiro De Moraes in Compêndio de Direito Tributário. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 96.

[61] Orientação Normativa nº 03, de 13 de agosto de 2004, expedida pela Secretaria do Ministério de Previdência Social, no uso das atribuições de orientação, supervisão e acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, definidas pelo inciso I do art. 9º da Lei federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998:
[...]

8 A DISTINÇÃO ENTRE CARGOS, EMPREGOS, FUNÇÕES E A PARTICIPAÇÃO EM COLEGIADOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA

Pelo exposto, verifica-se que a remuneração não modifica a natureza da participação do servidor no colegiado, como salientado pelo Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti no acórdão já referido, correspondente ao MS nº 18.697-DF, de 21/05/69, onde esclarece:

> [...] no serviço público, a Constituição em seus arts. 95 §§ 1º e 2º e 104 [Constituição do Brasil, de 24/01/67], só prevê três categorias de funcionários, a saber:
>
> "Os nomeados por concurso; os nomeados em comissão regulados pela legislação específica; e os servidores temporários para obras ou contratados para funções de natureza técnica e regulados pela Consolidação das Leis do Trabalho".
>
> Não haveria lugar para funcionários nomeados *pro tempore*, porque não prevista no texto constitucional.
>
> O equívoco porém, está em equiparar funcionários públicos aos que exercem funções temporárias, sem as qualificações do funcionário.
>
> Há muito que faço essa distinção (ver nosso *Tratado de Direito Administrativo*, IV:20 – *O Funcionário Público e o seu Regime Jurídico*, I:30). Não exercem funções, mas encargo público – Bielsa, Zanobini, chamariam carga pública".
>
> A lei veio consolidar esse conceito doutrinário. Funcionário público é o que exerce cargo público e cargo público, di-lo a Lei nº 3.780, de 1960, ratificando as definições de toda a legislação anterior:
>
> "É o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um funcionário, mantidas as características de criação por lei, denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres públicos" (*Suplemento do Tratado* – V:242).
>
> Não só isto, também a permanência, a continuidade, a integração ao sistema administrativo caracterizam a qualidade de funcionário.

Art. 13. O servidor público titular de cargo efetivo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios filiado a regime próprio permanecerá vinculado ao regime de origem nas seguintes situações:
I – quando cedido a órgão ou entidade da administração direta e indireta de outro ente federativo, com ou sem ônus para o cessionário;
II – quando licenciado, observando-se o disposto no art. 31 [condiciona o cômputo do tempo de serviço ao recolhimento quando o afastamento se dá sem remuneração];
III – durante o afastamento do cargo efetivo para o exercício de mandato eletivo;e
IV – durante o afastamento do país por cessão ou licenciamento com remuneração.
Parágrafo único. O segurado exercente de mandato de vereador que ocupe, concomitantemente, o cargo efetivo e o mandato filia-se ao regime próprio, pelo cargo efetivo, e ao RGPS, pelo mandato eletivo.

> É o que está no Estatuto dos Funcionários Públicos, era o que constava como definição precisa de todos os projetos de estatutos, desde o de Gracho Cardoso em 1911, é a opinião de todos os nossos autores, desde Viveiros de Castro e Alcides Cruz até Hely Lopes Meirelles e Cretella Júnior. Foi sempre o que sustentei, isto é, que a permanência, a continuidade no serviço é que caracterizam o funcionário público.
>
> É a jurisprudência francesa e italiana que sempre acompanhamos e a doutrina daqueles países, como se vê, em Berthélemy, Staninof, Kammarer, e os mais modernos como Waline, Laubadère, Zanobini, e tantos outros que seria longo enumerar.
>
> Assim, aquele que é nomeado *pro tempore* para exercer determinada função pública, não é, nem sequer servidor público em seu sentido próprio, embora, em sentido genérico e usual, não se lhe possa negar essa qualidade, desde que nessa categoria se incluam os que exercem meras funções públicas, mas mediante contribuição [retribuição] por sessão do conselho de que participam e a que comparecem.

E acrescenta adiante: "A Constituição não previu nem precisava cogitar da espécie porque, no caso, se trata de mera colaboração com a administração pública e não de servidor público."

Distinção ineliminável, considerando que servidores públicos, são "todos aqueles que mantêm com o Poder Público relação de trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência" conforme Celso Antônio Bandeira de Mello.[62] No mesmo sentido, Ivan Barbosa Rigolin, citando Adilson Abreu Dallari, destaca os fatores de profissionalidade, isto é dependência econômica, habitualidade, ou não eventualidade, e subordinação.[63] Características inexistentes na atividade em foco.

E Ruy Cirne Lima definitivamente esclarece:

> Quatro características, independentes entre si, sinalam o funcionário público profissional: a) natureza técnica ou prática do serviço prestado; b) retribuição

---

[62] Regime constitucional dos servidores da Administração Direta e Indireta, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 9.

[63] O Servidor Público na Constituição de 1988, São Paulo: Ed. Saraiva, 1989, p. 80. E adiante enfoca a remuneração dos servidores enfatizando: "[...] a proibição de a Administração manter servidor a título gratuito. A relação profissional é, antes que nada mais, onerosa, cabendo lembrar o texto dos incs. IV, V, VI, VII, além de outros aplicáveis aos servidores, todos do art. 7º da carta, que asseguram a percepção de remuneração pelo trabalhador em razão de seu trabalho. De resto os estatutos de funcionários também, em geral, fixam a proibição de trabalho gratuito, como é o caso do estatuto federal, a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1953, que no art. 4º determina: 'É vedada a prestação de serviços gratuitos'[...]. Serviço gratuito, a Administração o pode ter não de servidores, mas, como se verá, de particulares em desempenho de missão ou função descrita como honorífica, ou de relevante interesse ou utilidade pública, como em comissões, júri, missões diplomáticas ou culturais, e outras hipóteses."

> de cunho profissional. c) vinculação jurídica à União, Estado, ao distrito Federal ou ao Município; d) o caráter permanente dessa vinculação, segundo uma disciplina legal específica.[64] (Grifo nosso.)

Atuação também inconfundível com o exercício de cargos em comissão que, conforme preceituação constitucional, devem ter atribuições de direção, chefia e assessoramento (CRFB, art. 37, V, em sua atual redação; CE/89, art. 32), com jornadas diárias, portanto contínuas, e cargas horárias mínimas, mediante remunerações correspondentes, portanto sujeitos a condições de trabalho similares às dos demais servidores submetidos às regras estatutárias.

Distinta também daqueles que titulam funções, como se verifica pelos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao enfocar as alterações sofridas pelo termo 'função' e concluir:

> Portanto, perante a Constituição atual, quando se fala em função, tem-se que ter em vista dois tipos de situações:
>
> 1. a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX, para as quais não se exige, necessariamente, concurso público, porque, às vezes, a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento; (...)
>
> 2. as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não crie o cargo respectivo; em geral, são funções de confiança, de livre provimento e exoneração; a elas se refere o art. 37, V, ao determinar que "os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica e profissional, nos casos e condições previstos em lei". Também se faz referência a elas no art. 19, § 2º, das disposições transitórias para excluí-las da estabilidade excepcional concedida por esse dispositivo.[65]

Coincidente é o entendimento de Celso Ribeiro Bastos[66] e de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, este anotando:

> 2. *Função pública*. A idéia se liga à *atividade* que deverá ser desempenhada pelo servidor público civil. Essas atividades são ordenadas, especializadas e coordenadas, de modo a suprirem as necessidades operativas do serviço público. Cada uma dessas atividades se denomina *atribuição*. Uma *função pública* resultará, portanto, do cometimento de uma ou mais atribuições a alguém.

---

[64] Princípios do Direito Administrativo, Porto Alegre: Sulina, 1964, p. 162.
[65] Direito Administrativo, 9ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998, p. 358-359.
[66] Curso de Direito Administrativo, 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 283.

> O Estatuto Federal não conceitua *função pública* em sentido autônomo, o que vale dizer que quaisquer funções públicas às quais não correspondam cargos específicos, não estão a ele sujeitas, como o são, por exemplo, as de jurados, de mesários eleitorais, de escrivães e oficiais de justiça *ad hoc*, de tradutores juramentados etc. Esse Estatuto se refere, todavia, a funções públicas enquanto conjuntos de atribuições acrescidas a cargos públicos, como as de direção, chefia e assessoramento (art. 38 §§ 1º e 2º; art. 61, I; e art. 62).
>
> A existência de função pública autônoma estatutária é incompatível com a obrigação constitucional de disposição em carreiras (art. 39, caput, CF).[67] (Grifo nosso.)

Para Diógenes Gasparini:

> As funções sem cargo ou autônomas, como querem alguns, são *provisórias*, e, por essa razão, devem ser da responsabilidade de agentes temporários. Tampouco se confunde com *emprego público*. Este é o trabalho, o ofício, exercido por um servidor em caráter permanente, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. A diferença entre função e emprego público está na duração do desempenho, isto é, naquela é temporário, neste é permanente.
>
> Também não se confunde com *função gratificada*, que é uma vantagem pecuniária, acessória do vencimento, criada por lei, paga ao servidor em razão de encargos de chefia, assessoria e de secretaria, consoante a dicção do art. 9º da Lei federal 3.780/60.[68]

Wolgran Junqueira Ferreira também conclui: "Há funções sem cargos, mas sem estes inexiste fixação do servidor"[69]

Evidencia-se assim que o encargo ou múnus público correspondente à participação em colegiados, por designação do poder público ou por via da eleição, não pode ser considerado equivalente a cargo, emprego ou função, ou contido nessas expressões ou nos conceitos a essas correspondentes, o que se verifica tanto pela interpretação sistemática desses termos, como pela análise da participação em colegiados conforme sua natureza e suas características.

Com esse intuito, constata-se que, em geral, essa atuação se desenvolve nas seguintes condições:

- atividade intermitente, que não se enquadra nos parâmetros de carga horária ou jornada laboral dos servidores ou empregados que mantêm vínculo profissional com os entes e órgãos da Administração Direta e Indireta;

---

[67] Curso de Direito Administrativo, 11ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 205-206.
[68] Direito Administrativo, 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 187-188.
[69] Comentários à Constituição de 1988, Ed. Julex Livros, 1989, v. 1, p. 452.

- regulação por normas específicas vigentes no ente ou órgão a cuja estrutura está vinculado o colegiado;
- temporariedade da atuação, limitada a períodos certos, correspondentes a mandatos;
- remuneração pelo comparecimento a reuniões, sob a forma de jeton, com caráter temporário, sem gerar dependência econômica;
- atuação integrativa de vontade coletiva - do colegiado.

Atuação que, nesses mesmos aspectos, a diferencia do exercício em cargos em comissão, além de terem estes destinação limitada às atividades de direção, chefia e assessoramento, como já apontado.

9 A COMPATIBILIDADE ENTRE AS ESSAS ATUAÇÕES (NO CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO NA ORIGEM E COMO MEMBRO DO COLEGIADO) E A CONSEQÜENTE INOCORRÊNCIA DA ACUMULAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE VEDADA

Ademais, observa-se que, sendo essas participações - em colegiados - intermitentes e sem jornada pré-determinada, sequer há suporte fático para incidência da regra constitucional referente à compatibilidade de horários, permissiva da acumulação, a demonstrar que a vedação constitucional concerne a institutos distintos, inconfundíveis com a atuação em foco.

Assim, inexistindo vedação específica abrangente de tais participações, inviável afirmar que estas obrigariam ao afastamento da posição ocupada na Administração Pública, ainda porque, nesse caso, criar-se-ia verdadeira sinecura, afrontosa aos princípios da razoabilidade, da economicidade e da moralidade, mantendo-se a remuneração do cargo efetivo ou do emprego sem a correspondente atividade, sendo esta reduzida exclusivamente às sessões periódicas do colegiado, conforme entendimento que cumpre definitivamente afastar.

Como inviável seria a participação do servidor desprovida da remuneração, quando regularmente fixada para os membros dos órgãos de deliberação coletiva, porque esta é determinada pelo comparecimento às sessões, como direito correspondente ao desempenho de todos os seus integrantes.

Inexistente também impedimento à designação ou eleição, para os colegiados, de servidor provido em cargo em comissão ou detentor de função gratificada. Impedimento que inocorre, porque, afastada a equivalência de tais posições, a base legal para pagamento do jeton de presença é inconfundível com o fundamento da remuneração do cargo em comissão ou da função gratificada, mormente sendo o pagamento do jeton de presença admitido entre as vantagens previstas estatutariamente para o servidor público.

Ademais, de considerar que, muitas vezes, é de interesse preferencial a participação no colegiado dos servidores que, tendo maior qualificação, experiência e mais informações,

em decorrência do exercício das funções de chefia, de direção ou de assessoramento, se encontram mais habilitados a viabilizar a atuação coordenada dos diversos entes e órgãos da Administração, como salientam Ewan Ferlie et al:

> As inter-relações dentro de tais grupos mistos são algumas vezes vistas em termos de uma ordem negociada (Hodgson et al., 1965; R. Stewart, 1991). Embora pequenos em tamanho, os conselhos dirigentes das organizações públicas incluem uma série complexa de papéis e inter-relações diferentes (por exemplo, a relação entre o presidente da empresa e o CEO [chief executive officiers = dirigentes máximos de instituições públicas], entre o presidente da empresa e os diretores não executivos, entre os diretores executivos e os diretores não executivos).

Também gera impasses, o entendimento de que a participação de empregados públicos em tais órgãos deliberativos determina a suspensão ou a interrupção do contrato de trabalho, sob o argumento de sua incompatibilidade com a subordinação inerente ao vínculo trabalhista.

Entretanto, essa subordinação deve ser considerada com diferenciais inexistentes no setor privado.

O primeiro, decorrente da condição do empregador-poder público, integrante de uma estrutura organizacional com fins pré-estabelecidos em função do interesse público, submetido a um disciplinamento que elide a arbitrariedade e faz obrigatória a motivação de seus atos.

O segundo, em razão da condição do empregado público, admitido por concurso e contratado, conforme disciplinamento que regula sua atividade funcional.

O terceiro, relacionado à qualificação pessoal, que deve ser comprovada, e constitui pressuposto da designação ou da eleição, a dificultar a submissão indevida.

Outrossim, necessário considerar que as sociedades de economia mista, empresas públicas, subsidiárias e controladas pelo poder público devem ser por este direcionadas justamente para atingimento dos fins previstos na lei que autorizou a criação ou a aquisição da pessoa jurídica. Por conseqüência, resulta afastado o risco de indevida submissão do empregado aos desígnios do empregador, de modo a comprometer os interesses dos acionistas, pois, na situação enfocada, esses fins são legalmente qualificados e submetidos à supervisão estatal, como já salientado. Situação em que essa convergência de vontades é instrumental da ação administrativa e, portanto, imprescindível.

Fatores que compõem uma situação jurídica diferenciada, em face de condições inexistentes no setor privado, e que levam a concluir pela compatibilidade entre a condição de empregado de ente da Administração Indireta e sua participação em colegiados, por designação do poder público[70].

---

[70] No Parecer PGE nº 8.756/91, a Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul Clarita Galbinski observa: "4. Na prestação de serviços públicos, às vezes o Estado lança mão de seus setores da Administração Direta e,

De salientar, porém, que sua designação deve ser precedida da consulta e da aquiescência do empregado, sob pena de configurar-se indevida alteração do ajuste laboral, e da autorização expressa do empregador, por intermédio dos órgãos para tanto competentes, na forma do seu disciplinamento interno .

Aspectos que poderiam causar estranheza se os demais entes da Administração não estivessem na mesma contingência de necessitar de recursos humanos para compor seus órgãos estruturais, como o conselho fiscal, nas sociedades de economia mista, o conselho curador nas fundações, etc.. Do que resulta um verdadeiro intercâmbio de recursos humanos como instrumental necessário à própria existência de tais entes e órgãos, portanto, de interesse público, categorizado como múnus público, a justificar o deslocamento do agente de sua posição na origem.

10 A NECESSÁRIA LIMITAÇÃO DE TEMPO DE MODO A NÃO PREJUDICAR O DESEMPENHO DO CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO NA ORIGEM, CASO AS SESSÕES DO COLEGIADO SEJAM REALIZADAS NO HORÁRIO DE EXPEDIENTE

Pelo exame das normas referidas, verifica-se que, tanto em âmbito federal como em âmbito estadual, existem limitações à participação dos servidores da Administração Direta e Indireta em colegiados. Assim, o Decreto federal nº 1.957/96, que regulamentou o art. 119 da Lei federal nº 8.112/90, com a redação conferida pela Lei nº 9.292/96, vedou a participação de servidores em mais de dois colegiados.

Ao passo que a Lei nº 7.369/80 do Estado do Rio Grande do Sul, estabelece, no artigo 3º, o número máximo mensal de quinze reuniões remuneradas para cada membro, "excetuados os do Conselho Estadual de Educação, cujo limite será de vinte e quatro" e, no artigo seguinte a impossibilidade de os servidores integrarem mais de um órgão de deliberação coletiva.

Admitida a participação do servidor nos colegiados durante o horário de expediente, impende considerar que embora sua atuação seja de interesse público, como enfatizado, o afastamento que comprometa o desempenho do exercício do agente em suas funções na

---

em outros, da Administração Indireta, aparecendo hipóteses em que, necessitando contar com o auxílio técnico de determinado agente, o Poder Público formaliza convite para empregado vinculado a sociedade de economia mista, empresas públicas ou fundações. 5. Não se tratando de requisição, fica a critério do representante da pessoa jurídica ceder ou não ceder o servidor, e, ademais, na dependência de manifestação de vontade do último, que só se deslocará para a Administração centralizada querendo e desde que não lhe advenha, direta ou indiretamente, qualquer prejuízo. Este é um exemplo típico de influência do direito Público nas relações privadas mantidas entre a sociedade de economia mista (que é o caso indagado nos autos) e o seu empregado. 6. Vale-se o empregador, na hipótese, da figura prevista no artigo 472 da Consolidação das Leis do Trabalho, [...]".

origem deve ser coibido, porque neste caso a percepção integral de sua remuneração resultaria em um ganho sem contraprestação.

Assim, para que seja assegurada a efetividade dos princípios de economicidade, moralidade e eficiência, conveniente a limitação do tempo de afastamento necessário para comparecimento às sessões, o número máximo de colegiados que podem ser integrados pelo mesmo agente público e o número máximo de sessões mensais, regramento que pode ser editado pelo ente político, no exercício de sua competência administrativa.

De ressalvar que, os Conselhos Tutelares, quando a participação é remunerada e há dedicação integral, são exemplos de órgãos com tipicidade própria, que não se enquadram na regra geral da compatibilidade com a função exercida na origem[71].

CONCLUSÕES

1. Os colegiados, em suas diversas espécies e com diferentes funções, constituem forma amplamente adotada pela Administração Pública Direta e Indireta, sendo imprescindíveis tanto à estruturação e ao controle das entidades que a integram quanto à composição de interesses, na busca da consensualidade para prevenção de conflitos.

2. Nas sociedades de economia mista, instrumentalizam o controle e a orientação para concretização dos fins legalmente definidos pelo acionista controlador.

3. A investidura nesses órgãos de deliberação coletiva, viabilizando tanto a estruturação da pessoa jurídica e, conseqüentemente, o atingimento de seus fins, como a busca de soluções baseadas na ponderação do juízo coletivo, tem a natureza de múnus público, resultando de atribuições com caráter de comissão legal, para os que já detêm a condição de agentes públicos, e na qualificação de agentes honoríficos para os demais.

4. Para atingimento das funções cometidas a tais órgãos e para sua atuação em padrões de moralidade e eficiência, importa, na escolha de seus integrantes, prioritariamente a adequação, condicionada à satisfação dos requisitos necessários e à forma da investidura de acordo com o sistema adotado, se por designação, por eleição ou pela combinação de ambos. Sistemas que determinam o grau de tecnicidade e de representatividade do colegiado.

5. Conforme posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, a temporariedade prevista dessa investidura, fixada em mandatos, pode ser reduzida se a função do colegiado é meramente administrativa.

---

[71] Nesse sentido o Parecer PGE nº 9.620/93, disponível no no site <http://www.pge.rs.gov.br >, embora de considerar o disposto pelo art. 25 da LC nº 10.098, de 03 de fevereiro de 1994, e pelo Decreto nº 36.603, de 11 de 11 de abril de 1996, do Estado do Rio Grande do Sul, que dispõem sobre a cedência e a colocação à disposição, normas disponíveis no site http://www.al..rs.gov.br .

6. A remuneração dessa atividade, se prevista nas normas que disciplinam o colegiado, tem a forma de jeton, e terá a natureza de gratificação, se também prevista nos estatutos dos servidores que o compõem, como vantagem admitida. Em caso contrário, embora a todos devida, não terá a tipicidade de gratificação.

7. O jeton só integra a base de cálculo de contribuição previdenciária mediante previsão legal expressa que defina precisamente a hipótese ocorrente, não sendo possível a imposição contributiva com base na analogia.

8. As características dessa atuação e a especificidade de seu regramento determinam distinções necessárias que a diferencia da atividade exercida no desempenho de cargos, empregos e funções, como enfatiza Themístocles Brandão Cavalcanti, mencionando projetos elaborados desde 1911, antiga doutrina nacional e alienígena. Características que permanecem e são reafirmadas pelos atuais doutrinadores e pelo Supremo Tribunal Federal, em recente julgado.

9. Conseqüentemente, sendo incogitável a acumulação, porque inexistente um dos termos para que se configure a duplicidade constitucionalmente vedada, é possível a participação do agente público em colegiados sem afastamento de suas funções na origem.

10. Para que seja assegurada a efetividade dos princípios de economicidade, moralidade e eficiência, conveniente a limitação do tempo de afastamento necessário para comparecimento às sessões, o número máximo de colegiados que podem ser integrados pelo mesmo agente público e o número máximo de sessões mensais, em disciplinamento que pode ser editado pelo ente político, no exercício de sua competência administrativa. Norma que será aplicável aos servidores que, na origem, estão vinculados a órgãos públicos e que poderá servir de parâmetro aos demais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. Parecer PGE/RS nº 8.900/91, disponível no site <http://www.pge.rs.gov.br >.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Prestação de serviços públicos e Administração Indireta. São Paulo: Ed. RT, 1973.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios gerais de direito administrativo. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1979.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 3ª ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1997.

CARNEIRO, Alaim de Almeida. Cargos em comissão. Revista de Direito Administrativo v. 17, julho-setembro-1949.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. ed. revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo. 2ª ed. revista e aumentada, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948, v. 1.

CIRNE LIMA, Ruy. Princípios do Direito Administrativo. Porto Alegre: Sulina, 1964.

CRETELLA Jr., José. Comentários à Constituição de 1988. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

_____. Direito Administrativo brasileiro. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 9ª ed.,São Paulo, Atlas, 1998.

DIEZ, Manuel Maria. Derecho Administrativo, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. La organizacion y sus agentes: revisión de estructuras in La administración pública y el estado contemporaneo, Instituto de Estudios Politicos, Madrid: 1961.

FERLIE, Ewan et al. A nova administração pública em ação. Brasília: Editora Universidade de Brasília: ENAP, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa, p. 1.172.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. Comentários à Constituição de 1988. Ed. Julex Livros, 1989, vol. I.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Empresas públicas e sociedades de economia mista. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. ENCONTROS REGIONAIS DE CONTROLE E ORIENTAÇÃO promovidos pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul nos dias 12, 25 e 25 de setembro de 2003, nas Cidades de Santa Cruz, Santa Maria e Erechim, em palestras proferidas sobre o Tema Terceirização no Serviço Público.

FONSECA, Tito Prates da. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939.

FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveira. Atos Administrativos, São Paulo: Edição Saraiva, 1980.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 4ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.

GIANNINI, Massimo Severo. Instituzioni di Diritto Amministrativo, Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1981.

CIRNE LIMA, Ruy. Princípios do Direito Administrativo, Porto Alegre: Sulina, 1964.

MARIN, José Gascon y. Tratado de Derecho Administrativo: princípios da legislación española. 6ª ed. revisada, Madrid: 1935.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 17ª ed., São Paulo: Editora Atlas S.A..

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 3ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 21ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MENEGALE, J. Guimarães. Conselho Administrativo da Caixa Econômica Federal – mandato por nomeação, do Presidente – sua coincidência com o dos conselheiros – indemissibilidade "ad nutum". Revista Forense, v. 193, 1961.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Imposto de renda "jeton" de presença – diárias. Revista de Direito Administrativo, RJ/SP, v. 73, p. 371, 1963.

MONCH, Maria da Conceição do Amaral. As sociedades de economia mista e as empresas públicas: controle e responsabilidade. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.127, p.574, janeiro-março, 1977.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. Uma nova administração pública. Revista de Direito Administrativo, v. 220.

PONDÉ, Lafayete. Peculiaridades do órgão colegiado. Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo nº 32, 2º semestre de 1972, p. 122-133.

_____. Peculiaridades do órgão colegial. Revista de Direito público, v. 20, p. 25-31.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. O Servidor público na Constituição de 1988. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

SILVA. De Plácido e. Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 1.

SILVA, Delúbio Gomes Pereira da. Regime de previdência social dos servidores públicos no Brasil: perspectivas. São Paulo: LTr, 2003.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional positivo. 6ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

A Isenção Previdenciária do Servidor Público e o Abono de Permanência

Roberto Carus

INTRODUÇÃO

A importância da isenção da contribuição previdenciária e do abono, oferecidos aos servidores públicos em troca de sua permanência em atividade não reside apenas no incentivo financeiro, mas na possibilidade jurídica de garantir aos servidores ativos que já se encontravam no sistema a manutenção de alguns direitos que foram subtraídos com a reforma na previdência do setor público, a integralidade e a paridade, que serão concedidas, excepcionalmente, como prêmio, àqueles que retardarem a aposentadoria até completarem, cumulativamente, os requisitos de idade e contribuição previstos na letra "a", § 1º, do art. 40 da Constituição Federal.

No primeiro capítulo, procuramos estabelecer os motivos que levaram ao afastamento de significativa parcela de servidores no período que antecedeu a reforma, assim como as condições em que estará configurado o direito a isenção ou ao abono, além de analisarmos o alcance das normas em razão de sua previsão constitucional.

Embora, na segunda parte, a isenção da contribuição previdenciária e o abono de permanência sejam analisados separadamente, percebe-se que por serem de natureza jurídica distintas emprestaram resultados jurídicos diversos às relações que se pretendem regular, daí a substituição de um pelo outro. Como o direito à isenção ou ao abono envolve a permanência no cargo efetivo, também foram abordas as questões que tratam da troca de cargos, em consonância com as orientações do Tribunal de Contas da União.

Finalmente, não obstante as referências a outros regimes previdenciários, buscamos privilegiar uma abordagem voltada aos procedimentos adotados na esfera federal.

1 AS ALTERAÇÕES NA PREVIDÊNCIA DO SETOR PÚBLICO O ALCANCE DA NORMA ISENTIVA

Criada com o objetivo de estimular a permanência dos servidores públicos, detentores de cargo efetivo, que, no exercício de suas atividades, já tivessem obtido o tempo necessário à aposentadoria ou àqueles que viessem implementar as condições para tal pelas regras de transição, a isenção da contribuição previdenciária, estabelecida na EC n.º 20/98, originariamente deveria ter sido aprovada junto com a norma que prevê a contribuição previdenciária dos servidores inativos e que, à época, foi rejeitada pelo Congresso Nacional. Era através dessa conjugação de normas que se esperava incentivar a continuidade dos atuais servidores públicos em atividade.

O clima de insegurança jurídica, instalado pelas discussões que antecederam as reformas, acabou por influenciar no afastamento de significativa parcela dos servidores ativos que, até aquele momento, reuniam os requisitos necessários à aposentadoria e continuavam trabalhando. Temia-se que com as novas regras se atropelassem os direitos adquiridos até então, a exemplo do que ocorreu com a reforma do Regime Geral, quando foram instituídas novas regras para as aposentadorias, prejudicando aqueles que contribuíram sobre valores mais elevados e tiveram que arcar com os prejuízos decorrentes dessas mudanças[1]. Nas palavras de Décio Garcia Munhoz:

> "E, diante da ação desagregadora dos Ministérios da Administração e da Previdência, semeando incertezas, foi impossível conter a corrida às aposentadorias precoces, pelo temor provocado em servidores que normalmente permaneceriam na ativa se sentissem, no decorrer dos debates, um mínimo de garantia dos direitos já conquistados. Com isso, apenas no qüinqüênio 1994/98 o total de aposentadorias concedidas superou os 100,0 mil." [2]

---

[1] "*Mudanças no Regime Geral – Mudança nas regras atualmente vigentes para o regime geral deveriam constituir a prioridade absoluta na reforma em discussão. Afinal, a exigência do tempo de contribuição quando da aposentadoria, um dos grandes avanços do neoliberalismo, joga à condição de cidadãos de segunda classe mais de 40,0% da população economicamente ativa – aproximadamente 35,0 milhões de pessoas – o contingente de desempregados (16,5 milhões) e de empregados sem carteira (18,5 milhões). Um exército de trabalhadores incapazes de, quando da aposentadoria, comprovar 35 anos de contribuição, mesmo que tenham 40 ou mais 50 anos de trabalho. Todos enganados pela nova previdência, pois, ainda que pagando contribuições sobre salários equivalentes a dois, três ou cinco salários-mínimos, terão de se contentar com uma aposentadoria muito inferior – a depender do tempo em que esteve no calvário do desemprego, ou como trabalhador clandestino.*
Outra aberração que terá de ser revista é em relação ao critério de cálculo do valor do benefício, pois com a regra atual – considerar a média aritmética simples dos salários de contribuição do passado (com base nos maiores salários de 80,0% de todo o período contributivo) – se reduz ardilosamente o valor da aposentadoria;"
MUNHOZ, Décio Garcia. Previdência Social. A Reforma da Reforma. In a "Reforma da Previdência em Questão". Editora UnB: 2003. p. 247.

[2] MUNHOZ, Décio Garcia. Previdência Social. A Reforma da Reforma. In a "Reforma da Previdência em Questão". Editora UnB: 2003, p. 236.

Isso se justifica, em parte, pela redação original da PEC, com a previsão de considerar, para o cálculo dos proventos de aposentadoria e pensão, as contribuições recolhidas tanto nos Regimes Próprios[3] como no RGPS e não mais a última remuneração. Por essa fórmula inviabilizava-se a percepção da integralidade dos proventos de aposentadoria. Somente após, na Comissão Especial da Câmara, houve a alteração que permitiu aos servidores que já se encontravam no sistema o direito à aposentadoria com base na última remuneração[4].

O fato é que a isenção oferecida ao servidor, em troca de sua permanência no serviço, foi insuficiente para conter o grande número de aposentadorias que antecederam às reformas na previdência do setor público, resultado da postura equivocada que orientou os debates em torno dessa questão – a previdência do setor público, denominação imprópria para a esfera federal, pois jamais existiu um regime previdenciário para o servidor público da União, apenas uma conta no Tesouro Nacional e não um fundo que servisse para vincular os valores arrecadados dos servidores.

Décio Garcia Munhoz, assevera que entender as razões de não haver se buscado criar um regime previdenciário para os servidores da União é fácil, pois até o final dos anos 80 as despesas com inativos – aposentadorias e pensões – eram pequenas, pouco mais de 20% do total das despesas com pessoal e, aí, na hipótese de se criar um novo sistema isso provocaria um aumento de gastos correntes (contribuições para o INSS e para o Fundo de Pensão) equivalente a 70% das despesas com inativos. Logo, a inexistência de um sistema de previdência do servidor foi à alternativa de menor custo escolhida e mantida persistentemente pelo Governo até que, a corrida às aposentadorias, provocada pelas campanhas publicitárias contra os servidores, quando nos anos 90 se tentava reforçar as restrições inicialmente dirigidas ao regime geral (INSS)[5], acabou comprometendo essa equação. Embora se reconheça a conveniência dessa escolha, esse não foi o único fator que conduziu a inviabilidade da previdência do setor público. Senão, vejamos:

> "A imposição de respeito ao equilíbrio financeiro e atuarial e, mesmo a exigência de contributividade para a organização do sistema previdenciário repousam, segundo alegações oficialmente feitas pelas autoridades constituídas, na circunstância de haver uma massa atual de beneficiários que monta, apenas na União, a quarenta e dois por cento do total de despesas

---

[3] Quanto a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, e do Distrito Federal, vigora a Lei n.º 9.717, de 27 de novembro de 1998. Considera-se regime próprio de previdência social, o sistema de previdência estabelecido no âmbito de cada ente federativo, que assegure, por lei, a servidor titular de cargo efetivo, pelo menos os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no art. 40 da Constituição Federal – inc. I, art. 2º, da *Orientação Normativa n.º 03*, de 12.08.2004, da Secretaria de Previdência Social – DOU de 17.08.2004.

[4] JORGE, Éder. *Estudo sobre a Reforma da Previdência, Emenda Constitucional n.º 41/2003*. Jus Navigandi. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5508>.

[5] MUNHOZ, Décio Garcia. *Previdência Social. A Reforma da Reforma.* In a "Reforma da Previdência em Questão". Editora UnB: 2003, p. 237/238.

realizadas com pessoal, sendo que, em 1990, esse percentual reduzia-se a vinte por cento. Quaisquer que tenham sido as causas que conduziram ao aumento flagrante do número de beneficiários (desde a implantação do regime jurídico único dos servidores sem a correspondente regulamentação da norma do art. 202, § 2º, originariamente havido no sistema constitucional e, agora, modificado pela Emenda Constitucional n.º 20/98, até a política de pessoal adotada desde o primeiro governo eleito após a promulgação da Constituição de 1988), o certo é que a passagem à inatividade de número significativo de servidores públicos sem a prévia garantia do custeio dos gastos e da existência e destinação de recursos voltados ao seu atendimento teria determinado o alegado desequilíbrio financeiro e atuarial.

(...)

Parece certo, todavia, que não apenas a inexistência de plano atuarial, mas também o descumprimento das próprias normas constitucionais vigentes pelas autoridades, quer no que concerne ao pagamento das contas havidas com as entidades previdenciárias estatais, quer no que se refere à regulamentação das normas que estabeleciam a obrigação de compensação entre os sistemas, contribuíram, de maneira significativa e inquestionável, para a derrocada financeira e atuarial da organização estabelecida. Não há equilíbrio financeiro onde não exista equilíbrio administrativo; e não há equilíbrio administrativo onde não exista respeito ao sistema jurídico. Mudem quantas vezes mudarem as normas: se elas não são dadas ao cumprimento estrito nada há a fazer para que com a sua eficácia se produzam os resultados buscados pelos sistemas jurídicos." (Cármen Lúcia Antunes Rocha, in Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos.São Paulo: Saraiva, 1999. p. 429).

Em apertada síntese, podemos dizer que, como as conseqüências das orientações que antecederam as reformas não tardaram a aparecer, buscou-se, através da isenção da contribuição previdenciária, estimular a permanência dos servidores públicos que já se encontravam em condições de aposentadoria e ainda permaneciam em atividade (§ 1º, art. 3º, EC n.º 20/98), bem como àqueles que viessem a implementar as condições para aposentadoria pelas regras de transição (§ 5º, art. 8º, EC n.º 20/98).

Mais tarde, procurou-se estender essa vantagem a todos os servidores que integralizassem as condições para aposentadoria após a publicação da Emenda Constitucional n.º 20/98 – art. 4º da Lei n.º 9.783, de 28 de janeiro de 1999, hoje a Lei n.º 10.887, de 18 de junho de 2004 (art. 7º). A legislação premiava, assim, os servidores que completassem as exigências para a aposentadoria integral pelas regras antigas, transitórias ou novas e que optassem por permanecer em atividade.

Embora o objetivo deste trabalho seja analisar a aplicação das normas relativas à isenção e ao abono, essas colocações são relevantes para que possamos entender os motivos que ensejaram a criação dessas normas, bem como as razões pelas quais os resultados desejados não foram alcançados, haja vista que o período em que o servidor permanecesse na ativa no gozo da isenção, por razões óbvias, não poderia ser computado como tempo de contribuição, daí a substituição da isenção pelo abono.

Não se propõe aqui discutir todas as mudanças inseridas no novo modelo previdenciário, mas apenas as relativas à concessão da aposentadoria voluntária do servidor público, já que é nesse contexto que estará configurado o direito a isenção da contribuição previdenciária ou ao abono de permanência. Nesse sentido, temos como bem definido que após as reformas, numa mesma repartição pública haverá funcionários com até três expectativas diferentes de aposentadorias. Só daqui a cerca de 30 anos todos terão o mesmo tipo de aposentadoria.[6]

Àqueles que já se encontravam no serviço público e possuíam tempo suficiente para a aposentadoria (30/35 anos de serviço – mulher/homem). Para esses nada mudou, pois possuem o direito adquirido a aposentadoria pelas regras antigas, com direito a integralidade e a paridade, ou seja, o valor do benefício é o último salário da ativa, e a correção será feita sempre na mesma data e pelo mesmo índice do reajuste dos servidores da ativa (art. 7º da EC n.º 41/03).

Os que já se encontravam no serviço público e não possuíam tempo suficiente para aposentadoria, terão que completar 30/35 anos de serviço (mulher/homem), 55/60 anos de idade (mulher/homem) e 20 anos de serviço público, sendo 10 anos na carreira e 5 anos de exercício no cargo onde se der a aposentadoria para ter direito à aposentadoria integral[7] – regras de transição (art. 6º da EC n.º 41/03). Assim, a integralidade será concedida, excepcionalmente, apenas como prêmio, para os que já se encontravam no sistema desde

---

[6] OLIVEIRA, Aristeu. Reforma Previdenciária Comentada. São Paulo: Atlas, 2ª Ed., 2004. p. 107/108.

[7] EC n.º 41/2003. *"Embora o art. 6º caput ressalve a possibilidade de requerer a aposentadoria pelas normas do art. 40 da Constituição, ou nos moldes do art. 2º da EC, que repete em parte o art. 8º da EC n.º 20/98, referindo-se à transição: 53 anos de idade, se homem, e 48, se mulher, com 35 e 30 anos de contribuição, respectivamente, e redução de 3,5% ou 5% por cada ano antecipado em relação à idade mínima (60 anos, homem, e 55 mulher), resta dúvida se a paridade valerá para aqueles que optarem pelas regras de transição. Isto porque o art. 6º, Parágrafo único da EC n.º 41/2003, utiliza a seguinte expressão: 'Os proventos das aposentadorias concedidas conforme este artigo serão revistos na mesma proporção e na mesma data ...' (...) Assim, ao que se vislumbra, numa primeira leitura, os servidores que se aposentarem nos termos do art. 2º da EC, utilizando-se da regra de transição, não terão direito à paridade com os vencimentos dos da ativa." (grifo nosso).* JORGE, Éder. Estudo sobre a Reforma da Previdência. Emenda Constitucional n.º 41/2003. Jus Navigandi. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5508>.

que venham a implementar as condições acima. Nos demais casos de aposentadoria, vale a regra da média dos salários-de-contribuição[8], ou seja, o servidor terá os proventos calculados na forma prevista no § 3º do art. 40 da Constituição Federal (com redação dada pela EC nº 41/03, regulamentada pela Lei n.º 10.887/04 – art. 1º). Sobre a paridade (critérios de reajustes de proventos), Sonia Maria Gonçalves de Carvalho observa que:

> "Com o fim da paridade entre ativos e inativos, os benefícios dos novos servidores já não acompanharão o reajuste dos salários dos servidores ativos. Seus proventos serão corrigidos pela inflação.
> Para os atuais servidores, foi estabelecida uma distinção entre os que já podem se aposentar e os que preencherão os requisitos após a Emenda. Para aqueles, a teor do disposto no parágrafo único do art. 7º, fica mantida a paridade, sendo seus proventos revistos na mesma proporção e na mesma data em que se modificar a remuneração dos servidores em atividade. Para estes, haverá uma paridade parcial, cujos critérios serão definidos em lei complementar a ser editada.
> *Da mesma forma, os que se enquadrarem nas regras de proventos pela média de contribuições também terão correção pelos índices da inflação, com definição em lei complementar."*[9]

E, finalmente, um terceiro tipo de servidor são os que chegaram ao serviço público depois de promulgada a atual reforma previdenciária. Para estes a aposentadoria máxima será igual ao teto do INSS (R$ 2.508,72 – valor de AGO 2004), e terão a chance de contribuir para um fundo de previdência complementar o que lhes garantirá uma renda melhor – regras definitivas. O art. 40 da Constituição Federal, com a nova redação que lhe foi dada pelo § 1º da EC n.º 41/04, dispõe, expressamente (§ 3º), que para o cálculo dos proventos de aposentadoria serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes próprios e ao regime geral. Deixa claro, portanto, que foi retirado dos futuros servidores o direito à aposentadoria com proventos integrais, ficando o limite de suas aposentadorias vinculado ao teto da iniciativa privada. Estes não terão direito a integralidade nem a paridade.

Como cada servidor implementará as condições necessárias à aposentadoria de diferentes modos, esta visão panorâmica do novo modelo previdenciário é importante para que se possa estabelecer quando cada um fará jus à isenção ou ao abono, excetuando-se os celetistas, pois a expressão *"servidores públicos"* contida nas Emendas reformadoras abrange tão-somente os detentores de cargo efetivo.

---

[8] GOMES, Denúbio. *Emenda Constitucional n.º 41 e os Impactos nos Regimes Próprios de Previdência – setembro de 2004*. Disponível em: www.previdenciasocial.gov.br/docs/sps/dr_denubio_gomes01.ppt. Acesso em: 25/4/2005.

[9] CARVALHO, Sonia Maria Gonçalves de. *O servidor público e as reformas da Previdência (Emendas Constitucionais nos 20/98 e 41/2003)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005. p.37.

Atuais servidores ativos[10]

Como era, segundo a EC n.º 20/98	Como fica, segundo a EC n.º 41/2003
CRITÉRIOS PARA APOSENTADORIA	
Os servidores ingressos antes de 16.12.1998 podem se aposentar ao completar 53 anos de idade e 35 anos de contribuição (mais pedágio de 20% sobre o tempo que faltava naquela d ata para completar o tempo de contribuição), se homem, e aos 48 anos de idade e 30 anos de contribuição (mais pedágio), se mulher. Em ambos os casos, é necessário ter cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria.	Mantém a possibilidade desses servidores se aposentarem conforme a idade. Porém, será aplicado redutor de 5% por ano antecipado em rel ação à idade de referência (60 anos, homens, e 55 anos, mulheres) e o cálculo do benefício será feito pela média das contribuições, como já ocorre no Regime Geral de Previdê ncia Social admini strado pelo INSS. Os segur ados que atingirem o direito à aposentadoria nos anos de 2004 e 2005 terão esse redutor diminu ído para 3,5% para cada ano de antecipação.
APOSENTADORIA PROPORCIONAL	
Os servidores ingressos antes de 16.12.1998 podem se aposentar ao completar 53 anos de idade e 30 anos de contribuição (mais pedágio de 40% sobre o tempo que faltava naquela d ata para completar o tempo de contribuição), se homem, e aos 48 anos de idade e 25 anos de contribuição (mais pedágio), se mulher. Em ambos os casos, é necessário ter cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria.	Prevê o direito adquirido à aposentadoria proporcional e extingue essa possibilidade para os servidores ingressos antes de 1998.
ISENÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA	ABONO DE PERMANÊNCIA
Existe isenção da contribuição previdenciária para os servidores ingressos antes de 16.12.1998 que completarem as condições para aposentadoria, mas resolverem permanecer trabalhando. A isenção se mantém até que os servidores co mpletem 60 anos de idade e 35 anos de contribu ição, se homem, e 55 anos de id ade e 30 anos de contribuição, se mulher.	Cria abono equivalente à contribuição previdenciária (11% do salário dos servidores que têm direito adquirido e decidam permanecer em at ividade até a aposentadoria compulsória aos 70 anos).
INTEGRALIDADE E PARIDADE	
O valor do benefício é o último salário da ativa, e a correção é feita sempre na mesma data e pelo mesmo índice do reajustes dos servidores da ativa.	Mantidas para quem tem direito adquirido pelas regras antigas. Para os demais, já não vale como regra geral. Será concedida, excepcionalmente, apenas como pr êmio, para os atuais servidores que trabalharem até os 60 anos de idade, com 35 anos de contribuição (homens) ou 55 anos de idade e 30 anos de contribuição (mulheres). Em ambos os casos será preciso co ntar 20 anos de serviço público, 10 anos de carreira e 5 anos no cargo. Os critérios da paridade serão definidos em lei ordinária.

[10] BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS. *A Reforma da Previdência Social – O que mudou*. Brasília, DF. 2004. Disponível em: http://www.mpas.gov.br/reforma/11_25_02.asp. Acesso em: 3 nov. 2004.

Ultrapassada a questão que envolve as diferenças entre os servidores, passamos a analisar o alcance da isenção proposta pela reforma. Sobre essa questão José Maria de S. Martínez[11] esclarece que a análise da isenção previdenciária requer um raciocínio jurídico diferente do solicitado para análise da aposentadoria do servidor, embora as regras sejam quase as mesmas.

Segundo o autor, uma vez entendida a natureza jurídico-tributária da contribuição previdenciária, a sua isenção dependerá do atendimento de alguns requisitos: *a)* o preenchimento das condições para a aposentadoria voluntária; *b)* a opção de permanência em atividade; e *c)* para os servidores estaduais e municipais a isenção somente ocorrerá, nos moldes em que for estabelecido pela Constituição Federal (art. 149, § 1º), se houver previsibilidade na Constituição estadual, na lei orgânica municipal ou na legislação previdenciária que regule a aposentadoria desses servidores.

Prossegue, afirmando que os servidores públicos estaduais e municipais regem-se pelas legislações previdenciárias de seus Estados e Municípios, e por isso não estão obrigados a submeter-se às regras de transição de um ato normativo que exaure a sua finalidade no momento em que modifica o corpo permanente da Constituição, como são as emendas constitucionais.

De fato, a autonomia administrativa e financeira dos Entes federados, prevista constitucionalmente, não permite que as regras de transitoriedade contidas na EC n.º 20/98 ditem normas a serem observadas onde exista regulamentação da matéria feita por eles, em que pese à intenção do legislador constituinte derivado de que aquelas normas sejam adotadas pelos demais Entes federados por ocasião de suas reformas constitucionais e previdenciárias, adequando-se ao novo modelo estabelecido. Para José Maria de S. Martinez,

> "Não deve o legislador estadual ou municipal quedar-se mudo e silente ao regulamento do direito à isenção previdenciária de seu servidor, interpretando norma de caráter cogente aos servidores públicos da União, como forma de preenchimento de sua lacuna legislativa." [12]

Ainda, segundo o mesmo autor, somente os servidores pertencentes aos Estados e Municípios que contribuam para o sistema previdenciário geral (INSS) é que estão sujeitos às regras de transitoriedade para a aposentadoria com proventos integrais estabelecidas no art. 8º da EC n.º 20/98, e, consequentemente, à isenção previdenciária. Os demais regem-se pelas regras contidas nas Constituições de seus Estados e leis orgânicas de seus municípios, assim como na legislação previdenciária própria, editada após a EC n.º 20/98, ou mesmo editada anteriormente, desde que recepcionada pelo que contém o art. 40 e 195 da CF/88, em seu corpo permanente.

---

[11] MARTÍNEZ, José Maria de S. *A reforma e a isenção previdenciária do servidor*. Jus Navigandi. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4593>. Acesso em: 25/4/2005.

[12] MARTÍNEZ, José Maria de S. *A reforma e a isenção previdenciária do servidor*. Jus Navigandi. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4593>. Acesso em: 25/4/2005.

> "Se, após a edição da EC n.º 20/98, a lei do sistema previdenciário dos outros Entes federativos (Estados e Municípios) não adotou o 'pedágio' para a aposentadoria (e, consequentemente, para a isenção previdenciária) não cabe ao intérprete aplicar àqueles que já tinham obtido o direito à aposentadoria proporcional e que vierem a completar a integralidade do tempo necessário à aposentadoria a qualquer tempo (30 ou 35 anos de serviço ou contribuição) o disposto no § 5º, do art. 8º, da regra de transição federal." [13]

Em outras palavras, o disposto na Constituição Federal apenas serve de baliza para as regras a serem adotadas por Estados e Municípios e as regras de transição previstas na EC n.º 20/98, são de caráter cogente apenas ao sistema previdenciário federal.

2 A ISENÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO SERVIDOR PÚBLICO

A isenção da contribuição previdenciária estabelecida no § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional n.º 20/98 contempla os servidores ativos, detentores de cargo efetivo, que até data de sua publicação, 16.12.1998, implementaram os requisitos para a aposentadoria voluntária integral.

> "Art. 3º - É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente."
> § 1° O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1°, III, a, da Constituição Federal."

A referida emenda também estabelece a isenção da contribuição previdenciária àqueles que ingressaram no serviço público até 16.12.1998, a partir do momento em que completarem as condições para a aposentadoria de acordo com as regras de transição (§ 5º, art. 8º).

---

[13] MARTÍNEZ, José Maria de S. *A reforma e a isenção previdenciária do servidor*. Jus Navigandi. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4593>. Acesso em: 25/4/2005.

"Art. 8º - Observado o disposto no art. 4º dessa Emenda e ressalvado o direito a opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas, é assegurado o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3º, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I – tiver cinqüenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II – tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;

III – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher, e;

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

(...)
§ 5º - O servidor que trata este artigo, que, após completar as exigências para aposentadoria estabelecidas no 'caput', permanecer em atividade, fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 4º, § 1º, III, 'a', da Constituição Federal."

Em ambas as hipóteses os servidores somente farão jus à isenção até completarem cumulativamente os requisitos de idade e contribuição fixados na alínea "a" do inc. III do art. 40 da CF.

Assim, o termo final da isenção prevista no § 1º do art. 3º e no § 5º do art. 8º, ambos da Emenda Constitucional n.º 20/98, situa-se, precisamente, no momento em que os servidores preencherem, cumulativamente, os requisitos elencados no art. 40, § 1º, "a", da Constituição Federal, quais sejam: a) tempo de serviço de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público; b) tempo mínimo de 5 (cinco) anos de exercício no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria; c) 60 anos de idade e 35 anos de contribuição, se homem; e d) 55 anos de idade e 30 anos de contribuição, se mulher. Esse entendimento é adotado no âmbito do Estado do Rio de Janeiro – Lei n.º 3.189, de 22 de fevereiro de 1999 (art. 21), que instituiu o Fundo Único de Previdência Social do Estado – Rio Previdência.[14]

---

[14] CARVALHO, Sonia Maria Gonçalves de. *O servidor público e as reformas da Previdência (Emendas Constitucionais nos 20/98 e 41/2003)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005. p.6.

Portanto, os servidores que já podiam se aposentar com proventos integrais em 16.12.1998 e que continuavam trabalhando fazem jus, à isenção da contribuição previdenciária até completarem 60 anos de idade e 35 de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher. Os demais, que ingressaram no serviço público até 16.12.1998, farão jus a mesma isenção a partir do momento em que preencherem os requisitos para a aposentadoria com proventos integrais pelas regras de transição, desde que também continuem trabalhando, até completarem 60 anos de idade e 35 de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher[15].

Em nível federal, a Lei n.º 9.783, de 28 de janeiro de 1999 (art. 4º) – hoje, em seu lugar, a Lei n.º 10.887/04 (art. 7º) – e a Instrução Normativa SEAP n.º 01, de 17 de fevereiro de 1999 (art. 1º), regulamentando a matéria, estabelecem, de forma diversa, que o servidor ficará isento da contribuição até a data da concessão de sua aposentadoria voluntária ou compulsória.

Em verdade, a Lei n.º 9.783/99 estendeu a vantagem a todos os servidores que integralizassem o tempo para a aposentadoria após a EC n.º 20/98, até a data da publicação de sua aposentadoria voluntária ou compulsória, sendo o prazo máximo de permanência em atividade o estabelecido no art. 40, § 1º, inc. II, da Constituição Federal, qual seja, a idade de 70 anos, quando se dará a aposentadoria automática, declarada por ato, com vigência a partir do dia imediato àquele que o servidor atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo.

> "Art. 4º - O servidor público civil ativo que permanecer em atividade após completar as exigências para a aposentadoria voluntária integral nas condições previstas no art. 40, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998. Nas condições previstas no art. 8º da Referida Emenda, fará jus à isenção da Contribuição Previdenciária até a data da publicação da concessão de sua aposentadoria voluntária ou compulsória."

No que concerne a aplicação da norma, a Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, órgão responsável pela interpretação e normalização da legislação federal para os demais órgãos do Poder Executivo, através do Ofício-Circular n.º 65[16], de 12 de dezembro de 2001, firmou entendimento de que a isenção previdenciária somente será efetivada a partir da data da opção pela permanência em atividade, no exercício do cargo, *"verbis"*:

---

[15] MEDINA, Damares. *A isenção da contribuição previdenciária e o abono de permanência na Emenda Constitucional n.º 41/03.*, Teresina, a. 8, n. 345, 17 jun. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5344>. Acesso em: 18 nov. 2004.

[16] Ofício-Circular n.º 65/SRH/MP, de 12.10.2001. Disponível em: <http://www.servidor.gov.br/legislaçao/docs/oficio_circular/2001/of_circ_65_121101.htm. Acesso em: 14 mar. 2005.

> "A isenção da obrigação de contribuir para o Plano de Seguridade Social do servidor público de que trata o art. 3º, § 1º, da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, e o art. 4º da Lei nº 9.783, de 28 de janeiro de 1999, será efetivada a partir da opção pela permanência em atividade, no exercício do cargo, apresentada pelo interessado e protocolada junto à área de recursos humanos do órgão ou entidade.
> Na hipótese de averbação de tempo de serviço ou de contribuição derivados de outros vínculos funcionais ou empregatícios, inclusive de outros Poderes da União, a vigência da isenção será sempre a partir da comprovação desse período pelo interessado mediante requerimento, desde que considerado válido pelo órgão ou entidade."

Como se pode ver, não basta fazer jus à vantagem para gozar a isenção contida nos dispositivos acima transcritos. Somente após o cumprimento da condição suspensiva é que será efetivada a isenção propriamente dita, através de despacho da autoridade, mediante requerimento do interessado, não se admitindo a aplicação de efeito retroativo à data do pedido. A administração dispensa a essa isenção o mesmo tratamento dado pelo art. 179 do Código Tributário Nacional – Lei n.º 5.172 de 25 de outubro de 1966 – para as isenções de caráter geral.

> "Art. 179 – A isenção, quando concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para a sua concessão."

Assim, mesmo que o servidor já contasse com tempo sobrando para a aposentadoria voluntária, somente após deferida a isenção, por despacho da autoridade, fará jus a vantagem.

Há, contudo, quem discorde do entendimento de que vigência da isenção se dará a partir do ato através do qual a administração reconhece como atendidos os requisitos legais para o gozo da isenção.

É o caso de Hugo de Brito Machado Segundo[17], para quem nem mesmo a interpretação literal do art. 179 do CTN possibilita tal entendimento. Isso porque o art. 179 do CTN não determina que a isenção "poderá ser" efetivada, ou que "só será efetivada", mas que "será" efetivada. E assim o faz porque à administração somente cabe verificar o atendimento das exigências legais.

---

[17] MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Natureza do despacho que concede isenção tributária individual*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n.º 39, fev. 2000.
Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrinatexto.asp?id=1306>. Acesso em: 24 abr. 2005.

O autor sustenta, ainda, que a atitude das autoridades de ignorar isenções, supostamente estribadas na literalidade do art. 179 do CTN, é inteiramente improcedente e denota o desconhecimento da própria natureza jurídica dessa forma de exclusão do crédito tributário, até porque a isenção individual, mesmo que deferida pela autoridade em cada caso, não decorre do despacho desta, mas da lei.

Como em torno dessa questão não são poucos os conflitos entre o Fisco e o contribuinte, Hugo de Brito cita como exemplos as abusivas e freqüentes autuações do INSS, na qual se exige a contribuição previdenciária incidente sobre o valor de cestas básicas fornecidas pelas empresas aos seus empregados, embora sejam isentas de contribuição por força do art. 3º da Lei n.º 6.321/76 e do art. 28, § 9º, "c", da Lei n.º 8.212/91.

Outra demonstração ocorre com algumas empresas que se estabelecem na Região Nordeste, quanto à exigência de Imposto de Renda, nada obstante a isenção concedida pelos arts. 13 e 14 da Lei n.º 4.239/63 e pelo Dec. Lei n.º 1.598/77 às empresas que se instalarem em área de atuação da SUDENE.

Nesses casos as empresas são autuadas porque não comunicaram ao Fisco o preenchimento dos requisitos para o gozo da isenção ou porque fizeram a comunicação com algum atraso.[18]

No caso das isenções subjetivas, assim chamadas porque visam favorecer ou atingir determinada pessoa, a atitude das autoridades administrativas não é diferente, pois sustentam que o direito ao gozo dessa vantagem nasce do despacho que a defere.

Ocorre que, em casos análogos que tratam de isenção tributária, à luz da jurisprudência, essa interpretação merece reparos. Senão, vejamos:

> "Imposto de Renda. Isenção reconhecida a Sociedade de fins não lucrativos, consoante os arts. 25 e 31 do Decreto n.º 59.400, de 10.05.66. o ato administrativo de reconhecimento tem efeito declarativo e não atributivo, abrangendo, assim, períodos anteriores a sua expedição."[19]
> "Imposto de Renda – Isenção relativa – Se o favor depende de reconhecimento da autoridade administrativa, o respectivo efeito, por isso que apenas declaratório, retroage, alcançando os lançamentos efetuados desde a data da norma legal concessiva do benefício..
> - Ação anulatória julgada procedente em sentença que se confirma."[20]

---

[18] MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Natureza do despacho que concede isenção tributária individual*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n.º 39, fev. 2000.
Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrinatexto.asp?id=1306>. Acesso em: 24 abr. 2005.

[19] AC. Um. Da 2ª T do TFR – AP n.º 36.493 – MG – RTFR n.º 46, p. 21.

[20] Ac do TFR – Rel. Ministro Armando Rolemberg – Ap. Cível n.º 57.637-MG.

> "ISENSÃO TRIBUTÁRIA ESPECIAL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 179 do C.T.N. O ato administrativo que a reconhece é declaratório e não constitutivo. O requerimento é pressuposto para o desfrute da isenção, mas não para o seu nascimento. Isenção especial reconhecida desde a vigência da lei que a instituiu no interesse geral, uma vez verificados os seus requisitos legais. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Súmula 291. RE não conhecido."[21]

Para Hugo de Brito Machado Segundo, o relevante no deferimento da isenção é a constatação de que os requisitos legais foram atendidos, ainda que por outros meios, porque o despacho que reconhece a isenção individual não é condição *nine qua non*, constitutiva do direito a isenção. Nas palavras de BALEEIRO,

> "(...) o direito tributário, em princípio, não adota formas sacramentais. Elas não são instituídas 'ad solenitatem', mas 'ad probationem', no interesse da apuração da verdade nas relações entre o sujeito passivo e o Fisco"[22]

Por tudo isso, podemos concluir que ainda que o reconhecimento da autoridade fosse indispensável, a decisão administrativa apenas declara o atendimento dos requisitos legais e o direito à isenção, sendo o termo inicial da mesma o momento em que os requisitos foram atendidos, e não a data da decisão da autoridade administrativa.

3 O ABONO DE PERMANÊNCIA

A Emenda Constitucional n.º 41/2003 criou o abono de permanência, equivalente ao valor da contribuição previdenciária, para todos os servidores que, completando o tempo para a aposentadoria, optem por permanecer em atividade, tenham eles ingressado antes (art. 2º, § 5º, e art. 3º, § 1º) ou depois de sua edição (art. 1º, dando nova redação ao art. 40, § 19 da CF)[23], até o servidor completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.

De acordo com Damares Medina[24], o abono de permanência, cuja natureza jurídica é de um benefício previdenciário, será devido em três situações distintas:

A primeira, que diz respeito à norma geral e irretroativa do Texto Constitucional está contida no § 19 do art. 40, e estabelece o pagamento do abono de permanência aos

---

[21] Ac. Da 2ª T do STF – Rel. Ministro Cordeiro Guerra – RE 85471/RJ – Julgado em 02.12.76, Publicado no DJU 1 18.03.77.

[22] Aliomar Baleeiro. *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª Ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 598.

[23] CARVALHO, Sonia Maria Gonçalves de. *O servidor público e as reformas da Previdência (Emendas Constitucionais nos 20/98 e 41/2003)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005. p.6/7.

[24] MEDINA, Damares. *A isenção da contribuição previdenciária e o abono de permanência na Emenda Constitucional n.º 41/03*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 345, 17 jun. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5344>. Acesso em: 18 nov. 2004.

servidores públicos federais que completarem os requisitos para a aposentadoria voluntária, desde que contem com o tempo mínimo de dez anos no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, além do requisito da idade (60 anos de idade e 35 anos de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher), desde que permaneçam trabalhando.

> "Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:
> (...)
> 'Art. 40. (...)
> § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:
> (...)
> II – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:
> a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;
> (...)
> § 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II."

A segunda e terceira menção ao abono de permanência, agora pelas regras de transição, estão contidas no § 5º do art. 2º e no § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional n.º 41/2003.

> "Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17 da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:
> I – tiver cinqüenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;
> II – tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;
> III – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
> a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e
> b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso.

(...)
§ 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no caput, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor de sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.
(...)
Art. 3º É assegurada à concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigentes.
§ 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal. (...)"

O art. 2º da EC n.º 41/2003 assegura o direito a aposentadoria voluntária àqueles que ingressaram no serviço público até a data da publicação da EC n.º 20/98 (16.12.1998) e que contem com 53 anos de idade, 5 anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e 35 anos de contribuição acrescido de um período adicional de contribuição equivalente a 20% do tempo que, em 16.12.2003, faltaria para completar os 35 anos de contribuição, se homem. Se mulher, os requisitos são: 48 anos de idade, 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria e 30 anos de contribuição que também será acrescido de um pedágio correspondente a 20% do tempo que, em 16.12.2003, faltaria para completar os 30 anos de contribuição.

O § 5º do art. 2º da EC n.º 41/2003 assegura, aos servidores que ingressaram no serviço público até 16.12.1998, o pagamento de um abono de permanência correspondente à contribuição previdenciária (11% sobre os vencimentos), a partir do implemento dos requisitos estipulados no item anterior, enquanto o servidor permanecer na atividade ou até a aposentadoria compulsória.

O § 1º do art. 3º da EC n.º 41/2003, por sua vez, assegura o abono de permanência a todos os servidores que tenham implementado os requisitos para a aposentadoria voluntária até 31.12.2003 e que contem com 30 anos de contribuição, se homem, ou 25 anos de contribuição, se mulher, desde que continuem trabalhando até a aposentadoria voluntária ou compulsória.

O abono de permanência também foi objeto de normatização na Medida Provisória n.º 167, de 19.02.2004, transformada na Lei n.º 10.887/04, e teve vigência após decorrido

o prazo de 90 dias da publicação da referida MP, ou seja, a partir de 20.05.2004, beneficiando os servidores ocupantes de cargo efetivo que tenham completado as exigências para a aposentadoria voluntária e optem por permanecer em atividade[25].

Sobre essa questão, a Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento dispensou tratamento diverso daquele dado à isenção da contribuição previdenciária. Para tanto, basta ver o teor do Despacho exarado no Processo n.º 52000.032037/2004-32, *"verbis"*:

> "Sobre o assunto, a Secretaria de Recursos Humanos editou o Ofício-Circular nº 25/2004, orientando que o abono de permanência se destina aos servidores que preencham as condições impostas pela EC n.º 41/2003, desde que tais servidores expressem a sua opção em permanecer em atividade.

Todavia, embora seja necessário que o servidor expresse tal opção, o pagamento do abono de permanência tem como data marco para início o preenchimento dos requisitos de concessão ao referido abono, e não da data em que o servidor manifestar o seu desejo de continuar em atividade. Tal situação difere da regra anteriormente prevista para a isenção da contribuição previdenciária, da qual tratou o Ofício-Circular SRH n.º 65, de 2001, em que o servidor só fazia jus à isenção da contribuição a partir do requerimento.

Assim, ainda que necessária a manifestação de opção do servidor, o abono de permanência deve retroagir à data em que o servidor implementou as condições exigidas pela norma constitucional, após a vigência da EC n.º 41/2003. Se o servidor já havia preenchido os requisitos antes da vigência da EC n.º 41/2003, ou seja, antes de 31/12/2003, o pagamento do abono não poderá retroagir a essa data, sendo devido a partir dela."[26]

Para Damares Medina[27], o § 1º do art. 8º da MP n.º 167/2004 (hoje o § 1º do art. 16 da Lei n.º 10.887/04), cria um condicionamento à percepção do abono de permanência para os servidores que eram isentos da contribuição previdenciária na forma do § 1º do art. 3º e do § 5º do art. 8º da EC n.º 20/98, ou seja, decorridos 90 dias após a publicação da MP n.º 167/04 (transformada na Lei n.º 10.887/04), referidos servidores perderão o direito à isenção passando a contribuir para a previdência social e fazendo jus, na mesma proporção, ao abono de permanência a que se refere o art. 4º da Lei n.º 9.783/99.

---

[25] OLIVEIRA, Aristeu de. *Reforma Previdenciária Comentada*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 103.

[26] BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Processo n.º 52000.032037/2004-32. Brasília, DF, 2005. Disponível em:<http://www.servidor.gov.br/legislação/docs/despachos/2005/52000.032037_2004_32.htm>. Acesso em: 18 mai. 2005.

[27] MEDINA, Damares. A isenção da contribuição previdenciária e o abono de permanência na Emenda Constitucional n.º 41/03. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 345, 17 jun. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5344>. Acesso em: 18 nov. 2004.

Com essa medida procurava-se resolver os problemas decorrentes da isenção, visto que *"a existência de períodos funcionais com o recebimento de remuneração sem a respectiva incidência de contribuição previdenciária poderia fazer baixar a média da remuneração para efeitos de cálculo de benefício, daí a substituição da isenção pelo abono."*[28]

Ainda, segundo a autora, o § 2º do art. 1º da MP n.º 167/04 (o atual § 2º do art. 1º da Lei n.º 10.887/04) evidencia essa preocupação, pois assegura o cômputo da remuneração do servidor nas hipóteses de não-instituição de contribuição para o regime próprio, durante o período compreendido entre 1994 e a data da aposentadoria do servidor.

A conseqüência da substituição da isenção pelo abono, é que só assim o tempo de permanência em atividade poderá ser computado para fins de aposentadoria. Dessa forma, para cada ano a mais no serviço público se poderá substituir o equivalente na iniciativa privada, melhorando os proventos da inatividade, já que no cálculo dos proventos serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor.

Ressalte-se, ainda, que o fundamento legal que permite a aposentadoria do servidor e que serve de base à concessão do abono, não impede uma futura aposentadoria alicerçada em norma mais benéfica. Isto é, o servidor pode requerer a concessão do abono porque satisfez os requisitos para aposentadoria previstos numa determinada norma e, futuramente, aposentar-se com fundamento em outra, que poderá lhe ser mais benéfica.[29]

Essa mesma orientação é repassada pela Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, quando esclarece que o recebimento do abono de permanência pelo servidor não interrompe a contagem do tempo de contribuição para fim de aposentadoria, bem como que o amparo legal que serve para a concessão do abono não obriga o servidor a se aposentar com base naquele mesmo fundamento. Assim, se o servidor teve o abono concedido com amparo no art. 2º da EC n.º 41/2003, pode posteriormente se aposentar com fundamento no art. 6º, desde que atenda aos requisitos deste.[30]

---

[28] MEDINA, Damares. *A isenção da contribuição previdenciária e o abono de permanência na Emenda Constitucional n.º 41/03*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 345, 17 jun. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5344

[29] CARVALHO, Sonia Maria Gonçalves de. *O servidor público e as reformas da Previdência (Emendas Constitucionais nos 20/98 e 41/2003)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005. p.7.

[30] BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Processo n.º 0450.000708/2005-01. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://www.servidor.gov.br/legislação/docs/despachos/2005/0450.000708_2005_01.htm>. Acesso em: 18 mai. 2005.

Abono de permanência em serviço. [31]

	Regra anterior	Rega atual	Vigência União
Direito adquirido até 16.12.98 à aposentadoria integral	Isenção	Abono	20.05.2004
Direito adquirido até 31.12.03 regra de transição integral Emenda Constitucional n.º 20	Isenção	Abono	20.05.2004
Direito adquirido até 31.12.03 à aposentadoria voluntária No mínimo 25 / 30	–	Abono	01.01.2004
Demais servidores, ao cumprirem o art. 40, § 1º, III, "a" CF	–	Abono	07.07.2004

4 A APLICAÇÃO DAS NORMAS POR OCASIÃO DA MUDANÇA DE CARGO

A previsão insculpida no art. 40, § 1º, inc.III, da CF, no que se refere a exigência do cumprimento de um tempo mínimo de permanência de cinco anos no cargo onde se dará a aposentadoria, ainda que o servidor tenha implementado as condições para tal no cargo anterior, suscitou algumas dúvidas acerca da inteligência dos arts. 3º, § 1º, da Emenda Constitucional n.º 20/98 e 4º da Lei n.º 9.783/99.

A questão cinge-se em esclarecer se é possível reconhecer o direito à isenção da contribuição previdenciária (ou ao abono) ao servidor que, havendo cumprido as exigências para aposentadoria voluntária no cargo anterior, venha a trocar de cargo, sem, no entanto, possuir, concomitantemente, cinco anos de exercício no novo cargo ou estando o servidor no gozo dessa vantagem se é lícita a sua continuidade, se este vier a ser empossado em cargo de nível mais elevado, na mesma ou noutra esfera de poder, do mesmo ou de outro Ente federado.

O assunto foi objeto de análise pelo Tribunal de Contas da União, que através da Decisão n.º 908/2000, firmou o seguinte entendimento:

> "O Plenário, diante das razões expostas pelo Revisor, DECIDE:
>
> a) o art. 3º, § 1º, da Emenda Constitucional n.º 20/98 assegura o direito à isenção da contribuição previdenciária a servidor e magistrado que tenha implementado, até a data de sua publicação, aos requisitos para aposentadoria integral pelas regras então vigentes e que optem por permanecer em atividade, independente de posse em novo cargo;

[31] GOMES, Denúbio. *Emenda Constitucional n.º 41 e os Impactos nos Regimes Próprios de Previdência – setembro de 2004*. Disponível em: www.previdenciasocial.gov.br/docs/sps/dr_denubio_gomes01.ppt. Acesso em: 25/4/2005.

b) o art. 8º, § 5º, da Emenda Constitucional n.º 20/98 assegura o direito à isenção da contribuição previdenciária a servidor e magistrado que implementem os requisitos estabelecidos para aposentação pelas regras de transição e que optem por permanecer em atividade, independente de posse em novo cargo público." (grifo nosso).

No Relatório exarado nos autos da decisão supra, o Ministro Revisor, Benjamin Zymler, assevera que o direito à isenção não se confunde com o direito à aposentadoria, embora este seja requisito daquele.

> "É de ver que o texto constitucional (bem como a lei), em nenhum momento, condiciona o benefício tributário à permanência do servidor no mesmo cargo, mas tão somente à permanência deste em atividade.
> (...)
> Está-se a tratar de isenção tributária estabelecida no texto constitucional e legal.
>
> (...)
> O texto do art. 3º, § 1º, do art. 8º, § 5º, ambos da EC n.º 20/98 e o do art. 4º da Lei n.º 9.783/99 mencionam que o direito à isenção previdenciária é direcionado ao servidor que tenha contemplado as exigências para a aposentadoria integral, pelas regras antigas, transitórias ou novas e que opte por permanecer em atividade. Em nenhum momento condiciona o mencionado direito à permanência no mesmo cargo.
> (...)
> Dessa forma, seria desprovida de nexo a norma que apenasse o agente público por tomar posse em um novo cargo, após reunir as condições para a aposentadoria no cargo anterior. Como visto, a intenção do legislador foi manter o agente no serviço público, o que, de modo algum, implica a sua permanência no mesmo cargo. Condicionar nesses termos a continuidade da isenção de contribuição previdenciária seria condenar a Administração Pública ao imobilismo, tanto mais prejudicial quanto maior fosse a relevância dos cargos que deixassem de ser preenchidos por esse motivo."[32]

Sérgio Pinto Martins[33] afirma que, se o servidor mudar de cargo no serviço público ou de carreira, tanto faz se no mesmo ente federado ou em outro, mediante concurso público, sua aposentadoria será regulada pela regra nova, com limite do teto. Logo, a

---

[32] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão n.º 908/2000* – Número interno do documento: DC-0908-43/00-P. Brasília, DF, 2000. Disponível em: http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario# Acesso em: 30 mai. 2005.

[33] MARTINS, Sérgio Pinto. *Reforma Previdenciária*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 110.

contribuição e o benefício também serão sobre o teto, pois trata-se de um novo cargo, adquirido mediante concurso público, e o tempo anterior de contribuição e de serviço também serão computados para o cálculo do futuro benefício.

Como não há regra de transição para a situação acima, incide a regra geral do teto.

Todavia, devemos observar que, havendo troca de cargo, as regras novas só se aplicam aos servidores que já se encontravam no sistema se, por ocasião da troca de cargos, houver a interrupção do vínculo que os liga à Administração Pública e não do vínculo que os liga ao cargo.

Como com o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, poderão surgir regimes jurídicos distintos para a aposentadoria do servidor, tudo dependendo da data de seu ingresso no serviço público, foi utilizada a expressão *"ingressaram no serviço público até a data de publicação desta Emenda"*, para permitir a adoção do regime jurídico-previdenciário com proventos integrais para todos aqueles que já se encontravam no serviço público antes de 31 de dezembro de 2003, data em que entrou em vigor a referida emenda. Daí a importância de se estabelecer à data-marco em que o servidor foi investido em cargo público em quaisquer esferas de poder dos diferentes Entes federados.

Nesse sentido, o teor do Parecer GM n.º 13, da Advocacia-Geral da União de 13 de dezembro de 2000, que adota integralmente o Parecer AGU/WM n.º 01/00, esclarece na sua ementa que *"não resulta na interrupção da condição de servidor público e, em decorrência, na elisão dos direitos garantidos pelo art. 3º da Emenda Constitucional n.º 20, de 1988, a mudança de cargos oriunda de posse e conseqüente exoneração, desde que os efeitos destas vigorem a partir de uma mesma data. Os cargos podem pertencer a uma mesma ou a diferentes pessoas jurídicas, inclusive de unidades da Federação diversas"*.[34]

Em nível federal, a possibilidade de troca de cargos ao longo da vida funcional dos servidores de qualquer dos Poderes da União é regulada pela Lei n.º 8.112/90 através de diferentes institutos, todos relacionados à investidura em cargo público, tais como: o concurso público, a vacância, o estágio probatório, a recondução e a estabilidade, dentre outros[35], não havendo a necessidade de exoneração se o provimento do novo cargo ocorrer pela vacância.

O mesmo não se aplica aos servidores inativos que retornarem à atividade mediante concurso público, não porque haverá, necessariamente, a subsunção a o novo regime jurídico-previdenciário – pelas novas regras –, mas porque a opção pela permanência em atividade não é dada a qualquer servidor, apenas aos servidores ativos, titulares de cargo de provimento efetivo, o que exclui, à evidência, o inativo, pois este já não titulariza mais o cargo ou o provê, que dirá com efetividade que singulariza alguns deles. Dito de outra forma, não há de se falar em troca de cargo se não se ocupa ou se detém a sua titularidade.

---

[34] MARTINS, Sérgio Pinto. Reforma Previdenciária. São Paulo: Atlas, 2004. p. 111.

[35] FARIAS, Paulo José. Proventos integrais e mudança no cargo público após a Reforma Previdenciária. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 286, 19 abr. 2004.
Disponível em: <http://www1.jus.com.br/dourina/texto.asp?id=5105>. Acesso em: 09 ma. 2005.

Como a aposentadoria é um ato jurídico perfeito, o tempo de serviço ou de contribuição utilizado para aposentação no cargo anterior também não poderá ser aproveitado para nova aposentadoria. Por isso, parece fora de dúvida o servidor inativo não poderá preencher os requisitos para aposentadoria voluntária no novo cargo, pois será alcançado pela aposentadoria compulsória. Todavia, se lhe for mais favorável, o servidor poderá retornar a inatividade no cargo anterior. Basta, para tanto, que opte pelos proventos do cargo anterior – art. 37, § 10, da Constituição Federal.

De outro lado, no caso de reversão, prevista para os servidores da União no art. 25 da Lei n.º 8.112/90, admite-se a isenção e ou o pagamento do abono, porque esse instituto representa a possibilidade de se restabelecerem os antigos vínculos com a Administração Pública, retornando o servidor no mesmo cargo. Nesses casos, o ato administrativo que formaliza a transferência de uma a outra contingência (ativo a inativo), com a conseqüente sujeição a um novo regime jurídico determinado por essa alteração, pode ser revisto objetivando verificar a possibilidade jurídica de se fazer o caminho inverso.

A legislação federal prevê essa possibilidade em dois casos: quando forem insubsistentes os motivos que ensejaram a aposentadoria em razão de saúde ou a pedido, no interesse da administração, se a aposentadoria tiver ocorrido há menos de cinco anos.

Do conjunto de situações acima abordadas, a que trata da troca de cargos mostrou-se especialmente complexa na medida em que foi objeto outras manifestações por parte do Tribunal de Contas da União. A primeira discorre sobre da possibilidade de computar o tempo de contribuição previdenciária feita por juiz federal de 1ª Instância com base na remuneração de Desembargador Federal, recebida a título de convocação, para substituir ou prestar auxílio no TRF, efetuada antes do gozo da isenção de que trata o art. 3º, § 1º, da Emenda Constitucional n.º 20/98, oportunidade em que decidiu-se pela admissibilidade do tempo de convocação ou auxílio para o cômputo de tempo de contribuição para o cargo de nível mais elevado, mesmo que intermitente, desde que atendidos os demais requisitos para aposentadoria – Acórdão 711/2003[36]. A segunda, conclui que a interpretação literal do art. 40 da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 20/98, não confere tratamento isonômico entre os servidores civis e os membros do Ministério Público e não resguarda, em qualquer hipótese, o ideal de assegurar sistema contributivo, por essa razão o termo cargo, constante do inc. III do § 1º do art. 40 da Constituição Federal deve ser interpretado como carreira, quando aplicado aos integrantes do Ministério Público, modificando, assim, decisão anterior – Acórdão n.º 473/2005[37]. Isso ocorre, tanto no Ministério Público Estadual, quanto no Ministério Público da União porque a carreira é única.

---

[36] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 711/2003* – Número interno do documento: AC-0711-23/03-P. Brasília, DF, 2003. Disponível em: http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario# Acesso em: 30 mai. 2005.

[37] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 473/2005* – Número interno do documento: AC-0473-14/05-P. Brasília, DF, 2005. Disponível em: http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario# Acesso em: 30 mai. 2005.

O membro ingressa nos quadros após aprovação em concurso de provas e títulos – provimento originário, como promotor de justiça de primeira entrância ou como procurador, progredindo dentro da mesma carreira – provimento derivado, até chegar ao cargo máximo.

CONCLUSÃO

De acordo com informações do Ministério da Previdência e Assistência Social, acerca da Previdência do Servidor Público[38], a conclusão do marco regulatório instituído pela reforma da previdência, consubstanciado pela Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, posteriormente regulamentado pela Medida Provisória n.º 167, de 19 de fevereiro de 2004, convertida na Lei n.º 10.887, de 18 de junho de 2004, instituiu novas regras de cálculo e elegibilidade para os benefícios oferecidos aos segurados dos Regime Próprios de Previdência Social dos Servidores Públicos[39].

Pelas novas regras, o cálculo dos proventos de aposentadoria será feito com base no § 3º do art. 40 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 41/03, computando-se para o cálculo dos proventos a média aritmética simples das maiores remunerações utilizadas para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que estiver vinculado. Esse princípio foi emprestado ao sistema público pelo privado, objetivando a unificação institucional e a uniformização dos benefícios. Por esse critério, a vantagem tributária oferecida aos servidores públicos através da Emenda Constitucional n.º 20/98 mostrou-se inadequada, por não permitir que o servidor computasse o tempo de permanência na ativa como tempo de contribuição. Para compatibilizar as coisas, a substituição da isenção pelo abono, operada através do § 1º do art. 8º da MP n.º 167/04 (hoje, § 1º do art. 16 da Lei n.º 10.887, de 18 de junho de 2004) foi especialmente importante na medida em que assegura a contagem do tempo de permanência em atividade, pois o fator tempo de contribuição passa, agora, a ser elemento não só de aquisição do direito, mas também de apuração do valor do benefício.

Por tudo isso, não menos importante é a determinação da data marco de ingresso de cada um no serviço público. É o estabelecimento desse marco que irá determinar quando, efetivamente, estarão configuradas as condições de elegibilidade para aposentadoria de cada servidor, inclusive o direito a aposentadoria pelas regras de transição instituídas pela Emenda Constitucional n.º 20/98, posteriormente, extintas pela Emenda Constitucional n.º 41/03.

---

[38] Informe de Previdência no Serviço Público, ano 1, n.º 1, MAIO / JUNHO 2004 – www.mpas.gov.br

[39] Considera-se regime próprio de previdência social, o sistema de previdência estabelecido no âmbito de cada ente federativo, que assegure, por lei, a servidor titular de cargo efetivo, pelo menos os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no art. 40 da Constituição Federal – inc. I, art. 2º, da Orientação Normativa n.º 03, de 12.08.2004, da Secretaria de Previdência Social – DOU de 17.08.2004.

Assim, a partir das mudanças havidas através das Emendas Constitucionais n.º 20/98 e 41/05, os servidores que já se encontravam no sistema, que venham a implementar as condições para aposentadoria voluntária pelas regras transitórias ou novas, desde que optem em permanecer em atividade até completarem cumulativamente os requisitos de idade e contribuição fixados na alínea "a" do inc. III do art. 40 da CF, em caráter excepcional, serão contemplados com a manutenção de alguns direitos subtraídos pelas reformas – integralidade e paridade.

Considerações acerca da possibilidade de mudança de cargo ao longo da vida funcional, nos dão conta que a regra vigente somente contempla a aposentadoria no novo cargo, após cumprido o tempo mínimo de cinco anos de efetivo exercício no cargo onde se dará a aposentadoria. Sem o cumprimento dessa exigência o servidor não obterá aposentadoria em cargo de nível mais elevado. Contudo, se o servidor houver implementado os requisitos para aposentadoria no cargo anterior fará jus à isenção ou ao abono independente do cumprimento de tal exigência. Essa é a interpretação do Tribunal de Contas da União, que decidiu que o requisito para fazer jus a isenção ou ao abono é a possibilidade de aposentadoria e não o tempo de permanência no cargo.

Não fosse a questão que envolve a organização de algumas carreiras, como por exemplo, da Magistratura e do Ministério Público, onde, após o ingresso, se admite o provimento derivado – promoções nas carreiras, que podem-se dar por merecimento ou antigüidade, ter-se-ia a exigibilidade de cinco anos no mesmo cargo como indispensável para aposentadoria em cargo de nível mais elevado. Contudo, devemos ter cuidado com as situações especiais previstas no próprio texto constitucional, como por exemplo, a nomeação de membros do Ministério Público ou de Advogados para os elevados cargos da magistratura. Estes sim, por não terem exercitado antes a função de julgar terão que permanecer, no mínimo, cinco anos no cargo judicante para que, atendidos os demais requisitos, possam usar da faculdade de se aposentarem. Da mesma forma, para os juízes do Tribunal Regional Federal – TRF, pois embora façam parte da Justiça Federal, os magistrados das 1ª e 2ª instâncias ocupam cargos distintos, ou seja, o juiz federal da 1ª instância, quando promovido, não vai para o TRF com o mesmo cargo, e sim como desembargador federal.

O fato é que para as categorias funcionais onde a carreira é única, há o entendimento de que não haverá a necessidade de cumprir o tempo de permanência de cinco anos no cargo de nível mais elevado para fazer jus à aposentadoria, e a conseqüente isenção da contribuição previdenciária ou ao abono de permanência.

Desse modo, não é difícil vislumbrarmos que sobre o assunto poderão surgir outras considerações, tudo, dependendo do caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MUNHOZ, Décio Garcia. Previdência Social. A Reforma da Reforma. In a "Reforma da Previdência em Questão". Editora UnB: 2003.

JORGE, Éder. Estudo sobre a Reforma da Previdência. Emenda Constitucional n.º 41/2003. Jus Navigandi. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5508>.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 429.

OLIVEIRA, Aristeu. Reforma Previdenciária Comentada. São Paulo: Atlas, 2ª Ed., 2004.

BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS. A Reforma da Previdência Social - O que mudou. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <http://www.mpas.gov.br/reforma/11_25_02.asp>. Acesso em: 3 nov. 2004.

GOMES, Denúbio. Emenda Constitucional n.º 41 e os Impactos nos Regimes Próprios de Previdência - setembro de 2004. Disponível em: www.previdenciasocial.gov.br/docs/sps/dr_denubio_gomes01.ppt. Acesso em: 25 abr.2005.

CARVALHO, Sonia Maria Gonçalves de. O servidor público e as reformas da Previdência (Emendas Constitucionais nos 20/98 e 41/2003). Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005.

MARTÍNEZ, José Maria de S. A reforma e a isenção previdenciária do servidor. Jus Navigandi. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4593>. Acesso em: 25/4/2005.

MEDINA, Damares. A isenção da contribuição previdenciária e o abono de permanência na Emenda Constitucional n.º 41/03. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 345, 17 jun. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5344>. Acesso em: 18 nov. 2004.

Ofício-Circular n.º 65/SRH/MP, de 12.10.2001. Disponível em: <http://www.servidor.gov.br/legislaçao/docs/oficio_circular/2001/of_circ_65_121101.htm. Acesso em: 14 mar. 2005.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Natureza do despacho que concede isenção tributária individual. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n.º 39, fev. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrinatexto.asp?id=1306>. Acesso em: 24 abr. 2005.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS. Acórdão. 2ª Turma - AP n.º 36.493 - MG - RTFR n.º 46, p. 21.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS. Acórdão. Rel. Ministro Armando Rolemberg - Ap. Cível n.º 57.637-MG.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão.. 2ª Turma. Rel. Ministro Cordeiro Guerra - RE 85471/RJ - Julgado em 02.12.76, Publicado no DJU 118.03.77.

BELEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, 10ª Ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Processo n.º 52000.032037/2004-32. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://www.servidor.gov.br/legislação/docs/despachos/2005/52000.032037_2004_32.htm>. Acesso em: 18 mai. 2005.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Processo n.º 0450.000708/2005-01. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://www.servidor.gov.br/legislação/docs/despachos/2005/0450.000708_2005_01.htm>. Acesso em: 18 mai. 2005.

GOMES, Denúbio. Emenda Constitucional n.º 41 e os Impactos nos Regimes Próprios de Previdência - setembro de 2004. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/docs/sps/dr_denubio_gomes01.ppt>. Acesso em: 25 abr. 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. Reforma Previdenciária. São Paulo: Atlas, 2004.

FARIAS, Paulo José. Proventos integrais e mudança no cargo público após a Reforma Previdenciária. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 286, 19 abr. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/dourina/texto.asp?id=5105>. Acesso em: 09 ma. 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n.º 908/2000 - Número interno do documento: DC-0908-43/00-P. Brasília, DF, 2000. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario#>. Acesso em: 30 mai. 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 473/2005 - Número interno do documento: AC-0473-14/05-P. Brasília, DF, 2005. Disponível em: http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario# Acesso em: 30 mai. 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 711/2003 - Número interno do documento: AC-0711-23/03-P. Brasília, DF, 2003. Disponível em: http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario# Acesso em: 30 mai. 2005.

BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social. Informe de Previdência no Serviço Público, ano 1, n.º 1, MAIO / JUNHO 2004. Brasília, DF, Disponível em: http://www.mpas.gov.br. Acesso em: 30 mai. 2005.

A Responsabilidade Civil do Estado e o Dano Moral

Jair José Perin

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado, no decorrer da evolução do direito, passou por diversas fases, começando por aquela em que o Estado não podia ser responsabilizado por qualquer lesão ao direito de alguém, já que na concepção absolutista, o Estado não estava na mesma relação das pessoas físicas e jurídicas, mas sim acima. Essa fase da irresponsabilidade perdurou praticamente durante todo o decorrer do século XIX.[1]

Passou, posteriormente, para a fase da responsabilidade civilista, surgida na França no século XIX, quando da discussão sobre a conceituação de atos de império e de gestão, em que começou a ser firmada a responsabilidade da administração pública por danos provenientes de atos de gestão, no caso de culpa ou dolo do agente público.

Como evolução da teoria da responsabilidade civilista, passa-se para a fase da publicização da culpa administrativa, criação do Conselho de Estado francês. Esta teoria inova profundamente, pois se passa para a responsabilidade do Estado independentemente da falta do agente público, quando originária da Administração, pelo mau funcionamento do serviço público ou pela sua inexistência, cuja decorrência deve ser concretamente avaliada e analisada. Esta fase marca a transição para a atual fase da responsabilidade objetiva do Estado. O fato que materializou esta nova concepção foi o julgamento do caso Blanco em 1873, na França, em que somente as regras de direito público foram aceitas para a solução do caso, porquanto o Estado aparecia como causador de dano a administrado. Nesse tipo de responsabilidade, a idéia culpa é substituída pela de nexo de causalidade, entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Não há necessidade de apreciação do dolo ou culpa. É a chamada teoria do risco, porquanto tem como pressuposto de que a atuação do poder público envolve um risco de dano, que lhe é ínsito.

---

[1] PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 418-431.

Pela teoria do risco objetivo, figura o entendimento de que ao lesado não interessa conhecer o responsável pelo dano, ele almeja o ressarcimento, desde que estabelecido o nexo causal entre ele e o Estado.[2]

Observa-se que a teoria do risco envolve duas modalidades: a do risco administrativo, caracterizada esta por admitir as causas excludentes da responsabilidade do Estado: culpa da vítima, culpa de terceiros, caso fortuito ou força maior; e do risco integral, a qual não admite as excludentes aceitas pela teoria do risco administrativo.[3]

1 DIFERENÇA ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

Na responsabilidade civil subjetiva verifica-se que estão presentes a ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexo causal, dano e, finalmente, culpa. A ação ou omissão, para gerar responsabilidade subjetiva, deve estar calcada, respectivamente, na prática de um ato que não se deva efetivar ou na não-observância de um dever de agir. A relação de causalidade é o vínculo que une a conduta do agente ao dano, sendo que inexistindo este não haverá possibilidade de indenização do ato ilícito. A culpa civil abrange não somente o ato ou conduta intencional, mas também os atos ou condutas eivados de negligência, imprudência ou imperícia, a culpa em sentido estrito (quase delito).[4]

Por outro lado, a responsabilidade objetiva desconsidera a culpabilidade e imputablidade, bastando ser constatada a existência dos requisitos de causalidade e dano. Aqui o sujeito é responsável, por força de previsão legal, pelos riscos ou perigos que sua atuação promover, ainda que colocada toda diligência para evitar o dano. Apenas ficará afastada a responsabilidade caso houver culpa exclusiva da vítima, força maior, caso fortuito e fato de terceiro, haja vista que nesses casos há impedimento da concretização do nexo causal.[5]

Vigora, com prevalência, no nosso ordenamento jurídico a regra geral de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. O ato ilícito qualifica-se pela culpa. Não havendo culpa, não haverá, em regra, qualquer responsabilidade. À luz do art. 186 do Código Civil, ocorre

---

[2] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Contratos em espécie e responsabilidade civil.* São Paulo: Atlas, 2001, p. 497-533

[3] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 560 573.

[4] VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 497-533.

[5] Ibidem.

ato ilícito quando alguém, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem, em face do que será responsabilizado pela reparação dos prejuízos.[6]

Em virtude da constatação de que, em alguns casos, havia a necessidade de evolução em termos de responsabilidade civil, a fim de melhor atender aos reclamos da sociedade, seja por motivo de avanços tecnológicos, seja por outras razões, a legislação começou a prever e contemplar a responsabilidade civil sob o enfoque da teoria do risco, ou seja, independentemente da existência de culpa. Com a materialização do dano, o causador deste deverá indenizar, por imposição legal, mesmo que não tenha agido com dolo ou culpa estrito senso. A vítima apenas deverá provar o nexo de causalidade, o dano e a autoria, sem que se investigue em relação a esta pessoa a sua conduta dolosa ou culposa. Portanto, a responsabilidade objetiva calca-se, funda-se e justifica-se no risco.[7]

No caso da responsabilidade objetiva do Estado, o risco é suportado de forma repartida entre todos os cidadãos. O princípio da igualdade impera, porquanto os prejuízos a alguns particulares causados pelas pessoas jurídicas de direito público advindos de suas atividades em prol de toda a sociedade devem ser suportados por essa mesma coletividade de forma isonômica. Evita-se, assim, que algumas pessoas integrantes da coletividade politicamente organizada sejam oneradas mais do que outras. A responsabilidade civil do Estado está prevista pelo direito civil e direito público, este com prevalência, seja no ramo do direito constitucional, como no do direito administrativo e no do direito internacional público.[8]

2 FUNDAMENTO ATUAL DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

A Constituição atual da República Federativa do Brasil adotou a teoria da responsabilidade objetiva, na modalidade do risco administrativo. O art. 37, § 6º, dispõe:

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.[9]

A responsabilidade objetiva do Estado adotada pela Constituição Federal está assentada na teoria do risco administrativo. Havendo dano causado pela administração pública em face da vítima, esta terá direito à reparação, mesmo que não exista culpa daquela. Somente ficará afastada essa responsabilidade se administração pública conseguir provar culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior; atenuação haverá se houver culpa

---

[6] DINIZ, Maria Helena. *Curso Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 17, p. 40.
[7] Ibidem.
[8] DINIZ, Maria Helena.Op. cit., p. 40.
[9] BRASIL. Constituição (1988). 4. ed. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 1999.

concorrente. A teoria do risco administrativo centra-se, alicerça-se, em cima do risco que a atividade pública pode produzir para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar os administrados prejudicados, os demais integrantes dessa comunidade, dentro do princípio da solidariedade e de justiça distributiva, concorrem para a reparação do dano, por intermédio da Fazenda Pública.[10]

De acordo com o dispositivo constitucional, as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos, bem como as pessoas físicas e jurídicas, sejam entidades paraestatais, ou concessionárias e permissionárias, que exerçam funções públicas delegadas, respondem pelos danos causados a terceiros por seus agentes, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Para a indenização dos atos e fatos estranhos à atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano.[11]

Existe a possibilidade de o Estado, caso condenado a indenizar o administrado, ingressar com ação regressiva, de rito ordinário, nos termos do Código de Processo Civil, contra o agente público, caso este tenha sido o responsável, por dolo ou culpa, pela condenação do Ente Público. Para ajuizar essa ação, portanto, há a necessidade de prévia condenação da pessoa estatal à indenização de terceiros por ato lesivo do agente, e anterior constatação, em processo regular, onde sejam respeitados todos os princípios do devido processo legal, do comportamento doloso ou culposo do agente.[12]

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos, confirma o exposto quando expressa:

> Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiro.
> § 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

3 A DESNECESSIDADE DA DENUNCIAÇÃO DA LIDE E A AÇÃO REGRESSIVA

Em consonância com a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, não mais é obrigatória, e nem aceitável, a denunciação da lide nos termos do art. 70, III, do CPC, na própria ação indenizatória, para funcionar como o direito de regresso. A razão para a sustentação desse entendimento reside no fato de que na ação indenizatória baseada na responsabilidade objetiva do Estado, segundo a teoria do risco administrativo, somente é

---

[10] Ibidem.
[11] MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 562-563.
[12] PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Op cit., p. 430-431.

afastada a responsabilidade do Ente Estatal caso este prove a culpa exclusiva da vítima, de terceiros, caso fortuito ou força maior. Não existe, por extensão, espaço nessa relação processual para discutir a culpa ou o dolo do agente público que porventura tenha sido o causador do dano.[13]

O não cabimento de denunciação da lide no caso em que o Estado deve responder de forma objetiva, na modalidade do risco administrativo, reside, portanto, no fato de que o agente causador do dano responde à luz da responsabilidade civil subjetiva por meio da prova do dolo ou culpa. Assim, a admissão da denunciação da lide desvirtuaria o instituto da responsabilidade objetiva.[14]

A respeito, veja-se as seguintes jurisprudências:

> CONSTITUCIONAL. Responsabilidade Civil do Estado. Seus pressupostos. 2) Processual Civil. A ação de indenização, fundada na responsabilidade objetiva do Estado, por ato de funcionário (Constituição, Art. 107 e parágrafo único), não comporta obrigatoriamente denunciação a este, na forma do art. 70, III, do Código de processo Civil, para apuração de culpa, desnecessária a satisfação do prejudicado.[15]

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 70, III, DO CPC. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DENUNCIAÇÃO À LIDE DO AGENTE PÚBLICO PRETENSAMENTE CAUSADOR DO DANO. DESNECESSIDADE. TEORIA OBJETIVA ABARCADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
>
> Tendo a Constituição Federal abarcada a teoria objetiva da responsabilidade, todo dano ocasionado ao particular, por servidor público, há de ser ressarcido, independentemente da existência de dolo ou culpa deste. Assim, pela via obliqua, forçoso é de se concluir que a denunciação à lide, *in casu*, embora recomendável, é desnecessária à satisfação do direito do prejudicado, e não afasta a possibilidade de o denunciante requerer o direito alegado, posteriormente, na via própria, haja vista não ter o art. 70, inc. III, do Estatuto Processual Civil, norma do direito instrumental, o poder de aniquilar o próprio direito material. Precedentes. Agravo regimental improvido.[16]

---

[13] MELLO. Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 642-644.

[14] ANJOS. Luís Henrique Martins dos; JONE. Walter. *Manual de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 356.

[15] Supremo Tribunal Federal, RE- 93880/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Décio Miranda, DJ 05.02.82, p. 10443.

[16] Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Decisão de 20/11/2001, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento – 396230, Processo nº 2001.00.82346-0/BA.

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO RETIDO. DENUNCIAÇÃO A LIDE. ACIDENTE DE AUTOMÓVEL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. LUCROS CESSANTES.

I. Em ação de responsabilidade civil por ato omissivo ou comissivo do servidor da pessoa jurídica de direito público, a denunciação da lide pode ser indeferida pelo juiz. Nessa ação, incumbe ao autor provar a ocorrência do fato lesivo e o dano daí decorrente. A culpa do servidor não é discutida. A Constituição Federal assegurou a pessoa de direito público a ação de regresso, independente de denunciar a lide.

2. Abalroando o motorista do carro oficial, por não atentar para as condições de tráfego, no momento, o veículo (táxi), que trafegava pela faixa que lhe era própria, em situação regular, responde o Estado pela indenização.

3. Tendo o automóvel, táxi, permanecido parada, na oficina, para conserto, impossibilitando o seu proprietário de auferir renda com a sua utilização, obrigado está o Estado a pagar os lucros cessantes.

4. Agravo retido e apelação improvidos.[17]

DIREITO ADMINISTRATIVO. REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DE COLISÃO DE MOTOCICLETA COM VIATURA DO EXÉRCITO BRASILEIRO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA UNIÃO. DENUNICAÇÃO DA LIDE DOS MILITARES RESPONSÁVEIS. INVIABILIDADE.

A denunciação à lide dos militares envolvidos no acidente implicaria em evidente prejuízo ao apelado, pois procrastinaria o reconhecimento de um legítimo direito da vítima, em razão da responsabilidade objetiva do Estado, fazendo com que dependa de solução de um outro conflito intersubjetivo de interesses, entre o Estado e os militares.[18]

De acordo com o doutrinador Humberto Theodoro Júnior, pela sistemática do Código de Processo Civil, a denunciação da lide é medida obrigatória, que leva a uma sentença sobre a responsabilidade de terceiro em face do denunciante, de par com a solução normal do litígio de início deduzido em juízo, entre autor e réu. Consiste em chamar o terceiro (denunciado), que mantém um vínculo de direito com a parte (denunciante), para vir responder pela garantia do negócio jurídico, caso o denunciante saia vencido no processo.[19]

---

[17] Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Terceira Turma, Relator Juiz Tourinho Neto, Apelação Cível no Processo nº 1989.01.09213-1/DF, publicado no DJ 04/06/1990, p. 11755.

[18] Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, Relatora Juíza Luíza Dias Cassales, Apelação Cível no Processo nº 94.04.39728-8/RS, publicado no DJ DE 14/10/1998, p. 580.

[19] THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Curso de direito processual civil.* 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

Como se vê, existe substancial diferença entre a denunciação da lide prevista na Lei Processual brasileira e a ação regressiva constante no art. 37, § 6º da Carta da República Federativa do Brasil, haja vista que nesta, primeiro o Poder Público responde objetivamente à luz da teoria do risco administrativo, e caso condenado, em provando a culpa ou dolo do agente público, ingressa com uma ação contra este.[20]

4 O AMPARO PARA O DANO MORAL E A RELATIVIDADE DO DIREITO

Feitas as considerações acima, cabe enfrentar a problemática da indenização por dano moral frente à atual sistemática de processamento dos pedidos de indenização por danos decorrentes da responsabilidade objetiva agasalhada pelo texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988, refletindo a evolução do direito nacional e internacional em relação ao ser humano como indivíduo em si, ou considerado coletivamente, garantiu a inviolabilidade de direitos que o Poder Constituinte Originário reconheceu como essenciais, os quais, na sua grande maioria, encontram-se arrolados no art. 5º. Esses direitos fundamentais fazem parte daquele núcleo constitucional imodificável e inatingível pelo Poder Derivado, seja por intermédio de emenda constitucional, ou outro modo de reforma da Constituição Federal, porquanto constituem cláusulas pétreas nos termos do § 4º do art. 60. Somente por meio de outro poder constituinte originário isso será possível, o que não deverá ocorrer, com certeza, haja vista constituir direitos conquistados pela própria evolução da humanidade e dos estados politicamente organizados, principalmente dos estados democráticos de direito.

Como forma de garantir e dar efetividade à inviolabilidade dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente a Constituição Federal prevê, além de outros, a possibilidade de ser pleiteada a indenizabilidade não só do dano patrimonial, mas também do dano moral. Os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal[21] dispõem, respectivamente:

> é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]
>
> são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Por estarem previstos no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, são considerados direitos fundamentais, aos quais deve ser dado o máximo de concretização

---

[20] ANJOS. Luís Henrique Martins dos; JONE. Walter. Op. cit., p. 355-356.

[21] BRASIL. Constituição. 4. ed. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 1999.

material, já que desfrutam de aplicabilidade imediata, de acordo com o expresso no parágrafo primeiro deste artigo. Cabe aqui trazer as considerações do doutrinador José Afonso da Silva[22], a respeito da aplicabilidade e eficácia das normas que contêm os direitos fundamentais. Assim leciona:

> A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias de democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.

Esses direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal exigem do Estado, por vezes, uma atuação negativa, no sentido de não agredir e/ou desrespeitar a esfera individual da pessoa ou da coletividade considerada, e, em outras situações, uma atitude positiva para dar concretude às expectativas das pessoas e da sociedade.

Essas previsões constitucionais colocaram por terra todas vacilações que havia na doutrina e na jurisprudência a respeito do cabimento ou não de indenização por dano moral. O dano moral, diversamente do dano material que é concreto, é mais sutil, em virtude de que envolve ataques aos sentimentos humanos, como a honra, a dignidade e a reputação.

Porém, essa previsão constitucional da possibilidade de ser pleiteada a indenização por dano moral, quando houver violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, não pode ser encarada de forma simplista, devendo ser levado em consideração diversos fatores, valores em conflito e circunstâncias envolventes, a fim de ser um instrumento de aceitação e de resignação por toda a sociedade.

Há que se ter presente que a Constituição Federal impõe ao Estado e à sociedade o dever de garantir não somente os direitos de primeira geração (a vida, a liberdade, associação etc.), mas também os de segunda (o direito ao trabalho, à saúde e à educação etc.), e de

---

[22] SILVA. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

terceira (direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente etc.); ou seja, houve um abandono da idéia individualista, passando a existir uma inquietude social mais abrangente. Isso demanda, efetivamente, para o Estado uma preocupação global, a fim de não ocorrer maior valorização de determinados direitos em prejuízo de outros. Logicamente que a viabilização dos direitos de segunda, terceira, e até de quarta geração, estes reconhecidos por apenas alguns doutrinadores, refletem diretamente sobre os de primeira geração, como estes, também, repercutem em relação às demais gerações de direitos. Na verdade, percebe-se que existe uma verdadeira interação e interdependência nessas gerações de direitos.

O doutrinador Alexandre de Moraes nos traz as seguintes lições:[23]

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Desta forma, quando houver conflitos entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar ou bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Apontando a relatividade dos direitos fundamentais, Quiroga Lavie afirma que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo desconhecerem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito.

À própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, expressamente, em seu art. 29 afirma que:

> toda a pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes à supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração.

---

[23] MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

O advogado Mário Lúcio Quintão Soares nos reporta:[24]

> A Constituição brasileira, procurando ser um instrumento de mudança social, preconiza, expressamente, princípios basilares de direitos humanos, como: soberania, cidadania, dignidade humana e valores sociais do trabalho; a construção de uma sociedade justa, livre e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização social; a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais.
>
> A Carta Magna evoluiu ideologicamente em relação às Constituições anteriores, mesmo a liberal de 1946, ampliando as garantias constitucionais aos direitos individuais e coletivos contemplados, estabelecendo um capítulo específico e moderno para os direitos sociais e introduzindo os direitos fundamentais de terceira geração, dispondo inclusive, no artigo 225, sobre o "direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ocorreu incontestável avanço na abordagem dos direitos fundamentais, que devem integrar-se em uma justaposição harmônica, evitando a deformação individualista, para abranger o rol de todos os direitos que devem ser reconhecidos ao cidadão e ao homem.

Portanto, referente à ação de indenização por dano moral quando o Estado agride os direitos fundamentais, a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade, deve ocorrer o máximo de cuidado na apuração do dano efetivo, à sua extensão, às suas circunstâncias, e outros aspectos relevantes, a fim de não haver um atropelo à necessária harmonia com os demais direitos e princípios que precisam ser assegurados pelo Poder Público. Cabe trazer a seguinte jurisprudência a respeito:

> DANO MORAL. Necessariamente ele não existe pela simples razão de haver um dissabor. A prevalecer essa tese, qualquer fissura de contrato daria ensejo ao dano moral conjugado com o material. O direito veio para viabilizar a vida e não para truncá-la, gerando-se um clima de suspense e de demandas. Ausência de dano moral, no caso concreto. Recurso desprovido.[25]

Maria Helena Diniz observa que o dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem conteúdo, ou melhor, a conseqüência do dano. O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.[26]

---

[24] SOARES. Mário Lúcio Quintão. Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 115, 1992.

[25] AC nº 596185181-RS, Sexta Câmara Cível, Rel. Desembargador Décio Antônio Erpen, julgamento 05.11.96.

[26] DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 84-86.

O doutrinador Silvio de Salvo Venosa consigna que "dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização."[27]

O Advogado Álvaro Couri Antunes Souza[28] para definir danos morais usa as palavras dos doutrinadores Carlos Alberto Bittar e Wilson Mello da Silva que consignam, respectivamente: "danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas".

"Dano moral é aquele que diz respeito às lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural (não jurídica) em seu patrimônio de valores exclusivamente ideais, vale dizer, não econômicos."

Em artigo publicado no Jornal Zero Hora de 10.10.98, sob o título "A Indústria do Dano Moral", o Desembargador Décio Antônio Erpen, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim expressa:

> De outro lado, a seara jurídica fomenta, hoje, um instituto que, igualmente, instabiliza o próprio direito. Refiro-me à indústria do dano moral.
>
> Sem uma definição científica do que seja, realmente, o dano moral, sem uma norma estabelecendo as áreas de abrangência e, sem parâmetros legais para a sua quantificação, permite-se o perigoso e imprevisível subjetivismo do pleito, colocando o juiz numa posição de desconforto. Ele que deve ser o executivo da norma, passou a personalizá-la.
>
> A prevalecer o instituto sem critérios legais definidos, os profissionais, em especial os prestadores de serviço, exercerão seu mister com sobressalto; os produtores não resistirão às indenizações de valores imprevisíveis. Sequer as seguradoras assumirão a cobertura ante a ausência de um referencial para a elaboração dos cálculos. Enfim, toda a sociedade estará submetida ao subjetivismo, o que conspira contra um valor supremo do direito, a segurança jurídica.

---

[27] VENOSA. Silvio de Salvo. Op. cit., p. 514-515.

[28] SOUZA. Álvaro Couri Antunes. O Valor da causa nas ações indenizatórias por danos morais. *Revista dos Tribunais*, jan. 2001, v. 783.

> A corrente belicosa, se vitoriosa, gerará uma sociedade intolerante, na qual se promoverá o ódio, a rivalidade, a busca de vantagens sobre outrem ou até a exaltação ao narcisismo. A promissora indústria do dano levará a esse triste quadro [...].[29]

5 A INCOMPATIBILIDADE DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA FRENTE AO DANO MORAL (TEORIA SUBJETIVA)

Percebe-se, sob a ótica supracitada, que a responsabilidade do Poder Público quanto ao dano moral, necessita passar por uma avaliação subjetiva, a fim de levantar com detalhes o grau de culpa ou de dolo do agente público causador do dano, bem como da vítima.

Quando envolver um agente público como vítima de dano causado por outro agente do Estado, o cuidado na avaliação do dano moral necessita aumentar ainda mais, devendo chegar, na maioria dos casos, a não existir, porquanto, na grande soma dos casos, o agente é vítima de outro agente que está envolvido diretamente nas circunstâncias que o fato ocorreu. Para exemplificar, tomemos a atividade policial e militar, onde estes agentes assumem, ao tomarem posse nos cargos e funções, riscos inerentes à sua profissão, tais como, periculosidade, insalubridade e penosidade muito acentuados, onde o limite entre a culpa ou dolo do poder Público, por intermédio de seus outros agentes, e o próprio risco da atividade em si é muito tênue, exigindo do Poder Judiciário, quando da prestação jurisdicional, muita parcimônia e sopesamento de todos esses fatos envolvidos. Geralmente, nesses casos, ocorre, também, uma compensação dos próprios bens protegidos constitucionalmente. Suponhamos que um agente policial, numa perseguição a bandidos, venha a ser alvejado por outro agente policial envolvido na operação, resultando no seu passamento. A sua família poderá ingressar com uma ação por dano moral, alegando a violação a algum bem protegido constitucionalmente.

Ocorre que, simultaneamente, outros bens imateriais (por exemplo, a honra e a imagem), certamente, estarão em jogo, os quais, no final da equação, ficarão numa posição de realce a dignificar essa vítima e sua família.

Pode-se dizer que existe uma incompatibilidade evidente entre a forma de apuração da responsabilidade objetiva patrimonial, com aquela que deve nortear a investigação em relação ao dano moral, onde nesta, os aspectos subjetivos devem ser muito bem provado e sopesados, enquanto que naquela o Poder Público somente se exime de responsabilidade da indenização caso consiga provar a culpa exclusiva da vítima, de terceiro, força maior ou caso fortuito.

---

[29] ERPEN. Décio Antônio. A indústria do dano moral. *Zero Hora*, Porto Alegre, 10 out. 1998.

A prova da culpa ou do dolo do agente público em relação ao dano moral causado à vítima pelo Estado é imprescindível, como também a existência da própria violação dos bens imateriais protegidos constitucionalmente (honra, vida privada, intimidade e imagem).

O direito à indenização por dano moral deve fundar-se no art. 186 do Código Civil, onde o autor precisará provar o ato culposo do agente, o nexo causal entre o ato e o resultado, bem como o prejuízo decorrente. Significa dizer que, em princípio, para o autor conseguir êxito na causa indenizatória tem o ônus e a incumbência de provar a ocorrência dos três requisitos retrocitados, tudo de acordo com o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil brasileiro.

Importante registrar que não existe lugar na ação de indenização pela responsabilidade objetiva para discutir aspectos subjetivos, com ampla instrução processual, provas, contraditório e defesa, que envolve a responsabilidade por dano moral, o que, por essa razão, a torna incompatível para a apuração e avaliação dessa espécie de dano.

Além do mais, se o agente público supostamente causador do dano moral não participa da relação processual, haja vista que não existe previsão constitucional e legal de denunciação da lide ao mesmo, e o próprio Poder Público está coartado a somente discutir aspectos restritos, como a culpa exclusiva da vítima, força maior e caso fortuito, não pode haver espaço para o pleito de reparação de dano moral na ação por responsabilidade objetiva, o que deve ser buscada, por conseguinte, em outra ação com fundamento na responsabilidade subjetiva.

Para corroborar com o acima exposto, veja-se a posição jurisprudencial do STJ:[30]

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL. AGRESSÕES POR SEGURANÇAS DE SHOPPING CENTER. INDENIZAÇÃO. QUANTUM. HONORÁRIOS. CONDENAÇÃO. OBSERVÂNCIA AO ART. 21, CPC. RECURSO DESACOLHIDO.
>
> I – A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento a realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica.

---

[30] Resp nº 215.607, RJ, Relator Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira, julgado ocorrido em 17/08/1999, publicado no DJ 13/09/1999.

II – Diante dos fatos da causa, razoável a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem, levando-se em consideração não só a desproporcionalidade das agressões pelos seguranças como também a circunstâncias relevante de que os shoppings centers são locais freqüentados diariamente por milhares de pessoas e famílias.

III – Em face dos manifestos e freqüentes abusos na fixação do quantum indenizatório, no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando de danos morais, lícito é ao Superior Tribunal de Justiça exercer o respectivo controle.

IV – Calculados os honorários sobre a condenação, a redução devida pela sucumbência parcial nela foi considerada.

Frente aos termos expressos na ementa do acórdão referenciado, a qual muito bem sintetizou a fundamentação constante do voto vencedor, percebe-se que, efetivamente, a forma de apuração da responsabilidade objetiva é totalmente inadequada para a averiguação e fixação da indenização por dano moral, porquanto a análise dos aspectos subjetivos, que nesse caso exige, como o grau de culpa, as peculiaridades do caso, as circunstâncias que ocorreu o dano, e outros detalhes, refogem por demais à alçada do rito restrito da apuração objetiva. O próprio ônus da prova do fato constitutivo do direito do autor da ação de indenização por dano moral tem uma diferença substancial em relação à ação de indenização patrimonial pela teoria do risco administrativo adotada pela responsabilidade objetiva.

Considera-se, assim, que a apuração da existência de dano moral deve passar, à semelhança do que ocorre quando houver dano decorrente de uma omissão do Estado, pela aplicação dos princípios e regras que disciplinam a responsabilidade subjetiva.[31]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o exposto acima, espera-se ter contribuindo, de alguma forma, para aumentar, ainda mais, a inquietude em relação ao tão polêmico assunto, que é a indenização por dano moral, principalmente quando a ação é ajuizada contra o Poder Público, seja por pessoa que não faça parte da Administração Pública, seja por agente público.

Ao que parece, a ação indenizatória por dano moral não pode aproveitar-se do rito processual que segue a ação de reparação por dano patrimonial à luz da responsabilidade objetiva, pela teoria do risco administrativo, porquanto nesta, o Estado somente pode discutir aspectos restritos para eximir-se da obrigação de indenizar, que é a culpa exclusiva ou concorrente da vítima, de terceiros, caso fortuito e força maior.

---

[31] ANJOS. Luís Henrique Martins dos; JONE. Walter.Op. cit., p. 350.

Por envolver diversos aspectos a serem considerados, inclusive para a fixação do *quantum debeatur* do dano moral, é de considerar-se que a ação deve ser ajuizada com base no art. 186 do Código Civil, ou seja, com base na responsabilidade subjetiva, onde o autor terá o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito nos termos do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Caso seja imputada a responsabilidade a algum agente público, este deverá participar da relação processual, na condição de litisdenunciado.

Quanto ao cabimento em si da indenização por dano moral, esta somente deverá ocorrer quando o Estado, por meio de seus agentes, de fato, agredir os direitos fundamentais (a honra, a intimidade, a imagem e a vida privada) de forma evidente, antijurídica, a fim de não se transformar em um instrumento de enriquecimento sem uma justa causa. E quando essa indenização ocorrer, precisará levar em conta todos os requisitos firmados pelo Superior Tribunal de Justiça no acórdão acima mencionado.

O pedido de indenização por dano moral envolvendo como vítima agente público deve merecer mais atenção do Poder Jurisdicional, haja vista que, na grande maioria dos casos, o suposto dano ocorreu pelas circunstâncias inerentes à própria atividade pública.

Além do mais, o agente público, ao tomar posse em cargo ou função pública, assume os riscos imanentes à sua atividade, não podendo, por isso, ser desconsiderados quando da apreciação de pleito indenizatório por dano moral.

Outro relevante aspecto a considerar, quando existir agente público ou sua família como vítima, refere-se que, na grande quantidade dos casos, os valores imateriais reverenciados e destacados pelo Poder Público e a própria sociedade, quando ocorrer um dano a esse agente, suplantam, em muito, algum outro suposto direito protegido constitucionalmente pela ação de indenização por dano moral, alegadamente violado.

Por fim, na seara do pleito de dano moral contra o Estado, deve ocorrer um cuidado todo especial, a fim de não haver uma supervalorização desses direitos fundamentais de primeira geração, prejudicando, com isso, políticas públicas voltadas a entender harmonicamente outras gerações de direitos fundamentais, que exigem atuações positivas por parte do Poder Público; e, inclusive, esse desequilíbrio, poder gerar, como alguns doutrinadores alertam, desarmonização social e não pacificação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS, Luís Henrique Martins dos; JONE. Walter, *Manual de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR14.724 – Informação e Documentação – Trabalhos Acadêmicos – Apresentação. Rio de Janeiro: Atual, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). 4. ed. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Curso Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 17, p. 40.

ERPEN, Décio Antônio. A indústria do dano moral. *Zero Hora*. Porto Alegre, 10 out. 1998.

FURASTÉ, Pedro Augusto. *Normas Técnicas para o Trabalho Científico*: explicitação das Normas da ABNT. 13. ed. Porto Alegre: s.n., 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO. Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

MORAES. Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOARES. Mário Lúcio Quintão Soares. Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 29, n. 115, p. 85-138, jul./set. 1992.

SOUZA, Alvaro Couri Antunes. O valor da causa nas ações indenizatórias por danos morais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 783, p. 183-196, jan. 2001.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Curso de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TÔRRES. Heleno Taveira. O princípio da responsabilidade objetiva do estado e a teoria do risco administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 126, p. 231-243 abr./jun. 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Contratos em espécie e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2001, v. 3.

A Suspensão do Fornecimento de Energia Elétrica a Usuário Inadimplente e o Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Juliana Druck de Oliveira Souto

INTRODUÇÃO[1]

A matéria ora em comento vem sendo constantemente debatida nos Tribunais do País, especialmente nos últimos 10 anos, quando do início dos processos de privatização no Brasil.

Ocorre que concomitantemente ao início da prestação de serviços públicos por agentes privados, por meio e contrato de concessão, houve uma significativa mudança no posicionamento jurisprudencial acerca da possibilidade de suspensão do serviço quando da inadimplência do usuário. Até as privatizações o entendimento unânime dos Tribunais estaduais era no sentido de autorizar a suspensão, o que passou a ser negado quando empresas privadas começaram a exercer tal direito. Finalmente, após anos de luta por parte das distribuidoras de energia nos Tribunais do país, chegou-se novamente, pelo Superior Tribunal de Justiça (decisões de 2004 e 2005), ao correto tratamento da matéria.

O que se pretende analisar criticamente no presente trabalho é a trajetória dessa jurisprudência, desde o seu acerto inicial, passando-se pela análise de seus equívocos (ocorridos a partir das privatizações), e, por fim, as questões mais relevantes trazidas à tona quando da mudança de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. O último ponto analisará com mais detenção alguns aspectos da jurisprudência recente do STJ, com o intuito de fortalecer e consolidar com esse novo entendimento.

---

[1] Eu gostaria de agradecer aos colegas e professores que contribuíram para o presente trabalho, em especial, ao advogado Carlos Souto, ao colega Mauro Hiane de Moura, e aos professores Itiberê de Oliveira Rodrigues e Luiz Gustavo Kaercher Loureiro.

Para tal análise histórica, na primeira parte do trabalho, escolheremos exemplificativamente julgados do Tribunal de Justiça Gaúcho, que serão apresentados em ordem histórica, possibilitando a visualização das oscilações na interpretação jurisprudencial acerca da matéria ora em comento, iniciando-se por um período em que era amplamente reconhecida a legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica a usuário inadimplente (até 1996 e 1997), e passando-se para um segundo momento (de 1998 até os dias atuais), concomitante ao início da prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica por empresa privada detentora da concessão, em que TJRS entendeu pela ilegalidade da suspensão de fornecimento por inadimplemento.

Enquanto as mudanças ocorridas na sociedade (privatizações e surgimento de legislação específica) deveriam levar à um fortalecimento da legalidade da suspensão de fornecimento, nos Tribunais, as conseqüências foram diametralmente opostas. Entendemos que tal fenômeno decorre de uma visão míope de nossos julgadores, que analisam os casos concretos de forma atecnica, que formam seu convencimento de maneira distorcida e depois buscam no mundo jurídico uma forma de justificar esse conceito equivocadamente preconcebido. O que deveria ocorrer, ao contrário, seria uma análise que ao mesmo tempo privilegiasse, por óbvio, a aplicação das normas contidas no Ordenamento Jurídico Brasileiro, tal como pressupõe o Princípio da Legalidade, aliada à uma visão econômica do Direito (e ao Princípio da Eficiência), para a melhor interpretação das normas, bem como para limitar a aplicação promíscua de certos princípios e relativizações em detrimento da Lei[2].

Em um segundo momento do trabalho, far-se-á a análise histórica das decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca da suspensão do fornecimento de energia a usuário inadimplente, desde as primeiras decisões (até 2003), contrárias ao corte por aplicar equivocada e unicamente o Código de Defesa do Consumidor e as mais recentes (de 2004 e 2005), que finalmente reconheceram tal direito aos concessionários do serviço. Nesse tópico, far-se-á uma análise dos pontos mais relevantes analisados por tais decisões, tais como a aplicação conjunta das Leis 8987/1995 e 9.427/19996, bem como a correta definição dos princípios da continuidade e da supremacia do interesse público sobre o privado.

1 HISTÓRICO E COMENTÁRIOS DE DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

As decisões do TJRS, que antes se baseavam na autorização legal, bem como na aplicação do princípio da *excepcito non adimpleti contractus* no âmbito do Direito Administrativo[3], mudaram subitamente de posicionamento, olvidando da legislação federal

---

[2] Tal como na lição do tributarista Humberto Ávila, de que os princípios gerais de direito são e sempre foram secundários à Lei (explica-se, a Constituição Federal e as Leis ordinárias); por isso, somente podem ser aplicados após e em consonância com a Lei ou, na ausência de disposição de Lei Ordinária, sempre de acordo com a Constituição Federal.

[3] Definição que se dará mais adiante.

que trata da matéria, e aplicando tão-somente e ainda de forma distorcida[4], o Código de Defesa do Consumidor – lei anterior, de mesma hierarquia e menos específica que as Leis 8.987/1995 e 9.427/1996. Utilizaram-se, ainda, equivocadamente dos princípios de Direito Administrativo, tais como o da continuidade do serviço público, o da supremacia do interesse público sobre o particular e o da essencialidade do serviço público. Por fim, aplicaram também equivocadamente justificativas tais como a de que "a empresa privada deve arcar com os riscos da atividade" – diga-se, que quando das privatizações tais riscos não existiam, pois o corte era previsto em lei e amplamente recepcionado pelos Tribunais.

O tratamento da matéria quando se encontra em um dos lados da lide usuário que preste serviço público ou essencial à população, como é o caso dos Municípios quando da prestação do serviço de iluminação pública (serviço público de interesse local, conforme o art. 30, V, da Constituição Federal), é ainda mais severo do que em relação ao usuário particular. Note-se, no entanto, que quase não existiam nos Tribunais discussões envolvendo esse tipo de usuário antes das privatizações, pois quando a Administração Pública prestava diretamente o serviço de distribuição de energia elétrica (ou como é o caso da Companhia Estadual de energia Elétrica – CEEE –, que detinha, para todo o Estado do Rio Grande do Sul, a concessão da União Federal para a prestação do serviço), as pendências com os Poderes Públicos Estaduais e Municipais se resolviam administrativamente, na base de "acertos de contas" entre os diversos entes da Administração Pública.

Veja-se, inicialmente, como o corte era amplamente autorizado pelo Tribunal de justiça Gaúcho, mesmo na vigência do CDC, afastando-se expressamente os arts. 22 e 42, conforme ementas de julgados de 1996 e 1997:

> CEEE. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA, MOVIDA POR CONSUMIDORES CONTRA A CONCESSIONÁRIA, PARA QUE ESTA FAÇA A RELIGAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, CORTADA POR FALTA DE PAGAMENTO. INADIMPLÊNCIA CONFESSA. CORTE PREVISTO NO ART. 75 DA PORTARIA 222/87. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NÃO OBRIGA AS CONCESSIONÁRIAS A FORNECER SEUS SERVIÇOS GRATUITAMENTE.
> APELO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA PARA JULGAR-SE IMPROCEDENTE A AÇÃO.
> (...)
> "No mérito, assiste razão à apelante. O art. 22 do Código de Defesa do Consumidor não impõe às concessionárias de serviço público que os forneçam gratuitamente. Os autores apelados são devedores confessos de energia elétrica consumida e não paga, apesar de a CEEE lhes haver concedido condições de parcelamento."[5]

---

[4] Adiante analisar-se-á com mais detenção.

[5] Apelação Cível n. 596138792; Órgão julgador: TJRS, Primeira Câmara Cível Data de Julgamento: 23/10/1996; Relator: José Vellinho de Lacerda.

> "CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA, POR FALTA DE PAGAMENTO. NÃO VERIFICADA A HIPÓTESE DO ART. 42 – EXPOR O CONSUMIDOR AO RIDÍCULO –, EIS QUE É COMUM E UNIVERSAL A INTERRUPÇÃO DE ATIVIDADES OU DAS TRANSAÇÕES COMERCIAIS SE NÃO EFETUADAS A CONTRAPRESTAÇÃO. RECURSO PROVIDO.
> (...)
> "Sustenta-se que a CEEE teria os caminhos legais para cobrar o valor devido. Ou seja, ingressaria com uma ação de cobrança. O pensamento não bate com a realidade. Pelo visto, o autor não dispõe de patrimônio algum. Não seria mais humilhante penhorar um ou outro bem talvez excluído da impenhorabilidade que suspender o fornecimento de energia?
> Em suma, o Estado não evoluiu ao ponto de custear a energia elétrica."[6]

A fundamentação das decisões favoráveis ao corte (de 1996 a 1997) se baseavam na legislação anterior[7] à Constituição Federal de 1988, e a partir daí, na legislação do Novo Modelo do Setor Elétrico (especificamente a Lei 8.987/1995 e a Lei 9.427/1996), bem como nas portarias editadas pelo Departamento Nacional de Energia Elétrica – DNAEE (especificamente a n. 222/1987 e a 466/1997). Nunca houve dúvida acerca da intenção das normas em responsabilizar o mau pagador pela sua morosidade.

Nesse sentido, veja-se o parecer emitido pelo Ministério de Minas e Energia, já em 1997, quando do início das privatizações no Setor Elétrico:

> "Não é sem razão que quando se discute o modelo do contrato de concessão a ser firmado pelos adquirentes das empresas privatizáveis, os interessados reclamam a explicitação de regras que assegurem o recebimento das contas da energia elétrica fornecida, como condição do compromisso de prestar um serviço com a qualidade desejada pelo poder concedente e requerida pelos usuários.
> (...)
> Considerando que a redução das perdas, por inadimplência, interessa a todas as concessionárias e ao próprio Poder Concedente e constitui, sem dúvida, forma de disponibilização de energia elétrica para suprir as necessidades do mercado, penso ser conveniente tornar amplo o debate dessa questão, não só para explicitar a posição oficial do Ministério de Minas e energia,

---

[6] Apelação Cível n. 597030899; Órgão Julgador: TJRS, Segunda Câmara Cível; Data de Julgamento: 03/09/1997; Relator: Arnaldo Rizzardo.

[7] Ver comentário do Ministério de Minas e Energia abaixo.

como órgão responsável pela regulamentação desse serviço, como também para transmitir às concessionárias uma orientação de procedimento que minimize as reações que ainda se esboçam contra o "corte" aos consumidores inadimplentes.

(...)

(...) o Decreto-lei 2.676, de 4 de outubro de 1940, que se reportou, especificamente, aos arts. 163 e 202 do Decreto 24.643/34, estabeleceu: "Art. 2º. Ficam suijeitas às penas do artigo anterior as empresas:

a) que se negarem a iniciar ou continuar qualquer fornecimento de energia, se não comprovarem perante as autoridades competentes, no prazo de 30 dias após a recusa, as suas razões de ordem técnica ou a inidoneidade do consumidor."

As partes em destaque, nessa disposição, evidenciam que, desde aquela época, a inadimplência (inidoneidade) do consumidor justificava a interrupção do fornecimento de energia elétrica.

(...)

A partir de 1988, os serviços públicos tiveram tratamento mais rigoroso, impondo a Constituição a obrigatoriedade da edição de uma lei especial para sua regulação, com diretrizes gerai, válidas para todos os serviços públicos, sejam federais, estaduais ou municipais. Essa lei foi editada em 13 de fevereiro de 1995, sob o n.º 8.987/95.

(...)

Como se verifica, a disciplina legal que regula, hoje, a prestação dos serviços públicos em geral admite a sua interrupção, ou suspensão, seja em virtude de razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, seja por inadimplemento do usuário. Na primeira hipótese, a medida pode ocorrer por ato imediato da concessionária, enquanto que na Segunda situação impõe a lei que haja prévio aviso ao usuário inadimplente. Essa norma geral, ratifica, portanto, a regra já contida na legislação específica do serviço de energia elétrica, contida no art. 2º do Dec. Lei 2.676/40, atrás transcrito.

(...)

Pela norma geral do art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, a suspensão do fornecimento pode ser aplicada a qualquer consumidor, sem distinção de classe ou natureza. Já a norma especial do art. 17 da Lei n.º 9.427/96 disciplina a aplicação da medida a órgãos públicos. Como adiante se demonstrará, o "corte" de energia elétrica é medida legítima, que a lei autoriza para garantir a continuidade do serviço público, comprometida pela inadimplência, e preservar a isonomia entre os consumidores."

Mesmo antes do Novo Modelo do Setor Elétrico, veja-se o parecer publicado na Revista Direito do Consumidor, de janeiro-março de 1993, que apreciava exatamente a possibilidade de corte de fornecimento de energia elétrica para a municipalidade inadimplente ("Suspensão de serviço público - energia elétrica - por falta de pagamento. Não violação do CDC"), no qual se encontra afirmado, com muito senso prático:

> "O verdureiro, o açougueiro e o padeiro não estão obrigados a fornecer gêneros alimentícios gratuitos aos inadimplentes, e por que os delegados do serviço público e poder concedente estariam obrigados?

Em hipótese alguma este entendimento da inadimplência generalizada pode prosperar, principalmente quando se trata de um Poder Público Municipal, que deve da exemplo aos munícipes, honrando seus compromissos."[8]

Quando da mudança de posicionamento (a partir de 1998) ocorreu o seguinte fenômeno: simplesmente deixou-se de lado a legislação específica, posterior e de mesma hierarquia que o CDC - e que em nenhum momento teve a sua constitucionalidade declarada - para aplicar, isoladamente e de maneira distorcida, o Código de Defesa do Consumidor (em especial os arts. 22 e 42), como se agora os mesmos artigos que não impediam o corte, fossem considerados como violados por tal ato. Deixaremos para outro trabalho a abordagem da inaplicabilidade do CDC ao caso concreto, pois as especiais, por si só, já bastariam para conduzir a jurisprudência para o melhor caminho.

O retrocesso ocorrido no posicionamento jurisprudencial do TJRS foi progressivo. Os primeiros sinas apareceram quando se passou a impedir o corte na iluminação pública dos municípios, permitindo a interrupção somente nos prédios próprios. Nesse sentido, os seguintes julgados:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. Energia Elétrica. Suspensão de fornecimento tanto a vias como de préditos públicos municipais. Relativamente aos prédios municipais vigora o princípio do pacta sun servanda, estando a administração pública sujeita aos efeitos do descumprimento contratual. Provimento parcial."[9]

> "É evidente que ainda vigora o princípio da exceptio non adimpleti contractus. É certo que os entes públicos não estão imunes à lei, ao direito, aos padrões normais de comportamentos. Resta incontestável que, sob o argumento de envolver o interesse público certa atividade ou prestação, não encontra sustentáculo a imunidade que pretende o favorecido. Inexplicável que se

---

[8] Matos, Eduardo Lima de. Suspensão de serviço público (energia elétrica) por falta de pagamento. Não violação do CDC. In Revista de Direito do Consumidor n. 05, Janeiro-Março de 1993, pg 202 a 205.

[9] Agravo de Instrumento 597268317; Órgão: TJRS; Data do Julgamento: 20/05/1998; Relator: Marco Aurélio Heinz; Recorrente: AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A; recorrido: Município de Sapucaia do Sul.

pretenda impor o ônus de prestar bens, serviços ou utilidades gratuitamente, ou sem a devida contraprestação.
Ainda, transpira certa má-fé a escusa de pagar sob o fundamento de incerteza dos valores cobrados, quando sempre foram admitidos e aceitos. Constitui um acinte aos princípios da lógica contestar a existência do contrato. E abuso, ofensa à ordem pública, merecendo a repressão do Poder Judiciário, é o incumprimento confessado da lei pelos representantes dos órgãos públicos."[10]

Veja-se ainda, em um dos últimos momentos de lucidez, ementa e trecho de acórdão de julgamento ocorrido em 18/08/1999:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA.
Comprovado o consumo e impaga a respectiva fatura, cabível o corte de energia elétrica nos próprios municipais.
Agravo provido.
(...)
A questão é interessantíssima, já que, agora, não mais se tem uma empresa como a CEEE, e sim uma sociedade comercial, privada, no pólo ativo da demanda.
A antecipação de tutela foi deferida, levando em consideração a supremacia do interesse público sobre o privado.
No caso concreto, entretanto, verifico que na notificação enviada ao Município o corte de luz se restringe aos próprios municipais. Assim sendo, assente na Câmara que nessas situações há de vigorar o princípio do pacta sunt servanda, estando a Administração Pública sujeita aos efeitos do inadimplemento contratual.
(...)
Não se justifica em favor do Município de Santa Maria tratamento diverso daquele que é dispensado ao consumidor em geral. Comprovado o consumo e impaga a respectiva fatura, cabível o corte de energia elétrica nos próprios municipais. A empresa agravante não pode ser compelida a prestar energia elétrica se, o usuário, em contrapartida, deixa de solver o pagamento. Em tais casos, não há supremacia do interesse público a ser considerado."[11]

---

[10] Agravo de Instrumento 579263805; Órgão: TJRS; Data do Julgamento: 13/05/1998; Relator: Arnaldo Rizzardo; Recorrente:AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia Elétrica S/A; Recorrido: Município de Esteio.

[11] Agravo de Instrumento 598577799; Órgão Julgador: TJRS, 21ª Câmara Cível, Data do Julgamento: 18/08/1999; Recorrente: AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A; Recorrido: Município de Santa Maria.

Por fim, o retrocesso foi total, passando-se a não mais sequer diferenciar a suspensão a prédios próprios do da iluminação pública, proibindo-se o corte de forma generalizada, salvo raras exceções[12], inclusive a consumidores particulares. Cita-se a seguir dois julgados que exemplificam esse retrocesso em relação a usuários que prestam serviço público e dois em relação a usuários particulares:

> "APELACAO CIVEL. MANDADO DE SEGURANCA. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELETRICA EM MUNICIPIO CONSUMIDOR. MOSTRA-SE INDEVIDO E INJUSTO O PROCEDIMENTO DE CORTE DE ENERGIA ELETRICA FORNECIDA A ENTE PUBLICO MUNICIPAL, POR TRATAR-SE DE SERVICO ESSENCIAL, SO SE JUSTIFICANDO COMO MERA FORCA COERCITIVA, COM A QUAL O JUDICIARIO NAO PODE COMPACTUAR, DE VEZ QUE DETEM A CREDORA DE MEIOS LEGAIS PARA HAVER O SEU CREDITO. APELO IMPROVIDO POR MAIORIA." [13]
>
> "MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. FALTA DE PAGAMENTO DA TARIFA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA COLETIVIDADE.

---

[12] Como esclarece voto vencido na Apelação n 70004250379, interposta pela AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A contra o Município de Taquari e que acabou por ser revertida em favor da concessionária no STJ, conforme se verá no tópico seguinte:

"Posterior ciência de substancioso voto do ilustrado Des. Irineu Mariani, nos EI nº 70000271338, de 17.03.00, do 1º Grupo Cível, fez apenas reforçar o que se me exibia inequívoco: é do interesse da coletividade que o pagamento se realize, e pontualmente.

Lá está, como verdadeira síntese do pensamento do ilustre Julgador: '(...) a inadimplência põe em risco a manutenção do sistema. Não se protege o interesse da coletividade estimulando a mora, ou permitindo que ela ocorra sem, na prática, qualquer conseqüência imediata, e inclusive instituindo o caminho judicial como via obrigatória. Se o fornecimento fica garantido, mesmo não pagando, pagar para quê ?".(grifou-se)

Também favorável à suspensão do fornecimento foi decisão proferida na Apelação Cível n. 70008487423, interposta pela AES Sul contra o Município de Sapiranga e que teve como relatora a ilustre Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, recentemente julgada (em 28/04/2004), conforme ementa a seguir transcrita:

"ILUMINAÇÃO PÚBLICA. EMPRESA PRIVADA DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUPÇÃO. AÇÕES CAUTELAR E PRINCIPAL.

I - Pretensão da concessionária de energia elétrica de corte de energia do Município por falta de pagamento. Possibilidade.

II - É obrigação do Município pagar a energia elétrica consumida com a iluminação pública, uma vez que diz respeito com interesse local (CF, art. 30, I). RECURSO DO MUNICÍPIO DESPROVIDO E PROVIDO O DA AES SUL. VOTO VENCIDO." (grifou-se)

[13] APELAÇÃO CÍVEL Nº 70004362737, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ANTÔNIO JANYR DALL'AGNOL JÚNIOR, JULGADO EM 29/05/2002.

1. Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pessoa jurídica que se apresenta para defender o ato impugnado assume a responsabilidade da autoridade que a praticou.
2. O direito do concessionário de suspender o fornecimento de energia elétrica ante o não pagamento da tarifa não é absoluto, estando subordinado ao interesse da coletividade. Art. 6º, inciso II, da Lei nº 8.987/95.
3. Sendo inequívoco que a interrupção do serviço ao ente público municipal afeta toda a coletividade, o adimplemento da tarifa deve ser buscado através dos meios processuais próprios ou da via da negociação.
Recurso desprovido."[14]

APELAÇÃO CÍVEL. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA POR FALTA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. Sendo a energia elétrica, de um lado, bem essencial, e, de outro, concedida a particular em monopólio para o efeito de melhor controlar sua qualidade e administrar seu fornecimento a todos, não pode ela ser suspensa sob a alegação de falta de pagamento. Para a respectiva cobrança dispõe a credora de meios próprios e adequados. Precedentes deste Tribunal e do STJ. Voto Vencido.[15]

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CEEE. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA POR INADIMPLÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. Sendo a energia elétrica concedida a empresa pública em monopólio para o efeito de melhor controlar sua qualidade e administrar seu fornecimento a todos, não pode ela ser suspensa sob a alegação de inadimplência, mormente quando o usuário discute o débito apontado na ação principal.
RECURSO PROVIDO."[16]

"CONSUMIDOR. SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PRESERVAÇÃO DA CIDADANIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ARTIGO 1º, INCISOS II E III, DA CF/88). COBRANÇA INDEVIDA DE TAXA DE EMISSÃO DE SEGUNDA VIA DE FATURA MENSAL DE CONSUMO. RECURSO IMPROVIDO."[17]

---

[14] Apelação Cível e Reexame Necessário. 70004250379; Órgão Julgador: TJRS; Data do Julgamento: 19/06/2002; Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza; Recorrente: AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A.

[15] Agravo de Instrumento n.º 70005173711; Órgão Julgador: TJRS, Primeira Câmara Cível; Agravante: Ângela Maria Ferreira Bialy; Agravada: AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A.

[16] Agravo de Instrumento n.º 70010254159, Órgão Julgador: TJRS, Segunda Câmara Cível; Agravante: MOTEL SAN REMO LTDA; AGRAVADO: COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELETRICA CEEE.

[17] Recurso Inominado n.º 71000608463; Órgão Julgador: TJRS, Segunda Turma Recursal Cível; Recorrente: AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A; Recorrida: Indiara Reis Ribeiro.

As últimas ementas acima transcritas demonstram situação ainda mais grave, pois foram julgados posteriormente à mudança recente de posicionamento do STJ, que voltou a reconhecer a legalidade do corte, ocorrida quando do julgamento do RESP em 10/12/2003, tendo o acórdão sido publicado em 1º/03/2004.

A questão que se pretende debater é porque a mudança do prestador do serviço modificaria a intenção da lei, a definição dos princípios de direito administrativo? A melhor doutrina já iniciou o debate sobre o assunto. Veja-se o comentário de Luiz Gustavo Kaercher Loureiro:

> "Com efeito: a escolha do Estado em delegar os serviços a particulares, mediante a instituto da concessão de serviço público trouxe para o âmbito dessas atividades a exigência de garantir-se a remuneração do concessionário, nos termos inicialmente pactuados. E o entendimento renovador, se generalizado, dificulta, senão inviabiliza esta possibilidade.
> (...)
> Em outras palavras, ao modificar a forma de prestação desses serviços, desvinculando-os da Administração*, o Estado introduziu neste contexto a preocupação central com a remuneração da empresa, fato diretamente relacionado com o regular adimplemento das obrigações relacionadas com o serviço.
> Não há, *prima facie*, portanto, modificação social ou jurídica que justifique a introdução de tão significativa alteração do entendimento do princípio da continuidade. No plano normativo, lei expressa reiterou o antigo entendimento e, no plano dos fatos, a opção pela concessão dos serviços exige ainda maior atenção com a regular contraprestação pelo serviço, circunstância, que, aliás, atende ao interesse público, próximo tópico.

Paradoxalmente, modifica-se o entendimento quando ocorre, justamente, a transferência do exercício da atividade para a iniciativa privada, que, em tese, deveria reforçar a exigência da pontualidade no pagamento."[18]

2 HISTÓRICO E COMENTÁRIOS DE DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O entendimento do STJ se iniciou no sentido contrário à suspensão do fornecimento de energia, sendo que as primeiras decisões relacionadas diretamente ao serviço público de distribuição de energia elétrica aplicavam unicamente o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), e não tratavam da aplicação das Leis 8.987/1995 e 9.427/1996. Veja-

[18] Loureiro, Luiz Gustavo Kaercher. Suspensão de fornecimento de energia elétrica e consumidor inadimplente. In Seminário Jurídico da ABRADEE, Rio de Janeiro, ca 2001.

se, exemplificativamente, a ementa do RESP 353.796 / MA, julgado pela Primeira Turma em 11/12/2001:

> "DIREITO DO CONSUMIDOR. ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO. ARTS. 22 E 42, DA LEI Nº 8.078/90 (CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR).
> 1. Recurso Especial interposto contra Acórdão que entendeu ser ilegal o corte de fornecimento de energia elétrica, em face do não pagamento de fatura vencida.
> 2. O art. 22, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, assevera que "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos". O seu parágrafo único expõe que "nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista neste código".
> 3. Já o art. 42, do mesmo diploma legal, não permite, na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.
> 4. Caracterização do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* para sustentar deferimento de ação com o fim de impedir suspensão de fornecimento de energia a uma empresa.
> 5. Juízo emitido no âmbito das circunstâncias supra-reveladas que se prestigia.
> 6. Recurso Especial improvido."[19] (grifou-se)

Foi na Segunda Turma que surgiram os primeiros julgados reconhecendo a aplicação das leis específicas do Setor Elétrico, em especial a permissão de corte a usuário que *preste serviço público ou essencial à população*. Nesse sentido, o RESP 510.478, da Segunda Turma, em que foi Relator o Min. Franciulli Netto:

> "RECURSO ESPECIAL – ALÍNEA "C" – ADMINISTRATIVO – ENERGIA ELÉTRICA – CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – ATRASO NO PAGAMENTO – SUSPENSÃO DO SERVIÇO – POSSIBILIDADE – ARTS. 6º, § 3º, DA LEI N. 8.987/95 E 17 DA LEI N. 9.427/96.
> Há expressa previsão normativa no sentido da possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário que deixa de efetuar a contraprestação ajustada, mesmo quando se tratar de consumidor que preste serviço público.

---

[19] RESP 353796 / MA, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento11/12/2001 Data da Publicação/Fonte DJ 04.03.2002 p. 209.

> Na hipótese vertente, verifica-se que se trata de usuário do serviço público concedido que, nos termos do r. voto condutor do acórdão objurgado, "deliberadamente vem se mantendo na inadimplência", razão bastante para a suspensão do fornecimento do bem.
> Ao editar a Resolução n. 456, de 29 de novembro de 2000, a própria ANEEL, responsável pela regulamentação do setor de energético no país, contemplou a possibilidade de suspensão do fornecimento do serviço em inúmeras hipóteses, dentre as quais o atraso no pagamento de encargos e serviços vinculados ao fornecimento de energia elétrica prestados mediante autorização do consumidor, ou pela prestação do serviço público de energia elétrica (art. 91, incisos I e II).
> Recebe o usuário, se admitida a impossibilidade de suspensão do serviço, reprovável estímulo à inadimplência. Não será o Judiciário, entretanto, insensível relativamente às situações peculiares em que o usuário deixar de honrar seus compromissos financeiros em razão de sua hipossuficiência, circunstância que não se amolda ao caso em exame.
> Recurso especial conhecido pela letra "c", porém não provido."[20] (grifou-se)

Tal entendimento foi finalmente consolidado quando do julgamento do RESP 363.943 pela 1ª Seção do STJ, que unificou os entendimentos da Primeira e Segunda Turmas. Veja-se trecho do elucidativo voto do Min. Humberto Gomes de Barros:

> "Cheguei a essa conclusão, após receber um pedido de medida cautelar, formulado por um pequeno município do Estado do Rio de Janeiro, no propósito de proibir a empresa de eletricidade local, de cortar o fornecimento de energia elétrica a qualquer residência localizada no território do Município, cujo morador deixasse de pagar a conta de luz. A teor da petição, o corte, em tal circunstância, traduziria atentado à dignidade humana.
> Neguei a liminar, com o argumento de que a proibição acarretaria aquilo a que se denomina "efeito dominó". Com efeito, ao saber que o vizinho está recebendo energia de graça, o cidadão tenderá a trazer para si o tentador benefício. Em pouco tempo, ninguém mais honrará a conta de luz.
> Ora, se ninguém paga pelo fornecimento, a empresa distribuidora de energia não terá renda. Em não tendo renda, a distribuidora não poderá adquirir os insumos necessários à execução dos serviços concedidos e, finalmente, entrará em insolvência.
> Falida, a concessionária, interromperia o fornecimento a todo o município, deixando às escuras, até a iluminação pública.

---

[20] RESP 510478 / PB; Relator: Ministro FRANCIULLI NETTO; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 10/06/2003; Data da Publicação/Fonte DJ 08.09.2003 p. 312.

(...)
É necessário, entretanto, observar que o fornecimento de energia elétrica se faz mediante concessão, regida pela Lei 8.987, cujo art 6º diz:
(...)
Como se percebe, o § 3º permite, expressamente, a interrupção do fornecimento, quando o usuário deixa de cumprir sua obrigação de pagar.
O dispositivo é sábio. Com efeito, a distribuição de energia é feita, em grande maioria, por empresas privadas que não estão obrigadas a fazer benemerência em favor de pessoas desempregadas.
A circunstância de elas prestarem serviços de primeira necessidade não as obriga ao fornecimento gratuito. Ninguém se anima em afirmar que as grandes redes de supermercados e as farmácias – fornecedoras de alimentos e medicamentos – devem entregar gratuitamente, suas mercadorias aos desempregados.
O corte é doloroso, mas não acarreta vexame. Vergonha maior é o desemprego e a miséria que ele acarreta. Em linha de coerência, deveríamos proibir o patrão de despedir empregados."[21] (grifou-se)

O "leading case" acima não só enfrenta a legislação cabível como ainda aborda questões cruciais a serem consideradas por todo e qualquer julgador antes de adotar uma decisão que poderá gerar conseqüências econômicas muito mais nefastas que os efeitos da decisão em concreto.

Destaca-se, primeiramente, a correta interpretação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, uma vez que a impossibilidade de suspensão no fornecimento levaria a uma inadimplência generalizada, que teria como conseqüências, no mínimo, a majoração das tarifas, podendo ocasionar, ainda, o descumprimento (forçado) do princípio da adequação do serviço público, ou, no pior quadro, a inviabilização da prestação do serviço pelo concessionário. No caso, o interesse público a ser protegido é justamente a garantir ao concessionário o recebimento de sua remuneração, para que ele tenha condições de prestar o serviço e de forma adequada (o que inclui a modicidade tarifária).

Tal colocação demonstra, ainda, a aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que ao impedir-se a suspensão do fornecimento se estaria preservando um interesse menor (que sequer interesse público é, pois não se pode admitir como tal a proteção a um mau pagador) em detrimento do verdadeiro interesse público, que pode se configurar em inúmeras hipóteses, dentre as quais destacamos as seguintes:

a) prestação de serviço adequado (incluindo-se aqui a qualidade do serviço, bem como a modicidade tarifária);

---

[21] STJ; RESP 363.943-MG; 1ª Seção; Relator: Min. Humberto Gomes de Barros; Recorrente: Sebastiana Rodrigues da Costa; Recorrida: Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG; Julgamento 10/12/2003; Publicação: 1º/03/2004.

b) continuidade do serviço, na sua correta concepção, qual seja, o dever do concessionário para com o Poder Concedente de manter a prestação do serviço pelo prazo da concessão, de ofertar o serviço ao público (mediante a devida contraprestação);

c) o custo da insegurança jurídica que o Estado acaba por arcar, com as nefastas conseqüências econômicas ao País, em termos de redução de manter-se os investimentos estrangeiros no mesmo patamar.

A crítica às decisões judiciais que ainda teimavam pela aplicação do art. 22 do CDC isoladamente (esquecendo-se das leis específicas do setor) e pela incorreta aplicação do princípio da continuidade do serviço público, já foi muito bem deflagrada por Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, em artigo apresentado em Seminário Jurídico da Associação Brasileira dos Distribuidores de energia Elétrica – ABRADEE -, realizado em 2001:

> "Ainda que não identifique o princípio da continuidade com aquele da gratuidade, a tese aqui analisada acaba por impor ao concessionário um ônus desproporcional e não razoável, por exigir-lhe o ingresso em juízo para haver quantias que apenas receberá no futuro, enquanto continua obrigado a prestar o serviço e mesmo a ampliá-lo.
> (...)
> O entendimento segundo o qual o prestador de serviço público está impedido, em qualquer hipótese, de realizar a suspensão do fornecimento ao consumidor moroso privilegia interesse oposto àquele em favor do qual construiu-se a exigência de continuidade, o interesse público.
> (...)
> Se, de fato, é possível dizer-se que serão poucos os usuários que tomarão partido desse entendimento, de direito, nada impede que todos assim ajam, circunstância que colocará em perigo a real exigência de continuidade do serviço. Devesse ser lido o princípio da continuidade como se abrigasse tal permissão para os usuários e seria impossível manter-se as exigências de permanentes investimentos e melhoramentos no serviço, simplesmente porque o pressuposto básico de tais obrigações estaria periclitante: o ingresso de recursos." [22]

No mesmo sentido, outra qualificada posição doutrinária em relação ao tema:

> "Destarte, as controvérsias tomam volume, quando o Código do Consumidor no seu art. 22 genericamente atribui essencialidade ao serviço e obriga a sua continuidade.
> Nessa linha de conduta, um consumidor de um serviço singular de distribuição de energia elétrica, terá direito á continuidade do serviço, mesmo que não realize os pagamentos devidos.

---

[22] Loureiro, Luiz Gustavo Kaercher. Suspensão de fornecimento de energia elétrica e consumidor inadimplente. In Seminário Jurídico da ABRADEE, Rio de Janeiro, ca 2001.

Ora, será que o espírito da lei é garantir aos inadimplentes serviço gratuito, mesmo que estes continuem eternamente devendo?
Assim, será melhor usufruir do serviço, sem efetuar o pagamento, posto que o art. 22 do Código do Consumidor garantirá a contiunuidade.
O intérprete tem o dever de buscar o espírito da lei, e com certeza a finalidade da lei não foi e não será garantir continuidade de serviço público para inadimplentes.
(...)
Assim, está claro que o espírito da lei e sua finalidade são no sentido de que o Poder público não se omita na oferta do serviço.
(...)
Em hipótese alguma este entendimento da inadimplência generalizada pode prosperar, principalmente quando se trata de um Poder Público Municipal, que deve dar exemplo aos Munícipes honrando seus compromissos."[23]

Veja-se, ainda, o comentário de outro atento operador do direito:

"(...) não se pode conceber que, sob a égide da continuidade, prevista no Código de Defesa do Consumidor, o serviço nunca seja interrompido, lembrando que, no Estado de São Paulo, o Dec. 41.446/96, permite o corte de água (art. 19).

Isto fere a igualdade entre as partes, já que uma grande parcela das pessoas, mesmo com dificuldades, paga a conta de água, luz e telefone, fazendo vários sacrifícios, não tendo acesso a determinado tipo de lazer, alimentação ou preparo intelectual, logo, permitir que outros, em situação idêntica, mas que não se esforçam como aqueles, não tenham o serviço interrompido, não parece razoável. Além disso, todo serviço tem um custo, distribuído entre as pessoas que se servem do que lhes é fornecido, dessa forma, permitir a continuidade da prestação de água, luz e energia elétrica para quem não paga causaria um desequilíbrio econômico e, em grandes proporções, a própria inviabilidade da atividade.
Acrescenta-se que a própria continuidade do fornecimento do serviço público seria inviável ao devedor, já que a cobrança seria feita e, como não cessa de receber o serviço, sua dívida, gradativamente aumenta, provocando, cada vez mais, sua insolvência." [24]

---

[23] Matos, Eduardo Lima de. Suspensão de serviço público (energia elétrica) por falta de pagamento. Não violação do CDC. In Revista de Direito do Consumidor n. 05, Janeio-Março de 1993, pg 202 a 205.

[24] NAMBA, Edison Tetsuzo. A suspensão do serviço público pela concessionária em decorrência do não pagamento das contas pelo usuário. *In* Revista do Direito do Consumidor, n. 26. São Paulo, 2000, Revista dos Tribunais.

O reconhecimento pelo STJ da suspensão de fornecimento a prédios próprios municipais pode ser bem exemplificado pelo RESP 628.833-RS, recentemente julgado pela Primeira Turma, publicado em 03/11/2004, merecendo ser destacado o brilhante Voto-Vista do Min. Teori Zavascki:

> "Nos termos da Lei 8.987/95, que trata especificamente do regime de prestação dos serviços públicos, não é considerada quebra na continuidade do serviço – e não viola, por essa razão, a garantia de continuidade na sua prestação contida no CDC – a sua interrupção, em situação emergencial ou após prévio aviso, motivada pelo inadimplemento do usuário.
> Cumpre precisar, nesse ponto, o alcance da expressão "considerado o interesse da coletividade". Terá ele o condão de impedir a suspensão do serviço, sempre que o consumidor inadimplente for ente público?
>
> A resposta negativa está na disposição constante do art. 17 da Lei 9.427/96:
> Art. 17. A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual. § 1º O Poder Público que receber a comunicação adotará as providências administrativas para preservar a população dos efeitos da suspensão do fornecimento de energia elétrica, inclusive dando publicidade à contingência, sem prejuízo das ações de responsabilização pela falta de pagamento que motivou a medida. (omissis)
> Como se vê, também os órgãos públicos, em caso de inadimplemento, estão sujeitos a interrupção do fornecimento de energia, devendo a medida apenas ser precedida das formalidades especiais previstas no dispositivo transcrito. No caso concreto, o impetrante reconhece expressamente a inadimplência, constando dos autos documentos que evidenciam a ocorrência de prévia notificação (fls. 179-218).
> Correto, portanto, o entendimento registrado no voto vencido, segundo o qual "é do interesse da coletividade que o pagamento se realize, e pontualmente", porque "a inadimplência põe em risco a manutenção do sistema. Não se protege o interesse da coletividade estimulando a mora, ou permitindo que ela ocorra sem, na prática, qualquer conseqüência imediata, e inclusive instituindo o caminho judicial como via obrigatória" (fl. 326)."[25]
> (grifou-se e sublinhou-se)

[25] RECURSO ESPECIAL Nº 628.833 – RS; RELATOR : MINISTRO JOSÉ DELGADO; R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO; RECORRENTE: AES SUL DISTRIBUIDORA GAÚCHA DE ENERGIA S/A; RECORRIDO: MUNICÍPIO DE TAQUARI; Data do julgamento: 22/6/2004; Publicação do acórdão: DJU de 03/11/2004.

O que se pode destacar do brilhante voto do Ministro Teori Zavascki é, sem dúvida, a aplicação conjunta dos artigos 6º, § 3º, II da Lei 8.987/1995 e o art. 17 da Lei 9.427/1996. Ou seja, o primeiro dispositivo legal citado estatui claramente que não se fere o princípio da continuidade ao suspender-se o fornecimento de energia a usuário inadimplente. No entanto, a expressão contida ao final do inciso II "observado o interesse da coletividade", levou alguns julgadores à interpretação de que a possibilidade de corte estaria limitada pelo interesse da coletividade, pois tal interesse seria contrário a tal medida. A expressão, em verdade, apenas reforça a suspensão do fornecimento de energia como um ato visando justamente à proteção do interesse público.

E tal se comprova de forma cabal – isso porque toda a doutrina já dispõe nesse sentido - pela aplicação conjunta do art. 6º da Lei 8.987/1995 com o disposto no artigo 17 da Lei 9.427/1996. O artigo 17[26] estabelece apenas uma regra procedimental para os casos em que a suspensão do fornecimento de energia ocorra quando o usuário inadimplente for um prestador de serviço público ou essencial à população. O conteúdo do artigo, portanto, confirma que a intenção da Lei 8.987 não poderia ser outra que não a permissão ao corte.

O interesse da coletividade trata-se, assim, da justificativa para a possibilidade de suspensão do fornecimento de energia por inadimplemento do usuário. É justamente pelo fato de que, quando um consumidor não paga suas contas, coloca em risco a manutenção da totalidade do sistema de distribuição, que é autorizada a suspensão de fornecimento.

Ainda, a Agência Nacional de Energia Elétrica, criada a partir da Lei 9.427/1996, editou a Resolução n. 45/2000, que regulamenta de forma minudente a relação entre concessionária e usuário, e dispõe em seu artigo 95, parágrafo único.[27]

Ora, se a Lei 9.427/1996 determina um procedimento a ser tomado antes de ocorrer a suspensão de fornecimento a usuário que preste serviço publicou essencial à população – qual seja, a notificação com antecedência de 15 dias por parte do concessionário e a adoção pelo o Poder Público que receber a comunicação, de adotar "as providências administrativas para preservar a população dos efeitos da suspensão do fornecimento de energia elétrica" – é porque expressamente reconheceu que esta é uma situação lícita.

Não faria sentido algum que este artigo comandasse a distribuidora a efetuar um determinado procedimento quando da suspensão de fornecimento a quem presta serviço público por falta de pagamento se esta medida fosse considerada ilícita. É unicamente porque o princípio da continuidade não impede a suspensão de fornecimento nesta situação que o artigo 17 da Lei 9.427 possui o conteúdo acima transcrito.

---

[26] Cujo teor está transcrito no acórdão ora em comento.

[27] "Art. 95. A concessionária é responsável pela prestação de serviço adequado a todos os consumidores, satisfazendo as condições de regularidade, generalidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, modicidade das tarifas e cortesia no atendimento, assim como prestando informações para a defesa de interesses individuais e coletivos. Parágrafo único. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a suspensão do fornecimento efetuada nos termos dos arts. 90 e 91 desta Resolução, tendo em vista a prevalência do interesse da coletividade."

Se o artigo 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95 impedisse a suspensão de fornecimento sempre que houvesse a afetação de uma repartição pública ou de um serviço público, o que ainda é defendido por alguns julgadores o artigo 17 da Lei 9.427 não teria qualquer utilidade, pois de nada adiantaria ordenar ao concessionário de serviços públicos que realizasse determinado procedimento quando da suspensão de fornecimento para determinado consumidor se esta suspensão não pudesse ser efetuada. A hipótese de incidência do artigo jamais ocorreria e a aplicação de sua conseqüência normativa jamais seria disparada.

Sistematicamente, o resultado ao qual se chega por meio desta interpretação é absurdo: teríamos duas leis ordinárias de igual hierarquia e a interpretação de dispositivo de uma delas faria com que dispositivo da segunda fosse totalmente inaplicável a qualquer situação no mundo dos fatos. Em outras palavras: lei ordinária anterior tornaria inútil lei ordinária posterior.

No entanto, as únicas conclusões cabíveis aqui seriam: (i) se conflito entre estes dispositivos houvesse, seria de se esperar justamente o contrário, ou seja, que a lei posterior alterasse a aplicação da anterior de igual hierarquia; ou (ii) inexiste conflito: ao utilizar como hipótese de incidência a suspensão de fornecimento a consumidor que presta serviço público essencial em razão da falta de pagamento, o artigo 17 está simplesmente esclarecendo que o princípio da continuidade dos serviços públicos consagrado no artigo 6º da Lei 8.987/95 não tem o condão de proibir a suspensão de fornecimento para entes públicos por falta de pagamento e delimitando seu campo de aplicação.

Em relação ao corte de energia à iluminação pública municipal, cita-se o voto do Ministro Francisco Falcão no RESP 658.502, julgado em 21/09/2004:

> "A hipótese dos autos configura adstrição a uma sinalagma obrigacional, donde o contratante só pode exigir a continuidade da prestação a cargo do contratado quando estiver cumprindo regularmente sua obrigação. Nesse contexto, impõe-se à concessionária de serviço público o fornecimento de energia elétrica, enquanto que o consumidor é obrigado ao pagamento de referida prestação.
> Em sendo assim, é dado à empresa fornecedora de energia elétrica suspender o serviço quando o consumidor deixa de cumprir a sua obrigação , qual seja, o pagamento pela prestação fornecida.
>
> Tal previsão já constava da Resolução n. 456/2000, da Agência Nacional de Energia Elétrica, onde restou estabelecida regulamentação sobre o fornecimento de energia elétrica." [28](grifou-se)

Por fim, outras importantes conclusões foram alcançadas pela ilustre Ministra Eliana Calmon, motivo pelo qual se transcreve trechos dos votos da eminente Relatora no RESP 525.500 e no RESP 337.965:

---

[28] Resp n. 658.502/RS, Voto - Vencedor do Ministro Francisco Falcão, DJ de 21/09/2004

"Como então aceitar-se a paralisação no cumprimento da obrigação por parte dos consumidores? Tal aceitação levaria à idéia de se ter como gratuito o serviço, o que não pode ser suportado por quem fez enormes investimentos e conta com uma receita compatível com o oferecimento dos serviços.

Admitir o inadimplemento por um período indeterminado e sem a possibilidade de suspensão do serviço é consentir com o enriquecimento sem causa de uma das partes, fomentando a inadimplência generalizada, o que compromete o equilíbrio financeiro da relação e a própria continuidade do serviço, com reflexos inclusive no princípio da modicidade. Sim, porque o custo do serviço será imensurável a partir do percentual de inadimplência, e os usuários que pagam em dia serão penalizados com possíveis aumentos de tarifa." [29] (grifou-se)

"2) a continuidade da atividade empresarial só será viável dentro de uma economia de livre mercado, se houver retorno nos investimentos econômicos;

3) se parte dos consumidores têm razão social para não pagar o consumo, este deverá ser suportado pelo contingente populacional que paga as suas contas, por via do aumento das tarifas, o que é profundamente injusto;

4) o inadimplemento por parte dos pobres e excluídos não pode ser solucionado pelos normais meios de cobrança, porque de nada vale executar quem não possui bens para garantir a execução; e

5) quando a inadimplência vem de empresa, pode-se ver a absurda hipótese dela incluir o valor das tarifas públicas como insumo, no preço do produto ou do serviço, recebendo-o dos adquirentes, sem repassar tais custos à concessionária.

Enfim, a conclusão a que se chega é a de que, sob o aspecto legal, inexiste nos arts. 22 e 42 do CDC impedimento à paralisação do serviço, se há inadimplência e está o consumidor avisado de que será interrompido o fornecimento.

Sob o aspecto da norma específica, estão as concessionárias autorizadas a suspender os serviços, quando não pagas as tarifas (art. 6º, § 3º, Lei 8.987/95); sob o aspecto ontológico, não se

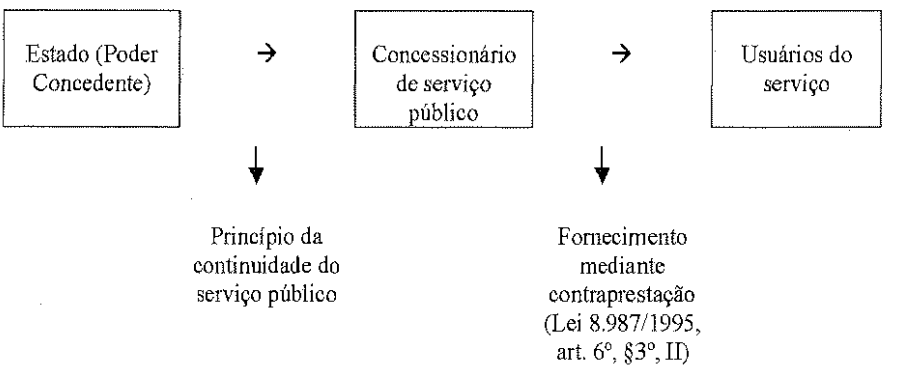
---

[29] RESP 525.500, Relatora: Min. Eliana Calmon; Recorrente: Companhia Energética de Alagoas. Recorrido: Antonio Monteiro da Silva e CIA LTDA; julgado em 16/12/03; publicado em 10/05/2004.

> conhece contrato de prestação de serviço, firmado com empresa pública, cujo não-pagamento seja irrelevante para o contratado; sob o ângulo da lógica capitalista, é impossível a manutenção de serviço gratuito por parte de grandes empresas que fazem altos investimentos. (...)"[30] (grifou-se)

O conceito clássico[31] do princípio da continuidade se encerra no dever de oferecimento, de modo constante, da possibilidade de fruição do serviço à generalidade dos usuários: ele quer proibir que o Estado, de uma hora para outra, decida simplesmente não mais prestar, a ninguém, os serviços públicos aos quais está obrigado pela Constituição e desmobilize todo o aparato destinado a tais atividades.

A única 'adequação' que se poderia fazer em tal princípio quando da aplicação a um serviço público que vem sendo prestado por meio de concessão pelo Poder Concedente a um ente privado é o de que tal princípio rege tão-somente a relação entre o concessionário e o Poder Concedente, para obrigar aquele a prestar o serviço pelo prazo do contrato de concessão, para que não possa simplesmente 'fechar as portas' e não mais oferecer o serviço antes do final do contrato. O princípio da Continuidade não interfere, de maneira alguma, na relação existente entre o concessionário e os usuários. O esquema abaixo pode parecer simples, mas a questão gerou e ainda gera confusões na jurisprudência, de modo que entendemos seja o caso de explicitar graficamente em que parte da cadeia de relações incide o princípio.



[30] STJ; RESP 337.965; Relatora: Min. Eliana Calmon; Julgamento: 02/09/2003; Publicação: DJ DATA:20/10/2003 PG:00244.

[31] O princípio da continuidade é decorrência da Escola do Serviço Público, capitaneada por Duguit, cujo principal objetivo era, por meio da consolidação do conceito de "serviço público", condicionar o exercício dos poderes estatais e vinculá-los, de modo irremediável, à execução de serviços públicos – impedindo que seus detentores deles abusassem e os desviassem para fins que não revertessem em proveito dos administrados. Veja-se, para explicação da dimensão histórica do conceito, DUGUIT, Leon. *Las Transformaciones Generales del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., Capítulo II ("El Servicio Público").

O administrativista Hely Lopes Meirelles bem demonstra que a continuidade aplica-se na relação entre Poder Concedente e empresa detentora da concessão:

> "O princípio ou requisito da generalidade significa serviço para todos os usuários, indiscriminadamente; o da permanência ou continuidade impõe serviço constante, na área e período de sua prestação;
> (...)
> (...)
> Desatendendo a qualquer desses requisitos, o concessionário expõe-se às sanções regulamentares ou contratuais da concessão, por execução inadequada do serviço." [32]

Independentemente da discussão acerca da aplicabilidade (ou não) da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) na prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica[33], que é regido por leis de mesma hierarquia, específicas e posteriores (Lei 8.987/1995 e Lei 9.427/1996), a expressão "continuidade" contida no art. 22 daquele diploma legal tem a mesma interpretação do tão conhecido princípio,contido também na Lei 8.987/1995. Como já dizia Zelmo Denari ao comentar o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor:

> "Assim sendo, partindo do suposto de que todos os serviços públicos são essenciais, resta discorrer sobre a exigência legal da sua continuidade. A nosso aviso, essa exigência do art. 22 não pode ser subentendida: 'os serviços essenciais são devem ser contínuos' no sentido de que não podem deixar de ser ofertados a todos os usuários, vale dizer, prestados no interesse coletivo. Ao revés, quando estiverem em causa interesses individuais, de determinado usuário, a oferta de serviço pode sofrer solução de continuidade, se não forem observadas as normas administrativas que regem a espécie.

Tratando-se, por exemplo, de serviços prestados sob o regime de remuneração tarifária ou tributária, o inadimplemento pode determinar o corte do fornecimento do produto ou serviço. A gratuidade não se presume e o Poder Público não pode ser compelido a prestar serviços públicos ininterruptos se o usuário, em contrapartida, deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento."[34]

---

[32] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2000. pág. 360. Grifamos.

[33] A Constituição Federal atual estabeleceu, no seu art. 175, parágrafo único, que na prestação de serviços públicos, lê específica disporá sobre os direitos do usuários (inciso II), entre outros. E com a edição da Lei 8.987/1995 foi atendida essa determinação constitucional, constando inúmeros dispositivos que dispõem sobre os direitos dos usuários. Como afirmou Hely Lopes Meirelles: "A atual Constituição consagrou expressamente a proteção a esses direitos em seu art. 175, parágrafo único, II, os quais foram contemplados no art. 7º da Lei 8.987/95." (pág. 361).

[34] DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. pág. 178. Grifamos.

E, clarificando definitivamente o conteúdo do princípio ora comentado, Giannini, na Itália, aponta que:

> "B) O princípio da continuidade da ação administrativa.(...) O princípio exprime-se todavia também nos preceitos legais e eventos não extraordinários, e já foi referido em contraposição ao agir da empresa privada: enquanto esta pode livremente interromper ou cessar a própria atividade, a organização pública, ao invés, e obrigada a desenvolver-se sempre, sem interrupção.[35]"

Eis, assim, a análise de pontos relevantes trazidos à baila pelas decisões recentes do STJ e que merecem toda a atenção pelos Tribunais Estaduais.

CONCLUSÃO

O que se pretendeu com o presente trabalho foi debater os caminhos da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça acerca da legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica a usuários inadimplentes, especialmente àqueles que prestam serviço público ou essencial à população, bem como concluir que as melhores e mais justas decisões surgiram a partir da aplicação da legislação em consonância com a análise dos reflexos econômicos das decisões judiciais.

Quanto à análise econômica do Direito, vale finalizar com a constatação do economista R. H. Coase, inovadora, à sua época, e extremamente relevante ate hoje, de que as lides possuem natureza recíproca (*reciprocal nature*), ou seja, há sempre dois prismas pelos quais se pode analisar um caso concreto e antes de se decidir em favor de uma ou de outra parte, não se pode deixar de levar em consideração a decisão que trará o maior benefício econômico (ou a menor perda econômica) à sociedade (interesse público):

> "II- The Reciprocal Nature of the Problem
>
> The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice that has to be made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be avoid the harm to B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the more serious harm." [36]

---

[35] GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo.* 3ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. Págs. 33-4. No original: *"B) Il principio di continuità dell'azione amministrativa. (...) Il principio esprime tuttavia anche dei precetti legati a eventi non straordinari, ed à stato sottolineato in contraposizione all'agire dell'impresa privata: mentre questa può liberamente interrompere o cessare la propria attività, l'organizzazzione pubblica invece à tenuta a svolgerla sempre, senza interruzioni."*

[36] COASE, R. H. The Problem of Social Cost. Journal of Law an Economics.Vol. 3, p. 1-44, oct.1960, University of Chicago.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Serviço Público. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. São Paulo, 2001,Malheiros, 12ª ed.

PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário, Reforma e Economia: a Visão dos Magistrados. Rio de Janeiro, julho de 2003, ISSN 1415-4765.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Parecer CONJUR/MME nº 111, de 26 de junho de 1997. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 jul. 1997, Seção 1, p. 14395-14399.

MATOS, Eduardo Lima. Suspensão de serviço público [Energia Elétrica] por falta de pagamento: não violação do CDC. Revista de Direito do Cosumidor, São Paulo, n. 5, p. 202 - 205, jan./mar.1993.

NAMBA, Edison Tetsuzo. A suspensão do serviço público pela concessionária em decorrência do não pagamento das contas pelo usuário. *In* Revista do Direito do Consumidor, n. 26. São Paulo, 2000, Revista dos Tribunais.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo n. 215. p.151-179.Rio de Janeiro, 1999, Livraria e Editora Renomar.

ÁVILA, HUMBERTO. Conteúdo, Limites e Intensidade dos Controles de Razoabilidade, de Proporcionalidade e de Excessividade das Leis. Revista de Direito Administrativo n. 236: 369-384.Rio de Janeiro, 2004.

COASE, R. H. The Problem of Social Cost. Journal of Law an Economics.Vol. 3, p. 1-44, oct.1960, University of Chicago.

Tratamento Jurídico da Proteção e Defesa do Usuário de Serviços Públicos

Roberta Bagatini Bassegio

INTRODUÇÃO

A discussão acerca do papel desempenhado pelo Estado nas relações econômicas, dos modelos que defendem sua maior ou menor intervenção e de sua atuação direta ou indireta na condução dos negócios de um país certamente não é matéria nova, mas realidade sujeita a inúmeras alterações ao longo da história, sempre em busca da realização de uma finalidade essencial: a satisfação da coletividade que forma o Estado em questão.

Deste debate emergem, fundamentalmente, duas esferas distintas de atuação, quais sejam, a atividade econômica e os serviços públicos, dentro das quais o Estado se apresenta de variadas formas. As relações que se estabelecem entre o Estado e os demais agentes privados que atuam nestes cenários submetem-se a diferentes regimes jurídicos – ora concorrencial, ora de delegação, ora de fiscalização, entre outros –, cada qual com contornos específicos.

O objetivo central do presente estudo tratará da questão sobre a perspectiva do indivíduo que busca usufruir dos serviços públicos, quer prestados diretamente pelo Estado, quer indiretamente, mediante delegação a concessionários e permissionários.

Sob este enfoque, é certo que o Estado deve se fazer presente para regular tais relações, protegendo os interesses dos indivíduos e da coletividade e coibindo abusos por parte dos prestadores de serviço.

O que aqui se pretende investigar, contudo, é a forma com que essa proteção se dará no âmbito do serviço público, em especial no que diz respeito à existência de eventual identidade ou equivalência entre o regime jurídico dos serviços públicos e aquele que regulamenta as atividades econômicas frente ao consumidor.

Em síntese, abordar-se-á, neste trabalho, as diferenças existentes entre a figura do "consumidor", entendido como aquele que usufrui das atividades econômicas privadas, e do "usuário", entendido como aquele que usufrui de um serviço público, a fim de analisar o regime jurídico aplicável à proteção dos direitos deste último.

Serão apresentadas, inicialmente, as normas infraconstitucionais privadas de proteção e defesa do consumidor e o entendimento da doutrina acerca de sua aplicação aos usuários de serviço público, em face, também, das normas infraconstitucionais de direito administrativo.

A aplicabilidade do direito do consumidor ao usuário de serviços públicos será, a seguir, analisada a partir da perspectiva do direito constitucional, destacando-se os regimes jurídicos eleitos pela Constituição Federal para disciplinar as atividades econômicas e os serviços públicos.

Ao final, investigar-se-á a possibilidade, diante da aparente distinção entre os dois regimes, de compatibilizar as normas consumeristas privadas com aquelas atinentes à proteção do usuário de serviço público, bem assim de que forma poderá tal compatibilização ser admitida e implementada.

1 TRATAMENTO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO PELA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

1.1 Do contexto em que se insere a questão da defesa dos direitos do usuário de serviço público

Mesmo em face das constantes evoluções experimentadas na forma de atuação do Estado no campo econômico e da gradual ampliação do campo das atividades econômicas submetidas à livre iniciativa, é inegável a importância que os serviços públicos ainda representam na sociedade contemporânea.

Especialmente após o período de privatizações e da delegação de parte considerável da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, por meio de concessões e permissões, a disciplina das relações estabelecidas entre prestadores e usuários no âmbito desses serviços vem ganhando crescente importância.

Da mesma forma com que se percebeu, no âmbito das relações entre privados, que o direito civil não se mostrava eficaz para disciplinar a relação estabelecida entre o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços, em face da mitigação dos pressupostos da liberdade de contratação e da igualdade de condições negociais entre as partes, tornou-se claro, também no âmbito dos serviços públicos, que as normas desenhadas para regular os contratos administrativos entre a Administração Pública e seus fornecedores não é suficiente para proteger os interesses dos usuários dos serviços públicos.

No primeiro caso, o reconhecimento da vulnerabilidade e da hipossuficiência do consumidor frente ao poder econômico do mercado fornecedor na relação de consumo demandou a necessidade da edição de regras próprias a fim de restabelecer um estado de equilíbrio entre as partes, dando origem ao tão aclamado Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

No segundo, atinente à proteção dos usuários dos serviços públicos, a inexistência de legislação específica levanta questionamentos ainda não suficientemente explorados, no que diz respeito, principalmente, à compatibilização entre a proteção do direito do usuário individualmente considerado e as características inerentes aos contratos administrativos, destinadas à proteção do interesse público como um todo.

Importa analisar, neste contexto, de que forma a defesa dos direitos do usuário de serviços públicos poderá ser implementada, em especial diante do que dispõe a legislação atualmente em vigor.

1.2 O usuário de serviço público e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor

A garantia da proteção aos consumidores e a necessidade de criação de regras próprias capazes de tornar tal proteção efetiva foram acolhidas pela Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, XXXII impôs ao Estado a promoção, na forma da lei, da defesa do consumidor[1]. Para assegurar a colocação em prática de tal garantia, o art. 48 do Ato das Disposições Transitórias fixou um prazo máximo de 120 dias para a elaboração de um código de defesa do consumidor[2].

Com algum atraso, em 1990 foi promulgada a Lei nº 8.078, o chamado "Código de Proteção e Defesa do Consumidor", que tem por objetivo, conforme previsto em seu art. 1º, o estabelecimento de normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social[3].

Tendo em vista sua importância e efetividade na defesa dos interesses dos consumidores, cumpre investigar a possibilidade de abarcar, na disciplina do referido Código, também a defesa dos usuários de serviços públicos.

---

[1] Para o que ora importa, assim dispõe tal artigo: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

[2] Da seguinte forma:
Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

[3] Dispõe o referido artigo:
Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor ocupou-se de definir, inicialmente, as duas partes elementares da relação de consumo: o consumidor e o fornecedor[4]. Ao fazê-lo, utilizou-se conceitos exclusivamente econômicos e não jurídicos[5], razão pela qual ambos os conceitos, previstos nos art. 2º e 3º do Código, são bastante amplos, visando a abranger quaisquer relações de aquisição ou utilização de produtos ou serviços.

Em que pese sua amplitude, tais conceitos não se mostram suficientes para, isoladamente, determinar a aplicação ou não do referido Código ao âmbito dos serviços públicos, a fim de alcançar também a tão necessária defesa dos interesses dos usuários destes serviços.

De fato, a afirmação de que o consumidor é também aquele que contrata um serviço não pressupõe, *de per se*, que a contratação de um serviço público caracterizaria "relação de consumo" para fins de aplicação das regras do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Tampouco a conceituação de fornecedor como a pessoa física ou jurídica que desenvolve atividade de prestação de serviços não esclarece a questão, porquanto não delimita o conceito de serviço.

Nem mesmo o conceito de serviço estabelecido no Código é suficientemente preciso para determinar a inclusão ou não, em seu bojo, do serviço público, uma vez que se limita o § 2º do art. 3º a afirmar: *"Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".*

Não há dúvidas, no entanto, de que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor pretende alcançar, em seu âmbito de aplicação, também a proteção ao usuário de serviços públicos.

---

[4] Tais conceitos encontram-se nos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.078/90, *in verbis:*
Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
§ *2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*

[5] FILOMENO, José Geraldo Brito *in* GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 17 e 25.

Essa afirmativa tem por base os enunciados encontrados no art. 4º, VII e no art. 6º, X que dispõem, genericamente, sobre a melhoria dos serviços públicos como objetivo a ser perseguido pela Administração e sobre o direito à prestação adequada e eficaz dos serviços públicos[6]

Mas é principalmente quando combinados tais enunciados e conceitos com o quanto previsto no art. 22, encontrado na Seção do Código que trata da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço, que se percebe a clara intenção de abranger, na disciplina do Código, também as relações estabelecidas entre o usuário e o prestador de serviços públicos[7].

Assim, se os conceitos básicos adotados pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor não permitem concluir pela extensão de sua aplicação à relação estabelecida entre usuário e prestador de serviço público, os artigos 4º, 6º e 22 acima mencionados deixam absolutamente clara a intenção de abranger a regulamentação desta relação na disciplina do Código.

É precipuamente por conta destes dispositivos que a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos serviços públicos tem sido amplamente corroborada pela doutrina especializada na análise dos direitos do consumidor, bem como pela jurisprudência pátria.

No que tange à doutrina, os principais pontos levantados referem-se à aplicabilidade do Código aos prestadores de serviço público, incluindo a própria Administração Pública[8] e as concessionárias de serviço público[9], à responsabilidade do Estado quando prestador de serviço público por conta do art. 22[10] e às conseqüências cabíveis em face da prestação inadequada de tais serviços[11].

---

[6] Para o que ora importa, lê-se no primeiro dispositivo: Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
(...)
VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos: E, no segundo, lê-se o que segue: Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
(...)
X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

[7] Afirma o art. 22: Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.
Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

[8] Neste sentido, José Geraldo Brito Filomeno *in* ibid., p. 36.

[9] Sobre o assunto, veja-se também: SAAD, Gabriel Eduardo. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: lei n. 8.078. de 11.9.90. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 84.

[10] Ibid., p. 289.

[11] Veja-se, sobre a aplicabilidade dos arts. 14 e 20, o que leciona Zelmo Denari *in* GRINOVER, Ada Pellegrini. et al., op. cit. p. 179.

Destaca-se como ponto convergente desta parcela da doutrina a ausência de questionamentos acerca da aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor às relações estabelecidas entre os usuários e os prestadores de serviço público senão com base nas normas do próprio Código, razão pela qual a única exceção por ela admitida diz respeito ao serviço gratuito, que o art. 3º tratou expressamente de afastar de sua disciplina.

De fato, atendendo a exigência formulada pelo próprio Código ao conceituar serviço[12], qual seja, de que ele seja fornecido mediante remuneração, é consenso na doutrina de que não estariam submetidos a tais regras aqueles serviços prestados gratuitamente ou cuja remuneração advém de recursos arrecadados por meio de impostos, classificados com serviços públicos *uti universi*[13]. Apenas os serviços públicos *uti singolari*, prestados mediante remuneração direta, quer por meio de taxa ou de tarifa, é que estariam abrangidos pelas regras consumeristas[14].

José Geraldo Brito Filomeno[15] restringe ainda mais a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos usuários de serviço público afirmando que, quando a remuneração se dá por meio de qualquer espécie tributária, incluindo as taxas, a relação será de natureza tributária, afastando a incidência do direito do consumidor. Para o autor, não há que se confundir o contribuinte com o consumidor, de modo que apenas os serviços públicos remunerados pela tarifa, ou preço público, prestados diretamente pelo poder público ou mediante concessão ou permissão pela iniciativa privada é que estarão sujeitos às normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Na esteira da doutrina de direito privado, a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor ao usuário de serviços públicos vem se difundindo na jurisprudência pátria, tendo os tribunais nacionais, freqüentemente, promovido a defesa destes usuários com base nos preceitos da Lei nº 8.078/90 sem questionamentos mais profundos acerca de sua constitucionalidade[16].

---

[12] Conforme conceito previsto no art. 3º, § 2º, já citado.

[13] Serviços públicos *uti universi* são aqueles prestados à coletividade, usufruídos apenas indiretamente pelos indivíduos. Já os serviços públicos *uti singoli* ou *uti singolari* são aqueles que visam a satisfazer as necessidades individuais e diretas dos cidadãos. Sobre os conceitos e diferenças entre as duas espécies de serviços públicos, veja-se: MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 309; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 104 e OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. Entidades Prestadoras de Serviços Públicos e Responsabilidade Extracontratual. São Paulo: Atlas. 2003, p. 36.

[14] Neste sentido, veja-se: MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 211; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 345; NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Comentários ao código do consumidor. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 25-26.

[15] GRINOVER, Ada Pellegrini. et al., op. cit., p. 41.

[16] Veja-se, neste sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que têm sido unânime ao aplicar o Código de Defesa do Consumidor ao âmbito dos serviços públicos nas mais diversas situações, conforme demonstram, exemplificativamente, os seguintes acórdãos: AC nº 70008133563, julgado em

1.3 O usuário de serviço público e a Lei Geral das Concessões de Serviço Público

Não obstante se vislumbrem semelhanças no que se refere à posição ocupada pelo usuário de serviço público em relação àquela ocupada pelo consumidor, mormente no que toca à sua vulnerabilidade, sustentar a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor ao usuário de serviços públicos com base, unicamente, nas regras do próprio Código, é passível de questionamento.

Após a publicação da Lei nº 8.987/95, que ao tratar das regras gerais aplicáveis às concessões e permissões de serviço público estabeleceu, em seu art. 7º, os direitos e deveres dos usuários de serviço público, afirmando que *"sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações do usuário: (...)"*, as dúvidas até então existentes puderam ser parcialmente afastadas.

Tal artigo seria o reconhecimento, pelo direito administrativo, da aplicabilidade do direito do consumidor às relações estabelecidas entre usuários de serviços públicos e seus prestadores, em especial com a admissão técnica e faticamente da vulnerabilidade dos usuários[17].

Mesmo quando já admitida[18] a aplicabilidade plena do Código de Proteção e Defesa do Consumidor ao usuário de serviço público em razão dos dispositivos da própria lei consumerista, a ressalva efetuada no *caput* do art. 7º da Lei nº 8.987/95 mostrou-se importante para reforçá-la, demonstrando a intercambialidade entre o sistema do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a legislação específica que rege a proteção dos usuários no regime da concessão.

Diante de tal conjugação de normas, surgiu o entendimento de que caberia ao intérprete a aplicação daquela que melhor favorecesse o usuário, de modo que nenhum dos direitos estabelecidos pelas regras específicas de direito administrativo poderia ser interpretado para restringir o alcance de quaisquer dos direitos previstos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor[19]. A leitura correta[20] do art. 7º da Lei 8.987/95 seria, assim, a de que os direitos subjetivos estabelecidos em tal lei são acrescentados a aqueles previstos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, emprestando a esta norma, em razão de seu sentido protetivo do consumidor, preferência de aplicação.

24/03/2004; AC nº 70005913108, julgado em 09/09/2004; AC nº 70007725047, julgado em 06/10/2004; AC nº 70009844499, julgado em 29/12/2004; AC nº 70010310860, julgado em 22/12/2004; AI nº 70010910032, julgado em 16/02/2005.

[17] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, op. cit., p. 342.

[18] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Serviços públicos concedidos e proteção do consumidor. Conferências do 5º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 36, p. 164-176, outubro-dezembro 2000, p. 165.

[19] Ibid., p. 165-166.

[20] MIRAGEM, Bruno. A regulação do serviço público de energia elétrica e o direito do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 51, p. 68-100, julho-setembro 2004, p. 81.

Se alguma dúvida ainda houvesse[21], o estabelecimento do vínculo direto entre a Lei Geral de Concessões e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor teria, assim, afastado a idéia de que este último não pudesse alcançar as concessionárias de serviço público.

De fato, a partir da publicação Lei Geral de Concessões e na esteira do que a doutrina especializada na análise dos direitos do consumidor já vinha pregando, passou-se a identificar também entre as obras de direito administrativo uma tendência à utilização do Código de Proteção e Defesa do Consumidor para a regulamentação da relação estabelecida entre usuário e prestador de serviço público[22].

Em sentido semelhante ao invocado pela doutrina privatista, passou-se a admitir, na esfera do direito administrativo, a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor no mínimo aos serviços públicos comerciais e industriais remunerados mediante tarifa[23] e, em especial, para reforçar[24] a responsabilidade objetiva do concessionário e permissionário de serviços públicos ditada pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal, invocando o já mencionado art. 22 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Mesmo aqueles que reconhecem[25] que o art. 175 da Constituição Federal exige a edição de lei para dispor sobre o direito dos usuários de serviço público, chegam a admitir a aplicação do existente Código de Proteção e Defesa do Consumidor para regular a prestação de serviços públicos diretamente pela Administração Pública.

Também a jurisprudência, ao tratar conjuntamente das Leis nº 8.078/90 e 8.987/95, utiliza-se do art. 7º desta última para ressaltar a aplicabilidade da primeira aos usuários de serviço público, conforme se verifica em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça[26].

1.4 Visão conjunta das normas de direito privado e das normas de direito administrativo

Ainda assim, resta uma parcela da doutrina que entende que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor deva ser aplicado com cautela aos usuários de serviço público, ressaltando para tanto peculiaridades intrínsecas ao regime jurídico no qual estes últimos são prestados.

---

[21] CAPELETTO, Gilberto José. Direito dos Consumidores e Regulação dos Serviços Públicos. Marco Regulatório, Porto Alegre, AGERGS, n. 4, p. 31-63, 2001. p.50.

[22] Sobre o assunto veja-se: BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão de Serviços Públicos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 61; MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 286; MOOR, Fernanda Stracke. O Regime de Delegação da Prestação de Serviços Públicos. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 17 e 39.

[23] OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. op. cit., p. 194 e 196.

[24] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 96.

[25] GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 217 e 220.

[26] Veja-se, entre outros, os Acórdãos do RESP nº 393943/MG, de 01/03/2003; do RESP nº 337965/MG, de 08/11/2004 e do RESP nº 615705/PR, de 13/12/2004.

A existência de diferenças essenciais entre as atividades privadas e o serviço público, que se estendem desde a titularidade dos serviços e o interesse visado pelo prestador até as prerrogativas concretas conferidas ao poder concedente, foi ressaltada por Marçal Justen Filho[27] ao expressar sua perplexidade frente à cumulatividade da aplicação do Direito Administrativo e do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Na tentativa de explicar tal situação o autor busca as origens do Código de Proteção e Defesa do Consumidor no direito norte-americano, onde todos os serviços, incluindo as *public utilities* que mais se aproximam da noção brasileira de serviço público, submetem-se aos princípios da livre iniciativa, inexistindo a figura do serviço público de titularidade do Estado.

Ao importar tal prática e aplicá-la aos serviços públicos, no entanto, algumas das diferenças fundamentais entre as atividades econômicas e os serviços públicos devem ser destacadas.

A primeira delas diz respeito ao serviço público como função pública, no sentido de que o prestador de um serviço público, ao contrário do que ocorre nas atividades econômicas, deve almejar, em primeiro lugar, o interesse público. Daí porque lhe é dado promover alterações nas condições de prestação do serviço, consoante decisões regulatórias tomadas no interesse da coletividade, às quais o usuário deverá submeter-se, pois não poderá o prestador de serviço público assegurar o interesse isolado de um único usuário em detrimento do interesse da coletividade.

No que diz respeito ao usuário de serviço público, portanto, este não terá o seu interesse particular determinando a prestação do serviço, que é estruturado para atender a coletividade.

Além disso, a disciplina que regulamenta o serviço público é fixada por ato administrativo estatal, ao qual o prestador do serviço se submete, não lhe sendo permitida a livre estipulação das condições negociais como ocorre com as atividades econômicas.

Daí porque, no campo dos serviços públicos, os interesses tutelados não são disponíveis como no campo da atividade econômica privada, sendo admissível que o usuário, como parte economicamente mais fraca, tenha seus interesses sacrificados em prol do interesse da coletividade, o que não ocorre no direito privado.

Por fim, há que se ter presente que os custos econômicos da tutela do usuário são arcados, ao fim e ao cabo, pela própria coletividade, ao contrário do que ocorre no âmbito das atividades econômicas privadas, onde é o fornecedor que, via de regra, arca com tal custo. Assim, as conseqüências de uma penalidade imposta ao prestador de serviço público atingirão a esfera de terceiros que não possuem qualquer relação com o usuário cujo interesse individual se está a proteger.

---

[27] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 552.

Ao elencar todas essas diferenças, Marçal Justen Filho conclui que, havendo situações de incompatibilidade entre as regras do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e as regras de direito administrativo, o princípio da proporcionalidade impõe a preponderância destas últimas. Segundo o autor, seria inviável aplicar ao serviço público as regras e princípios construídos para hipóteses de direito privado quando incompatíveis com o princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público[28].

Maria Cristina Cesar de Oliveira[29] entende que, sendo o serviço prestado diretamente pelo poder público, as normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor são meramente declaratórias, prestando-se apenas a reforçar as prescrições administrativas garantidoras da correta prestação dos serviços. A prestação direta dos serviços pela Administração Pública afastaria, por completo, a aplicabilidade de comandos do direito do consumidor que sejam incompatíveis com a natureza estatutária do serviço, como, por exemplo, o poder de alteração unilateral do contrato. A aplicação de certas normas consumeristas apenas seria possível, na hipótese de prestação direta do serviço pelo Estado, por força do próprio direito administrativo.

Já no caso da prestação de serviços públicos por entes particulares, concessionários ou permissionários, entende a autora serem plenamente aplicáveis as normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que se somariam às normas públicas fixadas pelo direito administrativo[30].

Para Cláudia Lima Marques[31], o regime dos contratos estabelecidos com a Administração Pública é especial, outorgando a ela faculdades que quebram o equilíbrio do contrato com o usuário. Apesar de reconhecer a dificuldade de o direito do consumidor reequilibrar essa equação, a autora ressalta que a tendência da Administração de impor alterações unilaterais prejudicando ainda mais a situação de vulnerabilidade do usuário tem sido amenizada pela jurisprudência. Em seu entender, a disciplina dos contratos de fornecimento de serviços públicos deverá conciliar as imposições do direito constitucional com a proteção do consumidor e as prerrogativas administrativas.

Sem embargo do reconhecimento, por parte destes ilustres estudiosos, da dificuldade de compatibilizar o direito do consumidor com o direito administrativo inerente ao regime dos serviços públicos, ponto comum entre eles é a aceitação da aplicação, ao menos na parte em que tratou expressamente de disciplinar o assunto, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor ao usuário de serviços públicos.

---

[28] Ibid., p. 560.

[29] OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de. O Código de Defesa do Consumidor e a Administração Pública. Interesse Público, Porto Alegre, Notadez, ano 5, n. 22, novembro/dezembro de 2003, p. 88-90.

[30] Ibid., p. 91.

[31] MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 210 e 212.

2 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO

2.1 Análise da legislação infraconstitucional à luz da Constituição Federal de 1988

A legislação infraconstitucional, conforme exposto no capítulo anterior, tratou de equiparar o tratamento jurídico conferido ao usuário de serviço público a aquele estabelecido ao consumidor em geral, abarcando o primeiro conceito dentro da esfera do segundo.

Esta equivalência de conceitos é percebida em ambos os regimes jurídicos, uma vez que tanto as normas de direito privado (mormente a Lei nº 8.078/90) quanto as normas de direito administrativo (em especial a Lei nº 8.978/95) ocuparam-se de regular a proteção ao usuário de serviços públicos, sem afastar, por completo, a incidência umas das outras.

A doutrina e a jurisprudência pátria têm sido praticamente unânimes em determinar a aplicação, em maior ou menor grau, das normas consumeristas à proteção dos usuários de serviço público, admitindo, no mínimo, a coexistência dessas normas com as normas de direito administrativo para tais fins.

Por força do princípio da legalidade, no entanto, a legitimidade da alternância ou da simultaneidade da aplicação dos regimes jurídicos público e privado à regulamentação da defesa do usuário de serviço público apenas poderá ser verificada diante dos mandamentos superiores da Constituição Federal.

Tal análise, que ora se passa a fazer, parte da sistemática verificada no próprio texto da Constituição Federal de 1988, dentro do qual é possível identificar, com clareza, a utilização dos vocábulos "consumidor" e "usuário" em passagens distintas.

Se é certo que o Poder Constituinte utilizou-se com critério do vocabulário técnico-jurídico presente no texto da Constituição, então a mera constatação do emprego das expressões "consumidor" de serviços e "usuário de serviços públicos" em dispositivos constitucionais distintos seria suficiente para concluir que elas se dirigem a realidades distintas.

Para melhor compreender a distinção apontada, faz-se necessário analisar, primeiramente, a diferença de tratamento conferida pela Constituição Federal às atividades econômicas e aos serviços públicos, para após perquirir acerca da eventual distinção entre consumidor e usuário.

2.2 Diferença entre atividade econômica e serviço público

A Constituição Federal de 1988 reservou seu Título VII ao tratamento da ordem econômica e financeira, disciplinando, no Capítulo I deste Título, os princípios gerais da atividade econômica[32].

Logo no art. 170, primeiro deste capítulo[33], a Constituição Federal elenca os princípios da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, dentre os quais se destaca a defesa do consumidor.

Em seu parágrafo único, o art. 170 introduz a expressão "atividade econômica", assegurando a todos seu livre exercício, independentemente de autorização, salvo quando previsto em lei.

A exploração dessa atividade econômica pelo Estado vem disposta no art. 173, que a restringe às hipóteses de relevante interesse público ou de necessidade aos imperativos da segurança nacional. Nestes casos, a exploração de atividade econômica pelo Estado dar-se-á por meio de empresa pública ou sociedade de economia mista, que não deverão gozar de privilégios fiscais não estendidos ao setor privado, nos termos dos parágrafos do referido artigo[34].

---

[32] Os demais Capítulos tratam da (i.) política urbana, (ii.) da política agrícola e fundiária e da reforma agrária e (iii.) do sistema financeiro nacional.

[33] Dispõe o referido artigo: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

[34] Leia-se: Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

A atuação do Estado nas atividades econômicas é, portanto, restrita. A ele cabe, primordialmente, desempenhar o papel de agente normativo e regulador, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, conforme disposto no art. 174[35].

A leitura conjunta destes três artigos permite identificar, portanto, algumas das características básicas das atividades econômicas, dentre elas o livre exercício pela iniciativa privada e a atuação apenas excepcional do Estado, cujo papel central é de regulação e fiscalização.

Diferentemente do quanto previsto nos artigos anteriores, o art. 175 ocupa-se do tratamento conferido aos serviços públicos, cuja titularidade incumbe, tão-somente, ao poder público, ainda que sua prestação se dê indiretamente, por meio dos institutos da concessão ou permissão[36]. Não há, neste caso, livre iniciativa do setor privado, que apenas prestará o serviço mediante delegação do Estado, sempre submetida a processo licitatório e sujeita à retomada a qualquer tempo.

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

[35] Referido artigo dispõe da seguinte forma:
Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

[36] Assim dispõe o mencionado artigo:
Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

O parágrafo único do art. 175 também contribui para delinear a diferença entre os princípios norteadores da atividade econômica e aqueles aplicáveis aos serviços públicos, elencando, dentre os últimos, os direitos dos usuários.

Tendo presente a distinção de tratamento acima mencionada, faz-se necessário, a fim de melhor compreender a inclusão dos serviços públicos no capítulo destinado à ordem econômica, efetuar uma diferenciação entre dois sentidos igualmente comuns da expressão "atividade econômica", um que se refere a gênero e outro a espécie.

Eros Roberto Grau[37] leciona que a atividade econômica enquanto gênero inclui duas espécies: os serviços públicos, que seriam as atividades econômicas prestadas preferencialmente pelo setor público (visto que de titularidade do Estado), e as atividades econômicas em sentido de espécie, que seriam preferencialmente prestadas pelo setor privado (e apenas excepcionalmente pelo poder público). Segundo o autor, o serviço público está, assim, para o setor público da mesma forma como a atividade econômica está para o setor privado.

Inicialmente, verifica-se certa dificuldade de conceituação de serviço público e atividade econômica, cujas definições estão sujeitas a variações de acordo com o momento histórico, as opções políticas e a relação estabelecida entre as forças sociais representadas pelo capital e pelo trabalho. Em síntese, pretende o capital que todas as atividades passíveis de exploração lucrativa sejam reservadas à sua livre exploração, enquanto, por outro lado, pretende o trabalho seja atribuído ao Estado o maior número de atividades, visando a uma exploração não especulativa[38].

Não obstante a possibilidade de alargamento ou retração da noção de serviço público de acordo com a realidade histórica, é possível notar, na Constituição Federal de 1988 uma clara diferença entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público, que parte da diferença entre os regimes jurídicos aplicáveis a cada um deles.

As atividades econômicas estão reguladas no art. 173, enquanto o regime aplicável aos serviços públicos está disposto no art. 175. O primeiro artigo esclarece, como adiantado acima, as hipóteses em que o Estado poderá prestar atividade econômica em sentido estrito, enquanto o segundo esclarece as formas pelas quais o Estado prestará os serviços públicos, direta ou indiretamente.

Para Almiro do Couto e Silva[39], o regime do art. 173 é coerente com a livre iniciativa, elencada pelo art. 170 como princípio da ordem econômica. Já o art. 175 determina que

---

[37] GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 133.

[38] Ibid., p. 140.

[39] COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviços públicos "à brasileira"? Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v.27, n. 57, p. 199-226, dez. 2003, p. 211.

algumas das atividades econômicas de relevante interesse coletivo, a ponto de serem classificadas como serviço público, sejam exercidas diretamente pelo poder público, ou delegadas mediante concessão ou permissão.

No entendimento do autor[40], o fato de o art. 175 estar inserido no capítulo destinado aos princípios gerais da atividade econômica leva à conclusão de que os serviços públicos delegáveis por meio de concessão ou permissão são aqueles de natureza comercial e industrial.

Assim, não obstante se possa incluir a noção de serviço público dentro de um contexto mais amplo de atividade econômica, é certo que ele não se confunde com a atividade econômica em sentido estrito disciplinada no art. 173.

A atividade econômica em sentido estrito submete-se, nos termos da Constituição, a um regime de direito privado, pois embora regulada e fiscalizada pelo Estado, e até mesmo desenvolvida por ele em hipóteses excepcionais, deve ela observância aos princípios constitucionais da livre iniciativa, facultando-se a todos o seu exercício, independentemente de autorização.

O serviço público, por outro lado, está submetido a um regime jurídico de direito público, uma vez que não apenas sua regulação e fiscalização, mas sua própria titularidade pertence privativamente ao Estado, que decidirá acerca da conveniência ou não de sua delegação a privados.

Essa distinção entre os regimes aplicáveis a cada um dos casos é bem explorada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que ao desempenhar atividades econômicas nos termos do art. 173, o Estado atua basicamente sob regime de direito privado, uma vez que a atividade econômica é própria dos particulares e, portanto, insuscetível de ser qualificada como serviço público[41].

O tratamento autônomo conferido pela Constituição Federal aos serviços públicos, amoldando-os ao regime jurídico próprio de sua execução também é ressaltado por Cármen Lúcia Antunes Rocha[42], que o difere daquele utilizado para reger as relações privadas no âmbito da atividade econômica.

Em verdade, o regime jurídico-administrativo, ou seja, o regime de direito público ao qual se submetem os serviços públicos lhes é tão inerente que chega a ser tomado, por diversos autores, como elemento formal caracterizador da própria definição de serviço público[43].

---

[40] Ibid., p. 210.

[41] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 624.

[42] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 30.

[43] Veja-se, neste sentido: DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. op. cit., p. 617; JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 481; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. op. cit., p. 79. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 98 e BLANCHET, Luiz Alberto. op. cit., p. 22.

Evidente, portanto, que a Constituição Federal tratou de distinguir, fundamentalmente em relação aos regimes jurídicos aplicáveis, as atividades econômicas dos serviços públicos.

2.3 Conceito de consumidor *versus* conceito de usuário

Da diferença existente entre atividade econômica (entendida, aqui, em seu sentido estrito) e serviço público deriva, também, a diferença entre os conceitos de consumidor e usuário.

O tratamento diverso dispensado pela Constituição ao consumidor e ao usuário do serviço público é capturado por Cintra do Amaral, que ressalta, para tanto, o tratamento dos dois assuntos por dispositivos constitucionais diferentes[44].

A primeira expressão, qual seja, "consumidor", é encontrada no bojo da disciplina das atividades econômicas, mais especificamente no art. 170, V, da Constituição Federal, que afirma ser a proteção do consumidor um dos princípios da ordem econômica, fundada na livre iniciativa. Trata-se, portanto, de princípio vinculado à atividade econômica, dado que, conforme já demonstrado, não há espaço para livre iniciativa no âmbito do serviço público.

Reforçando tal princípio, a Constituição Federal elenca a defesa do consumidor no rol dos direitos fundamentais, mais precisamente no art. 5º, XXXII, atribuindo ao Estado sua promoção, na forma da lei[45].

Trata-se de uma das normas que consagram direitos individuais, as quais têm por função básica a criação de uma área de liberdade em favor do indivíduo e infensa à intervenção do Estado. Essa, porém, não é a única função das normas de direito individual. No caso do art. 5º, XXXII, CF 1988, diferentemente da função básica de defesa do indivíduo contra o Estado, tem-se a obrigação do Estado de defender um direito individual contra limitações ou restrições vindas não dele, Estado, mas de terceiros. Trata-se, *in casu*, de "pretensão de defesa ou de proteção" ("*Schutzanspruch*"), a qual "*impõe ao Estado, nos casos extremos, o dever de agir contra terceiros*"[46]. No caso ora em análise, a norma manda (implicitamente) que o Estado derrogue o direito obrigacional e contratual "comum" (o Direito do Código Civil), por meio de normas específicas de defesa ou proteção do consumidor contra terceiros, quais sejam: os produtores e fornecedores de bens e serviços.

---

[44] AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abril/maio de 2002. Revista Eletrônica disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2005, p. 04.

[45] O teor do referido artigo está transcrito no primeiro capítulo, inserido na análise do surgimento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

[46] MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, Janeiro de 2002. Revista Eletrônica disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 07.03.2005, p. 3.

Complementando o texto constitucional e visando a concretizar tal direito, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou ao Congresso Nacional a elaboração de um código de direito do consumidor no prazo de cento e vinte dias após a promulgação da Constituição[47].

Atendendo a esta determinação e aos anseios não apenas do poder constituinte mas de toda a população, como já referido anteriormente, foi publicada, em 1990, a Lei nº 8.078, o denominado Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

A análise de sua base constitucional indica, assim, que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor origina-se da necessidade de regulamentar os direitos dos consumidores no âmbito das atividades econômicas, em especial nas relações entre consumidores e fornecedores privados que atuam por sua livre iniciativa, mas também nas relações entre referidos consumidores e o Estado quando este, em observâncias das hipóteses excepcionais previstas no art. 173, desempenha atividade econômica.

No que tange ao termo "usuário", cumpre observar, inicialmente, a ausência de sua menção em quaisquer dos dispositivos constitucionais referentes à atividade econômica em sentido estrito. Tal observação é válida, da mesma forma, no sentido inverso, uma vez que inexiste, nos dispositivos constitucionais atinentes ao serviço público, qualquer referência ao termo "consumidor".

Ao contrário, o vocábulo "usuário" surge, no bojo do Título VII da Constituição Federal, apenas no inciso II do parágrafo único do art. 175, para determinar que a lei disporá sobre os direitos dos usuários de serviço público. Usuário, portanto, na literalidade e na sistemática do texto constitucional, é um conceito estritamente vinculado ao âmbito dos serviços públicos, quer prestados diretamente pelo Estado, quer delegados à iniciativa privada, por meio dos institutos da concessão ou da permissão, mediante licitação.

Corroborando esse entendimento, ao dispor sobre os princípios gerais da atuação da Administração Pública, a Constituição Federal indicou, no § 3º do art. 37, a forma de participação do usuário na administração pública, garantindo, em seus incisos I e II, direitos dos usuários em face dos serviços públicos e registros administrativos.[48]

A vinculação dos conceitos de consumidor à atividade econômica e de usuário ao serviço público, efetuada de forma expressa no texto da Constituição Federal, não permite outra conclusão que não a de que se tratam de conceitos jurídicos absolutamente distintos entre si.

---

[47] Conforme já exposto no capítulo anterior.

[48] *Art. 37. (...)*

§ 3º. A Lei disciplinará as formas de participação do do usuário na administração pública direta e inidireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (...)

E, na esteira da distinção, já destacada, entre os regimes aplicáveis aos serviços públicos e às atividades econômicas, inegável a submissão de cada um dos conceitos, de usuário e consumidor, aos respectivos regimes de direito público e de direito privado.

2.4 Corolário da distinção dos regimes jurídicos: a Emenda Constitucional nº 19/98

Como visto, o texto originário da Constituição Federal de 1988 estabelecia, por um lado, a vinculação do conceito de consumidor ao regime jurídico privado que rege as atividades econômicas e, por outro, a ligação intrínseca da noção de usuário ao regime jurídico dos serviços públicos.

Tal distinção, decorrente da sistemática constitucional, esteve clara desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, não obstante, as normas infraconstitucionais editadas promoverem a equiparação dos conceitos, aplicando ao usuário de serviço público o tratamento previsto para proteção do consumidor.

A questão que restava, diante do texto originário da Constituição Federal, era a seguinte: reconhecida a diferença entre os conceitos de usuário e consumidor, poderia a legislação ordinária, para efetuar a proteção do usuário nos termos da lei, conforme exigido pelo inciso II do parágrafo único do art. 173, remetê-la ao quanto previsto no Código de Proteção e Defesa do Consumidor publicado em observância do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias?

Ou ainda: a "lei" exigida pelo inciso II do parágrafo único do art. 173 poderia ser uma lei editada para regulamentação de atividade econômica, como fora a Lei nº 8.078/90? Ou será que mesmo outra lei, editada especificamente para tratar dos serviços públicos, como no caso da Lei nº 8.987/95, poderia remeter a proteção dos usuários à norma anteriormente publicada para atender aos consumidores da atividade econômica?

Ainda que o enfrentamento direto de tais questões não tenha se verificado na doutrina, é certo que se procurou legitimar a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos usuários de serviço público alegando-se que o atendimento à exigência constitucional de proteção por meio de lei fora devidamente cumprido pelas Leis nº 8.078/90 e 8.987/95[49].

Ainda que esta coincidência de regimes pudesse ser sustentável quando da publicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em 1990, ou mesmo quando da publicação da Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviço Público, em 1995, em face do texto original da Constituição Federal de 1988, tal entendimento apenas perduraria incólume por um espaço limitado de tempo.

---

[49] Conforme amplamente demonstrado no primeiro capítulo, tal tarefa foi cumprida pela quase que unanimidade da doutrina, quer especializada em direito do consumidor, quer em direito administrativo.

A partir de 1998, com o advento da Emenda Constitucional nº 19, a admissão do Código de Proteção e Defesa do Consumidor enquanto lei de proteção dos usuários de serviços públicos para os fins do inciso II do parágrafo único do art. 173 da Constituição Federal tornou-se tarefa, senão inviável, consideravelmente mais árdua.

É que, por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, introduziu-se a necessidade de promulgação de lei específica para regulamentar a defesa do usuário de serviços públicos. Veja-se, para bem esclarecer a questão, o teor do art. 27 da Emenda Constitucional nº 19:

> "Art. 27. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos."

Com este dispositivo, o Poder Constituinte Derivado fez constar, expressamente em norma constitucional, seu entendimento de que o usuário de serviço público deve ter sua proteção efetuada por lei específica, inadmitindo, portanto, a aplicação direta do Código de Proteção e Defesa do Consumidor para tal finalidade.

Coroou-se, assim, não apenas a diferença entre os conceitos de usuário e de consumidor, mas também a distinção dos regimes jurídicos aplicáveis à proteção de cada uma das figuras encontradas no âmbito dos serviços públicos ou no das atividades econômicas, que já se mostravam distintos na sistemática original da Constituição Federal de 1988.

Trata-se, no entendimento de Cintra do Amaral[50], do reconhecimento implícito de que a defesa do usuário de serviço público é juridicamente diversa da defesa do consumidor regulada pela Lei nº 8.078/90.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 19, portanto, a utilização do Código de Proteção e Defesa do Consumidor como sucedâneo da lei de defesa do usuário de serviço público prevista no inciso II do parágrafo único do art. 173 da Constituição Federal não mais pode ser livremente admitida.

Encontra-se, hoje, constitucionalmente evidenciada a diferença entre a proteção do consumidor e a proteção do usuário, bem como a necessidade de lei específica para dispor sobre esta última.

Não obstante, permanece grande parte da doutrina admitindo, sem restrições, a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor para a promoção da defesa dos usuários de serviços públicos, omitindo-se da análise da exigência constitucional de legislação específica, introduzida pela mencionada Emenda Constitucional.

---

[50] Ibid., p. 04.

Rara exceção a essa regra é Juarez Freitas[51], que ao enfatizar a urgência da edição da nova regra demanda pela Emenda Constitucional nº 19/98, a justifica para fins de ampliar e fortalecer a proteção do usuário de serviço público, sem afastar, no entanto, a incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor para tanto.

O fato de a lei específica para proteção do usuário de serviços públicos, passados cerca de sete anos do prazo determinado pela Emenda Constitucional nº 19, ainda não tenha sido publicada, não admite sua mera substituição pela lei previamente existente para disciplinar a defesa dos consumidores. Esta também, vale lembrar, não observou o prazo determinado no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para sua publicação, o que não lhe tira, certamente, a validade e importância.

É apenas e tão-somente por meio desta nova lei, uma espécie de "Código de Proteção e Defesa do Usuário de Serviços Públicos" que se poderia cogitar da regulamentação da proteção do usuário para os fins do inciso II do parágrafo único do art. 173 da Constituição Federal e, quiçá, da própria admissão da aplicação subsidiária do Código de Proteção e Defesa do Consumidor para tal fim.

A constitucionalidade dessa possibilidade de aplicação subsidiária das normas da Lei nº 8.078/90 para disciplinar a defesa do usuário de serviços públicos dependerá, frise-se, de determinação expressa da nova lei, elaborada em atendimento da exigência do art. 27 da Emenda Constitucional nº 19[52].

Para Cintra do Amaral, tal aplicação subsidiária do Código de Proteção e Defesa do Consumidor ao usuário de serviço público, ainda que determinada pela nova lei, seria equivocada, uma vez que serviria para perpetuar a confusão atualmente existente entre as duas relações jurídicas, a de serviço público e a de consumo[53].

Já Marçal Justen Filho admite, desde já, a aplicação subsidiária do direito do consumidor no âmbito dos serviços públicos, porém de forma não integral, a fim de que vantagens especiais de um único usuário não inviabilizem a oferta do serviço público em favor dos demais. A regra do art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/98 é, para o autor, o reconhecimento de que tais regras não podem ser aplicadas de forma automática e indiferenciada aos serviços públicos[54].

---

[51] FREITAS, Juarez. O Controle Social e o Consumidor de Serviços Públicos. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Revista Eletrônica disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de março de 2005, p. 10.

[52] Rodrigo Alves da Silva aponta, em seu estudo, a existência de anteprojeto de lei elaborado por comissão de juristas formada pelo extinto Ministério da Reforma Administrativa – MARE visando à disciplinar os direitos dos usuários que previa, precisamente, a aplicação subsidiária do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Cf. SILVA, Rodrigo Alves da. O Código de Defesa do Consumidor e os serviços públicos: a defesa dos usuários de serviço público. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <https://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3830>. Acesso em: 14 de março de 2005.

[53] AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. op. cit., p. 04.

[54] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 493.

Certo é, no entanto, que tal aplicação subsidiária das normas consumeristas privadas apenas poderia ser admitida caso determinada pela lei destinada especificamente à regulação da proteção do usuário de serviço público, sendo descabida a determinação do próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor de auto-aplicação ao serviço público.

Tratando-se, porém, de hipótese de *lege ferenda*, resta tentar esclarecer a razão pela qual a quase que unanimidade da doutrina e da jurisprudência permanecem aplicando o Código de Proteção e Defesa do consumidor aos usuários de serviço público sem qualquer questionamento acerca de sua constitucionalidade.

3 TRATAMENTO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO NA PRÁTICA

3.1 Compatibilidade prática entre as normas infraconstitucionais e a obrigação constitucional de lei específica

Conforme demonstrado no capítulo anterior, a literalidade e a sistemática da Constituição Federal, mormente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, impedem a aplicação direta do Código de Proteção e Defesa do Consumidor ao usuário de serviços públicos.

Viu-se, porém, no primeiro capítulo, que não apenas a legislação infraconstitucional pretendeu a aplicação das normas consumeristas ao usuário de serviço público, como tal pretensão tem sido constantemente corroborada e aplaudida pela doutrina nacional e pela jurisprudência de nossos tribunais.

Resta, assim, questionar, diante da aparente incompatibilidade entre os preceitos da Constituição Federal e o entendimento geral da doutrina acerca da legislação infraconstitucional, em que medida este último comportamento pode ser explicado à luz da realidade fática e jurídica de nosso país.

Não parece razoável sustentar que a doutrina e a jurisprudência pátria ignorem os preceitos constitucionais. Ao contrário, disso sequer se cogita no presente estudo. O que se busca, conforme esclarecido acima, são as razões que levam nossos estudiosos a defenderem a aplicação de um entendimento aparentemente inconstitucional.

A explicação de tal conduta deve partir, obrigatoriamente, do campo da realidade prática, que impõe a necessidade de se garantir, aos usuários de serviços públicos, a indispensável proteção diante dos prestadores de tais serviços, quer seja o Estado diretamente, quer sejam particulares concessionários ou permissionários.

O quê, por óbvio, não se pode negar, mormente diante do texto constitucional, é o direito do usuário de serviço público de receber proteção por meio de um regime jurídico efetivo.

A clareza desta necessidade, já percebida pelo Poder Constituinte Originário, ao elencar os direitos do usuário de serviço público no inciso II do parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal, veio a ser apenas reforçada pelo Poder Constituinte Derivado, ao determinar a elaboração de lei destinada à sua proteção no art. 27 da Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

Ora, se o texto constitucional sempre primou pela defesa dos usuários de serviços públicos, não seria razoável imaginar que durante os cerca de 10 anos que se passaram entre a promulgação da Constituição e da referida Emenda Constitucional se pudesse negar, ao abrigo da própria Constituição, efetividade à proteção dos referidos usuários.

Em outras palavras, não se poderia impedir a defesa eficaz dos direitos dos usuários sob o argumento de que as normas constitucionais, por serem programáticas ou de eficácia contida, seriam inaplicáveis na prática.

Ao contrário, a implementação eficiente da defesa do usuário é medida que atende ao escopo da Constituição Federal, ainda que efetuada mediante aplicação de normas destinadas à defesa dos consumidores no âmbito das atividades econômicas sujeitas à livre iniciativa.

3.2 Da aplicação por analogia das normas de direito privado e seus cuidados especiais

Admite-se, portanto, que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor possa ser aplicado para resguardar os direitos dos usuários de serviço público mediante analogia, em face da já mencionada semelhança entre a posição ocupada por usuários e consumidores nas relações estabelecidas entre eles e seus respectivos fornecedores.

A aplicação analógica das regras materiais de proteção do consumidor ao usuário de serviço público pode ser considerada, nesse contexto, medida que satisfaz o interesse público envolvido na prestação de serviço público e, precipuamente, a intenção do próprio poder constituinte, quer originário, quer derivado.

Como toda a aplicação fundada na analogia, no entanto, os cuidados a serem dispensados ao se aplicar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor à relação estabelecida entre usuário e prestador de serviço público devem ser redobrados.

De fato, as peculiaridades que caracterizam tal relação como de direito administrativo exigem cautela na proteção do consumidor, uma vez que, conforme já demonstrado, a regulamentação dos serviços públicos visa ao atendimento não apenas do usuário isoladamente considerado, mas da coletividade de usuários representada pelo interesse público.

Essas peculiaridades já foram apontadas por Marçal Justen Filho, que embora admita a aplicação direta (e não analógica) do direito do consumidor ao usuário de serviço público, o

faz com ressalvas, apontando para a inviabilidade de aplicar ao serviço público as normas editadas para regulamentar serviços privados quando incompatíveis com os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público[55].

Assim, por exemplo, ao se determinar a continuidade dos serviços públicos essenciais com base no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, é preciso que se tenha presente que tal continuidade deve ser garantida à totalidade dos usuários. Isso significa que a inadimplência de um único usuário que continua a desfrutar do serviço público a bem de uma "continuidade privatista" provocará prejuízos a todos os demais, quer pela redistribuição direta do ônus entre os adimplentes, quer pela deterioração da qualidade geral do serviço público prestado sem a contraprestação necessária.

Da mesma forma, não se poderia cogitar da indenização a um único usuário em razão de alterações efetuadas unilateralmente na forma da prestação do serviço pela Administração Pública, uma vez que tal prerrogativa, a par de inerente ao serviço público, é realizada sempre com vistas à melhor perseguição do interesse público.

Daí porque a aplicação analógica do Código de Proteção e Defesa do Consumidor não pode ser estendida para além das normas estritamente compatíveis com o regime público da sua prestação. Havendo conflito entre o direito do consumidor e as normas de direito administrativo, a prevalência destas últimas é inerente, porque especificamente elaboradas para regulamentar os serviços públicos.

Com isso entende-se que, não obstante os artigos da Lei nº 8.078/90 que tratam expressamente da disciplina dos serviços públicos sejam contrários ao texto literal da Constituição Federal, há que se admitir a aplicação das regras do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos usuários de serviços públicos por analogia, apenas naquilo em que não conflitam com as normas de direito administrativo e, evidentemente, até que a lei de proteção dos usuários de serviço público reclamada pelo art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/98 seja editada.

CONCLUSÃO

Tratou-se, ao longo do presente estudo, de investigar o regime jurídico aplicável à proteção dos direitos dos usuários nas relações estabelecidas com os prestadores de serviços públicos, quer quando prestados diretamente pela Administração Pública, quer quando delegados a particulares mediante concessão ou permissão.

---

[55] Id. Concessões de Serviço Público. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1997, p. 133.

Não resta dúvida de que essa proteção é almejada pela Constituição Federal e nela encontra-se expressamente prevista, não apenas no texto originário, que já tratava dos direitos dos usuários de serviços públicos, inclusive diferenciando-os dos consumidores no âmbito das atividades privadas, mas ainda na Emenda Constitucional nº 19/98, que determinou a elaboração de norma específica para disciplinar os direitos dos usuários de serviços públicos.

Não obstante referida lei de proteção do usuário de serviço público não tenha sido, até o presente momento, editada, resta evidenciada a preocupação da legislação infraconstitucional, da doutrina e da jurisprudência pátria em promover, na prática, a defesa desses interesses.

Constatou-se, neste sentido, que a legislação infraconstitucional tratou de promover a defesa do usuário de serviço público por meio de normas de direito privado, em especial o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que contém artigos destinados, expressamente, à regulação dos serviços públicos.

Causa espécie que a quase totalidade da doutrina e da jurisprudência nacionais defenda a aplicação das referidas normas sem levantar quaisquer questionamentos acerca de sua constitucionalidade, mormente diante da flagrante diferença de tratamento conferida pela Constituição Federal ao consumidor de atividade econômica sujeita à livre iniciativa e ao usuário de serviço público.

O escasso tratamento da questão pela doutrina e pelo Tribunais parece coadunar-se com a inerente necessidade de difusão de uma eficaz proteção do usuário de serviço público, que, por óbvio, atende aos anseios da sociedade e ao próprio interesse público almejado pela Constituição Federal.

Tal medida, no entanto, não afasta a aparente inconstitucionalidade das normas privadas que tratam de serviços públicos, tampouco a premente necessidade de se editar a lei específica exigida pelo Poder Constituinte Derivado.

Até que tal medida seja implementada, no entanto, há que se admitir a aplicação das normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor ao usuário de serviços público por analogia, a fim de evitar que seus legítimos interesses restem desprotegidos.

Tal aplicação analógica deverá sempre levar em consideração as especificidades do regime dos serviços públicos, afastando-se sua utilização quando em confronto com as normas de direito administrativo ou quando prejudiciais ao interesse público envolvido na prestação de tais serviços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abril/maio de 2002. Revista Eletrônica disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2005.

BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão de Serviços Públicos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

CAPELETTO, Gilberto José. Direito dos Consumidores e Regulação dos Serviços Públicos. Marco Regulatório, Porto Alegre, AGERGS, n. 4, p. 31-63, 2001.

COUTO E SILVA, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviços públicos "à brasileira"? Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v.27, n. 57, p. 199-226, dez. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, Juarez. O Controle Social e o Consumidor de Serviços Públicos. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Revista Eletrônica disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de março de 2005.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, Janeiro de 2002. Revista Eletrônica disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 07.03.2005, p. 3.

MIRAGEM, Bruno. A regulação do serviço público de energia elétrica e o direito do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 51, p. 68-100, julho-setembro 2004.

MOOR, Fernanda Stracke. O Regime de Delegação da Prestação de Serviços Públicos. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Comentários ao código do consumidor. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de. O Código de Defesa do Consumidor e a Administração Pública. Interesse Público, Porto Alegre, Notadez, ano 5, n. 22, novembro/dezembro de 2003.

OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. Entidades Prestadoras de Serviços Públicos e Responsabilidade Extracontratual. São Paulo: Atlas. 2003.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Serviços públicos concedidos e proteção do consumidor. Conferências do 5º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 36, p. 164-176, outubro-dezembro 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996.

SAAD, Gabriel Eduardo. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: lei n. 8.078. de 11.9.90. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Rodrigo Alves da. O Código de Defesa do Consumidor e os serviços públicos: a defesa dos usuários de serviço público. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <https://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3830>. Acesso em: 14 de março de 2005.

Contratação Emergencial e Desídia Administrativa

Marinês Restelatto Dotti

INTRODUÇÃO

Toda atividade administrativa do Estado é norteada pelos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. O fim, e não a vontade, domina todas as formas de administração. Para realizar suas funções, a Administração Pública recorre freqüentemente à colaboração de terceiros. O recurso da Administração às atividades e aos bens privados manifesta-se sob modalidades diversas, que vão desde a desapropriação de bens particulares até a alienação de bens públicos. Uma das formas de atuação conjugada do Estado com o particular é o contrato administrativo, derivado de um procedimento licitatório.

Há situações em que a Administração recebe da lei autorização para deixar de licitar, se assim entender conveniente ao interesse do serviço; hipóteses há em que a Administração defronta-se com inviabilidade fática para licitar, por expressa vedação da lei. As hipóteses de dispensabilidade do art. 24, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, constituem rol taxativo e a dispensa de licitação em razão da emergência - caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou equipamentos.

Na prática, a situação de emergência muitas vezes decorre da falta de planejamento administrativo e isto tem sido constantemente detectado pelos órgãos de controle, tanto interno como externo. Não obstante, o atendimento de certas situações pelo poder público há de ser imediato, sob pena de a procrastinação causar prejuízos ao interesse público, sendo a dispensa de licitação prevista no inciso IV, do art. 24, alternativa transitável para o gestor público, observadas as vinculações jurídicas aplicáveis à espécie.

A rigor, em que pese argumentos de autoridade em contrário, a licitação não é um princípio, mas tão-somente um instituto, cuja natureza é de procedimento administrativo. Lembra Celso Antônio Bandeira de Mello[1] que a licitação tem dupla função, conforme dito na

---

[1] DE MELLO, Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, 2002, p. 468.

própria lei de licitações: garantir o princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a administração. Enganam-se aqueles que vêem na licitação o garante (somente) do princípio da isonomia, porquanto pensar assim seria o mesmo que dizer que nas dispensas de licitação tal caractere está dispensado. Não é verdade. Primeiro que a licitação, como conjunto de procedimentos formais, não tem conseguido seu intento de soldado da moralidade pública. De outra, o art. 26 da Lei nº 8.666/93, ao estabelecer a necessidade de justificação do preço e a motivação da escolha da empresa a ser contratada para a execução do objeto da dispensa, em realidade quer garantir o núcleo duro dos princípios da moralidade, da isonomia e da igualdade.

1 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Licitação, de acordo com a lição de Cretella Júnior[2], tem o sentido preciso e técnico de procedimento administrativo preliminar complexo, a que recorre a Administração Pública quando, desejando celebrar contrato com o particular, referente a compras, vendas, obras, trabalhos ou serviços, seleciona, entre várias propostas, a que melhor atende ao interesse público, baseando-se para tanto em critério objetivo, fixado de antemão, em edital, a que se deu ampla publicidade.

Estabelece o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal:

> [...]ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

É de se ressaltar que antes da Reforma Administrativa de 1967 o termo empregado para licitação era concorrência pública. Na Lei n.º 4.401/64, promulgada três anos antes do Decreto-lei n.º 200/67, surgiu, pela primeira vez, o vocábulo licitação como sinônimo de concorrência.

De outro lado, o Decreto-lei n.º 200/67 apenas se referia à Administração Direta e às autarquias, enquanto que o Estatuto das Licitações em vigor, Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, contempla também as fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Todavia, a Emenda Constitucional n.º 19, de 04.06.98, modificou novamente o quadro das entidades abrangidas pela Lei n.º 8.666/93, quando estabeleceu que

---

[2] CRETELLA Júnior, José. Das Licitações Públicas, Forense, 1995, p. 13.

lei própria estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços e disporá sobre licitação e contratação.

O art. 3.º, da Lei de Licitações informa os princípios norteadores da licitação: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Explicitação concreta do princípio da legalidade encontra-se no art. 4.º da lei, segundo o qual todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1.º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração.

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. O § 1.º do art. 3.º da Lei n.º 8.666/93 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para objeto do contrato.

O princípio da publicidade impõe que os atos e termos da licitação – no que se inclui a motivação das decisões – sejam efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados. É um dever de transparência, em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão. A Lei n.º 8.666, no § 3.º do art. 3.º, estatui que a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura. Acresce que o art. 4.º também menciona o direito de qualquer cidadão acompanhar o desenvolvimento do certame. Demais disso, existem outros preceptivos que facultam uma fiscalização do certame por qualquer pessoa, como os artigos 15, §§ 2.º e 6.º, 16, 41, § 1.º e 113, § 1.º, todos insertos na Lei de Licitações.

O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso e honesto.

Especificamente para a Administração Pública, tal princípio está reiterado na referência ao princípio da probidade administrativa. Sublinha-se aí que o certame haverá de ser por ela

conduzido em estrita obediência à pauta da moralidade, no que se inclui, evidentemente, não só a correção defensiva dos interesses de quem a promove, mas, também, às exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, consignado no art. 41 da Lei n.º 8.666.

O princípio do julgamento objetivo almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora, preocupação enfatizada no art. 45 da Lei n.º 8.666/93. Cumpre reconhecer que objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entra em causa qualidade, técnica e rendimento – muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas – nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.

Note-se que a ampla participação no certame pressupõe publicidade e que não pode haver igualdade sem o estrito cumprimento do edital.

2 CONTRATAÇÃO DIRETA

A realização de qualquer licitação depende da ocorrência de certos pressupostos. À falta deles, o certame licitatório seria um autêntico sem-sentido ou simplesmente não atenderia às finalidades em vista das quais foi concebido. Ditos pressupostos são de três ordens, a saber: a) pressuposto lógico; b) pressuposto jurídico; e c) pressuposto fático.

É pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Sem isto não há como conceber uma licitação. Dita impossibilidade é reconhecível já no próprio plano de um simples raciocínio abstrato.

É pressuposto jurídico o de que, em face do caso concreto, a licitação possa se constituir em meio apto, ao menos em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve prover.

É pressuposto fático da licitação a existência de interessados em disputá-la.

Posto que a função do instituto da licitação é servir o interesse público, em casos que tais percebe-se que falece o pressuposto jurídico para sua instauração. Com efeito: a licitação não é um fim em si mesmo; é um meio para chegar utilmente a um dado resultado: o travamento de uma certa relação jurídica. Quando nem mesmo em tese pode cumprir tal função, seria descabido realizá-la. Embora fosse logicamente possível realizá-la, seria ilógico fazê-lo em face do interesse jurídico a que se tem que atender.

A Constituição Federal acolheu a presunção de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção absoluta, facultando a contratação direta nos casos previstos em lei.

A supremacia do interesse público fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratações da Administração Pública. Existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a própria consecução dos interesses públicos. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício do interesse público e não asseguraria a contratação mais vantajosa.

Não é absurda a afirmação de que a contratação direta é uma modalidade extremamente anômala de licitação. O próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados. Por igual, definiu os casos de não-incidência do regime formal de licitação.

Diante de situações desta ordem é que se configuram os casos acolhidos na legislação como de dispensa de certame licitatório ou os que terão de ser considerados como de inexigibilidade dele.

Certamente em atenção à diversidade de hipóteses em que é cabível a adjudicação direta, isto é, a eleição da contraparte independentemente de licitação, a Lei n.º 8.666/93 tanto prevê casos de dispensa de licitação quanto de sua inexigibilidade.

Em tese, a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto razões de tomo justificam que se deixe de efetuá-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhidas.

Os casos qualificados pela lei como de licitação dispensável estão arrolados nos incisos I a XXIV do art. 24 da Lei de Licitações. A este total haver-se-ão de aditar as hipóteses, previstas no art. 17, em que a Lei declara dispensada a licitação.

De par com as figuras de licitação dispensável e dispensada, Celso Antônio Bandeira de Mello[3] reconhece a existência de licitação proibida. Informa que o exemplo típico, mas não único, é aquele que ao tempo do Decreto-lei 2.300, de 21 de novembro de 1986, estava formalmente identificado como tal e hoje se encontra referido no art. 24, IX, entre as hipóteses de licitação dispensável; a saber: quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional.

---

[3] DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, São Paulo, 2002, p. 492.

2.1 Contratação Emergencial

O inciso IV do art. 24 da Lei n.º 8.666/93, estabelece:

> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

O administrador, para deliberar pela não-realização de licitação, deve ter redobrada cautela. No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores. A simples descontinuidade na prestação dos serviços não justifica, em tese, a realização de contrato emergencial. Compõem a situação de emergência certa dose de imprevisibilidade da situação e a existência de risco em potencial a pessoas ou coisas, que requerem urgência de atendimento.

Não é possível ao administrador público pretender utilizar uma situação de emergência ou calamitosa para dispensar a licitação em aquisições que transcendam o objeto do contrato, que em casos emergenciais deve ser feito tão-somente no limite do indispensável ao afastamento do risco. Haverá, assim, profunda correlação entre o objeto pretendido pela Administração e o interesse público a ser atendido. A correlação entre o objeto do futuro contrato e o risco, limitado, cuja ocorrência se pretenda evitar, deve ser íntima, sob pena de incidir o administrador em ilícita dispensa de licitação.

Nesse sentido, adverte J.C. Mariense Escobar[4] que a situação emergencial ensejadora da dispensa é aquela que resulta do imprevisível, e não da inércia administrativa. A situação adversa, dada como emergência ou de calamidade pública, não pode ter se originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, não pode, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação.

A hipótese merece interpretação cautelosa, segundo Marçal Justen Filho[5]. A contratação administrativa pressupõe atendimento ao interesse público. Isso significa que a ausência da

---

[4] ESCOBAR, J.C. Mariense. Licitação, Teoria e Prática, Livraria do Advogado, 1993, p. 72.

[5] JUSTEN Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 2002, p. 239.

contratação representaria um prejuízo para o bem público. Na generalidade dos casos em que o Estado dispõe-se a contratar, é motivado a atuar para evitar dano potencial. Toda e qualquer contratação administrativa retrata a necessidade e a conveniência de uma atuação conjugada entre o Estado e terceiros. Uma interpretação ampla do inciso IV acarretaria, por isso, a dispensa de licitação como regra geral. O argumento da urgência sempre poderia ser utilizado.

A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória do interesse público.

O mesmo autor[6] ensina que para a dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso IV, incumbe à Administração Pública avaliar a presença de dois requisitos: o primeiro deles é a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano: deve ser evidenciada a urgência da situação concreta e efetiva, não se tratando de urgência simplesmente teórica. A expressão prejuízo deve ser interpretada com cautela, por comportar significações muito amplas. Não é qualquer prejuízo que autoriza dispensa de licitação, o mesmo deverá ser irreparável. Cabe comprovar se a contratação imediata evitará prejuízos que não possam ser recompostos posteriormente. O comprometimento à segurança significa o risco de destruição ou de seqüelas à integridade física ou mental de pessoas ou, quanto a bens, o risco de seu perecimento ou deterioração. O segundo requisito é a demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco: a contratação imediata apenas será admissível se evidenciado que será instrumento adequado e eficiente de eliminar o risco. Se o risco de dano não for suprimido através da contratação, inexiste cabimento da dispensa de licitação.

Trata-se de expor a relação da causalidade entre a ausência de contratação e a ocorrência de dano – ou, mais precisamente, a relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano. Em última análise, aplica-se o princípio da proporcionalidade. A contratação deverá ser o instrumento satisfatório de eliminação do risco de sacrifício dos interesses envolvidos. Mas não haverá cabimento em promover contratações que ultrapassem a dimensão e os limites da preservação e realização dos valores em risco.

O Tribunal de Contas da União firmou entendimento, por meio da decisão plenária 347/1994[7], no sentido de que são pressupostos da aplicação do caso de dispensa de licitação preconizado no art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, primeiramente, que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação. Em segundo, que exista urgência concreta e efetiva do atendimento à situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de

---

[6] JUSTEN Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 2002, p. 239 e 240.

[7] BRASIL.Tribunal de Contas da União. Processo 009.248/1994-3, 1994.

pessoas. Terceiro, que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso e quarto que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado.

2.2 Desídia Administrativa e o Princípio da Eficiência

Na acepção trazida pelos dicionários da língua portuguesa, desídia tem o mesmo sentido que inércia, negligência, desleixo, descaso ou incúria. No direito público desídia administrativa é sinônimo de falta de planejamento ou de ausência de previsão para necessidades perfeitamente previsíveis.

O planejamento contempla a seleção de alternativas de solução dos problemas com sua análise de custo-benefício e o estabelecimento de indicadores qualitativos e quantitativos, propiciando uma visão global da atividade administrativa antes da sua implementação e com muita utilidade nas etapas de acompanhamento e avaliação final, capaz de reduzir riscos e incertezas, direcionar recursos adequados e propiciar condições para obtenção de resultados positivos e eficazes para o interesse público.

Traduz-se no princípio da eficiência, faceta de um princípio mais amplo tratado de há muito no Direito Italiano: o princípio da boa administração.

Sem dúvida, o princípio da eficiência veio a lume para viabilizar a reforma do Estado, sendo implementado no nível infraconstitucional por instrumentos de otimização ou de privatização, em sentido amplo, das atividades estatais (Leis Federais 8.987/95, 9.074/95, 9.491/97, 9.637/98, 9.649/98, 9.790/99). Porém, este é apenas um dos efeitos da consagração legislativa do princípio da eficiência. O outro indica uma revalorização do conteúdo da atuação administrativa, inclusive a decorrente da competência discricionária, cujo parâmetro será também a eficiência.

Adotado expressamente no art. 37, caput, da Constituição Federal, dá uma nova dimensão à Administração Pública, aproximando-a mais do dever de boa administração. Os administrados são titulares de dois direitos subjetivos genéricos e fundamentais em face da Administração Pública: legalidade e funcionamento. O primeiro impõe garantias ao administrado pela instituição de limites à atuação da Administração Pública, sujeita a um dever negativo de abstenção. O segundo conjugado ao primeiro expressa a obrigação da Administração Pública oferecer certas prestações positivas aos administrados, sobretudo, quando a constituição ou as leis ordenam, genérica ou especificamente, linhas de conduta administrativa para satisfação de interesses dos administrados, as quais ela não pode renunciar em função da primazia do interesse público e sua indisponibilidade.

O Acórdão 272/2002[8] – Segunda Câmara – Tribunal de Contas da União, traz o exemplo mais comum de contratação direta na forma do art. 24, IV, em que a situação dada como de emergência se origina, total ou parcialmente da falta de planejamento, ou da desídia administrativa:

> Desde a assinatura dos contratos de prestação dos serviços já se sabia que, após o decurso do prazo de vigência do ajuste (12 meses, prorrogável uma vez), haveria a necessidade de realizar-se novo procedimento licitatório. Teve, por conseguinte, o gestor lapso de tempo mais do que suficiente para organizar e providenciar as medidas administrativas cabíveis de forma a evitar a situação de urgência que efetivamente ocorreu ao final da vigência dos ajustes respectivos.

2.3 Culpa do Administrador e Dever de Contratar

A base jurídico-constitucional da conduta do Administrador exibe um argumento de especial relevância. Criada a situação de necessidade de contratação, o administrador público foi colocado diante de situação cujas opções de solução são claras: a contratação emergencial.

Sendo princípios constitucionais expressos à administração, cuja extensão à administração indireta a Constituição faz induvidosa, a legalidade e a eficiência, é nessa faixa jurídica que se há de encontrar a base validadora da conduta, para oferecer à lei de licitações a melhor leitura diante do quadro fático composto. Ressalta-se que essa conclusão não exime, das sanções cabíveis, o responsável que deu causa à situação emergencial surgida. Assunto de natureza similar foi abordado pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, acatado pelo Plenário ao prolatar o Acórdão 46/2002[9], aduzindo que as balizas legais, no atinente ao conceito de emergência, devem ser de tal ordem que impliquem urgência de atendimento da situação, sob pena de se ocasionarem prejuízos ou se comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, bens ou equipamentos.

Como ensina Gilmar Ferreira Mendes acerca do princípio da proporcionalidade, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado, pelo que um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito).

---

[8] BRASIL.Tribunal de Contas da União. Processo 006.932/1995-9, 2002.

[9] BRASIL.Tribunal de Contas da União. Processo 006.932/1995-9, 2002.

Determinar que não se dispense licitação quando a culpa for da Administração é dupla lesão, porquanto permanece a falta de planejamento e aparece a descontinuidade da prestação de um serviço público ou abandono de direitos sociais. A não realização de licitação é ofensa a dispositivo, entretanto este tem flexibilidade constitucional.

Adentrando na análise do caso, trago à colação o ensinamento de Paulo Bonavides[10], que dá o primeiro elemento do princípio da proporcionalidade: o da pertinência, traduzido como princípio da adequação por Gilmar Ferreira Mendes. Para ele, sua aplicação deve responder se uma medida é o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Seguindo as pegadas do doutrinador e adentrando na proporcionalidade stricto sensu, só se age desta forma quando a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo.

A norma não traz qualquer menção à causa que originou a situação de emergência, bastando-lhe a referida situação e a possibilidade que dela derive a ocorrência de prejuízo a pessoas e bens públicos ou da coletividade. Assim, dizer que a licitação não pode ser afastada quando a situação é criada por culpa do administrador é desbordar o alcance da norma e punir o destinatário da norma.

O que autoriza o dever de dispensar a licitação é a situação emergencial, não a causa de sua ocorrência. A teoria da imprevisão seria utilizada para averiguação da licitude do proceder administrativo. A falta de planejamento estaria aperfeiçoada com a constatação de uma situação de emergência, não com a adoção da contratação direta por dispensa. Não se pode confundir hipótese normativa criada para um caso dado com elemento de conduta objetiva utilizável para averiguar descumprimento de norma legal.

Se estiverem presentes todos os requisitos previstos no dispositivo, cabe dispensa de licitação, independente de culpa do servidor pela não realização do procedimento na época oportuna. A inércia do servidor, dolosa ou culposa, não pode vir em prejuízo do interesse público maior a ser tutelado pela Administração.

No caso de emergência ficta ou fabricada, há negligência, não urgência. Apesar disso, contrata-se, e pela negligência responderá a autoridade omissa, depois de devidamente apurados todos os fatos.

A emergência é um conceito relacional entre uma situação fática anormal e a realização de certos valores. Tais valores seriam os fins a serem atingidos pelo Direito Público. Assim, a situação de risco colocaria em risco esses mesmos valores. Ainda segundo o autor, a contratação emergencial teria o caráter cautelar, porquanto a intempestividade redundaria em inefetividade do gasto.

A situação de emergência criada pela desídia do administrador terá a capacidade de gerar afronta aos artigos 15, § 7º, inciso II (que patenteia o princípio do planejamento), da Lei

---

[10] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, Malheiros, 2004, p. 396.

nº 8.666/93 e o art. 74, incisos I (dever de atendimento das metas dos programas de governo) e II (obrigação de ser eficaz), da Constituição Federal. Este é o dispositivo descumprido quando da desídia na prevenção da situação emergencial. Estando a situação emergencial formada, estará automaticamente subsumida ao caso a hipótese do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

2.4 Desídia Administrativa e Responsabilidade do Servidor

Distingue-se a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa. A ambas há idêntico tratamento, no que atina à possibilidade de contratação direta. Constatada a situação a requerer urgente contratação, não poderia a entidade ter sido tolhida no cumprimento de sua missão institucional, ao ser prejudicada pela falta do serviço que lhe era imediatamente indispensável, porém não exime o responsável pela falha administrativa de sofrer as sanções disciplinares compatíveis.

A despeito disso, o Tribunal de Contas da União, através do Acórdão 1490/2003[11] – Segunda Câmara, entende que, ainda que por inércia da administração resultou caracterizada a situação emergencial, fato que ampara a contratação direta, não exime o agente que deu causa à situação de urgência de ser responsabilizado, mas não aqueles que endossaram a contratação direta diante da urgência ocasionada.

Marçal Justen Filho[12] ensina que isso não significa defender o sacrifício do interesse público como conseqüência da desídia do administrador. Havendo risco de lesão ao interesse público, a contratação deve ser realizada, punindo-se o agente que não adotou as cautelas necessárias. O que é necessário é verificar se a urgência existe efetivamente e, ademais, a contratação é a melhor possível nas circunstâncias. Comprovando-se que, mediante licitação formal e comum, a Administração obteria melhor resultado, o prejuízo sofrido deverá ser indenizado pelo agente que omitiu as providências necessárias.

Semelhante posicionamento é defendido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro[13] aduzindo que se estiverem presentes todos os requisitos previstos no dispositivo cabe a dispensa de licitação, independentemente da culpa do servidor pela não realização do procedimento na época oportuna. Se a demora do procedimento puder ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, a dispensa tem que ser feita, porque o interesse público em jogo – a segurança – leva necessariamente a essa conclusão.

---

[11] BRASIL.Tribunal de Contas da União. Processo 016.304/1995.0, 2003.

[12] JUSTEN Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 2002, p. 152 a 154.

[13] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Malheiros, 1994, p. 80.

2.5 Descentralização Financeira no Final do Exercício

Tema bastante polêmico diz respeito à contratação direta com base no art. 24, inciso IV, em face da descentralização de recursos financeiros ao final do exercício e a impossibilidade de conclusão do procedimento licitatório em tempo hábil.

O princípio da anualidade do orçamento público é dos mais antigos do direito financeiro. Na Constituição Federal de 1988 encontra-se, implicitamente, nos artigos 48, II, 165, III e § 5 .º, e 166, todos se referindo a orçamentos anuais.

A Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro, estabelece que imediatamente após a promulgação da Lei de Orçamento e com base nos limites nela fixados, o Poder Executivo aprovará um quadro de cotas trimestrais da despesa que cada unidade orçamentária fica autorizada a utilizar. A fixação das cotas objetivará assegurar às unidades orçamentárias, em tempo útil, a soma de recursos necessários e suficientes a melhor execução do seu programa anual de trabalho, como preceitua o art. 48 da lei.

A existência de recursos financeiros para o cumprimento das obrigações é condição para a realização da licitação e, também, para a contratação direta.

O art. 7 .º, § 2.º, inciso III e o art. 14, ambos da Lei n.º 8.666/93, o art. 60 da Lei n.º 4.320/64 e o art. 16, inciso II da Lei Complementar n.º 101/2000, respectivamente, estabelecem:

> Art. 7 .º
> § 2o As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:
> III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;
> Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.
> Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.
> Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:
> II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

É prática corrente na Administração Pública, ou seja, dá-se a descentralização ou repasse de recursos às unidades gestoras, para atender as despesas com contratação de bens, obras e serviços fixadas em proposta orçamentária do exercício anterior, ao final do exercício financeiro seguinte.

Por vezes os valores descentralizados no final do exercício autorizam a utilização de uma determinada modalidade licitatória, como a concorrência e a tomada de preços, tornando inexeqüível sua realização em face do cumprimento dos prazos legais estipulados na Lei de Licitações como os previstos no § 2.º do art. 21.

O princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo é o da legalidade. Outros merecem igualmente consagração no direito público, conquanto não mencionados na Constituição Federal por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, como o é o princípio da proporcionalidade.

À luz deste princípio, as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.

O conteúdo substancial da lei não predica a mera coincidência da conduta administrativa com a letra da lei, mas reclama adesão ao espírito dela, à finalidade que a anima.

O dispositivo que autoriza a contratação direta em virtude de emergência não traz um rol taxativo de suas ocorrências, nem poderia fazê-lo de maneira enunciativa. A cláusula geral se fez necessária ante a infinidade de hipóteses existentes e sua aplicação ao caso concreto.

Busca-se a legitimidade da contratação com fulcro no inciso IV, nestes casos em que ocorrer a descentralização de recursos somente no final do exercício financeiro, conjugando-se uma dose de interesse público a ser tutelado pela Administração Pública com a necessidade do objeto a ser contratado, restringindo-se ao necessário para o cumprimento da finalidade de interesse público.

De nada adiantaria pensar-se na finalidade cogitada pelo legislador se esta finalidade não tivesse condições de ser aperfeiçoada quando de sua aplicação. Direito existe na e para a sociedade. Logo, o resultado que ele por aí produza concretamente, comprovará a sua justeza e a sua justiça, adotados critérios de proporcionalidade.

O administrador público não cria a necessidade de determinado bem, obra ou serviço em face da disponibilidade financeira existente em determinado momento. A fixação das despesas ocorre no exercício financeiro anterior e, no exercício seguinte, tem-se uma expectativa de crédito para atendê-las.

J. J. Gomes Canotilho[14], ao tratar do princípio da justeza ou da conformidade funcional, leciona:

> O princípio da conformidade constitucional tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida. O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido (Ehmke). É um princípio importante a observar pelo Tribunal Constitucional, nas suas relações com o legislador e governo, e pelos órgãos constitucionais nas relações verticais do

[14] CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1224.

poder (Estado/regiões, Estado/autarquias locais). Este princípio tende, porém, hoje, a ser considerado mais como um princípio autônomo de competência do que como um princípio de interpretação da constituição.

Significa dizer concretamente que, independentemente do método de interpretação que se utilize, ele deve ser obrigatoriamente considerado quando o tema envolvido é uso de competência por órgão/pessoa estatal que eventualmente possa se refletir no âmbito de outros órgãos ou entidades estatais.

A execução do programa anual de trabalho do órgão público, em tempo útil, disposto no art. 48 da Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, não afasta a incidência da regra contida no inciso IV, do art. 24, da Lei n.º 8.666/93, traduzido no princípio da confiança recíproca entre os órgãos:

> a) Las normas constitucionales que señalan funciones o que dotan a los órganos de competencias tienen que ser interpretadas tomando en consideración el efecto generador de unidad (integración) de la constitución. En consecuencia, el Tribunal Constitucional Federal no ha considerado las relaciones entre la Federación y los Länder como relaciones de separación, sino – sostenidas por el principio de confianza federal – como relaciones de recíproca sintonización, coodinación, información, repeto y participación conjunta.
> Lo que se considera que tiene que tener vigencia como algo seguro en la relación Federecaión/Länder por la jurisprudencia del Tribunal Consitucional Federal, tiene que tener vigencia también para el comportamiento recíproco de los órganos del estado. En este sentido hay que dar por supuesto el principio fundamental de la confianza recíproca entre los órganos. Los órganos del estado tienen que comportarse entre sí de tal manera que puedan ejercitar sus competencias constitucionales de manera responsable y concienzuda, libres de presiones y de urgencias. Efectos sorpresa, golpes de mano, entre otras cosas, no son sólo en consecuencia contrarios al estilo con que se debe proceder, sino también anticonstitucionales.[15]

A aplicação desse princípio, traduzido na necessidade de os órgãos públicos conduzirem, planificarem e conformarem suas atuações com a proteção da confiança mútua, não vem só, antes exigindo a demonstração do interesse público a ser tutelado pela Administração, a necessidade do objeto a ser contratado e a demonstração de que a ausência de contratação poderá provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas.

As leis administrativas, quaisquer que sejam, podem ser interpretadas extensivamente sempre que o rigor das regras técnicas o permita. Essas limitações podem ampliar-se quando o fim da lei, o sistema legislativo, o regime político, a própria história demonstrarem a necessidade

---

[15] STERN, Klaus. DERECHO DEL ESTADO DE LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANHA, 1997, p. 296.

de assim se entender. Tudo é questão de honestidade de processos e de intenções. Porque o perigo da interpretação extensiva em tais matérias reside na abusiva invocação que dela façam autoridades menos escrupulosas a fim de legitimar prepotências. Esse emprego desonesto não pode, porém, excluir o uso legítimo.

Na esfera federal é conhecido o esforço que o Tribunal de Contas da União desenvolveu para concretizar o comando legal, na sua melhor expressão. Entre os inúmeros esforços um tornou-se memorável, consolidado na Decisão n.º 524/99 – Plenário, citado por Jorge Ulisses Jacobi Fernandes:

> A Universidade Federal do Rio Grande do Sul recebeu recursos para a aquisição de computadores, mas com tempo de tal modo exíguo, que inviabilizava a concorrência, na modalidade de técnica e preço, para a aquisição. Os dirigentes da unidade fizeram então ampla pesquisa de preços e promoveram a compra mais vantajosa, com base no dispositivo que autoriza a compra emergencial, sem licitação;

Achado em auditoria, o fato em procedimento normal levaria a imputação de multa, porque é inaplicável o instituto da emergência, quando o fato é previsível, ou não está caracterizado risco à segurança de pessoas e bens, sejam públicos ou privados;

O corpo instrutivo, guardando coerência com a jurisprudência da Corte, informou o processo nesse sentido, mas o Ministro relator Valmir Campelo, adotou deliberação diversa, preferindo relevar a aplicação de multa em caráter excepcional, reconhecendo a vantajosidade para o erário da aquisição procedida e recomendando ao órgão repassador que liberasse os recursos em tempo suficiente para que as unidades pudessem dar cumprimento às formalidades legais prévias à realização da despesa.[16]

Tal episódio reforça a importância e o valor dos Tribunais de Contas como órgãos de controle, porque podem decidir além da legalidade, sempre que necessário, para efetivar o comando da legitimidade e eficiência. Independentemente da causa ou do ardil utilizado para não transferir os recursos a destempo para sua utilização, a decisão atacou o ponto central do problema, a causa remota da ilegalidade praticada pelos dirigentes da Universidade. Providências nesse sentido devem passar a ser a regra no momento em que a Lei de Responsabilidade Fiscal coloca em destaque a necessidade de estabelecer uma estrutura de custos e de avaliação de resultados.

Não só a legislação que regula as finanças públicas como a que rege as licitações e contratos administrativos obriga a análise de custos, mas a Lei de Responsabilidade Fiscal foi mais longe ao expressamente dispor sobre o dever da Lei de Diretrizes Orçamentárias estabelecer normas relativas ao controle de custos dos programas financiados com recursos orçamentários.

---

[16] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacobi. Contratação Direta sem Licitação, Brasília Jurídica, 2000, p.320.

3 EXIGÊNCIAS LEGAIS

A demonstração de que a contratação direta foi a via adequada e efetiva para elidir o risco de dano ao interesse público não é suficiente para legitimar a atuação do administrador público. Deverá ser comprovada e documentada a presença dos requisitos legais que autorizam as contratações diretas, sujeitando o administrador público ao cumprimento das disposições da Lei n.º 8.666/93.

As contratações diretas, como regra geral, sujeitam-se ao cumprimento de alguns requisitos essenciais. A Lei de Licitações prevê para a hipótese do inciso IV, do art. 24, também, a comprovação da caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa.

Como regra geral, as hipóteses de licitação dispensada, previstas nos §§ 2.º e 4.º do art. 17, as dispensas de licitação dos incisos III a XXIV do art. 24 e inexigibilidades do art. 25 serão necessariamente justificadas. A exigência nada mais é que o cumprimento do princípio da motivação consubstanciado no dever de o administrador público justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último aclaramento seja necessário para se aferir a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

No âmbito da Administração Pública Federal, a legalidade da contratação direta fica condicionada ao atendimento de outros requisitos exigidos como: a justificativa da contratação, autorização do Ordenador de Despesas para a contratação direta, descrição detalhada do objeto da contratação, orçamentos contendo os valores da contratação, comprovantes da regularidade fiscal da empresa contratada, declaração de Inexistência de Fato Impeditivo e declaração de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7.º, da Constituição Federal, previsão dos recursos financeiros que assegurem o cumprimento da obrigação mediante Declaração do Ordenador de Despesas atestando a disponibilidade orçamentária e financeira para a contratação, segundo o inciso II e § 4.º do art. 16, da Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000 e art. 60 da n.º 4.320, de 17 de março de 1964, caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, razão da escolha do fornecedor ou executante, justificativa do preço, mediante a apresentação de orçamentos, minuta de contrato, quando o caso exigir (art. 62, § 4.º) e aprovação pela assessoria jurídica.

3.1 Análise Jurídica nas Dispensas de Licitação

No que tange a esta última exigência, há entendimentos contrários à sua obrigatoriedade. A Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, dispõe que competem às Consultorias Jurídicas examinar prévia e conclusivamente os atos pelos quais se reconhecerá a inexigibilidade ou se decidirá acerca da dispensa de licitação.

Em qualquer processo de contratação, por exigência legal, a emissão do parecer é ato necessário para o regular andamento do processo. Sua finalidade é justamente garantir que a contratação obedeça às normas legais pertinentes.

O inciso VI do art. 38 da Lei n.º 8.666/93 prevê que serão juntados ao processo licitatório os pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa e inexigibilidade. Se a licitação é a regra e a dispensa ou inexigibilidade a exceção, forçoso é reconhecer que o parecer jurídico é tão relevante quanto o parecer técnico. Não obstante a norma legal fazer referência a "pareceres técnicos ou jurídicos", a juntada do parecer técnico ao procedimento licitatório não significa dizer que o parecer jurídico possa ser dispensado, ou vice-versa, visto que um não pode nem deve excluir o outro, apesar da presença da conjunção "ou" ligando os dois termos.

A interpretação do parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações não pode ser restritiva, porque a contratação direta, indubitavelmente, deve merecer manifestação do órgão jurídico, por ser um ato necessário para o regular andamento do processo. Não seria concebível dar tratamento diferenciado para os casos de dispensa e de inexigibilidade, pois os atos que os antecedem, na essência, nada mais são que um procedimento licitatório simplificado, objetivando a contratação da empresa que oferecer a melhor proposta. Além do mais, a motivação desses atos está condicionada ao atendimento da lei e do direito, devendo-lhes, portanto, obediência.

Assim, o parecer, emanado pela assessoria jurídica, ainda que não mencionado expressamente no ato decisório do administrador público, constitui a sua própria motivação; ele integra o ato administrativo como requisito formal, hoje considerado essencial à validade do ato pela doutrina mais autorizada - tem por finalidade precípua, justamente, garantir à Administração Pública que a contratação obedeça às normas regulamentares.

4 VINCULAÇÕES À APLICABILIDADE DO INCISO IV DO ART. 24

Jessé Torres Pereira Júnior[17] leciona que a par da definição que vincula a emergência à urgência, o estatuto das licitações criou duas outras vinculações a razões objetivas de fato e de direito (motivos), reduzindo o espaço discricionário do administrador e sujeitando o ato de dispensa a impugnações por vício de motivo ou desvio de finalidade, a saber: somente os bens necessários ao atendimento da emergência ou da calamidade poderão ser adquiridos sem licitação, o que afasta a dispensa do certame para a contratação de quaisquer outros objetos, ainda que vigente a situação de emergência ou de calamidade; tratando-se de obras ou serviços, somente serão passíveis de aquisição direta aqueles cuja execução possa estar concluída em até 180 dias, consecutivos e ininterruptos, contados da emergência ou calamidade; de vez que estas podem prolongar-se, o termo a quo coincidirá com a data em que ocorreu o fato deflagrador da emergência ou da calamidade.

O doutrinador ensina que muito se tem ponderado sobre exceções que devam ser admitidas ao aparente absolutismo do prazo de 180 dias, na doutrina e nos Tribunais de

---

[17] JÚNIOR, Jessé Torres Pereira. Comentários à Lei de Licitações da Administração Pública, Renovar, 2003, p.268

Contas, de modo a reconhecer-se que não é, nem poderia ser, absoluto, admitindo-se que pode e deve ceder diante de circunstâncias incontornáveis pela Administração, sob pena de lesão ao interesse público.

Extrai-se da Decisão n.º 820/96[18] – Plenário – o excerto:

> Diante do exposto, entendo, conclusivamente, que os contratos, firmados com dispensa de licitação, com base no disposto no inciso IV, art. 24, da Lei nº 8.666/93, embora tenham prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para a conclusão das obras e serviços, podem ser prorrogados, desde que ocorra, posteriormente, fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato.

5 REGULARIDADE E LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Os atos que antecedem a contratação emergencial não recebem um tratamento diferenciado do procedimento licitatório, pois a contratação direta não significa inaplicação dos princípios básicos que orientam a atuação administrativa, nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais aplicáveis à licitação. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes.

A contratação direta não significa eliminação de dois postulados consagrados a propósito da licitação. O primeiro é a existência de um procedimento administrativo e o segundo é a prevalência dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

O art. 113 da Lei de Licitações deixa claro que as autoridades administrativas têm o dever de demonstrar a regularidade e a legalidade dos atos que praticam. Assim, a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano, a demonstração concreta de que a contratação foi a via adequada e efetiva para elidir o risco são indispensáveis para caracterizar a hipótese de dispensa de licitação com base no inciso IV, do art. 24, assim como os demais requisitos exigidos por lei, notadamente aqueles elencados no art. 26 e seu parágrafo único.

Não obstante a situação dada como de urgência permitir que a contratação se dê na forma do inciso IV, afastando a possibilidade de dano ou prejuízos ao interesse público, a desídia do administrador ou falta de planejamento viola as normas gerais, sujeitando-o às sanções previstas na própria lei de licitações: "Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa."

---

[18] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n.º 500.296/1996 – 0. 1996.

É o dolo, correspondendo ao conhecimento, pelo agente, de que a dispensa de licitação efetiva-se em desacordo com a lei, ou, ainda que não o seja, de que se as estão processando com menosprezo das formalidades que a lei exige para tanto, tendo o agente a vontade livre de praticar as ações de acordo com a figura encartada no dispositivo.

Desta feita, o administrador deve ter muita cautela ao dispensar uma licitação, tendo em vista que o agente público será punido não somente quando contratar diretamente sem amparo na previsão legal do inciso IV, do art. 24, mas, também, quando deixar de observar as formalidades exigíveis para os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação previstas no art. 26.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes[19], afirma que após a vigência deste dispositivo legal, há maior preocupação do Administrador Público nos processos relativos à dispensa e inexigibilidade de licitação, pois, efetivamente, o art. 89 da Lei 8.666/93 situa-se na linha evolutiva do aperfeiçoamento da Administração Pública, não raro, as justificativas da contratação direta eram elaboradas posteriormente à celebração do contrato, à sua execução e, às vezes, só após a ação dos órgãos de controle, onde passavam a desafiar a criatividade dos órgãos jurídicos das entidades públicas.

O fato é que, com o advento desse diploma legal, passou a haver maior preocupação com os procedimentos que devem ser adotados para que a contratação direta seja considerada regular.

De outro modo, é evidente que se o fornecedor ou prestador de serviços concorrer para a ilegalidade também deverá ser aplicada pena semelhante à atribuída ao administrador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A emergência pode ser caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: um caso é de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização da licitação, com os prazos e formalidades que a lei exige, pode causar prejuízo (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade das atividades específicas do órgão público.

O Tribunal de Contas da União entende que são pressupostos da aplicação do caso de dispensa de licitação preconizado no art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do

---

[19] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacobi. Contratação Direta sem Licitação. Brasília Jurídica, 2004, p.624.

agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação. Que exista urgência concreta e efetiva do atendimento à situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas. Que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso e que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado.

Independente de culpa do administrador público pela não realização do procedimento licitatório na época oportuna, a caracterizar a desídia administrativa, se estiverem presentes todos os requisitos previstos no dispositivo, mesmo assim, cabe dispensa de licitação, segundo julgados do próprio Tribunal de Contas da União. A inércia do administrador, dolosa ou culposa, não pode vir em prejuízo do interesse público maior a ser tutelado pela Administração, não eximindo o agente que deu causa à situação de urgência de ser responsabilizado.

Tema polêmico diz respeito à contratação direta com base no art. 24, inciso IV, em face da descentralização de recursos financeiros ao final do exercício, conjugada com a impossibilidade de conclusão do procedimento licitatório em tempo hábil. A possibilidade de contratação direta com fulcro no inciso IV encontra supedâneo no direito constitucional traduzido na necessidade de os órgãos públicos conduzirem, planificarem e conformarem suas atuações com a proteção da confiança mútua, a par da demonstração do interesse público a ser tutelado pela administração, da necessidade do objeto a ser contratado e da demonstração de que a ausência de contratação poderá provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas.

A contratação direta na forma do inciso IV, do art. 24, sujeitará o administrador público ao cumprimento das disposições da Lei n.º 8.666/93, notadamente as do art. 26, com a comprovação e documentação da presença dos requisitos legais exigíveis. A Lei de Licitações deixa claro o dever de as autoridades administrativas demonstrar a regularidade dos atos que praticam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Licitação para Concessão de Serviço Público. São Paulo:Malheiros. 1995.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Obtido em: www.planalto.gov.br. Acessado em 29 de Março de 2005. Última atualização não disponível.

_____. Lei de Diretrizes Orçamentárias n.º 10.934, de 11 de agosto de 2004. Obtido em: www.planalto.gov.br. Acessado em 29 de Março de 2005. Última atualização não disponível.

_____. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Obtido em: www.planalto.gov.br. Acessado em 29 de Março de 2005. Última atualização não disponível.

_____. Lei n.º 4.401, de 10 de setembro de 1964. Obtido em: www.planalto.gov.br. Acessado em 29 de Março de 2005. Última atualização não disponível.

_____. Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Obtido em: www.planalto.gov.br. Acessado em 29 de Março de 2005. Última atualização não disponível.

_____. Decreto-lei 2.300, de 21 de novembro de 1986. Obtido em: www.planalto.gov.br. Acessado em 29 de Março de 2005. Última atualização não disponível.

_____. Leis n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Obtido em: www.planalto.gov.br. Acessado em 29 de Março de 2005. Última atualização não disponível.

_____. Lei n.º 9.074, de 07 de julho de 1995. Obtido em: www.planalto.gov.br. Acessado em 29 de Março de 2005. Última atualização não disponível.

_____. Lei n.º 9.491, de 09 de setembro de 1997. Obtido em: www.planalto.gov.br. Acessado em 29 de Março de 2005. Última atualização não disponível.

_____. Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998. Obtido em: www.planalto.gov.br. Acessado em 29 de Março de 2005. Última atualização não disponível.

_____. Lei n.º 9.649, de 27 de maio de 1998. Obtido em: www.planalto.gov.br. Acessado em 29 de Março de 2005. Última atualização não disponível.

_____. Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999. Obtido em: www.planalto.gov.br. Acessado em 29 de Março de 2005. Última atualização não disponível.

_____. Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964. Obtido em: www.planalto.gov.br. Acessado em 29 de Março de 2005. Última atualização não disponível.

_____. Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000. Obtido em: www.planalto.gov.br. Acessado em 29 de Março de 2005. Última atualização não disponível.

_____. Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993. Obtido em:www.planalto.gov.br Acessado em 29 de Março de 2005. Última atualização não disponível.

CAETANO, Marcelo. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Editor Livraria Almedina, 7a Edição.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. As novas linhas do regime das licitações. Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos. São Paulo: Malheiros Editores, 2.ª Edição.

ESCOBAR, J. C. Mariense. Licitação, Teoria e Prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1993.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacobi. Contratação Direta sem Licitação. Brasília Jurídica, 5.ª Edição.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle e Sérgio Ferraz. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação. Editora Revista dos Tribunais, 2.ª Edição.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1992. 2a edição.

JÚNIOR, Cretella. Das Licitações Públicas. 3 .ª Edição, 1993.

JUSTEN Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva. 1990.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações da Administração Pública. São Paulo: Renovar, 6 .ª Edição.

STERN, Klaus. Derecho del Estado de la Republica Federal Alemanha. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. Colección Estudios Constitucionales.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Decisão 347/1994, Número Interno do Documento DC-0347-22/94-P, Processo 009.248/1994-3.

_____. Segunda Câmara. Acórdão 272/2002, Número Interno do Documento AC-0272-21/02-2, Processo 006.932/1995-9.

_____. Acórdão 46/2002. Plenário, Número Interno do Documento AC-0046-05/02-P, Processo 007.585/1999-7.

_____. Decisão 820/1996. Plenário. Número Interno do Documento DC-0820-51/96-P. Processo 500.296/1996-0.

_____. Decisão 524/1999. Plenário. Número Interno do Documento DC-0524-35/99-P.

Processo 926.268/98-8.

_____. Acórdão 1204/2004. Primeira Câmara. Número Interno do Documento AC-1204-16/04-1. Processo 014.789/2002-3.

_____. Acórdão 383/2003. Plenário. Número Interno do Documento AC-083-13/03-P. Processo 017.455/200-6.

_____. Acórdão 1490/2003. Segunda Câmara. Número Interno do Documento AC-1490- 32/03- 2. Processo 016.304/1995-0.

_____. Acórdão 348/2003. Segunda Câmara. Número Interno do Documento AC-0348-08/03- 2. Processo 018.598/2002-0.

_____. Acórdão 282/2002. Segunda Câmara. Número Interno do Documento AC-0282-21/02-2. Processo 013.439/2000-4.

_____. Acórdão 376/1999. Segunda Câmara. Número Interno do Documento AC-0376-29/99-2. Processo 012.740/1994-2.

_____. Acórdão 343/2002. Plenário. Número Interno do Documento AC-0243-23/02-P. Processo 575.144/1997-1.

_____. Acórdão 399/2002. Plenário. Número Interno do Documento AC-0299-30/02-P. Processo 004.646/1999-1.

Os Contratos de Receita e a Licitação na Modalidade de Pregão

Reginaldo Arnold

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo avaliar a possibilidade, ou não, de a Administração Pública valer-se da modalidade licitatória do pregão para celebrar contratos de receita.

Para tanto, iniciar-se-á o estudo relembrando os tipos de contratos públicos segundo o direcionamento dos seus recursos financeiros, passando-se imediatamente a verificar se a concessão administrativa de uso é sinônima de locação e se podem ser eles considerados como serviços comuns para fins de aplicação da Lei nº 10.520/02.

Superada essa etapa, verificar-se-ão os principais óbices ao uso da modalidade licitatória do pregão nas situações sob estudo, buscando-se precedentes mais próximos possíveis já julgados pelo Tribunal de Contas da União e apresentando ao leitor as conclusões extraídas da pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

1 OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, para suprir suas próprias necessidades internas (exemplos: material de consumo, serviços de limpeza), bem como para desempenhar sua função junto aos administrados necessita celebrar contratos com terceiros. Esses contratos, de acordo com o ingresso ou desembolso de recursos públicos são classificados, respectivamente, como sendo de receita (exemplo: cessão de uso onerosa) ou de despesa (exemplo: aquisição de material de consumo).

Há, ainda, os contratos em que não há desembolso nem ingresso de recursos públicos, casos em que são denominados de contratos (se os interesses são diversos e opostos) ou convênios (se os interesses forem idênticos, comuns) sem ônus (exemplo: contrato de cessão de uso gratuito de imóvel da União a Estados ou Municípios[1]).

A legislação é pródiga em regular os contratos de despesa, como são exemplos a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 10.520/02. Com relação aos contratos de receita, todavia, pouca regulamentação há. Quando muito, há uma breve remissão aos "procedimentos licitatórios previstos em lei."[2]

A Lei nº 8.666/93, por sua vez, única existente nessa época, destina-se a estabelecer "normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios"[3]. Excetuando a palavra "alienações", que é contrato de receita e se destina à perda da propriedade[4], as demais se referem aos contratos de despesa[5].

Daí porque, na ausência de normas específicas para os contratos de receita passou-se a utilizar, por analogia, das previsões para a celebração dos contratos de despesa, adequando-os àqueles casos. Exemplos: escolha da modalidade licitatória (convite, tomada de preços ou concorrência) do contrato de receita de acordo com o valor de avaliação pela administração (pesquisa do valor de mercado) para fins de cessão de uso oneroso do bem público multiplicado pelo número de meses de vigência (incluídos os meses de eventuais prorrogações) do contrato a ser celebrado; limite contratual do contrato de receita em sessenta meses[6].

Depois, ao que consta, inexiste em doutrina e jurisprudência oposição ao uso dessas tradicionais modalidades licitatórias para os contratos de receita. Cumpre agora indagar da possibilidade, ou não, do uso da novel modalidade licitatória denominada pregão, o qual pode ser presencial ou eletrônico.

---

[1] Artigo 18, *caput* e I, ambos da Lei nº 9.636/98: "A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, imóveis da União a: I – Estados, Municípios (...)".

[2] Artigo 18, § 5º, da Lei nº 9.636/98: "A cessão, quando destinada à execução de empreendimento de fim lucrativo, será onerosa e, sempre que houver condições de competitividade, deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei.".

[3] Artigo 1º da Lei nº 8.666/93.

[4] Artigo 22, § 5º, da Lei nº 8.666/93.

[5] Nesse sentido, o artigo 40, X, da Lei nº 8.666/93, pois obriga a existência, no edital, de cláusula com critério de aceitabilidade dos preços, permitindo a fixação de preço máximo e vedando a de preço mínimo, quando, no contrato de receita, deve-se proceder de modo inverso.

[6] Artigo 57, II, da Lei nº 8.666/93.

2 A MODALIDADE LICITATÓRIA DO PREGÃO

O pregão, presencial ou eletrônico, encontra-se atualmente regulado pela Lei nº 10.520/02 e pelo Decreto nº 3.555/00. Dispõem, respectivamente, esses atos: "Art. 1º. Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei." e "Art. 1º. Este regulamento estabelece normas e procedimentos relativos à licitação na modalidade de pregão, destinada à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, qualquer que seja o valor."

2.1 O Pregão e o Rol de Bens e Serviços Comuns do Decreto 3.555/00

Ao dispor acerca da "aquisição de bens e serviços comuns", o artigo 1º da Lei nº 10.520/02, em seu parágrafo único, estabelece que se consideram como tais "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado." O parágrafo 2º do artigo 3º do Decreto nº 3.555/00 acrescenta, ainda, a expressão "de acordo com o disposto no Anexo II."

Assim, efetuando-se uma interpretação literal e estrita do disposto nesse decreto, chegar-se-ia à conclusão de que o rol dos bens e serviços comuns do Anexo II seria exaustivo, não se admitindo, portanto, o uso do pregão para outras hipóteses que não as ali expressamente previstas.

Essa não é, contudo, a melhor interpretação do dispositivo do Decreto, pois: a um, o Decreto não pode restringir a Lei, na medida em que esta possui hierarquia superior àquele; a dois, o Decreto é anterior à Lei; a três, considerando-se isoladamente o Decreto (ou seja, sem levar em linha de conta o disposto no ato normativo do Legislativo), há outros métodos de interpretação mais ricos do que o da literalidade[7]; a quatro, na colidência de disposições entre o Decreto e a Legislação deve prevalecer esta em detrimento daquele, o qual será considerado ilegal; e, a cinco, no que tange ainda ao Decreto, o que se poderia fazer é uma interpretação "conforme a lei" (à semelhança da interpretação conforme a Constituição), para dizer que a lista do anexo é meramente exemplificativa, pois o princípio da interpretação conforme é procedimento não de mera hermenêutica, mas, sim, de controle propriamente dito[8].

---

[7] Nesse sentido: "(...) acredito que o intérprete não deve restringir a interpretação da lei à sua literalidade, mas deve buscar também, sobretudo, a sua finalidade. O interesse público deve nortear a interpretação, considerando-se que a finalidade da lei sempre é o atendimento ao interesse público." em PELEGRINI, Márcia. Pregão – O conceito de "bens e serviços comuns". BLC – Boletim de Licitações e Contratos, SP, jun. 2003, p. 402.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação de Inconstitucionalidade nº 1417/DF, Plenário. Relator: Ministro Moreira Alves, Brasília, DF, sessão de 09 de dezembro de 1987, DJ de 15 de abril de 1988, p. 8397.

MARÇAL JUSTEN FILHO[9] e CARLOS PINTO COELHO MOTTA[10], bem como o Tribunal de Contas da União[11], corroboram o entendimento de que o rol de bens e serviços comuns do anexo II é meramente exemplificativo. Aquele doutrinador, inclusive, entende que não basta estar o bem ou serviço elencado no rol do anexo II do Decreto nº 3.555/00, devendo ele ser considerado comum na situação específica[12].

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, tem admitido o uso do pregão inclusive em casos de conflito aparente de normas do próprio decreto. Dada a importância do acórdão nessa matéria, transcreve-se, a seguir, os seus principais trechos:

> "7.5. Temos, então, numa mesma norma jurídica, o Dec. nº 3.555/00, dois dispositivos conflitantes, o Anexo I, art. 5º, que impede o uso do pregão para aquisição de obras e serviços de engenharia, e o Anexo II, que autoriza serem licitados na modalidade pregão os serviços de manutenção de bens móveis e imóveis. Ensina a boa técnica de interpretação que, em normas de mesmo valor hierárquico, o específico deve prevalecer sobre o geral. Conseqüentemente, a proibição contida no art. 5º sucumbe diante da clara manifestação do Anexo II. Isto é, os serviços de manutenção de bens móveis e imóveis, mesmo sendo serviços de engenharia, podem ser licitados na modalidade pregão."[13]

E, na fundamentação, assim constou:

> "No mérito, considerando que restou demonstrado nos autos a inexistência de óbice legal para que os serviços pretendidos pela ECT sejam licitados na modalidade pregão, por se tratar de fornecimento de mão-de-obra especializada para a prestação de serviços de manutenção de bens móveis, penso que não deve prosperar a pretensão do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Distrito Federal."[14]

---

[9] JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). SP: Dialética, 2004, p. 33.

[10] MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Pregão: teoria e prática: nova e antiga idéia em licitação pública. SP: NDJ, 2001, p.32.

[11] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 615/2003 em Representação nº 001.148/2003-9, da Primeira Câmara. Entidade: Conselho da Justiça Federal. Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto, Brasília, DF, sessão de 01 de abril de 2003, DOU de 09 de abril de 2003 e BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 313/2004 em Representação nº 012.678/2002-5, do Plenário. Entidade: Caixa Econômica Federal - CAIXA. Relator: Ministro Benjamin Zymler, Brasília, DF, sessão de 24 de março de 2004, DOU de 07 de abril de 2004.

[12] JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). SP: Dialética, 2004, p. 33.

[13] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 674/02 em Representação nº TC-015.199/01-3, do Plenário. Relator: Ministro Iam Saraiva, Brasília, DF, DOU de 08 de julho de 2002.

[14] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 674/02 em Representação nº TC-015.199/01-3, do Plenário. Relator: Ministro Iram Saraiva, Brasília, DF, DOU de 08 de julho de 2002.

A conclusão, portanto, é que o rol de bens e serviços comuns do anexo II do Decreto nº 3.555/00 é meramente exemplificativo e que se faz possível o uso do pregão para situações que, em tese, o próprio decreto teria inicialmente vedado.

Daí porque a doutrina de MÁRCIA PELEGRINI[15] e de SIDNEY BITTENCOURT[16] tem reconhecido que a terminologia "bens e serviços comuns" são conceitos indeterminados.

2.2 Aquisição de Bens e Serviços Comuns e as Licitações

O pregão, segundo o conceito legal[17], destina-se à aquisição de bens e serviços comuns. CARLOS PINTO COELHO MOTTA, ao efetuar distinção entre aquisição e serviços, resta por afirmar que "em outras palavras, cabe a clássica distinção doutrinária entre compra e serviço – a primeira, obrigação de dar; e o segundo, obrigação de fazer."[18]

Embora se entenda o sentido dessa comparação, poder-se-ia chegar à conclusão, pelo texto legal, de que é possível "adquirir" "serviços comuns", o que geraria um problema de classificação da obrigação, na medida em que ela seria, ao mesmo tempo, de dar e de fazer.

Há casos práticos, como o da aquisição de persianas com instalação, por exemplo, em que o administrador possui dificuldade em classificar o edital como sendo de compra ou de serviço. Recomenda-se, nesses casos, que a classificação seja realizada pela atividade preponderante, ou seja, no exemplo citado, seria realizada uma compra, e não um serviço, na medida em que a instalação ("fornecimento") seria mera decorrência da aquisição.

Superada essa questão, de classificação dentre as hipóteses legais, cumpre examinar se o pregão constituir-se-ia em uma nova modalidade licitatória, para além daquelas já previstas na Lei 8.666/93. MARÇAL JUSTEN FILHO, ao abordar essa questão, assim se manifesta:

> "O pregão se constitui em outra modalidade licitatória, além daquelas previstas na Lei nº 8.666." [19]
> "Configurar o pregão como uma modalidade licitatória significa adotar um novo procedimento (...) para seleção da proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia."[20]

---

[15] PELEGRINI, Márcia. Pregão – O conceito de "bens e serviços comuns". BLC – Boletim de Licitações e Contratos, SP, jun. 2003, p. 399.

[16] BITTENCOURT, Sidney. Bens e serviços comuns a serem adquiridos ou contratados por meio de pregão. DCAP – Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública, SP, nov. 2002, p. 22.

[17] Artigo 1º da Lei nº 10.520/02. Ver, também, o artigo 1º do Decreto nº 3.555/00.

[18] MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Pregão: teoria e prática: nova e antiga idéia em licitação pública. SP: NDJ, 2001, p. 20.

[19] JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). SP: Dialética, 2004, p. 17.

[20] JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). SP: Dialética, 2004, p. 18.

> "O que diferencia uma modalidade de outra é a estruturação procedimental, a forma de elaboração de propostas e o universo de possíveis participantes."[21]

Nesse mesmo sentido é o posicionamento de JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR[22] A resposta é, portanto, a de que, atualmente, há seis modalidades diversas de licitação, que se distinguem de acordo com o valor (convite, tomada de preços e concorrência) ou a sua finalidade (concurso, leilão e pregão).

Depois, se a expressão "aquisição" (comprar) do conceito legal[23] referir-se apenas aos bens, seria possível à administração "alienar" (vender) seus serviços[24] comuns, como o fazia através das outras modalidades licitatórias[25]? Entendo que sim, pois o fornecimento[26] depende, apenas, do pólo em que, na situação concreta, a Administração se encontra.

2.3 Locação, Arrendamento e Cessão de Uso

O artigo 20 da Lei nº 9.636/98 estabelece a possibilidade de "cessão de uso a terceiros, a título gratuito ou oneroso, de áreas para exercício de atividade de apoio, definidas em regulamento, necessárias ao desempenho da atividade do órgão a que o imóvel foi entregue." E, em se tratando de execução de empreendimento de fim lucrativo, a cessão será onerosa e, havendo competitividade, precedida de licitação.[27]

O artigo 12 do Decreto nº 3.725/01, por sua vez, ao regulamentar a lei antes mencionada, estabeleceu, como atividades de apoio, as seguintes: I – posto bancário; II – posto dos correios e telégrafos; III – restaurante e lanchonete; IV – central de atendimento a saúde; V – creche e VI – outras atividades similares necessárias.

Assim, em se tratando de atividade de apoio, o instituto jurídico que tem sido utilizado é o da cessão de uso, por força do disposto no artigo 20 da Lei nº 9.636/98, o qual possui a seguinte redação:

> "Art. 20. Não será considerada utilização em fim diferente do previsto no termo de entrega, a que se refere o § 2º do art. 79 do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, a cessão de uso a terceiros, a título gratuito ou oneroso, de áreas para exercício de atividade de apoio, definidas em regulamento, necessárias ao desempenho da atividade do órgão a que o imóvel foi entregue."

---

[21] JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). SP: Dialética, 2004, p. 18.

[22] PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Pregão, a sexta modalidade de licitação. DCAP – Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública, SP, jun. 2000, p. 7.

[23] Artigo 1º da Lei nº 10.520/02.

[24] Artigo 6º, II, da Lei nº 8.666/93.

[25] Artigo 1º da Lei nº 8.666/93.

[26] Artigo 2º do anexo I do Decreto nº 3.555/00.

[27] Artigo 18, § 5º, da Lei nº 9.636/98.

Fora dessas hipóteses, utiliza-se a cessão de uso sob o regime de arrendamento[28], e não o da locação[29], embora os atos normativos utilizem, indiscriminadamente[30], esses termos como sinônimos.

HELY LOPES MEIRELLES[31], ao abordar o tema da utilização dos bens públicos, explica:

> Erroneamente, as Administrações têm feito *concessões remuneradas de uso* de seus bens sob a imprópria denominação de *locação*, pretendendo submetê-las ao Código Civil ou às leis do inquilinato e até mesmo à lei de locações para fins comerciais, o que é inadmissível tratando-se de uso especial de bem público. Também não se deve confundir a *concessão gratuita de uso* com o *comodato*, pois são institutos diferentes e sujeitos a normas diversas. A *locação* e o *comodato* são contratos de Direito Privado, impróprios e inadequados para a atribuição de uso especial de bem público a particular; em seu lugar deve ser sempre adotada a *concessão de uso*, remunerada ou gratuita, conforme o caso.

Há que se considerar, ainda, a existência, ao lado das concessões de uso, do instituto da locação administrativa[32], o qual não se confunde com o da locação de direito privado[33].

Veja-se que, curiosamente, o artigo 1º da Lei nº 8.666/93 refere-se aos serviços e às locações (e este é, nos termos do próprio conceito legal[34], um serviço), mas nada mencionou a respeito das concessões de uso. No entanto, logo no artigo seguinte, esse instituto jurídico restou pela lei abarcada, quando, na verdade (segundo o princípio da legalidade estrita), não poderia (já que houve omissão no primeiro artigo da lei sob comento). Vê-se, portanto, que a interpretação literal não é o melhor método de hermenêutica, até porque a concessão administrativa de uso situa-se em uma zona gris, onde há um contrato de serviço (pela definição legal) que recai na tolerância, remunerada ou não, do uso de um bem público.

A Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União, ao proferir a Decisão nº 207/1995[35], assim se pronunciou sobre o tema:

---

[28] Ver artigos 21 e 40 da Lei nº 9.636/98 e artigos 64, 86 e 95 do Decreto-Lei nº 9.760/46.

[29] Ressalva-se, contudo, a existência da locação administrativa, em que a Administração Pública figura como locadora, conforme dispõe o artigo 86 e seguintes do Decreto-Lei nº 9.760/46.

[30] Ver artigos 21 e 40 da Lei nº 9.636/98; artigos 64, 86 e 95 do Decreto-Lei nº 9.760/46 e artigo 17, I, "f", da Lei nº 8.666/93.

[31] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. SP: Malheiros, 2002, p. 496-497.

[32] Ver artigo 86 a 91 do Decreto-Lei nº 9.760/46.

[33] Artigo 87 do Decreto-Lei nº 9.760/46.

[34] Artigo 6º, II, da Lei nº 8.666/93.

[35] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 207/95 em Processo nº TC-275.320/92-8, da Segunda Câmara. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi, Brasília, DF, sessão de 17 de agosto de 1995, DOU de 30 de agosto de 1995, p. 13360.

"(...)

2. A concessão de uso, "lato sensu", engloba duas modalidades: a concessão administrativa de uso e a concessão de direito real de uso. Por se tratarem de institutos distintos, regem-se por normas próprias. Considerando que a concessão de direito real de uso atribui o uso do bem público com um direito real, transferível a terceiros, requerendo, por isso, especial processo seletivo, mereceu destaque no Estatuto das Licitações. (...) 3. A concessão administrativa de uso, também denominada concessão comum de uso, apenas confere ao concessionário um direito pessoal, intransferível a terceiros. Daí a menor rigidez em sua contratação. A maior flexibilidade conferida ao Administrador não se confunde, contudo, com desnecessidade de realização do procedimento licitatório, uma vez que caracterizada a predominância do interesse público sobre o particular, que fez com que a jurisprudência pátria reiteradamente a proclamasse como um contrato tipicamente administrativo. (...) 5. Conforme se verifica, o mencionado art. 2º utilizou o termo "concessão" referindo-se ao gênero, e não à espécie. Assim o fazendo, tornou necessária a licitação em toda e qualquer concessão, seja ela "administrativa de uso" ou "de direito real de uso". O Estatuto fez distinção apenas quanto à modalidade de licitação a ser empregada, tornando obrigatória a realização de concorrência somente para as concessões de direito real de uso. (...)"

Veja-se que o instituto jurídico da locação, embora em muitos pontos similares aos dos institutos públicos antes mencionados, tem sido utilizado apenas nas hipóteses em que a Administração Pública é a locatária[36], inclusive por dispensa de licitação[37].

De todo modo, não há dúvidas de que tanto a locação, como a concessão de uso, por analogia, são serviços, conforme dispõe o inciso II do artigo 6º da Lei nº 8.666/93, *verbis: "II – Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: (...) locação de bens (...)".*

Quanto à questão de ser, ou não, comum a existência desses serviços nos imóveis da União, a resposta é sim. É freqüente e usual a existência de postos bancários, restaurantes e lanchonetes, bem como outros serviços, no interior de prédios onde funcionam órgãos públicos federais. Assim, essa contratação, de modo algum, pode ser caracterizada como incomum.

---

[36] Artigo 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/93 e artigo 73, II, da Lei nº 8.666/93.

[37] Artigo 24, X, da Lei nº 8.666/93: "X – para a (...) locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha (...)".

À guisa de levantamento estatístico, veja-se que, de acordo com pesquisa realizada junto ao serviço de apoio ao Núcleo de Assessoramento Jurídico da Advocacia-Geral da União no Rio Grande do Sul, órgão com atribuição constitucional[38] para examinar as minutas dos editais e contratos administrativos do Poder Executivo da União[39], somente no ano de 2003 foram analisadas 81 (oitenta e uma) contratações de cessão de uso de bens públicos. E, neste ano de 2004, já foram examinados 158 (cento e cinqüenta e oito) procedimentos administrativos com esse objeto.

3 DOS ÓBICES AO USO DO PREGÃO NO CONTRATO DE RECEITA

3.1 O Artigo 5º do Decreto Nº 3.555/00 e a Lei Nº 10.520/02

Dispõe o artigo 5º do Decreto nº 3.555/00: "A licitação na modalidade de pregão não se aplica (...) às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração."

O leilão[40] público assemelha-se ao pregão no que tange à existência de lances[41]. Todavia, como ele se destina à alienação plena da propriedade de bem por parte da Administração Pública, segue o rito do leilão ou da concorrência, com a observância, ainda, das condições previstas nos artigos 24 a 29 da Lei nº 9.636/98.

VERA SCARPINELLA[42] entende inadequado o pregão para as locações imobiliárias e alienações em geral, pois:

> "(...) se a Administração for a locadora ela desejará celebrar o contrato pelo *maior* valor possível; e sendo locatária, porque o bem objeto da locação certamente não será comum, mas específico, determinado, provavelmente único. Quanto às alienações, a incompatibilidade também encontra-se no critério de julgamento, que será o maior preço ofertado, e não o menor."

MARÇAL JUSTEN FILHO menciona que "A regra abrange tanto os contratos em que a Administração será locatária como os em que figurará como locadora."[43] A regra, no

---

[38] Artigo 131 da Constituição Federal.

[39] Artigo 38, § único, da Lei nº 8.666/93.

[40] Artigo 22, § 5º, da Lei nº 8.666/93 e Artigo 24 da Lei nº 9.636/98.

[41] JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). SP: Dialética, 2004, p. 18.

[42] SCARPINELLA, Vera. Licitação na Modalidade de Pregão. SP: Malheiros, 2003, p. 81.

[43] JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). SP: Dialética, 2004, p. 30.

entanto, não se aplica à situação de locatária da Administração Pública, pois esta, como ele mesmo menciona[44], vale-se, nesses casos, da dispensa de licitação (artigo 24, X, da Lei nº 8.666/93).

Quanto à posição de locadora da Administração Pública, a situação é diferente, pois o espaço público e com finalidade pública já se encontram definidos. As regras contratuais, igualmente, encontram-se prévia e unilateralmente impostas de acordo com as normas de direito público.

Logo, resta apenas escolher quem, efetuando a maior oferta de contraprestação mensal e preenchendo os requisitos de habilitação, irá figurar no outro pólo do contrato administrativo. Nesse sentido, bem destaca a Conselheira MARLI VINHADELI, do Tribunal de Contas do Distrito Federal, *verbis:*

> "14. A meu ver, o aspecto principal que deve nortear a utilização do pregão como modalidade de licitação é que a escolha da Administração deve estar restrita à questão do preço. Ou seja, dada uma determinada técnica ou especificação do bem, conhecida pelo seu específico mercado, só interessa à Administração contratar com quem lhe oferecer o menor preço. (...)
> 15. Sendo assim, o objeto da licitação na modalidade pregão não pode comportar diferenças significativas de especificação ou de técnica. A vantagem para a administração estará apenas no menor preço, e, não, na escolha deste ou daquele bem, deste ou daquele fornecedor, deste ou daquele prestador de serviço. Qualquer que seja o escolhido, por ofertar menor preço, o benefício para a Administração deverá ser o mesmo. Daí a natureza de bem ou serviço comum, igual, qualquer que seja o fornecedor.
> 16. A vantagem do pregão, em relação às demais modalidades de licitação que porventura poderiam ser empregadas, está, ao meu ver, na celeridade do procedimento, já que não há necessidade de formulação de propostas singulares, diferenciadas. E, principalmente, na possibilidade de acirramento da concorrência, mediante lances verbais, até se chegar ao menor preço ofertado, com claro benefício financeiro para a Administração.[45]

Assim, feita a devida inversão do critério de julgamento dos lances, de menor para maior preço, mostra-se evidente que o uso da modalidade do pregão é benéfico à Administração Pública.

---

[44] JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). SP: Dialética, 2004, p. 30.

[45] BRASIL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Decisão nº 3639/04 em Processo nº 1630-C, Plenário. Relatora: Conselheira Marli Vinhadeli, Brasília, DF, sessão de 19 de agosto de 2004.

Mister se faz, ainda, salientar que: 1 – o rol de serviços comuns do anexo II do Decreto nº 3.555/00 não é exaustivo, mas exemplificativo; 2 – as locações (e, por extensão, as concessões de uso) constituem serviços[46]; 3 – as concessões de uso administrativas não são incomuns nos órgãos públicos; 4 – o Tribunal de Contas da União, em casos de conflito aparente de normas do anexo II com o anexo I do Decreto nº 3.555/00, admite o uso do pregão; 5 – as locações, na Lei nº 8.666/93, referem-se à situação de locatária da Administração Pública; 6 – os atos normativos sobre a matéria tratam as locações e as concessões de uso administrativo como se fossem sinônimos; 7 – a Lei nº 10.520/02 não recepcionou a restrição imposta pelo Decreto nº 3.555/00 e, portanto, há de prevalecer a vontade legislativa sobre a presidencial; 8 – a Lei nº 8.666/93 versa, precipuamente, acerca de contratos de despesa, e não de receita; 9 – o contrato de concessão de uso é elaborado unilateralmente pela Administração Pública, cabendo apenas escolher o contratado através da maior oferta, o que pode ser feito através de lances; 10 – a sexta modalidade de licitação (pregão) também observa os mesmos princípios licitatórios; 11 – também há verificação das condições de habilitação, apenas que ao final dos lances; e 12 – não se perde a propriedade do bem público, mas apenas a posse direta e temporária de uma parcela do imóvel.

Assim, não se vislumbra qualquer risco nessa contratação através do uso da modalidade do pregão como teme MARÇAL JUSTEN FILHO, pois, como ele mesmo afirma: "o pregão realiza os valores de justiça e eficiência tanto quanto qualquer outra modalidade licitatória."[47] Como afirma MÁRCIA PELEGRINI: "(...) há relevantes razões de interesse público que justificam a utilização cada vez mais ampla da modalidade."[48]

3.2 O Critério de Julgamento do Pregão e o Princípio-regra da Legalidade

Veja-se que os contratos de receita valem-se das disposições da Lei nº 8.666/93, a qual determinou, nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso, a licitação do tipo maior lance ou oferta[49]. Ficou, portanto, sem previsão legal expressa o critério de julgamento das propostas nos casos de concessão administrativa de uso, classificação essa vista, em linhas anteriores, em transcrição de acórdão do Tribunal de Contas da União.

Essa lacuna, contudo, é apenas aparente. É que o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 dispõe que a licitação destina-se a "selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração" e, de acordo com os tipos previstos no § 1º do artigo 45 da Lei nº 8.666/93, a proposta mais vantajosa à Administração, em caso de contrato de receita, será obtida através do maior lance ou oferta.

---

[46] Artigo 6º, II, da Lei nº 8.666/93.

[47] JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). SP: Dialética, 2004, p. 42.

[48] PELEGRINI, Márcia. Pregão – O conceito de "bens e serviços comuns". BLC – Boletim de Licitações e Contratos, SP, jun. 2003, p. 399.

[49] Artigo 45, § 1º, IV, da Lei nº 8.666/93.

Logo, embora a Administração Pública, tecnicamente, só pratique um ato sob a expressa determinação legal, há casos, como esse, em que um dispositivo[50] deva ser utilizado para a complementação de outro[51], sem que isso implique em violação ao princípio da legalidade (artigo 3º da Lei nº 8.666/93).

Neste momento traz-se à colação, ainda, que, embora os tipos de licitação sejam apenas os taxativamente previstos na Lei de Licitações[52] (e a Administração Pública somente pode fazer o que está expressamente previsto na Lei, ao contrário da esfera privada, que pode fazer o que não está proibido em lei), o Decreto nº 3.892/01, que trata de aquisição de passagens aéreas mediante o uso de cartão de crédito corporativo, assim dispõe, *verbis*:

> "Art. 5º. Sem prejuízo das demais cláusulas, o instrumento convocatório de licitação, relativo à prestação de serviços de fornecimento de passagem aérea aos órgãos e às entidades de que trata o art. 1º, deverá conter, obrigatoriamente, cláusula que:
> (...)
> II – permita o julgamento das propostas com base no maior percentual de desconto oferecido pelas agências de viagens sobre o valor do volume de vendas."

Assim, por força de decreto do Executivo, restou criado um novo tipo de licitação não previsto pelo Legislativo: o do maior percentual de desconto. Claro que, ao fim e ao cabo, o maior percentual de desconto irá trazer o mesmo resultado que o tipo menor preço, mas não se pode negar que se trata de um outro critério de julgamento de propostas.

ALMIRO DO COUTO E SILVA[53], no aspecto do princípio da legalidade e da segurança jurídica, assim afirma:

> "A dificuldade no desempenho da atividade jurídica consiste muitas vezes em saber o exato ponto em que certos princípios deixam de ser aplicáveis, cedendo lugar a outros. Não são raras as ocasiões em que, por essa ignorância, as soluções propostas para problemas jurídicos têm, como diz Bernard Schwartz, 'toda a beleza da lógica e toda a hediondez da iniqüidade'.
> A Administração Pública brasileira, na quase generalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica.
> Ao dar-se ênfase excessiva ao princípio da legalidade da Administração Pública e ao aplicá-lo a situações em que o interesse público estava a indicar que não

---

[50] Artigo 3º da Lei nº 8.666/93.
[51] Artigo 45, § 1º, da Lei nº 8.666/93.
[52] Artigo 45, § 1º, I a IV, da Lei nº 8.666/93.
[53] COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, RDP, n. 84, p. 62.

era aplicável, desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe tira um dos seus mais fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica, e acaba-se por negar justiça.
Este trabalho não tem outro objetivo senão o de, modestamente, contribuir para que a injustiça não continue a ser feita em nome da legalidade."

Em apertada síntese, o ensinamento é que, quando entrarem em colisão o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, este prevalece em detrimento daquele, pois o administrado, de boa-fé, possuía a presunção de que o ato havia sido praticado em consonância com a lei.

No entrechoque do inciso X do artigo 4º da Lei nº 10.520/02[54] com o princípio-regra da legalidade[55], combinados com o princípio-regra da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração[56], todavia, não há espaço para a aplicação do raciocínio do doutrinador sob comento. É que aquele dispositivo da modalidade do pregão expressamente determina que o critério de julgamento das propostas será o do menor preço. Não se trata, portanto, de uma colisão de princípios ou de uma aparente lacuna legislativa, como mencionado na situação do parágrafo anterior.

Logo, embora seja extremamente vantajoso para a Administração o uso da modalidade do pregão nos contratos de receita para a concessão administrativa de uso, não há como superar esse óbice trazido pelo princípio-regra da legalidade (critério de julgamento pelo menor preço), pois a proposta mais vantajosa para a Administração é exatamente a inversa (a de maior lance ou oferta).

Poder-se-ia argumentar que, na colidência do inciso X do artigo 4º da Lei nº 10.520/02 (menor preço) com o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 (proposta mais vantajosa) deveria preponderar este em detrimento daquele. Embora tentadora essa tese, não se pode esquecer que a Lei nº 8.666/93 é utilizada apenas de forma subsidiária[57] àquela, ou seja, supletivamente[58], o que pressupõe a inexistência de norma na Lei nº 10.520/02 (o que não é o caso, pois a lei é clara em estabelecer o critério de julgamento pelo menor preço).

Assim, a concreção da regra (menor preço) em seu sentido diametralmente oposto (maior lance ou oferta) equivale à violação direta daquele texto, pois, por mais elástica que seja a interpretação legal, jamais se chegará ao oposto do texto normativo.

---

[54] "(...) para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço (...)".
[55] Artigo 3º da Lei nº 8.666/93.
[56] Artigo 3º da Lei nº 8.666/93.
[57] Artigo 9º da Lei nº 8.666/93.
[58] Nesse sentido, "(...) o que se mostra *subsidiário*, como secundário, revela, ou pressupõe, o *principal*, a que vem, conforme as circunstâncias, *auxiliar, apoiar*, ou *reforçar*." em SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. RJ: Forense, 1993, v. IV, p. 278.

O uso da modalidade de pregão para os contratos de receita, assim, em que se faz necessário o uso do critério de julgamento pela maior oferta ou preço é, portanto, ilegal, ante a afronta ao texto do inciso X do artigo 4º da Lei nº 10.520/02.

A interpretação dessas normas, assim, não pode ultrapassar os limites da reserva legal ou ir diametralmente no sentido oposto ao da vontade legislativa expressa no texto legal, sob pena de restar violado o princípio da legalidade e inválido o ato administrativo praticado.

Conclui-se, portanto, nos termos em que se encontra o texto legal do critério de julgamento da modalidade licitatória do pregão, pela impossibilidade do administrador valer-se desse rito para a celebração de contratos de receita.

4 SITUAÇÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O Tribunal de Contas da União, embora não tenha examinado, até o presente momento, nenhum contrato de receita celebrado através da modalidade licitatória do pregão, apreciou situações que se aproximam às concessões administrativas de uso, conforme decisões que se passa a expor:

> "(...)
> 7. Aliás, a finalidade do pregão (regulamentado pelo Decreto nº 3555/00) é tornar o procedimento licitatório mais simples sem as amarras da Lei nº 8.666/93. Essa nova modalidade, apesar de espelhar-se na referida lei, tem o condão de fluir com mais facilidade devido exatamente a simplicidade de sua concepção.
> (...)
> 15. Dessa forma, a contratação de empresa para prestação de serviços de administração, gerenciamento e manutenção de estacionamento de aeroportos, embora não esteja explicitamente caracterizado como serviço comum no Decreto, a adoção da modalidade pregão, no presente processo, pode, em nosso entendimento, ser considerada viável.
> (...)
> 2. Quanto ao mérito, manifesto-me de acordo com a proposta da Unidade Técnica, no sentido de considerar improcedente a presente representação, pois não restou comprovada irregularidade na escolha da modalidade licitatória (pregão) para contratar os serviços de administração, gerenciamento, operação e manutenção do estacionamento principal do Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos – Governador Franco Montoro.

> 3. Há que se ressaltar que o Tribunal já firmou entendimento (...) no sentido de que a lista de serviços constantes do Anexo II do Decreto nº 3.555/2000 não é exaustiva, haja vista a impossibilidade de relacionar todos os bens e serviços comuns utilizados pela administração."[59]

Ao que tudo indica, a situação acima versa sobre um contrato de despesa, cujos recursos captados no estacionamento ingressam diretamente nos cofres da União. Todavia, se essa contratação – mais complexa, inclusive, que a pura concessão administrativa de uso – fez-se possível mediante o uso da modalidade do pregão, não se vê, salvo a futura mudança legislativa do critério de julgamento para a proposta mais vantajosa à Administração, nos mesmos moldes do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, de qualquer outro óbice às futuras contratações dessa natureza mediante o uso do pregão (presencial ou eletrônico).

5 DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Para que se torne viável o uso da modalidade licitatória do pregão nos contratos de receita, mister se faz a alteração do artigo 1º, *caput*, da Lei nº 10.520/02 e do inciso X do artigo 4º dessa Lei Nacional. Recomendamos, para tanto, respectivamente, as seguintes redações:

> "Art. 1º Para aquisição ou concessão de uso administrativo de bens e de serviços comuns, inclusive sob o regime de arrendamento, poderá (...)"
> "Art. 4º (...)
> X – para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério do menor preço, nos contratos de despesa, ou o da maior oferta ou lance, nos contratos de receita, observados (...)"

Assim, procedidas essas alterações legislativas, possível será o uso da novel modalidade licitatória, com evidentes benefícios à Administração e aos administrados.

Não se concorda, todavia, com a posição de MARÇAL JUSTEN FILHO[60] de admitir-se um pregão informal em contratação direta sem que seja seguido o rito da Lei nº 10.520/02, pois, nessa circunstância, se estaria criando um novo rito (metade pregão e metade contratação

---

[59] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 434/04 em Representação nº 014.048/2002-2, do Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, Brasília, DF, sessão de 14 de abril de 2004, DOU de 29 de abril de 2004.

[60] "Não há impedimento à utilização do pregão para outras hipóteses, em que a Administração estaria legitimada a contratar diretamente. Assim, suponham-se contratações de valor inferior ao limite mínimo determinado no art. 24, incs. I e II. A Administração poderia promover contratações sem licitação – mas isso não significa contratos não antecedidos de procedimento prévio, destinado a selecionar a proposta mais vantajosa, com observância (na medida do possível) ao princípio da isonomia. Logo, é perfeitamente possível que se recorra ao pregão para obter a solução mais satisfatória, mantendo a competitividade sem acréscimo de formalidades desnecessárias" em JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). SP: Dialética, 2004, p. 35.

direta), o que é vedado pelo artigo 22, § 8º, da Lei nº 8.666/93. É que essa "pesquisa de preços" seria feita dentro do contexto de uma modalidade licitatória (pregão) e o resultado dessa pesquisa (o lançador que ofertou o menor preço, em contratos de despesa, ou o de maior lance, nos contratos de receita) seria vinculante à Administração Pública. Logo, não se poderia adjudicar o objeto pesquisado, mediante contratação direta, a outro fornecedor ou concessionário de uso administrativo. É que a contratação direta não necessita, sempre, ser feita com o menor preço, desde que se justifique a razão da escolha do fornecedor ou executante e o preço esteja dentro do valor de mercado (artigo 26, § único, da Lei nº 8.666/93).

A discricionariedade da administração, portanto, reside exatamente no momento da escolha do rito: ou segue o da contratação direta ou segue o do pregão. Caso a Administração escolha pelo da contratação direta, ela justificará o preço de acordo com as suas pesquisas formais e informais de mercado, em nada precisando seguir a Lei nº 10.520/02.

CONCLUSÕES

Após a elaboração deste trabalho, é possível extrair as seguintes conclusões:

1) A Administração Pública, através do prisma do seu caixa, celebra convênios ou contratos de despesas, de receitas ou sem ônus financeiros.

2) Tem havido pouca preocupação legislativa com os contratos de receita da Administração Pública.

3) A escolha da modalidade licitatória tradicional faz-se através da consideração, por analogia, dos limites pecuniários aos contratos de despesas. Para tanto, multiplica-se o valor de avaliação do bem ou serviço pelo número de meses de vigência do contrato, nele consideradas as eventuais prorrogações e respeitado o limite de sessenta meses.

4) O rol de bens e serviços comuns do anexo II do Decreto nº 3.555/00 não é exaustivo. Admitem-se, portanto, outras hipóteses ali não elencadas.

5) Classifica-se o objeto de uma licitação em bem ou serviço de acordo com o seu caráter preponderante (compra, fornecimento, instalação).

6) O pregão é a sexta modalidade licitatória, distinguindo-se das demais pela sua finalidade: aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor.

7) Em se tratando de atividades de apoio, a concessão administrativa de uso é feita através da cessão de uso. Nos demais casos, em regra, mediante a cessão de uso sob o regime de arrendamento. A exceção é a da locação administrativa, em que a Administração Pública figura como locadora de seus bens.

8) A locação é instituto de direito privado e, portanto, a Administração Pública somente se submete a esse regime quando estiver na condição de locatária.

9) A locação, por definição legal, é considerada como serviço. A concessão administrativa de uso, por analogia, também é serviço, embora ambos se situem em uma zona gris, na medida em que recaem sobre a tolerância do uso de um determinado bem.

10) Os contratos de concessão administrativa de uso são comuns na Administração Pública. São exemplos os postos bancários, os restaurantes e as lanchonetes existentes nos órgãos públicos.

11) O óbice ao uso do pregão imposto pelo artigo 5º do Decreto nº 3.555/00 não subsiste, pois ele é anterior à Lei nº 10.520/02. A Lei nº 10.520/02 não proibiu essa atividade, se ela for bem ou serviço comum.

12) O Tribunal de Contas da União, em caso de conflito aparente de normas de mesmo grau hierárquico, tem decidido pela possibilidade do uso do pregão para bens e serviços comuns.

13) O princípio da legalidade estrita impede o uso do pregão para os contratos de receita, pois o inciso X do artigo 4º da Lei nº 10.520/02 estipulou o critério de julgamento com base no menor preço. Os contratos de receita, em sentido diametralmente oposto, devem ser julgados com base na maior oferta ou lance.

14) O uso do pregão para os contratos de concessão administrativa de uso é viável e recomendável, desde que, previamente, seja adequada a Lei nº 10.520/02 para abarcar essas hipóteses.

15) O Decreto nº 3.892/01 restou por criar um novo tipo de licitação não previsto pelo legislador: o do maior percentual de desconto oferecido pelas agências de viagens sobre o valor do volume de vendas. Embora o resultado prático seja o mesmo, não se pode olvidar que o critério (maior desconto) é diverso do legal (menor preço).

16) O Tribunal de Contas da União tem aceito contratações complexas via modalidade licitatória do pregão em situações próximas à concessão administrativa de uso (exemplo: empresa para administrar, gerenciar e manter estacionamento em aeroportos).

17) Não se admite o uso de pregão informal para as contratações diretas, pois se estaria criando uma nova modalidade licitatória, o que é vedado pelo artigo 22, § 8º, da Lei nº 8.666/93. Ademais, o resultado dessa pesquisa informal seria obtido dentro do contexto do rito do pregão, motivo pelo qual seria inviável contratar pessoa estranha ao vencedor desse certame, o que, em tese, é possível na contratação direta.

18) O momento da discricionariedade da Administração diz respeito ao da eleição do meio (contratação direta ou licitação).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTENCOURT, Sidney. Bens e serviços comuns a serem adquiridos ou contratados por meio de pregão. DCAP – Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública, SP, nov. 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2000. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 ago. 2000. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Decreto nº 3.892, de 20 de agosto de 2001. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 ago. 2001. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Decreto-lei nº 9.760, de 05 de setembro de 1946. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 06 set. 1946. Seção 1, p. 12500.

BRASIL. Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 maio 1998. Seção 1, p. 2.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 jul. 2002. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Licitações e Contratos da Administração Pública. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação de Inconstitucionalidade nº 1417/DF, Plenário. Relator: Ministro Moreira Alves, Brasília, DF, sessão de 09 de dezembro de 1987, DJ de 15 de abril de 1988, p. 8397.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 615/03 em Representação nº 001.148/2003-9, da Primeira Câmara. Entidade: Conselho da Justiça Federal. Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto, Brasília, DF, sessão de 01 de abril de 2003, DOU de 09 de abril de 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 434/04 em Representação nº 014.048/2002-2, do Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, Brasília, DF, sessão de 14 de abril de 2004, DOU de 29 de abril de 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 207/95 em Processo nº TC-275.320/92-8, da Segunda Câmara. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi, Brasília, DF, sessão de 17 de agosto de 1995, DOU de 30 de agosto de 1995.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 674/02 em Representação nº TC-015.199/01-3, do Plenário. Relator: Ministro Iram Saraiva, Brasília, DF, DOU de 08 de julho de 2002.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, RDP, n. 84, p. 46-63.

JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). SP: Dialética, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. SP: Malheiros, 2002.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Pregão: teoria e prática: nova e antiga idéia em licitação pública. SP: NDJ, 2001.

PELEGRINI, Márcia. Pregão – O conceito de "bens e serviços comuns". BLC – Boletim de Licitações e Contratos, SP, jun. 2003.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Pregão, a sexta modalidade de licitação. DCAP – Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública, SP, jun. 2000.

SCARPINELLA, Vera. Licitação na Modalidade de Pregão. SP: Malheiros, 2003.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. RJ: Forense, 1993.

PUBLICAÇÕES DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PPGDIR./UFRGS

Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS
(Publicação semestral)

- Número I - Março / 2004
- Número II - Setembro / 2004
- Número III - Março / 2005
- Número IV - Setembro / 2005

Edições Especiais

- Direito Comparado I – Estudos de Direito Brasileiro -Alemão, 1985.
- Seleção de textos da Obra de Erik Jayme (2° ed.). Vol. I, N°. I, Março 2003.
- Direito Comparado II – Homenagem a Clóvis de Couto e Silva – Argentina e a Faculdade de Direito da UFRGS –Vol. I, N° II, Setembro 2003.
- Tecendo Relações – 200 anos de encontros entre Brasil e Japão. Vol. I, N° III, Novembro 2003.
- Inserção Internacional – International Publications and Distinctions of the PPGDir./UFRGS(2000 / 2001 / 2002 / 2003). Vol. II, N° IV, Junho 2004.
- Cooperação com a University of Texas at Austin e Pace University New York – Harmonização da Legislação Ambiental no Mercosul – Vol. II, N° V, Agosto 2004.
- Reflexões Jurídicas sobre o Meio Ambiente – Vol. III, N° VI, Maio 2005

ISSN 1678-5029
E-ISSN 2317-8558

Cadernos do Programa de Pós-Graduação

DIREITO/UFRGS

Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, Edição Especial, Volume IV, Número 7, Outubro de 2005. Publicação da edição digitalizada em 15 de Outubro de 2014.