

REVISTA DA
AGU

ANO X n° 29 - Brasília-DF, jul./set. 2011

Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo -
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 3105-9970 e 3105-9968
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Hélia Maria de Oliveira Bettero	Procuradora-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

DIRETORA DA ESCOLA DA AGU
Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORA-GERAL SUBSTITUTA
Andrea Takenaka Dias

EDITOR/COORDENADOR RESPONSÁVEL
Juliana Sahione Mayrink Neiva

CONSELHO EDITORIAL

Membros Executivos: Antônio de Moura Borges; Andrea Dantas Echeverria; Arnold Wald; Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy; Clarissa Sampaio Silva; Cláudia Aparecida de Souza Trindade; Clóvis Juarez Kemmerich; Denise Lucena Cavalcante; Eugênio Battesini; Ewerton Marcus de Oliveira Gois; Fabiano André de Souza Mendonça; Fernando Netto Boiteux; Francisco Humberto Cunha Filho; Jefferson Carús Guedes; José Tadeu Neves Xavier; Luciana Barbosa Musse; Luís Carlos Martins Alves Jr.; Natalia Camba Martins; Otávio Luiz Rodrigues Junior; Regina Linden Ruaro; Sérgio Augusto Zampol Pavani.

Membros Eletivos: Alexandre Bernardino Costa; Aluisio de Sousa Martins; André Lopes de Sousa; Carlos José de Souza Guimarães; Cássio Andrade Cavalcante; Daniela Ferreira Marques; Fábio Campelo Conrado de Holanda; Fábio Guimarães Bensoussan; Fábio Victor da Fonte Monnerat; Felipe Camillo Dall'Alba; Guilherme Beux Nassif Azem; Humberto Cunha Santos; Karla Margarida Martins Santos; Marcelo Kokke Gomes; Maria de Fátima Knaippe Dibe; Maria Rosa Guimarães Loula; Nilma de Castro Abe; Rosa Maria Pelegrini Baptista Dias; Rui Magalhães Piscitelli; Sueli Valentin Moro Miguel; Robson Renaut Godinho; Valério Rodrigues Dias.

Secretaria Editorial: Antonio Barbosa da Silva/Niuzza Gomes Barbosa de Lima
ABNT(ADAPTAÇÃO)/**Diagramação** Niuzza Gomes Barbosa de Lima
Capa Fabiana Marangoni Costa do Amaral

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Revista da AGU – Advocacia-Geral da União
Ano X – Número 29 - Brasília-DF, jul./set. 2011
Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035
1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05
CDU 342(05)

SUMÁRIO

Editorial.....	5
INSTITUCIONAL	
Luzes sobre Têmis: a motivação como imperativo ético e legitimador do juiz <i>Raphael Ramos Monteiro de Souza</i>	7
ARTIGOS	
O Direito Fundamental à Moradia em Zonas Seguras: a prevenção e o dever de agir do estado frente a ocupações irregulares <i>The Fundamental Right to Housing in Safe Areas: prevention and the state duty to act against illegal occupations</i> <i>Alex Perozzo Boeira</i>	37
Neoconstitucionalismo, Ponderação e Racionalidade: o critério de correção argumentativa do ponto médio de ruptura <i>Neoconstitutionalism, Balancing and Rationality: the middle point of collapse criterion for argumentative correction</i> <i>Claudio Fontes Faria e Silva</i>	57
A Legitimidade do Tribunal Constitucional na Concretização da Constituição Dirigente <i>The Legitimacy of Constitutional Court in The Realization of the Ruling Constitution</i> <i>Daniel Silva Passos</i>	99
Responsabilidade da Assessoria Jurídica no Processo Administrativo das Licitações e Contratações <i>The Public Attorneys Consultant Offices Responsibilities and the Governmental Biddings and Contracts Due Process</i> <i>Jessé Torres Pereira Junior</i> <i>Marinês Restelatto Dotti</i>	117
Globalização, Integração Regional e Tributação do Consumo de Mercadorias e Serviços no Mercosul <i>Globalization, Regional Integration and Taxation on Goods and Services in the Mercosur</i> <i>Luciano Pereira Vieira</i>	169
Manejo Florestal Sustentável – Uma Perspectiva Jurídica <i>Sustainable Forest Management in a Legal Perspective</i> <i>Marcos Weiss Bliacheris</i>	205

As Tutelas de Urgência e as de Evidência: especificidades e efeitos <i>The Protection of Urgency and Evidence: Specific and Effects</i> <i>Maria Lúcia Baptista Moraes</i>	225
A Transação Tributária e o Projeto de Lei n. 5.082/2009 <i>Tax Closing Agreement and the Draft Law n. 5.082/2009</i> <i>Matheus Carneiro Assunção</i>	267
Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade <i>Tax Res Judicata And Unconstitutionality</i> <i>Michele Franco Rosa</i>	295
PARECER	
PARECER Nº 22/2011/COEJ/DEPCONT/PGF/AGU Conflito de atribuições entre órgãos da Procuradoria-Geral Federal (PGF) e Procuradoria-Geral da União (PGU) – direitos e obrigações referentes aos bens da extinta RFFSA <i>Daniel Picolo Catelli</i>	333
JURISPRUDÊNCIA	
A Forma de Reparação do Dano à Imagem dos Entes Públicos: análise a partir do julgamento do Supremo Tribunal Federal da ADPF nº 130 <i>Carolina Scherer Bicca</i>	343

EDITORIAL

A forte imagem da deusa Têmis abre as páginas da vigésima nona edição da Revista da AGU. O simbolismo na representação da Justiça dá origem ao primeiro artigo, que define a motivação como imperativo ético e legitimador do juiz.

O texto seguinte aborda o direito fundamental à moradia em zonas seguras e a incumbência do Poder Público de prevenir possíveis danos e corrigir eventuais ilicitudes – quer fiscalizando, quer removendo –, de maneira a implementar habitações humanas em locais dignos e seguros.

Mais adiante a Revista traz para discussão os principais óbices levantados pelos opositores da jurisdição constitucional, analisando a postura que o STF vem adotando atualmente, para, ao final, concluir sobre a essencialidade de seu papel no cumprimento das promessas emancipatórias assumidas pela Constituição de 1988.

Confira esses e outros temas nesta edição. Boa leitura!

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU

LUZES SOBRE TÊMIS: A MOTIVAÇÃO COMO IMPERATIVO ÉTICO E LEGITIMADOR DO JUIZ

Raphael Ramos Monteiro de Souza
Advogado da União em Brasília/DF
Especialista em Direito Público pelo IDP
Bacharel em Direito pela UFRJ

Good laws are such laws for which good reasons can be given; good decisions are such decisions for which good reasons can be given
Jeremy Bentham Rationale of Judicial Evidence

SUMÁRIO: Considerações Iniciais; 1 Cenário de fundo: diálogo e compromisso no Estado Democrático de Direito; 1.1 O Judiciário como protagonista; 1.2 O Modelo Processual de Garantias; 1.3 Princípios e Conceitos jurídicos indeterminados: justificando as escolhas; 2 O Público Interno; 3 O Público Externo; 4 *Modus operandi*:

extensão e vícios; 4.1 Existência e clareza; 4.2 Completude; 4.3 O exame das provas; 4.4 Justificação interna e externa; 4.5 Motivação implícita, *per relationem* e por formulários; 5 Considerações Finais; Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A simbólica representação da justiça pela figura da deusa Têmis, mediante a força da espada, o equilíbrio da balança e a isenção dos olhos vendados revela um conjunto chave de atributos que se esperam do Poder Judiciário. Tal tríade, ao mesmo tempo que constitui a imagem de sua atuação cogente - ante a vedação do exercício da autotutela pelos indivíduos -, denota que as atividades judiciais devem desenvolver-se de maneira ética e imparcial, isto é, equidistante ao máximo dos interesses das partes.

Sem embargo de que a atual concepção de justiça impessoal não significa, em absoluto, a passividade que a Revolução Francesa esperava dos juízes, no modelo autômato e silogístico da mera *bouche de la loi* de MONTESQUIEU¹, não podem ser ignoradas, ainda, “as inevitáveis influências da pré-compreensão, da origem e socialização, das preferências políticas e ideológicas dos juízes”².

Nessa perspectiva, não há momento mais culminante para o magistrado demonstrar que agiu em conformidade com os ditames da ordem jurídica, convencendo todo o seu variado auditório, do que aquele no qual se profere uma decisão. Seja ela no curso ou, sobretudo, ao final do processo, com a derradeira sentença. Para tanto, em síntese, é imperioso que concorram dois requisitos instrumentais, quais sejam, a publicidade do pronunciamento e a clara enunciação das razões de decidir adotadas.

Ambos refletem o imperativo democrático do poder visível e controlável, em superação aos resquícios do Estado absolutista³. A sociedade, como adverte LIEBMAN, “quer ver o que acontece,

1 Cf. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 506 e 513-516. No mesmo sentido, anota-se que “não há verdadeira função jurisdicional onde o juiz não seja *tertius super partes*. Não significa isso que o juiz deva ser inerte e passivo; é mister, com efeito, distinguir entre imparcialidade e passividade”. CAPPELLETTI, Mauro. ‘Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas’. *Revista de Processo*, n. 17. São Paulo: RT, Jan./mar. 1992. p. 129.

2 GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 15.

3 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 114.

efetivamente, atrás ou além do véu [da justiça], que parece impenetrável”⁴. Conquanto quase que indissociáveis - pois diretamente vinculados pela idéia de transparência, limitação e legitimação do exercício do poder⁵ -, neste estudo, porém, o foco central está direcionado para o segundo princípio: o da motivação. Em especial, a partir das regras contidas nos artigos 18 a 27 do Código Ibero-Americano de Ética Judicial.

Importa registrar, de início, que se adota aqui, na linha dos ensinamentos de RODOLFO VIGO, a sinonímia conceitual entre motivação, justificação e fundamentação como exposição dos argumentos suficientes e apropriados para conferir validade jurídica às decisões judiciais⁶. Assim, três aspectos de relevo do mencionado ato são estudados a seguir, em uma abordagem jurídica e ético-política.

No que concerne ao plano de trabalho, primeiramente, faz-se uma incursão no panorama de fundo para aplicação deste dever dos juízes e, ao mesmo tempo, direito dos jurisdicionados. Nessa linha, destacam-se alguns traços característicos presentes no Estados Constitucionais contemporâneos, a exemplo da ascensão institucional do Judiciário, da expansão do modelo processual de garantias e da necessária abertura democrática do poder estatal.

Em seguida, após vista a estrutura do “palco” em que desenvolve sua atuação, passa-se ao estudo da relação com o “público” ao qual o juiz deve apresentar sua convicção. No âmbito “interno”, entre outros, o compromisso com o respeito a todas as cláusulas do *fair trial*⁷ e a persuasão das partes da causa, que possuem o direito de ser efetivamente ouvidas, além da sujeição ao controle das instâncias superiores, após as impugnações dos advogados.

4 LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação. *Revista de Processo*. n. 29. São Paulo: RT. Jan./mar. 1983, p. 79.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 97.

6 VIGO, Rodolfo Luis. Razonamiento Justificatorio Judicial. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 21. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1998. p. 495. Disponível em: < http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo. II_33.pdf>. Acesso em: 1.ago.2010.

7 A obrigação de motivar funciona como uma das decorrências mínimas do direito fundamental ao processo igual e justo. Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. ‘Garanzie minime de giusto processo civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani’. *Revista de Processo*, n. 112, São Paulo: RT. out./dez. 2003, p. 172.

Já para o público “externo”, é dizer, a sociedade em geral, emergem as funções extraprocessuais ou políticas⁸, mediante a informação e a participação crítica de toda a opinião pública – em repúdio, uma vez mais, ao autoritarismo e a qualquer forma de segredo. Tal prestação de contas, com BARBOSA MOREIRA, “é condição essencial para que, no seio da comunidade, se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional – fator inestimável, no Estado de Direito, da coesão social e da solidez das instituições”⁹.

Por fim, o *modus operandi* da dialética judicial da motivação. Neste tópico, analisa-se qual a sua extensão e os requisitos indispensáveis, além dos vícios que configuram ameaça à referida garantia.

Desse maneira, busca-se destacar no trabalho o alcance e a relevância do princípio da motivação, este que é um dos responsáveis por iluminar os movimentos da deusa Têmis da Justiça.

1 CENÁRIO DE FUNDO: DIÁLOGO E COMPROMISSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Quando o Código Ibero-americano de Ética Judicial, no início de sua exposição de motivos, “pretende que o juiz assuma a consciência de sua obrigatoriedade” e trabalhe “a confiança cidadã por meio desse compromisso voluntário com a excelência no serviço”, já se denota uma quadra diferenciada de exigências para o magistrado dos tempos hodiernos.

E é nesse panorama que a motivação insere-se no rol composto por outros doze princípios do Código¹⁰, mediante os quais se espera ver desenvolvida a atividade jurisdicional. Mormente sob a ótica da responsabilidade institucional, consoante ressalta Ari Pargendler¹¹, na qual prevaleça o compromisso com o bom funcionamento da administração da justiça. A fundamentação é, sem dúvida, uma das principais ferramentas na engrenagem para consecução de tais objetivos¹².

8 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 68.

9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 19, Curitiba, 1979-1980, p. 289. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/8836/6146>>. Acesso em: 01.ago.2010.

10 Independência, imparcialidade, conhecimento e capacitação, justiça e equidade, responsabilidade institucional, cortesia, integridade, transparência, segredo profissional, prudência, diligência e honestidade profissional.

11 Apresentação do atual Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça à edição brasileira do referido Código.

12 SUMMERS, Robert Samuel. Two types of substantive reasons: the core of a theory in common law justification. *Cornell Law Review*, v. 63, n. 5, 1978, p. 709. Disponível em: <<http://library2.lawschool.cornell.edu/hein/>

Desde a influência do período iluminista, em que tiveram origem as primeiras referências consistentes à motivação¹³, passando pelo art. 15 do Decreto de 16-24 de agosto de 1790 da Revolução Francesa - verdadeiro marco normativo da obrigação -, até às Constituições da segunda metade do Século XX e aos instrumentos de proteção internacionais, é certo que a magnitude das funções do respectivo princípio acompanha a evolução histórica.

Convém realizar, assim, uma breve incursão acerca de três aspectos vitais para compreender a importância contemporânea do princípio da motivação no Estado Democrático de Direito, a saber: o papel de destaque do Poder Judiciário no pós segunda guerra; o modelo processual de garantias e a abertura dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados.

1.1 O JUDICIÁRIO COMO PROTAGONISTA

A retomada dos regimes democráticos - primeiro na Europa pós-segunda guerra e, em seguida, nos países latino-americanos - tem como traço característico, sem dúvida, o fortalecimento do Poder Judiciário. O jurista argentino NÉSTOR SAGÜÉS destaca as modificações produzidas pelo novo paradigma, no âmbito da proteção judicial de direitos e garantias:

La restauración de la democracia. En los años ochenta, América Latina transforma muchos de sus regímenes de facto en gobiernos constitucionales y democráticos. Eso importa no solamente una transformación política, sino una recotización de los derechos personales y de las garantías constitucionales para protegerlos, [...] es evidente que la vuelta a la democracia importó una manera distinta, más intensa claro está, de respetar a aquellos derechos y a tornar más operativas las garantías procesales del caso. El paisaje autoritario, próximo en algunos países al terrorismo de Estado, no tenía por cierto el clima ideal para que allí floreciera el derecho procesal constitucional.¹⁴

Summers%20Robert%2063%20Cornell%20L.%20Rev.%20707%20%281978%29.pdf > Acesso em: 7. ago.2010.

13 Como a dos reinados prussianos de Frederico II (1748), Frederico o Grande (1793), e os da península itálica em Piemonte (1723), em Nápoles (1774) e em Trento (1788). Cf. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 326. Há também referências mais remotas, no direito canônico, com destaque para a Decretal *Quum medicinalis*, de Inocêncio IV (1199). Cf. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 51-54.

14 SAGÜÉS, Néstor Pedro. El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional: logros y obstáculos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, v. II. México: Porrúa, jul-dez de 2004, p. 180.

Esta revitalização transforma o Judiciário em umas das peças centrais do Estado atual¹⁵, cuja expansão institucional prossegue acompanhada de um movimento de intensa judicialização das relações políticas de sociais¹⁶.

De modo que a afirmação de García de Enterría¹⁷, segundo a qual “não há Direito sem juiz”, enquanto peça absolutamente essencial da organização estatal, pode ser lida, hoje, no sentido de que não há Democracia sem juiz¹⁸.

Entre as razões estruturais para tal fenômeno estão a evolução do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, mediante a consagração de direitos fundamentais, o desenvolvimento de prestações sociais e a subordinação de todos os poderes ao Direito¹⁹. A pretensão de eficácia dos novos pactos ganha contornos abrangentes, com a distribuição de tarefas diversas e a previsão de vetores hermenêuticos para otimização axiológica máxima²⁰.

No que concerne ao papel de centralidade da Constituição, matriz de todos os demais aspectos, merece destaque ainda a conhecida lição de Zagrebelsky, no sentido de que o deslocamento do antigo foco legal exige uma certa dose de fluidez a fim de que o intérprete possa compatibilizar os diferentes valores afirmados²¹.

15 SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: UNAM, 2004. p. 67.

16 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. p. 2-5. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 07.ago.2010.

17 ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. 5. ed. Civitas: Madrid, 2005. p. 140.

18 Não por outra razão, a exposição de motivos do Código Ibero-americano de Ética Judicial assim registra: “uma vez que o Direito incorpora deveres para o juiz em relação às condutas mais significativas para a vida social, a ética pretende que o juiz assuma a consciência de sua obrigatoriedade, mas, além disso, requer um compromisso superior no que se refere à excelência e à conseguinte rejeição da ‘mediocridade’ judicial”.

19 FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: UNAM, 2005. p. 89-91.

20 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 18-22.

21 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. 9. ed. trad. de Marina Gascón, Madrid: Trotta, 2009. p. 18.

Diante de textura, por vezes, tão plurissignificativa, será a partir da argumentação que o juiz poderá conferir racionalidade à abertura conferida pelo sistema²².

Obviamente que o processo descrito implica maior responsabilidade dos magistrados, não apenas do ponto de vista tradicional, no sentido correspondente ao exercício de parcela do poder político - típico do regime republicano²³ - mas também sob o ângulo da accountability, expressão inglesa que contempla a necessidade de prestação de contas e de controle difuso social. Isto é, o olhar da opinião pública recai, por conseguinte, de forma mais acurada sobre todos os atos judiciais, sejam eles processuais ou de gestão, razão pela qual a motivação deve receber atenção redobrada.

Nestes tempos de eliminação de arbitrariedades no âmbito de qualquer atividade estatal, a nova mentalidade gera influxos no dia-a-dia do juiz, que deve adotá-la como autêntico compromisso legitimador no desempenho de seu mister de fundamentar as decisões, em respeito, ainda, à própria soberania popular. Algo que, com Gordillo, consiste em um “dever jurídico, político, cultural e social” de todos os agentes públicos²⁴.

Isto porque, no “direito autoritário, aquele que impõe pelo respeito e pela majestade, não precisa motivar”. Todavia, “aquele que se quer democrático, pela obra de persuasão e razão, deve procurar, pela motivação, obter uma adesão arazoada”, aponta Perelman²⁵.

Destarte, a utilização desta bússola - tendo como norte a transparência e a participação, mediante diálogo com todos os atores sociais - permitirá ao Judiciário apresentar as razões para atingir seus objetivos na esfera jurídica (atuação da vontade do direito substancial), social (pacificação com justiça; educação para a consciência e respeito de direitos) e também política (afirmação do poder estatal; participação democrática)²⁶. Com ela será possível, alfim, continuar a promover uma

22 SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 157-158.

23 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 65-66.

24 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Parte General. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. II-15. No mesmo sentido, classificando a motivação como um princípio geral a ser reconhecido mesmo nos Estados onde não seja expressamente proclamado: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 9. t. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 102-103.

25 PERELMAN, op. cit., p. 570.

26 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 139-140.

aproximação com os cidadãos, fortalecendo a posição de credibilidade conquistada perante a comunidade²⁷.

1.2 O MODELO PROCESSUAL DE GARANTIAS

Outra característica comum aos Estados Democráticos é a adoção de conjunto de garantias processuais, decorrentes do direito fundamental à tutela judicial efetiva. Tanto as declarações internacionais de direitos, tais como a Convenção Americana de Direitos do Homem (art. 8 – garantias judiciais) e a Convenção Europeia de Direitos do Homem (art. 6 – direito a um processo equitativo), como as principais Constituições consagram as regras mínimas individuais e estruturais para o que se denominou processo justo²⁸.

Entre outras, nelas inserem-se a imparcialidade do juiz; a ampla defesa; o contraditório; a duração razoável; a vedação de prova ilícitas; publicidade; e, finalmente, a motivação das decisões. Especificamente quanto à esta última, conquanto já fosse extraída de forma implícita do *due process of law* e prevista nos códigos de processo, hoje está consagrada expressamente em diversos ordenamentos constitucionais, como, por exemplo, o brasileiro²⁹, o espanhol³⁰, o português³¹, o peruano³², o mexicano³³, o equatoriano³⁴ e o italiano³⁵. Situação que

27 Algo que se acentua para um Poder que somente pode atuar mediante provocação, quando um litígio lhe é apresentado. CARBONELL, Miguel. “Los guardianes de las promesas. Poder Judicial y democracia en México”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesual Constitucional*. v. II. México: Porrúa, Jul.-dez. 2004. p. 33.

28 GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*. v. LI. n. 305. Porto Alegre: Notadez. Março de 2003. p. 63.

29 Art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...].

30 Art. 118.3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.

31 Artigo 205º 1. As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.

32 Art. 139: son principios y derechos de la función jurisdiccional [...] 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

33 Art. 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en “rtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

34 Art. 76. - [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

35 Art. 111. [...] Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

lhe confere mais estabilidade, porquanto integrante do catálogo de direitos fundamentais.

Não por outra razão, FERRAJOLI destaca o nexó entre o garantismo e o constitucionalismo, dado o *status* qualificado conferido por este ao primeiro movimento, condicionante da validade de toda a atividade estatal superveniente³⁶.

Sob outro prisma, a motivação deriva-se, igualmente, do direito de ser ouvido em juízo. Ora, não há como considerar a necessidade de um *fair hearing* - com prazos adequados para informação, manifestação e impugnação - sem a correlata oportunidade para verificar se tais argumentos foram efetivamente levados em conta.

É como já advertiu o Supremo Tribunal Federal do Brasil, com suporte na doutrina germânica, ao concluir que o dever de fundamentação das decisões, a partir da análise concreta e atenta das teses apresentadas, é um corolário da pretensão à tutela jurídica:

Apreciando o chamado Anspruch auf rechtliches Gehör (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã - BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte - Staatsrecht II. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. Einführung in das Staatsrecht. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, [...], contém os seguintes direitos:[...]

3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas [...]

36 FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: Debate entre el Derecho y la Democracia*. Trad.de Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006. p. 16.

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtenspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*)³⁷.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, já teve a oportunidade de assentar que “el deber de motivación es una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1 [ser ouvido por tribunal independente, imparcial e competente] para salvaguardar el derecho a un debido proceso”³⁸.

A fundamentação das decisões representa, pois, o momento no qual as partes poderão saber se o fato de lhes terem sido assegurada a uma série de garantias, e a possibilidade de influência na formação do provimento jurisdicional³⁹, foi realmente efetivo. Após a apresentação da tese do autor e da antítese do réu, o ciclo dialético processual se encerrará com a síntese motivada⁴⁰.

1.3 PRINCÍPIOS E CONCEITOS INDETERMINADOS: JUSTIFICANDO AS ESCOLHAS

O terceiro fator que potencializa a atuação dos juízes no século XXI e, conseqüentemente, a essencialidade da exposição do raciocínio judicial, em virtude de relativo âmbito de discricionariedade, congrega tanto o emergência dos princípios constitucionais quanto dos conceitos indeterminados⁴¹.

No primeiro ponto, é conhecida a teoria acerca da textura aberta dos princípios, a admitir o sopesamento entre os mesmos, em oposição

37 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 24.268/MG*, Rel. Min. Gilmar Mendes, (DJ de 09.06.06).

38 *Caso Aptiz Barbera e outros vs Venezuela* (sentença de 05.08.08).

39 Finalidade principal do exercício do contraditório, o qual garante a participação democrática na convicção do juízo. Cf. TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 404. CAPPELLETTI, Mauro. “Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas”. *Revista de Processo*. Ano XVII. n. 17. São Paulo: RT, Jan./mar. 1992. p. 131.

40 COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione Sul Processo Civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino. 1998. p. 68-69.

41 Eis a razão do disposto no Art. 21 do CIEJ: “O dever de motivar adquire uma intensidade máxima em relação às decisões privativas ou restritivas de direitos, ou quando o juiz exerce um poder discricionário”.

ao modelo do “tudo ou nada” típico das regras, a partir de DWORKIN⁴², aliada, ainda, o papel fundamental da argumentação neste processo de convivência entre os mandamentos de otimização, tal como ALEXY define os princípios⁴³. Configura-se, assim, um processo de releitura do sistema jurídico, com notável modificação da tarefa do juiz.

Nessa perspectiva, o juízo de ponderação ganha espaço frente ao clássico modelo de subsunção para resolução de questões, próprio das regras⁴⁴. Há, por vezes, uma pluralidade de opções aceitáveis para cada caso, cuja análise e gradação muito “depende del lenguaje de las normas o de los principios aplicados”⁴⁵.

Isto é, ante a ausência de hierarquia axiológica entre os valores albergados nas constituições, a exemplo do direito à privacidade e à liberdade de imprensa, entre outros, somente na hipótese concreta poderá surgir a solução adequada, algo que acarreta um ônus extra de justificação para os magistrados.

A harmonização de eventuais conflitos, a partir de vetores que garantam a máxima efetividade dos direitos fundamentais, será, portanto, realizada mediante balanceamento ou, nas palavras de CANOTILHO, a concordância prática entre todos eles, tendo como parâmetro a unidade da Constituição⁴⁶.

Com efeito, tal panorama intensificou-se sob o ângulo constitucional; todavia, já era objeto de análise no próprio nível da legislação ordinária. A vagueza de determinados textos legais confere ao magistrado uma certa dose de poder de apreciação. É o que ocorre em hipóteses de decisão que contém cláusulas gerais como o *melhor interesse da criança*, a *boa-fé*, a *garantia da ordem pública*, entre diversos outros. Se é certo que todo ato de interpretação significa uma articulação entre o

42 Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 37-45.

43 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90 *et seq.*

44 SANCHIS, op. cit. p. 143-144. Taruffo anota que a idéia da decisão como mera dedução mecânica da lei trazia a promessa de excluir qualquer discricionariedade dos juízes, vinculando-os aos critérios pré-definidos. TARUFFO, Michele. “Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retórica e dialettica”. *Revista de Processo*. Ano XXXII, n. 143. São Paulo: RT. Jan./Mar. 2007. p. 69.

45 FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo*: Debate entre el Derecho y la Democracia. Madrid: Trotta, 2006. p. 90.

46 CANOTILHO, op. cit., p. 1186-1187.

escrito e o não-escrito em busca da solução mais justa (“law in action”)⁴⁷, com mais razão por ocasião do exame de dispositivos de tessitura ampla.

É de se ressaltar que a referida abertura não significa, em absoluto, seu uso arbitrário, pois devem ser buscados elementos nas mais diversas áreas do conhecimento, tal qual alerta CAPPELETTI:

Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e balanceamento [...], significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia [...]. É envolvida sua responsabilidade [do juiz] pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa⁴⁸.

Daí porque o Tribunal Constitucional Espanhol já ter consignado que a motivação possui a “finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial”⁴⁹. Demonstração esta que, repise-se, será externada no momento em que se descortina a livre convicção - a qual, enquanto ato de vontade, sempre pressupõe uma escolha entre as várias opções possíveis⁵⁰.

Perelman anota que a maneira de justificar as decisões, sobretudo nestes campos menos herméticos, será determinante para “obter o assentimento de seus pares, de seus superiores e da opinião dos juristas, sobre o fato de que prolatou uma sentença conforme ao direito”⁵¹. Para tanto, são igualmente pertinentes as teses comunicativas de desenvolvidas por HABERMAS, segundo o qual é imprescindível argumentar para garantir a pretensão de validade e mover o raciocínio dos interessados à aceitação das proposições⁵².

47 LARENZ, Karl. *A metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 194.

48 CAPPELETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 33.

49 ESPANHA. *STC nº 24/1990*. Recurso de Amparo nº 2552 e 2573/1989. B.O.E de 02.mar.1990.

50 HERNÁNDEZ, Ignacio Colomer. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales e legales*. 1. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2003. p. 36.

51 PERELMAN, op. cit., p. 493.

52 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. v I. Trad. de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 277-281.

Dessa maneira, observa-se que a abertura dos princípios e a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, ao aumentar a margem de atuação judicial, tornam a tarefa de motivar racionalmente as escolhas ainda mais primordial.

2 O PÚBLICO INTERNO

Vistos alguns paradigmas que impactam na motivação do juiz do século XXI, chega-se ao momento de analisar quais as respectivas implicações da fundamentação das decisões em relação ao que aqui se denomina “público interno” que, em verdade, nada mais são do que os atores do plano estritamente técnico-processual. É dizer, os litigantes da causa e os magistrados que, na sequência natural dos atos, possam vir a (re)examinar a controvérsia.

Doutrinadores classificam as funções conferidas a tal grupo como de natureza *endoprocessual*⁵³. No que concerne aos integrantes da relação deduzida em juízo, o primeiro aspecto que avulta é, como mencionado, o de possibilitar a *garantia da efetiva participação* e influência das partes. Característica que está inserida no contexto do direito ao procedimento justo, ele próprio revestido de fundamentalidade⁵⁴, identificado pelo exercício de um contraditório efetivo, em regime de colaboração e paridade de armas, a ser conduzido por juiz independente e imparcial.

Ora, de nada adiantaria autores, réus e assistentes participarem de uma audiência, terem o seu “dia na corte”⁵⁵, manterem contato com seus advogados e elaborarem estratégias de defesa, se a decisão não contemplasse as alegações, ainda que para refutá-las. A Exposição de Motivos do Código Ibero-Americano de Ética Judicial não se olvida deste fator, nos seguintes termos: “poder contar com o convencimento dos destinatários no que se refere a suas normas é mais importante para a Ética do que para o Direito, por isso a ênfase posta em um diálogo racional em que são oferecidos argumentos e contra-argumentos”. Cuida-se, sob outro enfoque, da ética do discurso de Habermas, a promover os valores do *respeito* e da *consideração*⁵⁶.

53 Por todos, vide TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*, ano XIV, n. 56, São Paulo: RT, out./dez. 1989. p. 223; MOREIRA, op. cit., p. 288.

54 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra. 2008. p. 73.

55 “The quality of the courts procedure turns essentially around the basic principle of the right to be heard [...] Rather, the court ruling must come as an answer to a party’s grievance and to his adversary’s defense; each party much have his ‘day in court’”. CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 699.

56 Cf. HABERMAS, Jurgên. op. cit., p. 280-287.

Exigência que possui contornos especiais na *apreciação e valoração das provas* produzidas, imprescindível para o controle de racionalidade do conteúdo de suas explicações⁵⁷. Daí a correta redação do art. 23 do CIEJ, que assim prevê: “em matérias de fato o juiz deve proceder com rigor analítico no tratamento do quadro de provas. Deve mostrar, em concreto, o que indica cada meio de prova, para depois efetuar uma apreciação no seu conjunto”.

Logo, os membros do Poder Judiciário devem se preocupar com a *força persuasiva* de suas decisões⁵⁸. Há quem assevere, inclusive, que a motivação é mais importante para o perdedor do que para o vencedor, pois é o primeiro que terá que se conformar ou impugnar as explicações fornecidas⁵⁹. Sem embargo, a aceitabilidade diz respeito a ambos - assim como à opinião pública em geral, objeto do tópico seguinte; conquanto em graus distintos na prática, por óbvio, uma vez que aquele que teve sua tese acolhida não se importará que o tenha sido por fundamento diverso do alegado.

Destaque-se, ainda, que é a partir da motivação que restarão estabelecidos os fundamentos que permitirão tanto a *utilização das vias recursais*⁶⁰ como o *reexame* pela jurisdição de grau superior. Eventuais erros, omissões e contradições terão como parâmetro a fundamentação expendida. A propósito, a respectiva tarefa de execução do comando judicial encontrará menos embaraços diante de um quadro de clareza e objetividade.

Além disso, SUMMERS recorda que um bom raciocínio poderá esclarecer e *orientar as decisões futuras* de outros julgadores⁶¹, principalmente no sistema jurídico anglo-saxão, de vinculação - e eventual distinção - dos precedentes⁶². Assim, na medida em que haja uniformidade na orientação de casos análogos, o princípio da

57 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 6. ed. v. II. São Paulo: RT, 2007. p. 467

58 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Torino: Giulio Einaudi. 2005. p. 46.

59 MARINONI, ARENHART, op. cit., p. 469; GOMES FILHO, op. cit., p. 102.

60 No ponto, “não seria viável, de forma alguma, o contraditório e a possibilidade de ampla defesa se motivação [pública] não houvesse”. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. ‘Estado de Direito e Devido Processo Legal’. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 15. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 41.

61 SUMMERS, op. cit. p. 713. “A motivação de uma decisão (*ratio decidendi*) fornece uma regra em que os outros juízes, no âmbito do mesmo sistema jurídico, deverão ou poderão inspirar-se em suas decisões referentes a situações similares”. PERELMAN, Cháim. op. cit., p. 279.

62 DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap, 1986. p. 24-26.

isonomia mantém-se tutelado, assim como a segurança jurídica. Torna-se possível, noutra giro, que as razões minoritárias venham a ser adotadas por uma maioria futura.

Por fim, cumpre ressaltar a função *didática* exercida pelo raciocínio judicial, ao permitir que as normas jurídicas possam ser protegidas e explicadas aos seus destinatários, expandindo a eficácia das mesmas⁶³. Algo que vale tanto para o público interno como para o externo, nos termos aqui propostos e a seguir detalhados.

3 O PÚBLICO EXTERNO

Neste grande auditório social em que se desenvolve a função judicante em geral e o dever de motivar as decisões em particular, merecem destaque as relações estabelecidas entre o magistrado e demais integrantes da comunidade, isto é, todos aqueles que não são partes diretas da relação deduzida nos autos - daí porque denominadas funções extraprocessuais. Algo que pode ser analisado sob diferentes prismas e que guarda pertinência com os fins políticos da motivação.

Políticos em virtude, primeiramente, da correlata *legitimação* que o Poder Judiciário necessita buscar, não no voto popular diretamente, mas na observância das regras estabelecidas, a partir da *sujeição* às leis vigentes, expressão da soberania popular. Somente na medida em que forem apresentadas as razões de decidir, todos os titulares do poder e destinatários das normas terão a oportunidade de aferir se os comandos estão de acordo com as prescrições aceitas, tanto de natureza material como processual⁶⁴.

Aplicável, no ponto, a teoria de legitimação pelo procedimento, de Luhmann⁶⁵, haja vista que a transferência intersubjetiva do poder aos magistrados está vinculada ao cumprimento dos atos previamente organizados por um sistema de decisão, que confere certeza e estabilidade social.

63 VIGO, op. cit., p. 499.

64 Conforme acentua Bobbio: "Um poder é considerado legítimo quanto que o detém o exerce a justo título, e o exerce a justo título enquanto for autorizado por uma norma ou por um conjunto de normas gerais que estabelecem que, em uma determinada comunidade, tem o direito de comandar e de ter seus comandos estabelecidos". BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus. 2003. p. 235.

65 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB. 1980. p. 26-27.

Não se pode perder de vista, outrossim, o relevante aspecto de *controle* difuso que é deflagrado pela motivação. Qualquer do povo, sobretudo pelo avançado estágio tecnológico dos tempos atuais, pode e deve ter acesso, a fim de exercer uma reflexão crítica, ao conteúdo do raciocínio levado a efeito pelo magistrado - que faz um “contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de suas decisões”⁶⁶.

Registre-se, a propósito, que os meios de comunicação de massa funcionam como propulsores do debate público, tão mais intenso quanto rumoroso e polêmico for o caso. A *aceitabilidade* da opinião pública dependerá, em muito, do caminho bem justificado até a parte dispositiva. De modo que a responsabilidade do juiz converte-se, cada vez mais, na responsabilidade de justificar e maximizar o controle público⁶⁷.

Denota-se, aqui, a presença do valor da *transparência*, mediante a conjugação da motivação com a publicidade, ambas a servir de garantia instrumental para as mais diversas espécies de controle - não apenas o social, mas também o político, o acadêmico, o disciplinar e o superior⁶⁸.

Aliás, é bastante salutar a existência de tal fiscalização tendo em vista, inclusive, que o crivo minoritário do *colegiado* de hoje pode vir a se tornar a posição dominante dos membros de amanhã, como mencionado. Nessa linha, o conhecimento das razões vencidas é ressaltado como uma expressão basilar da democracia, porquanto resguarda a existência do dissenso⁶⁹. CAPPELLETTI ressalta, no ponto, que na motivação divergente, não raro, encontram-se os elementos de incerteza que irão abrir caminho para eventuais intervenções reparadoras do próprio *legislador*⁷⁰.

No que tange a feição *pedagógica* da motivação, seu âmbito consiste na referência para as atividades dos indivíduos, que devem se pautar pelos parâmetros delimitados pela decisão, traço mais acentuado nos processos coletivos e de controle abstrato de constitucionalidade.

66 CAPPELLETTI, Mauro. *Júzes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 98.

67 A constatação foi feita por Aulis Aarnio, para quem a administração da justiça deve ser dotada de autoridade e razão. *Apud* IBAÑEZ, Perfecto Andrés; ALEX Y, Robert. *Jueces y Ponderación Argumentativa*. México: UNAM, 2006. p. 34.

68 VIGO, op. cit., p. 499.

69 HABERMAS, op. cit., p. 224.

70 CAPPELLETTI, op. cit., p. 132.

Tudo isto com vistas a reforçar a confiança (*trust*) da população nos juízes, virtude fundamental, decerto, para qualquer agente do Estado⁷¹. Será, portanto, através da racionalidade verificada na fundamentação - desde que acompanhada de uma prestação em tempo razoável - que o Judiciário receberá os aplausos e a chancela social de suas atividades.

4 MODUS OPERANDI: EXTENSÃO E VÍCIOS

Não há dúvidas em relação à importância do dever de motivar, diante do contexto e das finalidades tratadas até o momento, nem ao seu conceito, qual seja, a exigência de expressar e incorporar as razões de fato e de direito utilizados no “iter” para decisão da controvérsia⁷². Em outras palavras, argumentar para mostrar os motivos que, mais do que a explicam, a tornam justificadas e aceitáveis em termos técnicos⁷³.

A propósito, convém mencionar a concepção da argumentação como “conjunto de raciocínios que vêm apoiar ou combater uma tese, que permitam criticar e justificar uma decisão”⁷⁴. A origem do termo já está na definição de SÃO TOMÁS DE AQUINO, que denomina argumento “lo que arguye la mente para convencer a alguien”, aponta Rodolfo Vigo⁷⁵.

A questão que se examina, a seguir, é de caráter mais prático, acerca da maneira de fazê-lo e das respectivas incorreções. Os métodos a serem utilizados para garantia do controle e da validação dos conteúdos, com a demonstração ética - a que alguns se referem como honestidade intelectual⁷⁶ - que as conclusões obtidas não são fruto de eventuais caprichos ou idiosincrasias, mas encontram arrimo no ordenamento e nas provas dos autos.

4.1 EXISTÊNCIA E CLAREZA

71 ENTERRÍA, op. cit., p. 115-118.

72 FIX-ZAMUDIO, Hector. Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica. *Estudios Comparativos. Derecho Latinoamericano*. Serie D. n. 5. México: UNAM, 1974. p. 95.

73 ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. n. 6. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997. p. 22.

74 PERELMAN, op. cit., p. 492.

75 Do latim “argumentum dicitur, quod arguit mentem ad assen tiendum alicui”. VIGO, Rodolfo Luís. op. cit., p. 496.

76 IBÁÑEZ, ALEX, op.cit., p. 40 .

O primeiro requisito que exige de uma boa decisão judicial é a sua clareza, vale dizer, a ausência de ambigüidades e obscuridades que conduzam à necessidade de um pronunciamento posterior para explicitá-la. O artigo 19 do Código Ibero-americano de Ética Judicial assim sintetiza a idéia: “motivar implica exprimir, de *maneira ordenada e clara*, as razões juridicamente válidas e aptas para justificar a decisão”.

Em relação a tal qualidade, por óbvio, o pressuposto lógico antecedente é o de que exista alguma fundamentação, porquanto “nula é a sentença completamente desprovida de fundamentação [...] que agride o devido processo legal e mostra a face da arbitrariedade, incompatível com o Judiciário democrático”⁷⁷.

Reconhece-se que, por vezes, não é tão simples identificar o conceito de decisão não fundamentada, apartando-o de decisão mal fundamentada e de decisão insuficientemente fundamentada⁷⁸. Certo, contudo, é que a sanção de nulidade tem sido reservada apenas para os casos em que haja total desprovimento de razões.

4.2 COMPLETEUDE

Na inteireza dos fundamentos reside algumas das principais polêmicas em torno da motivação. Não obstante as partes e, principalmente, seus advogados intentarem que o juízo se debruce sobre todas as alegações deduzidas, resta pacificado que a motivação não deve ser entendida em termos tão amplos.

É, por exemplo, o que assentou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao registrar “que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes”⁷⁹, posição que se harmoniza com a ressalva final do artigo 25 do Código de Ética referido: “a motivação deve estender-se a todas as alegações das partes ou às razões produzidas pelos juízes que tenham apreciado antes a questão, *desde que sejam relevantes para a decisão*”.

77 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 18.731/PR, 4ª Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo (DJ de 30.03.1992). Na apreciação de caso envolvendo Tribunal Militar da Grécia, a Corte Européia de Direitos Humanos também assentou a absoluta impossibilidade de ausência de fundamentação, por violação ao artigo 6.1 (direito ao processo equitativo). UNIÃO EUROPEIA. Corte Européia de Direitos Humanos. *Caso Hadjianastassiou vs. Grécia*. Sentença de 16.12.1992.

78 CARNEIRO, Athos de Gusmão. “Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada”. *Revista de Processo*. ano XXI, n. 81, São Paulo: RT, jan./mar. 1996. p. 222.

79 *Caso Apitz vs. Venezuela*. cit.

De modo o juiz pode se contentar em examinar os fundamentos que seja suficientes e relevantes para o deslinde da causa. A uma, por uma questão de duração razoável do processo, direito igualmente fundamental; a duas, em virtude da natureza dos órgãos jurisdicionais, que não se constituem em tribunais de consulta. Razão pela qual o magistrado pode ser *sucinto e objetivo* em fundamentação, com simplicidade, na medida em que contemple os argumentos essenciais para solução do conflito - “com uma concisão que seja compatível com a total compreensão das razões expostas”⁸⁰.

O que não significa estar autorizado para a mera remissão aos dispositivos legais ou a partir de formulações vazias tais como “por falta de amparo legal” ou “ausência de omissão”, sem o exame concreto das alegações⁸¹. O CIEJ foi percuente ao prever, em seu art. 25, que “a motivação em matéria de Direito não pode limitar-se à invocação das normas aplicáveis, especialmente nas decisões sobre o mérito de determinada matéria”.

4.3 O EXAME DAS PROVAS

A partir do clássico brocardo “da mihi factum, dabo tibi jus”, surge outra face bastante sensível em matéria de motivação: as questões fáticas e o direito à prova. Em etapas determinantes deste último - admissão e valoração - a motivação se fará presente. O rigor referente a tal análise (art. 27 do CIEJ) é corolário do margem de convicção atribuída ao juiz⁸².

Em primeiro plano, no momento de admissão dos meios de prova, deve-se perquirir a necessidade e a pertinência do proposto. Isto porque a prova deve ser lícita, relevante e capaz de provar o fato controvertido. Neste particular, o indeferimento deve, pois, ser cuidadosamente motivado, a fim de não se embaraçar o exercício da ampla defesa e contraditório.

No exame do conteúdo das provas, propriamente dito, há situações falta de correspondência com os dados dos autos, com a omissão na valoração da prova existente ou, ao contrário, pela inclusão

80 Art. 27 do CIEJ.

81 GRECO, Leonardo. op. cit., p. 85.

82 O Código de Processo Civil brasileiro bem expressão tal relação: “art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

no raciocínio de prova inexistente⁸³. MARINONI e ARENHART advertem, por exemplo, para “sentenças fundadas em quesitos periciais que não retratam as respostas que estão nos autos, ou mesmo sentenças que distorcem depoimentos testemunhais”⁸⁴.

É dizer, alerta-se para o fato de que o conteúdo da prova deve ser explicado e confrontado, especialmente no caso de dubiedade e da utilização de prova indiciária - situação em que se utiliza o raciocínio presuntivo. Acerca da necessidade de valoração individual e, na sequência, do conjunto de todas as provas, vale a referência ao art. 23 do CIEJ⁸⁵.

4.4 JUSTIFICAÇÃO INTERNA E EXTERNA

A necessidade de *lógica* e *coerência* das decisões consiste em uma das diretrizes que devem ser adotadas pelos juízes. A adoção de determinadas premissas deve conduzir a conclusões compatíveis com as escolhas, assim como a própria validade daquela seleção, no lugar de outras, não pode escapar de balizas racionais. ALEXY observa que, no primeiro caso, se está diante da justificação interna; enquanto no outro, da justificação externa, ou de segundo nível⁸⁶.

O âmbito interno relaciona-se, de plano, com aspectos de *não-contradição* no contexto dos argumentos e de inferência entre as proposições. Em outros termos, o foco central está na compatibilidade entre os enunciados⁸⁷, a partir das regras e procedimentos empíricos.

Mais tormentosa é a justificação externa, na qual se requer que boas razões sejam declinadas para embasar os *critérios* para a aplicação da lei *a* ou *b*, a similitude com o precedente *x* ou *y*, ou, ainda, a utilização do método hermenêutico tal em detrimento de outros igualmente possíveis. De igual modo, têm espaço reservado as formas especiais de argumentos jurídicos, tais como o analógico, o “a contrariu sensu”, o “a

83 GOMES FILHO, op. cit., p. 188.

84 MARINONI, ARENHART, op. cit., p. 467.

85 Art. 23 Em matérias de fato o juiz deve proceder com rigor analítico no tratamento do quadro de provas. Deve mostrar, em concreto, o que indica cada meio de prova, para depois efetuar uma apreciação no seu conjunto.

86 ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy. 2001. p. 218.

87 GOMES FILHO, op. cit., p. 125.

fortiori” e o “ad absurdum”⁸⁸. Na tônica deste trabalho, tais ferramentas viabilizam a tarefa de *convencimento* dos destinatários da decisão.

4.5 MOTIVAÇÃO IMPLÍCITA, PER RELATIONEM E POR FORMULÁRIOS

No último ponto deste tópico, optou-se pela junção de três espécies de motivação que, conquanto bastante utilizadas pelos tribunais, carecem de redobrada cautela na respectiva aplicação, a saber: a motivação implícita, a motivação por remissão e a motivação por formulários ou modelos.

Na motivação implícita, deduz-se que alguma tese foi refutada pelo juízo, em virtude da adoção de outra que a inviabiliza, ainda que tal assertiva não esteja explicitada na decisão. Embora não desejável sob o aspecto da inteireza da análise, cuida-se de lacunas logicamente aceitáveis, desde que obedeçam a limites tácitos fixados pelas próprias escolhas anteriores⁸⁹. Diferente, portanto, da mera omissão.

A propósito, o Tribunal Constitucional de Portugal já afastou interpretação que fora conferida ao Código de Processo Penal daquele país por Tribunal local, que havia reputado desnecessária a discriminação dos fatos provados e não provados, mesmo em sede recursal. Do contrário, abrir-se-ia “porta às indesejáveis tentativas de adivinhação”:

[...] ainda antes da operação de subsunção dos factos ao direito, o juiz está ainda obrigado a explicitar o exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal. [...]

Logicamente, a falta de enumeração dos factos provados e não provados compromete seriamente e retira qualquer valor à mera operação de indicação e exame crítico das provas.[...]

Esta inaptidão impede o controlo da legalidade desta decisão, não permite convencer os interessados e os cidadãos em geral acerca da sua correcção e justiça e não obriga o seu autor a ponderar os seus pressupostos de facto, falhando como meio de autocontrolo. [...] viola inequivocamente a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais, na medida em que abre a porta às indesejáveis

88 Segundo Alexy, são seis os referenciais para a justificação externa: (1) estatuto; (2) dogmática; (3) precedente; (4) razão; (5) fatos; e (6) formas especiais de argumentos jurídicos. ALEXY, Robert. op cit., p. 225 e 262.

89 GOMES FILHO, op. cit., p. 198.

tentativas de ‘adivinhação’ dos fundamentos de facto da decisão por parte dos respectivos destinatários⁹⁰.

A motivação per *relationem*, por sua vez, ocorre quando outras razões de decidir, seja de processo, ou mesmo de instância diversa, são incorporadas e simplesmente replicadas como fundamento - pareceres ministeriais também se inserem nesta classificação. Os magistrados devem ter parcimônia com este método, pois é possível que haja elementos supervenientes a alterar a posição anterior, além de peculiaridades que revelem a impropriedade do paradigma invocado.

Razão pela qual à remissão corresponde o ônus da confirmação do nexó de objeto e da plena identidade de conteúdo, a fim de elidir uma fundamentação autônoma. Sem embargo de ser regularmente aceita, como ilustra a jurisprudência constitucional do Brasil⁹¹, não é lícito que a prática descambe para o mero reenvio, também conhecido pela lacônica expressão “mantida por seus próprios fundamentos”, em violação ao dever de motivar.

Finalmente, nas hipóteses em que a controvérsia é unicamente de matéria de direito, reiteradas vezes apreciadas, as decisões modelo ou de formulários podem ser adotadas, sem violação à tutela jurisdicional efetiva. No particular, uma vez mais, os casos devem manter similitude total pois, como afirmou o Tribunal Constitucional Espanhol “peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta, debiendo analizarse el caso concreto para determinar la suficiencia de la respuesta ofrecida”⁹². Em 2006, inclusive, o ordenamento processual brasileiro estabeleceu dispositivo com autorização neste sentido, para *casos idênticos*, conhecidas como “ações repetitivas”⁹³.

90 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão nº 408/2007*. 2ª Seção. Rel. Conselheiro João Cura Mariano. 11.jul.2007.

91 “Vale registrar, por necessário, que se reveste de plena legitimidade jurídico-constitucional a adoção [...] da técnica da motivação “per relationem” [...]. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se a propósito da técnica da motivação por referência ou por remissão, reconheceu-a compatível com o que dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição da República [obrigação de motivar], como resulta de diversos precedentes firmados [...]” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 102.732/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07.05.2010.

92 ESPANHA. *STC nº 223/2003*. Recurso de Amparo nº 2.581/2001. B.O.E de 20.04.2004.

93 Art. 285-A do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.277/2006: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.”

Conclui-se, assim, que as três técnicas representam atenuação para o dever de motivar de sua concepção tradicional e desejada, em vista da dinâmica da atuação judicial e da tempestividade dos processos, cuja validade, porém, circunscreve-se a específicas situações, sob pena de nulidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como é próprio de toda a atividade humana, a sociedade não pode esperar a perfeição do ofício exercido pelos juízes, na condição de meros mortais que buscam construir razões⁹⁴. A expectativa de todos os jurisdicionados, no entanto, é que a magistratura possa atuar legitimamente, em conformidade com as regras estabelecidas, mediante a garantia de uma apreciação de litígios independente, imparcial e, acima de tudo, justa.

Neste desiderato, como visto, o princípio da motivação - binômio dever/direito - desempenha papel central. Ao ter que enunciar a individualização das normas aplicáveis, a análise fática e a qualificação jurídica decorrente, o membro do Poder Judiciário encontra uma contenção à sua atividade racional, da qual deve prestar contas não apenas às partes do processo, mas também a toda a comunidade. Em respeito, ao final, à própria soberania popular.

O cenário atual nas democracias constitucionais, marcado pela consagração dos direitos fundamentais e pela posição cada vez mais destacada dos juízes, intensifica a demanda e a responsabilidade por decisões que sejam aceitáveis e controláveis. Não por outra razão, a idéia de participação e de assentimento corporifica esta nova fase, em que a força estatal, apesar de ainda fundada na autoridade, alia-se, também, ao uso da justificação racional. Ainda mais quando as cláusulas gerais e os princípios constitucionais são caracterizados pela semântica aberta.

O consequente novo modelo de juiz deve ser trabalhado, dessa maneira, nas escolas de formação e aperfeiçoamento da magistratura⁹⁵, priorizando-se a relevância de uma boa motivação como virtude em contínuo desenvolvimento. Tal processo vem a reforçar a proteção da confiança que os cidadãos depositam no Poder Judiciário, expressando dimensão da segurança jurídica, subprincípio concretizador do Estado de Direito⁹⁶.

94 SUMMERS, op. cit., p. 710.

95 CARBONELL, op. cit., p. 35.

96 CANOTILHO, op. cit., p. 257.

Por derradeiro, retomando-se a idéia inicial do protagonista que precisa convencer ao seu público, vale a referência às palavras de MAXIMILIANO que, em texto cuja primeira edição data do ano 1924, também já fazia alusão ao elementos da representação teatral para analisar a atividade da magistratura. Confira-se, por total pertinência e atualidade:

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o considerem autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes⁹⁷.

Que os juízes possam, pois, conferir vida aos textos legais, atuando de forma transparente nos palcos iluminados pelo princípio da motivação, inegável imperativo ético e legitimador, a fim de obter a satisfação e a compreensão de todos os múltiplos interessados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. 4. t. São Paulo: Malheiros, 2007.

ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Serie de Teoria Jurídica y Filosofia del Derecho. n. 6. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997.

97 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006 (1924), p. 49-50.

_____. FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: UNAM, 2005.

_____. VIGO, Rodolfo Luís. *Código Ibero-americano de Ética Judicial*. Trad. de Rosa Maria Severino. Brasília: CJF, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 07/ago/2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 8. t. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

_____. *O Futuro da Democracia*. 11. ed. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 18.731/PR*. 4ª Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. Diário da Justiça de 30.mar.1992. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=18731&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>>. Acesso em: 18/jul/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 24.268/MG*. Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. Diário da Justiça de 09.jun.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2017100>>. Acesso em: 31/jul/2010.

_____. _____. *Hábeas Corpus nº 102.732/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Diário da Justiça de 7.mai.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610602>>. Acesso em: 22.ago.2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 7ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*. Ano XVII. n. 17. Trad. de José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais. jan./mar. 1992, p. 127-143.

_____. *Juizes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Olivera. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. TALLON, Denis. *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*. Milano: Giuffrè, 1973.

CARBONELL, Miguel. Los guardianes de las promesas. Poder Judicial y democracia en México. *Revista Iberoamericana de Derecho Processual Constitucional*. v. II. México: Porrúa. jul./dez. 2004, p. 25-43.

CARNEIRO, Athos de Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada. *Revista de Processo*. ano XXI, n. 81, São Paulo: Revista dos Tribunais. jan./mar. 1996, p. 220-225.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione Sul Processo Civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

_____. Garantias mínimas de 'giusto processo' civil negli ordinamenti hispano-latinoamericanos. *Revista de Processo*. ano XXVIII, n. 112, São Paulo: Revista dos Tribunais. Out./dez. 2003, p. 159-176.

COSTA RICA. Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Sentença de 5 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.doc>. Acesso em: 31/jul/2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap, 1986.

_____. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Democracia, Jueces y Control de la Administracion*. 5. ed. Civitas: Madrid, 2005.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. *Sentença nº 24/1990*. Recurso de Amparo nº 2.552 e 2.573/1989. Boletim Oficial del Estado de 02.mar.1990. Disponível em: < http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1990-0024 >. Acesso em: 18/jul/2010.

_____. _____. *Sentença nº 223/2003*. Recurso de Amparo nº 2.581/2001. Boletim Oficial del Estado de 20.jan.2004. Disponível em <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2003-0223>. Acesso em: 22/ago/2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: Debate entre el Derecho y la Democracia*. Trad.de Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006.

_____. Pasado y futuro del Estado de Derecho. Trad. de Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta. 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, p. 35-44, São Paulo: Malheiros, 1996.

FIX-ZAMUDIO, Hector. *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica. Estudios Comparativos. Derecho Latinoamericano*, Serie D, n. 5, México: UNAM, 1974.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *A motivação das decisões penais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Parte General. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*. v. LI, n. 305, p. 61-99, Porto Alegre: Notadez, Mar. 2003.

GRIMM. Dieter. *Constituição e Política*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle do raciocínio judicial pelos Tribunais Superiores brasileiros. *Revista da AJURIS*, ano XVII, n. 50, p. 6-20, Porto Alegre. nov. 1990.

HABERMAS, Jürgén. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. v. I. Trad. de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERNÁNDEZ, Ignacio Colomer. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales e legales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

HESSE, Konrad. *A Força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés; ALEXY, Robert. *Jueces y Ponderación Argumentativa*. México: UNAM, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 6. ed. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 9. t. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 19. Curitiba. 1979-1980, p. 281-295. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/8836/6146>> . Acesso em: 01/ago/2010

LARENZ, Karl. *A metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação. *Revista de Processo*, ano VIII, n. 29, p. 79-81, São Paulo: Revista dos Tribunais. jan./mar. 1983.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 408/2007*. Processo 268/2007. 2ª Seção. Rel. Conselheiro João Cura Mariano. 11.jul.2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070408.html>> Acesso em: 28/ago/2010.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional: logros y obstáculos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. v. II, p. 179-186, México: Porrúa, jul./dez. 2004.

SANCHÍS, Luís Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta. 2009. p. 123-158.

SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: UNAM, 2004.

SUMMERS, Robert Samuel. Two types of substantive reasons: the core of a theory in common law justification. *Cornell Law Review*. v. 63. n. 5. p. 707-788. 1978. Disponível em: <<http://library2.lawschool.cornell.edu/hein/Summers%20Robert%2063%20Cornell%20L.%20Rev.%20707%20%281978%29.pdf>> Acesso em: 7/ago/2010.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.

_____. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retórica e dialettica. *Revista de Processo*, ano XXXII, n. 143, p. 65-77, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2007.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*, ano XIV, n. 56, p. 223-233, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1989.

UNIÃO EUROPÉIA. Corte Européia de Direitos Humanos. *Caso Hadjianastassiou vs. Grécia*. Sentença de 16.dez.1992. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=GREECE%20|%20Hadjianstassiou&sessionid=58625896&skin=hudoc-en>>. Acesso em: 21/ago/2010

VIGO, Rodolfo Luis. Razonamiento Justificadorio Judicial. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 21, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1998. p. 483 - 498. Disponível em: < http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_33.pdf>. Acesso em: 1/ago/2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. 9. ed. Trad. de Marina Gascón. Madrid: Trotta. 2009.

_____. *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Torino: Giulio Einaudi, 2005.

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA EM ZONAS SEGURAS: A PREVENÇÃO E O DEVER DE AGIR DO ESTADO FRENTE A OCUPAÇÕES IRREGULARES

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING IN SAFE AREAS: PREVENTION AND THE STATE DUTY TO ACT AGAINST ILLEGAL OCCUPATIONS

Alex Perozzo Boeira

*Procurador Federal. Ex-Analista Judiciário no TRT4 e TRF4.
Ex-Analista Processual no MPF. Mestrando em Direito na PUCRS.
Especialista em Direito do Estado pelo UNIRITTER.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direitos constitucionais envolvidos: o direito fundamental à moradia, à vida (e à integridade física) e ao meio ambiente equilibrado; 2 O direito à moradia em zonas seguras e o dever de agir do Estado na prevenção dos danos e riscos: da normativa regulatória às manifestações jurisprudenciais; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O direito à moradia, assim como os demais direitos prestacionais, tem encontrado dificuldades de concretização no Estado Social brasileiro. Como reflexo dessa realidade, o déficit habitacional, mesmo em declínio, supera a casa dos 5,6 milhões de domicílios. É nesse contexto que o crescimento desordenado das cidades e a urbanização sem controles criaram o terreno propício à fixação de moradias em zonas de risco ambiental e/ou geológico, expondo a perigo, em última análise, a vida e a integridade física das populações afetadas. O Estatuto da Cidade (com suas diretrizes gerais e seus instrumentos da política urbana), a Lei de Parcelamento do Solo Urbano e a própria Constituição Federal perfazem a base normativa para o desenvolvimento ordenado e sustentável dos espaços urbanos, públicos ou privados. Frente a este panorama regulatório, tem o Poder Público as competências para agir, promovendo o desenvolvimento urbano regular. Como agente da política urbana, incumbe-lhe também o dever prevenir possíveis danos e corrigir eventuais ilícitos – quer fiscalizando, quer removendo –, propiciando, desse modo, a implementação de habitações humanas em locais dignos e seguros.

PALAVRAS-CHAVE: Moradia. Risco. Prevenção.

ABSTRACT: The right to housing, as well as other social rights, has been difficult to be achieved in the welfare state in Brazil. Reflecting this reality, even as a diminishing data, the housing deficit exceeds the 5.6 million households. In this context, the overcrowded cities and uncontrolled urbanization have created fertile ground for the establishment of housing in areas of environmental and/or geological risk. Ultimately, such situation exposes affected populations to life-endangering environments. The City Statute (with its general guidelines and instruments of urban policy), the Law on Urban Land Installment and the Federal Constitution itself make up the normative basis for the orderly and sustainable development of public or private urban spaces. Given this regulatory scenario, the Government has the powers to act promoting regular urban development. As an agent of the urban policy, it is also Government's duty to prevent possible damage and correct any illegal activity (either inspecting or removing) thus providing the implementation of human housing in worthy and safe places.

KEYWORDS: Housing. Risk. Prevention.

INTRODUÇÃO

O presente estudo buscará examinar o direito à moradia em zonas seguras e o dever de agir do Estado frente a ocupações irregulares de áreas de encostas, de preservação ambiental, pertencentes ou não ao domínio público, cuja utilização e permanência possa colocar em risco a integridade física dos ocupantes ou provocar danos ao meio ambiente.

Nesse desiderato, além do exame do arcabouço legal, procurar-se-á cotejar os direitos fundamentais porventura envolvidos, aplicando o necessário juízo de ponderação¹ entre princípios constitucionais possivelmente incidentes.

Do mesmo modo, também ambiciona investigar, ainda que de forma não-exaustiva, as manifestações jurisprudenciais, permitindo aferir as dissonâncias e convergências jurisdicionais pertinentes à matéria.

1 DIREITOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS: O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA, À VIDA (E À INTEGRIDADE FÍSICA) E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

A realidade social brasileira demonstra que parcela significativa da população tem precário ou nenhum acesso aos direitos prestacionais. Com efeito, o Estado Social tem tornado evidente as dificuldades de implementar e tornar disponíveis os assim qualificados direitos sociais.

Dentre eles, interessa para os efeitos do presente trabalho o direito social fundamental à moradia, acrescido ao texto constitucional por força da Emenda Constitucional nº 26/2000. Nesse contexto, considerando a dificuldade de acesso dos cidadãos – especialmente os de baixa renda – a espaços adequados para fixação de residência², sobressai

1 A esse respeito, pertinente a lição do Professor Humberto Ávila - *Teoria dos Princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 87-8, 102 e 112-3 - acerca do postulado da proporcionalidade: “O postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita”.

2 Releva mencionar que, de acordo com o Ministério das Cidades, baseado em estudo da Fundação João Pinheiro para o ano de referência 2008, o déficit habitacional no Brasil corresponde a cerca de 5,6 milhões

a inoperância do Estado em fiscalizar, ordenar ou mesmo impedir a ocupação irregular de determinados locais.

Em algumas situações, o risco da ocupação pode afetar tão somente o interesse à tutela ambiental, também função precípua do Poder Público (e de toda a sociedade civil). Em outras, quiçá de maior gravidade, o risco da ocupação irregular pode comprometer valores essenciais do Pacto Social: a própria vida ou a integridade física.

Quer seja em decorrência da fixação de habitações precárias em encostas ou áreas de risco, quer seja em razão da fixação de moradias em área de preservação do meio ambiente, impende analisar eventual dever de agir do Administrador Público na prevenção dos danos, na contenção das ocupações já consolidadas, bem como na remoção das populações envolvidas.

Mister examinar, em linha de princípio, as disposições constitucionais pertinentes.

O direito à moradia, como expressão do Estado Social adotado pelo modelo constitucional brasileiro, está previsto no *caput* do art. 6º³ da Carta, que assim dispõe:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Muito embora o texto constitucional não qualifique a expressão, de modo a conferir maior especificidade e concretude ao conteúdo do direito à moradia, certamente não quis o constituinte derivado incorporar ao texto constitucional um direito a qualquer moradia, mas a uma moradia segura, estável, compatível com o mesmo grau de proteção constitucional ao meio ambiente e à vida em sentido lato. As sub-habitações de instável estrutura e localização insegura certamente não correspondem ao desiderato constitucional de moradia condigna

de domicílios. Maiores informações disponíveis em: <<http://www.cidades.gov.br/noticias/ministro-anuncia-novo-deficit-habitacional-de-5-8-durante-fum5>>. Acesso em: 13/02/2011.

3 O texto atual do dispositivo encerra redação determinada pela Emenda Constitucional nº 64/2010. Como alhures referido, o texto original não agregava o direito à moradia, muito menos o direito à alimentação, que corresponde à novidade decorrente da recente alteração.

com a existência humana. Nesse sentido, pertinente o registro de Nicole Mazzoleni Facchini⁴:

Não obstante a ausência de qualificação do termo no texto constitucional brasileiro, é certo que disso não decorre a possibilidade de uma exegese que considere a consagração de um direito a uma moradia “não adequada”. [...] Em todo o caso o direito humano e fundamental à moradia adequada não pode ser reduzido a um simples espaço onde viver. Moradia adequada significa um lugar onde alguém pode se instalar, com segurança, iluminação, ventilação, infra-estrutura e serviços básicos essenciais. Moradia adequada é um todo contínuo entre a comunidade, a natureza e a cultura, derivado da necessidade de habitar um lugar com segurança e dignidade.

À simetria, o art. 225 da CF/88 abarcou o direito ao meio ambiente equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de preservação:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Não bastassem as referências aos direitos fundamentais de 2^a e 3^a dimensão, respectivamente, a própria vida humana é condição para o exercício de todos os demais. Por essa razão, nossa ordem constitucional expressamente previu o direito à vida no *caput* do art. 5^o da CF/88, daí decorrendo como direito constitucional implícito o direito à integridade física:

Art. 5^o 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:

Fixados, pois, os valores constitucionais básicos envolvidos – vida, meio ambiente e direito à moradia – e sem excluir outros – como existência digna, responsabilidade civil do Estado, direito de propriedade, erradicação da pobreza e diminuição da desigualdade social –, resta examinar o possível conflito entre o direito à moradia (in)

⁴ *Direitos fundamentais e direito à moradia*: harmonização de conflitos à luz do princípio da proporcionalidade. 2009. 242f. Mestrado (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 37-38;.

segura e o dever do Estado de agir frente a ocupações irregulares que porventura possam comprometer a integridade física das populações afetadas (ou mesmo gerar risco de dano ambiental).

2 O DIREITO À MORADIA EM ZONAS SEGURAS E O DEVER DE AGIR DO ESTADO NA PREVENÇÃO DOS DANOS E RISCOS: DA NORMATIVA REGULATÓRIA ÀS MANIFESTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

A enchente no Estado de Santa Catarina (2008), o desmoronamento de encosta no Município de Angra dos Reis (2010) e os recentes deslizamentos de terra na região serrana do Estado do Rio de Janeiro⁵ (2011), todos amplamente veiculados na mídia nacional e internacional, vitimaram centenas de pessoas e desabrigaram milhares. Muitas das vítimas fatais estavam localizadas em áreas de risco, regiões de encostas ou de solo impróprio à edificação.

As recorrentes tragédias que anualmente fazem soçobrar residências e ceifam vidas são, em muitos dos casos, decorrentes de um processo de urbanização descontrolado, que acaba por impor às populações – normalmente as com menor poder aquisitivo – a afiação de moradias em zonas impróprias. Essa impropriedade é notadamente perceptível quer sob a ótica da preservação ambiental, quer sob a ótica da segurança geológica, ambas com reflexos, isolada ou cumulativamente, sobre a integridade física desses habitantes. Esse movimento de urbanização marginal e sua influência na conformação precária das cidades é bem analisado por Betânia Alfonsin⁶:

A produção das cidades brasileiras é marcada pela desigualdade: enquanto uma parte da cidade é produzida regularmente por proprietários e empreendedores privados, uma (considerável) parte do tecido urbano é produzida à margem da lei e da ordem urbanística – ilegal e irregularmente, portanto – criando uma via de acesso à terra e à moradia que obedece a uma lógica da necessidade. [...]

5 A extensão dos danos pode ser melhor dimensionada através do *link* disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/-enchente-muda-mapa-geografico-de-nova-friburgo-diz-governo-20110117.html>>, Acesso em: 13/02/2011.

6 *Para além da regularização fundiária*: Porto Alegre e o urbanizador social. ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade*: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 281-282. Também acerca desse processo de urbanização e seus efeitos no direito à moradia, vide NALIN, Nilene Maria. *Os significados da moradia*: um recorte a partir dos processos de reassentamento em Porto Alegre. 2007. 172f. Mestrado (Mestrado em Serviço Social) – Faculdade de Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

Devido à ineficácia das políticas públicas de provisão habitacional, o fenômeno da solução informal para os problemas de moradia assumiu as mais variadas tipologias (favelas, cortiços, loteamentos irregulares e clandestinos, ocupação de áreas de risco, etc.) [...]. A ausência de alternativas legais de acesso à terra urbana e à moradia empurrou a população pobre para os terrenos mais impróprios para fins de moradia, muitas vezes para áreas ambientalmente vulneráveis (sem valor no mercado imobiliário regular, porém mais baratas no mercado clandestino) e, em grande parte dos casos, para as periferias das cidades. A cidade resultante desse processo é marcada por “urbanização de risco”, perversa não apenas para os que vivem em duras condições de vida dos que não têm “direito à cidade”, mas também para a cidade como um todo, que se expande ilimitadamente, avança sobre áreas de interesse ambiental, compromete recursos naturais e paga um alto custo pela expansão da infra-estrutura.

Pois bem, em se tratando de ocupação irregular de espaços urbanos – públicos ou privados –, impende frisar que o ordenamento jurídico pátrio exige comportamento ativo do Poder Público, especialmente em se tratando da esfera municipal de governo.

No âmbito municipal, o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento urbano, devendo, de acordo com o art. 39⁷ da Lei 10.257/2001, observar as diretrizes gerais contidas no art. 2º do mesmo Estatuto, tais como:

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

[...]

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

7 Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;

[...]

g) a *poluição e a degradação ambiental*;

[...]

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

É, portanto, dever do ente público municipal o planejamento da distribuição populacional e a ordenação escoreta do uso do solo urbano, de modo a evitar que sua utilização se volte a fins incompatíveis ou excessivos, sempre tendo em vista o norte ambiental.

Observe-se, porém, que diante de situações emergenciais ou calamitosas, o município não é o único responsável. À própria União, em decorrência da atribuição de competência material prevista no art. 21⁸ da CF/88, compete a defesa permanente contra calamidades públicas, cujo exemplo típico na atualidade das grandes cidades brasileiras encontra amparo nas arrasadoras enchentes e inundações.

Em muitos casos, porém, o próprio Poder Público acaba por acolher a ocupação irregular e ilegal, provendo os locais indevidamente ocupados com alguns serviços básicos de infraestrutura, tais como água potável, telefonia e eletricidade.

Ora, detectada a ocupação indevida, seria de extremo relevo a elaboração de estudo da viabilidade de remoção das famílias do local de risco, ao invés de consolidar o avanço comunitário desordenado. Nesse sentido, confira-se a decisão monocrática da Ministra Denise Arruda, do Superior Tribunal de Justiça, que manteve condenação do Estado

8 Art. 21. Compete à União:

XVIII - planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações;

e do Município de São Paulo a indenizar a desvalorização imobiliária decorrente do descumprimento do dever de evitar a instalação de favela em terreno urbano, provendo a localidade de serviços essenciais:

DECISÃO

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. OFENSA AO ART. 13, II, DA LEI 6.766/79. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. [...]

3. Recurso especial a que se nega seguimento. 1. Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, em face de acórdão do *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, que, em sede de apelação e remessa necessária, confirmou a sentença de primeiro grau de jurisdição no tocante à condenação do Estado e do Município de São Paulo, de forma solidária, ao pagamento de indenização em razão da desvalorização de imóvel pertencente aos ora recorridos, em virtude da omissão do Poder Público em barrar a implantação de loteamento clandestino (favela). Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados. No recurso especial (fls. 734-742), o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 13, II, da Lei 6.766/79, e 535, II, do CPC. Afirma, em síntese, que: (a) não descumpriu qualquer dever legal de agir, na medida em que a Secretaria Estadual do Meio Ambiente lavrou autos de imposição de penalidades de embargo de obra ou construção, em decorrência de afronta à Lei de Proteção aos Mananciais; (b) não é da competência estadual a tomada de medidas legais de responsabilidade dos municípios; (c) o art. 13, II, da Lei 6.766/79, somente autoriza a atuação do Estado em áreas limítrofes de municípios ou que pertençam a mais de um município, nas regiões metropolitanas ou em aglomerações urbanas, desde que definidas em lei estadual ou federal; (d) não foram sanadas as omissões apontadas nos embargos de declaração opostos na origem, no tocante à inexistência de responsabilidade do Estado pelo pagamento da indenização a que foi condenado. A demonstração do suposto dissídio pretoriano escora-se em julgados desta Corte nos quais se decidiu que é dever do magistrado apreciar as questões que lhe são submetidas. Apresentadas as contra-razões e inadmitido o recurso, subiram os autos, posteriormente, em razão do provimento de agravo de instrumento.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso, aduzindo, em suma, que o estabelecimento de “favela” próximo a imóvel particular, sem que para isso tenha concorrido o Estado ou o Município, não os torna obrigados a indenizar pela desvalorização. É o relatório. [...] Com efeito, ainda que por fundamentos diversos, o aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, *concluindo, no entanto, que a implantação do loteamento irregular, a qual causou danos à vizinhança, “só foi possível em razão da omissão dos Poderes Públicos Municipal e Estadual que não cuidaram de evitar o desastre a tempo, através de medidas efetivas, pois somente se manifestaram quando o fato já estava consumado”* (fl. 695). *Consignou, ainda, que “o Poder Público acabou por incentivar o aumento das construções clandestinas, instalando serviços públicos, tais como abastecimento de água pela SABESP, ligações de telefones, instalação de linhas de ônibus e fornecimento de luz”* (fl. 695). *Mais adiante, deixou assentado que tais “melhoramentos foram introduzidos quando tais serviços de utilidade pública ainda não haviam sido privatizados e eram prestados por empresas públicas, algumas controladas pelo Estado e outras pelo Município”* (fls. 695-696). [...] 4. Diante do exposto, com fundamento no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 24 de outubro de 2005.

RECURSO ESPECIAL Nº 650.756 - SP (2004/0035471-3).
RELATORA: MINISTRA DENISE ARRUDA

Não bastassem as prescrições do Estatuto da Cidade, a própria Lei 6.766/79, que regula o parcelamento do solo urbano, é terminantemente proibitiva em relação a loteamento ou desmembramento⁹ em terrenos alagadiços ou sujeitos a inundações, com inclinação acentuada, sem condições geológicas ou em áreas de preservação ambiental¹⁰.

9 Art. 2º - O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes. § 1º - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a 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.

10 Art. 3º Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal. Parágrafo único. Não será permitido o parcelamento do solo: I - em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas; [...] III - em terreno com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes; IV - em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação; V

Por conseguinte, omitindo-se o Estado na tarefa regulatória, ordenatória e fiscalizatória que lhe incumbia, incide em omissão antijurídica, passível de responsabilização civil¹¹. Em alguns casos,

- em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.

Disposição semelhante está prevista, por exemplo, no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental do Município de Porto Alegre/RS – Lei Complementar 434/99 –, com alguns acréscimos e alterações: *Art. 136*. Fica vedado o parcelamento do solo, para fins urbanos: I - em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas ou a proteção contra as cheias e inundações; II - em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde, sem que sejam previamente saneados; III - em terrenos ou parcelas de terrenos com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas a serem estabelecidas por decreto; IV - em terrenos onde as condições geológicas e hidrológicas não aconselham a edificação; V - em terrenos situados fora do alcance dos equipamentos urbanos, nomeadamente das redes públicas de abastecimento de água potável e de energia elétrica, salvo se atendidas exigências específicas dos órgãos competentes; VI - em Áreas de Proteção do Ambiente Natural, após detalhamento que resulte em preservação permanente; VII - em áreas onde a poluição ambiental impeça condições sanitárias, salvo se houver correções de acordo com as normas oficiais; VIII - em imóveis dos quais resultem terrenos encravados ou lotes em desacordo com padrões estabelecidos em lei; IX - em imóveis que não possuam frente para logradouros públicos oficiais; X - em Áreas de Contenção ao Crescimento Urbano (ACCRU).

- 11 ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. ART. 40 DA LEI N. 6.766/79. PODER-DEVER. PRECEDENTES. 1. O art. 40 da Lei 6.766/79, ao estabelecer que o município “poderá regularizar loteamento ou desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença”, fixa, na verdade, um poder-dever, ou seja, um atuar vinculado da municipalidade. Precedentes. 2. Consoante dispõe o art. 30, VIII, da Constituição da República, compete ao município “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”. 3. Para evitar lesão aos padrões de desenvolvimento urbano, o Município não pode eximir-se do dever de regularizar loteamentos irregulares, se os loteadores e responsáveis, devidamente notificados, deixam de proceder com as obras e melhoramentos indicados pelo ente público. 4. O fato de o município ter multado os loteadores e embargado as obras realizadas no loteamento em nada muda o panorama, devendo proceder, ele próprio e às expensas do loteador, nos termos da responsabilidade que lhe é atribuída pelo art. 40 da Lei 6.766/79, à regularização do loteamento executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença. 5. No caso, se o município de São Paulo, mesmo após a aplicação da multa e o embargo da obra, não avocou para si a responsabilidade pela regularização do loteamento às expensas do loteador, e dessa omissão resultou um dano ambiental, deve ser responsabilizado, conjuntamente com o loteador, pelos prejuízos daí advindos, podendo acioná-lo regressivamente. 6. Recurso especial provido. (REsp 1113789/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO FIGURAR NO PÓLO PASSIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA. [...] 2. A decisão de primeiro grau, que foi objeto de agravo de instrumento, afastou a preliminar de ilegitimidade passiva porque entendeu que as entidades de direito público (in casu, Município de Jquitiba e Estado de São Paulo) podem ser arrostadas ao pólo passivo de ação civil pública, quando da instituição de loteamentos irregulares em áreas ambientalmente protegidas ou de proteção aos mananciais, seja por ação, quando a Prefeitura expede alvará de autorização do loteamento sem antes obter autorização dos órgãos competentes de proteção ambiental, ou, como na

inclusive, a atuação jurisdicional pode conduzir a determinadas tutelas específicas, com a retirada física (no mais das vezes forçada) de moradores:

DECISÃO

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REMOÇÃO DOS BARRACOS E MORADORES SOB O VIADUTO GENERAL MILTON TAVARES DE SOUZA. OCUPAÇÃO IRREGULAR. POSSIBILIDADE DE DESMORONAMENTO. SUBIDA DOS AUTOS.

1. É admissível o provimento do agravo de instrumento para melhor exame da admissão do recurso especial, ao nuto do Relator.
2. Agravo de instrumento provido, determinando-se a subida do recurso especial.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO contra decisão que inadmitiu seu recurso especial, este com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional. O especial foi interposto contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

AÇÃO CIVIL PUBLICA Remoção dos barracos e moradores sob o Viaduto General Milton Tavares de Souza. Admissibilidade. Ocupação irregular. Local que abriga extensa favela. Possibilidade de desmoronamento dos barracos, abalo da estrutura do próprio viaduto, incêndio, inundações e degradação ao meio ambiente. Hipótese em que, havendo 280 famílias no local em questão, deve ser compelida a ré a retirar os moradores de

espécie, por omissão na fiscalização e vigilância quanto à implantação dos loteamentos. 3. A conclusão exarada pelo Tribunal a quo alinha-se à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, orientada no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para figurar em ação que pretende a responsabilização por danos causados ao meio ambiente em decorrência de sua conduta omissiva quanto ao dever de fiscalizar. Igualmente, coaduna-se com o texto constitucional, que dispõe, em seu art. 23, VI, a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. E, ainda, o art. 225, caput, também da CF, que prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 4. A competência do Município em matéria ambiental, como em tudo mais, fica limitada às atividades e obras de “interesse local” e cujos impactos na biota sejam também estritamente locais. A autoridade municipal que avoca a si o poder de licenciar, com exclusividade, aquilo que, pelo texto constitucional, é obrigação também do Estado e até da União, atrai contra si a responsabilidade civil, penal, bem como por improbidade administrativa pelos excessos que pratica. 5. Incidência da Súmula 83/STJ. 6. Agravo regimental não-provido. (AgRg no Ag 973.577/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 19/12/2008)

lá, encaminhando-os para alojamento provisório e, a seguir, proceder a demolição das edificações irregulares, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias Cominação da multa diária, com o objetivo de obrigar a Municipalidade a cumprir a obrigação na forma específica Adequação das multas que serão sempre admissíveis em ocorrendo um fato novo capaz de alterar a situação existente Art 461, § 6o, do CPC Reexame necessário e recurso da Municipalidade parcialmente providos e recurso do Ministério Público provido, com observação. A recorrente alega violação aos arts. 3º, da Lei Federal nº 7.347/85, 461, § 4º e 267, VI, todos do CPC. Sustenta a impossibilidade jurídica do pedido e a ilegitimidade passiva da Municipalidade e a indevida aplicação da multa diária. Brevemente relatados, decido.

Para melhor exame da matéria, dou provimento ao agravo de instrumento determinando a subida dos autos principais. Publique-se. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2010.

[AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.231.911 - SP (2009/0154566-9), Ministro LUIZ FUX, 01/03/2010]

Oportuno aduzir que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, já em 1979¹², apreciou o embate de direitos (fundamentais) que, no caso concreto, também afetariam o direito à moradia. Com efeito, ao julgar reclamação constitucional, a Corte alemã entendeu que o direito à tutela executiva do credor de efetivar o despejo do devedor deveria ceder face ao risco de agravamento da doença psíquica deste último, que poderia redundar em danos à sua vida ou à sua integridade física (risco de suicídio, já tentado em momento pretérito). Assim, aplicando a eficácia horizontal¹³ dos direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional Alemão acolheu a primazia do direito à vida é à integridade física, afastando o despejo em virtude da execução forçada. A preservação da moradia (por meio da suspensão do despejo) atuaria como meio de proteção ao fim tutelado pela Constituição alemã: a vida.

Aliás, na esteira do precedente tedesco, a missão do Poder Público no cenário brasileiro deve assumir feição notadamente preventiva, de modo

12 SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad.: HENNIG, Beatriz et al. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 296-299.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.169.

justamente a evitar dano ou risco de dano aos valores constitucionais em questão: vida (integridade física), meio ambiente e/ou direito à moradia. Exemplos em passado não distante tornam evidente a necessidade de ação acautelatória e fiscalizatória por parte dos entes estatais, visando a impedir a ocupação ilegal e, se já promovida, a impedir que danos pessoais ou ambientais sejam concretizados ou assumam proporções indesejáveis – tudo sem olvidar de medidas compensatórias para salvaguardar o direito à moradia em zonas seguras.

Neste particular, imprescindível o magistério do Professor Juarez Freitas¹⁴, ao vincular o princípio da prevenção ao dever de agir do Estado:

O princípio da prevenção, no Direito Administrativo, estatui que a administração pública, ou quem faça as suas vezes, na certeza de que determinada atividade implicará dano injusto, se encontra na obrigação de evitá-lo, desde que no rol de suas atribuições competenciais e possibilidades orçamentárias. Quer dizer, tem o dever incontornável de agir preventivamente, não podendo invocar juízos de conveniência ou de oportunidade, nos termos das concepções de outrora acerca da discricionariedade administrativa. [...] há certeza suficiente de que determinado prejuízo ocorrerá se a rede de causalidade não for tempestivamente interrompida. [...] Eis – sem tirar nem acrescentar – o princípio da prevenção, nos seus elementos de fundo: (a) altíssima e intensa probabilidade (certeza) de dano especial e anômalo; (b) atribuição e possibilidade de o Poder Público evitá-lo; e (c) o ônus estatal de produzir a prova da excludente da reserva do possível ou outra excludente da causalidade, no caso da configuração do evento danoso.

Assim, ainda que a remoção compulsória (promovida administrativamente ou, em caso de resistência, na via judicial) seja traumática, impende ao Poder Público conferir maior âmbito de proteção ao direito à vida e ao meio ambiente equilibrado, face ao potencial risco de permanência das populações nas áreas afetadas. Como não poderia deixar de ser, a vida é bem supremo e pressuposto para o exercício do direito à moradia – bem como dos demais direitos fundamentais – e não o inverso¹⁵.

14 *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.99-101.

15 É digno de nota, porém, a lição de Elaine Adelina Pagani – *O direito de propriedade e o direito à moradia*: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 124 –, ao preconizar que “o direito à moradia no artigo 6º da Constituição Federal

E, em último caso, mesmo que se entenda como discricionário o agir da Administração na adoção de medidas necessárias à salvaguarda dos indivíduos que tenham fixado moradia em locais de risco, a noção hodierna de discricionariedade guarda estreita vinculação com os princípios fundamentais (art. 37 da CF/88)¹⁶. Por essa razão, também sob este aspecto resta impositiva a atuação estatal *eficiente* no sentido de promover a vida, a integridade física das pessoas e a preservação do meio ambiente, constituindo-se esses valores em diretivas para o desempenho da atividade administrativa.

Repare-se, contudo, que esse juízo de ponderação de princípios nem sempre tende a preservar a integridade da comunidade local ou do meio ambiente frente ao direito de permanecer residindo em local impróprio. Claros exemplos desse entendimento são os julgados citados abaixo, em que as Cortes conferiram maior grau de proteção ao direito à moradia:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. DIREITO À MORADIA. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. DESOCUPAÇÃO FORÇADA E DEMOLIÇÃO DE MORADIA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. POSSE ANTIGA E INDISPUTADA. AQUIESCÊNCIA DO PODER PÚBLICO. DISPONIBILIDADE DE ALTERNATIVA PARA MORADIA. TERRENO DE MARINHA. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA JUDICIAL. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA, DESPEJO E DEMOLIÇÃO FORÇADAS PARA PROTEÇÃO AMBIENTAL. PREVENÇÃO DE EFEITO DISCRIMINATÓRIO INDIRETO. 1. Não há nulidade pela não realização de perícia judicial quanto à qualificação jurídica da área onde reside a autora como terreno de marinha, à vista dos laudos administrativos e da inexistência de qualquer elemento concreto a infirmar tal conclusão. 2. A área de restinga, fixadora de dunas, em praia marítima, é bem público da União, sujeito a regime de preservação permanente. 3. A concorrência do direito ao ambiente e do direito à moradia requer a compreensão dos respectivos conteúdos jurídicos segundo a qual a desocupação forçada e demolição da moradia depende da disponibilidade de alternativa à moradia. 4. Cuidando-se de família pobre, chefiada por mulher

pode ser identificado como um direito que integra o direito à subsistência, o qual, por sua vez, representa a expressão mínima do direito à vida”.

16 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 229- 236.

pescadora, habitando há largo tempo e com aquiescência do Poder Público a área de preservação ambiental em questão, ausente risco à segurança e de dano maior ou irreparável ao ambiente, fica patente o dever de compatibilização dos direitos fundamentais envolvidos.

5. O princípio de interpretação constitucional da força normativa da Constituição atenta para a influência do conteúdo jurídico de um ou mais direitos fundamentais para a compreensão do conteúdo e das exigências normativas de outro direito fundamental, no caso, o direito ao ambiente e direito à moradia.

6. Incidência do direito internacional dos direitos humanos, cujo conteúdo, segundo o Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU (The Right to adequate housing (art. 11.1): forced evictions: 20/05/97. CESCR General comment 7), implica que “nos casos onde o despejo forçado é considerado justificável, ele deve ser empreendido em estrita conformidade com as previsões relevantes do direito internacional dos direitos humanos e de acordo com os princípios gerais de razoabilidade e proporcionalidade” (item 14, tradução livre), “não devendo ocasionar indivíduos “sem-teto” ou vulneráveis à violação de outros direitos humanos. Onde aqueles afetados são incapazes para prover, por si mesmos, o Estado deve tomar todas as medidas apropriadas, de acordo com o máximo dos recursos disponíveis, para garantir que uma adequada alternativa habitacional, reassentamento ou acesso a terra produtiva, conforme o caso, seja disponível.”

8. Proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que o sujeito diretamente afetado seria visto como meio cuja remoção resultaria na consecução da finalidade da conduta estatal, sendo desconsiderado como fim em si mesmo de tal atividade.

9. Concretização que busca prevenir efeitos discriminatórios indiretos, ainda que desprovidos de intenção, em face de pretensão de despejo e demolição atinge mulher chefe de família, vivendo em sua residência com dois filhos, exercendo, de modo regular, a atividade pesqueira. A proibição da discriminação indireta atenta para as consequências da vulnerabilidade experimentada por mulheres pobres, sobre quem recaem de modo desproporcional os ônus da dinâmica gerados das diversas demandas e iniciativas estatais e sociais. (TRF4, AC 2006.72.04.003887-4, Terceira Turma, Relator Roger Raupp Rios, D.E. 10/06/2009)

ADMINISTRATIVO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE - DEC-LEI 9.760/67 – DESOCUPAÇÃO DE GRANDE ÁREA COLETIVA - AJUIZAMENTO DE VÁRIAS AÇÕES COM IDÊNTICO OBJETIVO - ESTATUTO DA CIDADE – LEI Nº 10.257/01. I- A

UNIÃO FEDERAL ajuizou ação de reintegração de posse, em face de VALTER SOARES DOS SANTOS, objetivando a reintegração de posse de imóvel, com base no Decreto-Lei nº 9.760/46, com pedido de liminar, argumentando para tanto que os réus ocupavam área pertencente à UNIÃO, na Ilha do Governador, sem autorização do III Comar. II- Trata-se de área localizada na Ilha do Governador, ocupada por milhares de pessoas, constituindo-se na Favela dos Gaegos, Favela dos Barbantes e Morro do Inglês. III- A UNIÃO propôs centenas de ações em separado com idêntico objetivo, tendo o MM Juiz de Primeiro Grau julgado extinto o presente feito, sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, sob o fundamento de que haveria uma comunidade vivendo no local, e, ao optar por ajuizamentos em separado de diversas ações, estaria a UNIÃO inviabilizando a própria efetividade de qualquer decisão favorável à sua pretensão. IV- Como bem destacou a r. Sentença, após a caracterização de verdadeira comunidade ocupando irregularmente a área, ensejando a comumente conhecida “favela”, a Administração pretende transferir a responsabilidade referente à retirada de milhares de pessoas ao Poder Judiciário, na contramão do social e em conflito com o próprio espírito de regularização de ocupação de imóveis privados, por parte de pessoas de baixa renda, destacado pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01, art. 2º, XIV, e art. 10). V- Outrossim, sequer restou demonstrado, por parte da autora, a comprovação do elemento subjetivo (detenção) a conferir o direito reclamado. VI- Negado provimento à apelação e à remessa necessária. Mantida a r. Sentença de Primeiro Grau.

(TRF-2, Processo: 2002.02.01.022518-7, AC – 289145, UF: RJ, Órgão Julgador: OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data Decisão: 28/07/2009)

Como visto, entretanto, a inércia do ente público poderá atrair sua responsabilização no reparo dos danos gerados, independentemente do dissenso doutrinário¹⁷ e jurisprudencial¹⁸ acerca da exigência (ou

17 GÓIS, Ewerton Marcus de Oliveira. A responsabilidade civil do Estado por atos omissivos e o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Virtual da AGU*, Ano VII, nº 67, Brasília, agosto/2007. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=79952&id_site=1115&ordenacao=1>. Acesso em: 25/02/2010.

18 RE-AgR 481110, DJ 09/03/2007; RE 409203, DJ 20/04/2007; RE 140270, DJ 18/10/1996; RE 258726, DJ 14/06/2002; Resp 888420, DJe 27/05/2009; Resp 1069996, DJe 1º/07/2009.

não) da demonstração de culpa *lato sensu* para a caracterização da responsabilidade civil do Estado¹⁹ por omissão.

3 CONCLUSÃO

Sem dúvida, o tema aborda questão ainda incipiente no cenário pretoriano brasileiro. Sua relevância se expressa pelos valores envolvidos bem como pela extensão dos danos causados com a ocupação irregular e ilegal de imóveis urbanos, públicos ou privados, merecendo, pois, especial atenção da Doutrina.

O problema envolve a efetivação e a hermenêutica de princípios constitucionais fundamentais à República, normalmente exigindo o cotejo entre o direito à vida e à integridade física, ao meio ambiente hígido e ao direito à moradia segura.

As respostas e soluções não são estanques – como, aliás, se depreende da jurisprudência relacionada –, ora se dando ênfase à remoção compulsória de toda uma coletividade de pessoas, ora se priorizando a manutenção da residência familiar em terreno urbano inapropriado à edificação.

Não se podem olvidar também os limites orçamentários da Administração – em especial a municipal –, muitas das vezes compelida à transferência de comunidades para conjuntos habitacionais apropriados à moradia humana, cuja disponibilidade usualmente não corresponde à demanda.

De qualquer forma, a moradia segura faz parte do mínimo existencial, principalmente em se tratando de um Estado Social brasileiro ainda em fase de afirmação; todavia, ao menos em tese, a integridade das pessoas envolvidas na situação de risco e do próprio meio ambiente degradado pela ocupação ilegal indica a necessidade de especial proteção desses interesses.

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

[...] § 6º - 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.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FACCHINI, Nicole Mazzoleni. *Direitos fundamentais e direito à moradia: harmonização de conflitos à luz do princípio da proporcionalidade*. 2009. 242f. Mestrado (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Discrecionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NALIN, Nilene Maria. *Os significados da moradia: um recorte a partir dos processos de reassentamento em Porto Alegre*. 2007. 172f. Mestrado (Mestrado em Serviço Social) – Faculdade de Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

PAGANI, Elaine Adelina. *O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad.: HENNIG, Beatriz *et al.* Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

**NEOCONSTITUCIONALISMO,
PONDERAÇÃO E RACIONALIDADE:
o critério de correção argumentativa do
ponto médio de ruptura**

***NEOCONSTITUCIONALISM, BALANCING AND
RATIONALITY: THE MIDDLE POINT OF COLLAPSE
CRITERION FOR ARGUMENTATIVE CORRECTION***

*Claudio Fontes Faria e Silva
Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo; 2.1 Aproximação conceitual; 1.1.1 Neoconstitucionalismo *teórico*; 1.1.2 Neoconstitucionalismo *institucional*; 1.1.3 Neoconstitucionalismo *ideológico*; 1.2 Os marcos histórico, filosófico e teórico do neoconstitucionalismo; 2 Ponderação, racionalidade e argumentação no neoconstitucionalismo; 2.1 Colocação do problema; 2.2 Ponderação de bens e interesses constitucionais; 2.3 Ponderação, racionalidade e argumentação: a contribuição do critério de correção do ponto médio de ruptura; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A doutrina identifica o neoconstitucionalismo com o movimento de reestruturação da Teoria Geral do Direito a partir da promulgação de constituições de forte conteúdo protetivo e com pretensão à efetividade, que começa em meados do século XX e vincula-se, historicamente, às consequências da Segunda Guerra Mundial. Esse movimento, todavia, não se limita ao universo teórico, pois tem sido pensado e esquematizado por meio de três vertentes ou acepções: teórica, institucional e ideológica. A passagem do constitucionalismo para o neoconstitucionalismo tem produzido uma crise de racionalidade no Direito. Daí o esforço da doutrina, em muitos países, para encontrar a razão possível em um sistema normativo que se estruturou em normas abertas, desprovidas total ou parcialmente dos pressupostos de aplicação e que, muito por isso, não se sabe, *a priori*, o que ditam e para quem. Impende, assim, compreender o papel da ponderação de bens e interesses como o método apropriado, segundo ampla parcela dos constitucionalistas, para a interpretação e a aplicação dos princípios constitucionais; porém, mais que isso, entender a posição dessa técnica na totalidade do processo de construção da norma para o caso concreto. A questão da racionalidade da interpretação constitucional desemboca no problema da argumentação jurídica, na medida em que é por meio dela que se expõe o caminho percorrido para a solução das questões submetidas ao exame do intérprete. A título de contributo pessoal para o debate, oferece-se o critério de correção argumentativa denominado de *ponto médio de ruptura*.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Ponderação. Racionalidade. Argumentação. Critério de correção argumentativa. Ponto médio de ruptura.

ABSTRACT: The doctrine identifies the neoconstitutionalism with the restructuring movement of the General Theory of Law that starts with the promulgation of constitutions with strong protective content and claim of efficacy, beginning in the mid-twentieth century and linked, historically, to the consequences of the Second World War. This movement, however, is not limited to the theoretical universe. It has been thought and outlined through three aspects or meanings: theoretical, institutional and ideological. The passage of constitutionalism to neoconstitutionalism has produced a crisis of rationality in law, so the doctrine efforts, in many countries, to find the possible reason in a normative system that is structured on open standards, lacking all or part of the conditions of application. That

is why it is not known, *a priori*, what these open standards dictate and to whom. Therefore, the role of the balancing of assets and interests should be understood as the appropriate method, according to large part of constitutionalists, to the interpretation and application of constitutional principles, but more than that, the position of this technique in the whole construction process of the law of the case should be seized. The question of constitutional interpretation rationality leads to the problem of legal argumentation, because it is the basis that exposes the path to the solution of questions submitted to the interpreter examination. As a personal contribution to the debate, this work provides the criterion for argumentative correction called *middle point of collapse*.

KEYWORDS: Neoconstitucionalism. Balancing. Rationality. Argumentation. Criterion for argumentative correction. Middle point of collapse.

INTRODUÇÃO

Os sistemas jurídicos modificaram-se profundamente com as constituições promulgadas após o término da Segunda Guerra Mundial e com a doutrina e a jurisprudência, nos mais diversos idiomas, que vieram a estabelecer-se sobre elas. A normatividade reconhecida tanto às regras quanto aos princípios constitucionais, aliada ao vasto programa normativo que encontrou campo próprio nos textos magnos, originou nova fase, de renovado interesse, para os estudos concernentes ao direito constitucional.

No Brasil, esse panorama é descortinado pela Constituição de 1988 e pela redemocratização do País. De forma tardia quanto à tradição europeia continental, a ordem jurídica brasileira ingressou — e, na verdade, ainda dá os primeiros passos nessa *transição paradigmática* — no universo do *pós-positivismo* e do *neoconstitucionalismo*. Esta última expressão, embora venha sendo empregada com bastante frequência, carrega uma pluralidade de significados sem o conhecimento dos quais não se absorve, por inteiro, o fenômeno.

Dado esse fato, o primeiro capítulo do presente trabalho explora as várias vertentes ou acepções do vocábulo *neoconstitucionalismo*, apontando para as denominações *teórica*, *institucional* e *ideológica*. Avança, também, sobre o que a doutrina tem chamado de *marcos histórico*,

filosófico e teórico do neoconstitucionalismo, a fim de permitir ao leitor uma compreensão densa e contextualizada do objeto de estudo.

Preparado o terreno, debatem-se, no segundo capítulo, algumas questões que ganham contornos problemáticos no neoconstitucionalismo: ponderação, racionalidade e argumentação. Pretende-se, nessa toada, esmiuçar a técnica de ponderação de bens e interesses constitucionais como o propalado método interpretativo próprio da nova fase do direito constitucional, sem pôr de lado as objeções suscitadas no que diz respeito ao subjetivismo decorrente. Por último, a título de contributo pessoal, descreve-se o *critério de correção argumentativa do ponto médio de ruptura*, mecanismo hábil ao isolamento e à avaliação das *condições de precedência* nas colisões de princípios constitucionais.

1 DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Uma certeza pode ser enunciada desde logo e serve como ponto de partida: vive-se um momento de *passagem*, de *intervalo* entre algo que deixa de existir e algo que surge, ainda indefinido. Boaventura de Sousa Santos, no contexto amplo das ciências sociais, pondera que está em curso uma *transição paradigmática*, “entre o paradigma da modernidade, cujos sinais de crise me parecem evidentes, e um novo paradigma com um perfil vagamente descortinável, ainda sem nome e cuja ausência de nome se designa por pós-modernidade”¹.

O Direito, como produto de uma sociedade e de um tempo, não escapa dessa transição paradigmática. Os operadores das fórmulas jurídicas tradicionais — concebidas há dois milênios ou dois séculos — percebem, já há algum tempo, a insuficiência delas para dar conta dos fatos da vida experimentados nas últimas décadas e, especialmente, no século XXI. Conflitos de massa, demandas relativas à defesa do meio ambiente, à genética e à tecnologia, colisões de direitos fundamentais são alguns exemplos dessa nova realidade que o Direito, as práticas dele decorrentes e a teoria que sobre ele se constrói precisam enfrentar.

No território do Direito Constitucional, tais mudanças têm sido, de fato, objeto de enfrentamento. Muito se tem escrito, no Brasil e em outros países, acerca do que se convencionou chamar,

1 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 34. A primeira edição portuguesa data de 1994.

por enquanto, de *neoconstitucionalismo*, bem como acerca das potencialidades normativas da Constituição e das técnicas de sua interpretação. Como assevera Miguel Carbonell, entretanto, o conteúdo desse *novo constitucionalismo*, quer na dimensão teórica, quer no domínio da *praxis*, ainda está por descobrir-se².

Se assim é, convém iniciar por uma tentativa de aproximação conceitual, ao menos para expor as linhas essenciais do paradigma em desenvolvimento. Essa incursão exigirá considerações de caráter histórico, tão-somente na medida necessária à apreensão do fenômeno sob foco.

1.1 APROXIMAÇÃO CONCEITUAL

De maneira bastante alargada, a doutrina identifica o neoconstitucionalismo com o movimento de reestruturação da Teoria Geral do Direito a partir da promulgação de constituições de forte conteúdo protetivo e com pretensão à efetividade, que começa em meados do século XX e vincula-se, em grande parcela, aos flagelos da Segunda Guerra Mundial³. Esse movimento, todavia, não se limita ao universo teórico, pois tem sido pensado e esquematizado por meio de três vertentes ou acepções, propostas por Paolo Comanducci⁴ e adotadas, entre outros, por Luis Prieto Sanchís⁵.

1.1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO

Oneoconstitucionalismo *teórico* caracteriza-se, fundamentalmente, por expressar uma *alternativa* ou uma *correção* à teoria positivista tradicional, haja vista que “las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los

2 CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 11: “Lo que haya de ser el neoconstitucionalismo en su aplicación práctica y en su dimensión teórica es algo que está por verse. No se trata, como se acaba de apuntar, de un modelo consolidado, y quizá ni siquiera pueda llegar a estabilizarse en el corto plazo, pues contiene en su interior una serie de equilibrios que difícilmente pueden llegar a convivir sin problemas.”

3 MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos no dever de fundamentação das decisões judiciais no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 44, p. 101-120, nov. 2006.

4 COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 75-98.

5 SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 123-158.

sistemas jurídicos contemporáneos”⁶. Ditas transformações, segundo Comanducci⁷, dizem respeito

- i) à positivação de um catálogo de direitos fundamentais;
- ii) à onipresença de princípios e regras na Constituição;
- iii) às peculiaridades de interpretação e de aplicação das normas constitucionais; e, por fim,
- iv) à natureza “invasora” da Constituição, que se faz presente em todo o ordenamento jurídico, condensando os vetores de compreensão dos enunciados normativos infraconstitucionais.⁸

Não significa dizer, quanto aos direitos fundamentais, que inexistiam antes do surgimento desse novo modelo de constitucionalismo, pois as origens de tais cláusulas remontam, na leitura de Robert Alexy, a fatos e eventos bíblicos⁹. O ponto fulcral é a nota de *centralidade* que os direitos fundamentais adquirem nos sistemas jurídicos dos últimos sessenta anos, algo entrevisto já no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹⁰, mas na disputa de primazia com o princípio da separação de poderes e sem reverberação prática efetiva ao longo do século XIX e da primeira metade do século XX.

A onipresença de princípios e regras nos diplomas constitucionais guarda relação com o reconhecimento da *força normativa* da Constituição,

6 COMANDUCCI, op. cit., p. 83.

7 Id., ibid., loc. cit.

8 SANCHÍS, op. cit., p. 131-132, elabora enumeração um pouco distinta: “Pero seguramente la exigencia de renovación es más profunda, de manera que el constitucionalismo está impulsando una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o regulamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.”

9 ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 32: “Las orígenes de los derechos fundamentales se remontan muy atrás en el tiempo. Basta recordar la declaración de semejanza a Dios del Génesis 1, 27: ‘Dios creó al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó’; la neotestamentaria declaración de igualdad que formula Pablo en su Carta a los Gálatas 3, 28: ‘No hay judío ni griego, no hay varón ni mujer, pues todos vosotros sois uno en Cristo Jesús’; [...]”

10 “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

que deixa de ser compreendida meramente como carta de natureza política, como provocação *extrajurídica* aos poderes constituídos, para conformar verdadeiro conjunto de *normas superiores* do ordenamento e, portanto, dotadas de eficácia jurídica, hábeis a regular os interesses e as ações dos sujeitos. Bem a propósito, Konrad Hesse registra:

Mas, — esse aspecto afigura-se decisivo — a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser: ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.¹¹

De sua vez, as peculiaridades de interpretação e de aplicação das normas constitucionais como um dos *traços renovados* do objeto do neoconstitucionalismo partem da premissa de que os métodos hermenêuticos tradicionais não se mostram suficientes para o trabalho de construção de sentido dos preceitos da Constituição, em especial nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais, para as quais os critérios comuns de solução de antinomias jurídicas (cronológico, hierárquico e de especialidade) revelam-se inúteis. Em razão das transformações geradas pela centralidade dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos e pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, esforços doutrinários de grande envergadura têm sido despendidos na formulação de novas técnicas de interpretação, de cujo rol ganha destaque a ponderação de bens e interesses constitucionais¹².

11 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 15. O texto da obra constitui a base da aula inaugural do autor na Universidade de Freiburg em 1959.

12 Apenas para mencionar uma das principais referências sobre o tema, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

A última das transformações a que alude Comanducci — a natureza “invasora” da Constituição —, exprime a capacidade desta de *fazer-se presente* em todos os escaninhos do ordenamento jurídico, condicionando a legislação, a jurisprudência, a doutrina e o agir dos atores sociais¹³. Dito de outro modo, as disposições infraconstitucionais passam a ser lidas *através do prisma* dos valores e das normas encartados na Constituição, de maneira corretiva se necessário, o que proporciona um *olhar constitucional* sobre toda a ordem jurídica.

O professor italiano acentua, porém, a existência de duas correntes contrapostas em formação dentro do neoconstitucionalismo teórico. A primeira sustenta a tese de que ele representaria a continuação do positivismo jurídico, com o uso dos mesmos métodos de exame do Direito, apenas sobre um objeto *parcialmente* modificado. De outra sorte, a segunda corrente propugna que “las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico”¹⁴.

Na doutrina brasileira, Paulo Bonavides perfilha a primeira corrente, mas não sem pôr em relevo a impossibilidade de uma interpretação unicamente silogística das normas constitucionais:

Não vamos tão longe aqui a ponto de postular uma técnica interpretativa especial para as leis constitucionais, nem preconizar os meios e regras de interpretação que não sejam aquelas válidas para todos os ramos do Direito, cuja unidade básica não podemos ignorar nem perder de vista (doutra forma não se justificaria o

13 COMANDUCCI, op. cit., p. 81: “En el ordenamiento italiano, también y sobre todo a partir de las deliberaciones de la Corte Constitucional, se ha producido una progresiva ‘constitucionalización’ del Derecho. Se trata de un proceso al término del cual el Derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un Derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos.”

14 Id., ibid., p. 83. Mais adiante, Comanducci afirma a opção pela primeira corrente: “Como ya he sugerido en las páginas precedentes, creo que se puede mirar favorablemente a la teoría del Derecho neoconstitucionalista, que me parece que da cuenta, mejor que la tradicional iuspositivista, de la estructura y del funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por otro lado, el neoconstitucionalismo teórico, si acepta la tesis de la conexión sólo contingente entre Derecho y moral, no es de hecho incompatible con el positivismo metodológico; al contrario, podríamos decir que es su hijo legítimo. Dado que han (parcialmente) cambiado los modelos de Estado y de Derecho respecto a los típicos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, la teoría del Derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días.” (Ibid., p. 87-88)

longo exórdio que consagramos à teoria da interpretação e seus distintos métodos), mas nem por isso devemos admitir se possa dar à norma constitucional, salvo violentando-lhe o sentido e a natureza, uma interpretação de todo mecânica e silogística, indiferente à plasticidade que lhe é inerente, e a única aliás a permitir acomodá-la a fins, cujo teor axiológico assenta nos princípios com que a ideologia tutela o próprio ordenamento jurídico.¹⁵

Verifica-se, em epítome, que o neoconstitucionalismo teórico não pode ser considerado de forma unívoca e sem contradições. A escolha pela tese da continuidade juspositivista — com os ajustes decorrentes do objeto parcialmente modificado — ou pela tese da distinção qualitativa produz inegáveis consequências nas técnicas jurídicas a serem empregadas, notadamente nos domínios da interpretação constitucional.

1.1.2 NEOCONSTITUCIONALISMO INSTITUCIONAL

A segunda vertente ou acepção do neoconstitucionalismo designa certo modelo constitucional, um plexo de mecanismos institucionais e normativos limitadores dos poderes do Estado e dirigidos à proteção dos direitos fundamentais. Nessa linha de análise, identifica-se com um tipo de Estado de Direito, no qual estariam em curso, ou concluídas, as transformações descritas pela vertente teórica do neoconstitucionalismo.

Dita acepção *institucional* é explicada por Luis Prieto Sanchís como a resultante da convergência de duas tradições constitucionais que frequentemente caminharam sem diálogo: a norte-americana original e a proveniente da Revolução Francesa¹⁶. O neoconstitucionalismo, por essa ótica, conformaria a tentativa de superação das dificuldades históricas verificadas em ambas as tradições.

15 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 461. Em sentido contrário, COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 85: “Se as Constituições, pela sua natureza e finalidade, são essencialmente, *catálogos de princípios* — na sua parte *dogmática*, pelo menos, isto se mostra evidente —, então esse dado é fundamental para o reconhecimento da especificidade e da autonomia da interpretação constitucional, enquanto *atividade hermenêutica que opera com princípios*, isto é, com preceitos cuja estrutura normativo-material é *aberta e indeterminada* e, por isso, geradora de significados múltiplos (polissemia), situação bem diferente daquela que se verifica no domínio das leis, muito embora juristas como Herbert Hart considerem que a *textura aberta* é uma característica da linguagem normativa em geral.”

16 SANCHÍS, op. cit., p. 124.

A primeira das tradições constitucionais referidas enxerga a Constituição como *regra do jogo*, como *pacto dos mínimos* necessários à autonomia dos indivíduos, na qualidade de sujeitos privados e de agentes políticos, a fim de que sejam eles próprios os responsáveis pelo desenvolvimento de suas potencialidades e de seus planos de vida. Em tal modelo, a ideia de *regra do jogo* conduz à supremacia da Constituição sobre as demais normas do sistema jurídico e demanda a garantia desse traço característico pelo Poder Judiciário, supostamente o mais “neutro”¹⁷ dos poderes estatais. Assim, a tradição constitucional norte-americana acaba por resolver-se em *judicialismo*¹⁸, embora limitado ao controle das regras básicas de organização política.¹⁹

A segunda tradição concebe a Constituição de forma bastante distinta, não apenas como *regra do jogo* ou *pacto de mínimos*, mas como projeto político profundo e articulado, verdadeiro conjunto de diretrizes para a realização de transformações sociais e políticas. Nesse esquema, a Constituição ousa disciplinar ativa e diretamente a vida das pessoas e a atividade estatal, “condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc”. Prieto Sanchís explicita, contudo, que, por múltiplas razões — dentre as quais se destaca a dissolução da soberania do povo na soberania do Estado e, conseqüentemente, na hipertrofia do Poder Legislativo, expressão formalizada da vontade geral rousseauiana —, a Constituição não conseguiu assegurar sua força normativa diante dos poderes

17 As aspas são do próprio autor. Cf. id., *ibid.*, p. 125: “En líneas generales, ésta es la tradición norteamericana originaria, cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional: dado su carácter de regla de juego y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más ‘neutro’ de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial.”

18 Se se pode imaginar um marco inicial para a força da magistratura nos Estados Unidos da América, ele coincide com o julgamento do caso *Marbury versus Madison* pela Suprema Corte desse país em 1803 (5 U.S. 137), no qual se assentaram as bases para o exercício do *judicial review* ou, em outros termos, do controle de constitucionalidade das leis por qualquer juiz ou tribunal. Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 113-114: “Legado da decisão histórica de Marshall — o *decisum* do *Chief Justice* Marshall legou para o mundo as bases do controle difuso de normas, destacando-se os seguintes aspectos: (i) primazia da superioridade das decisões judiciais sobre os atos de natureza política, tanto do Congresso, quanto do Executivo; (ii) reconhecimento da supremacia da Constituição sobre as atividades legislativas e administrativas do Estado; e (iii) indispensabilidade da interpretação e aplicação das normas constitucionais e legais pelo Poder Judiciário.”

19 SANCHÍS, *op. cit.*, p. 125.

constituídos ao longo do século XIX e da primeira metade do século XX. Desse modo, a tradição constitucional nascida da Revolução Francesa acaba por resolver-se em *legalismo*, *i.e.*, na superioridade das leis ordinárias em face da Constituição.²⁰

O professor espanhol oferece a seguinte síntese das duas tradições expostas nos parágrafos precedentes:

Pero, como aproximación general, creo que sí es cierto que en el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta dónde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias. Aunque, eso sí, como contrapartida, la fórmula más modesta parece haber gozado de una supremacía normativa y de una garantía jurisdiccional mucho más vigorosa que la exhibida por la versión más ambiciosa.²¹

Cuida-se, em suma, de concepções distintas do que pode e deve fazer uma Constituição, a segunda muito mais pretensiosa que a primeira. Por isso mesmo, ambas seguiram trajetórias históricas separadas: enquanto o projeto norte-americano logrou imenso êxito nos quesitos estabilidade e adaptabilidade às mudanças sociais, permanecendo sólido e *atual* ao longo de mais de dois séculos, a proposta oriunda da Revolução Francesa desejou muito e realizou pouco, panorama, entretanto, que começa a alterar-se após a Segunda Guerra Mundial.

A convergência das duas tradições constitucionais exploradas acima no neoconstitucionalismo *institucional* opera-se com a fusão do forte conteúdo normativo e da consequente garantia jurisdiccional do primeiro paradigma com o vasto programa normativo do segundo. “Constituciones garantizadas sin contenido normativo y Constituciones con un más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas. En cierto modo, éste es el dilema que viene a resolver el neoconstitucionalismo, apostando por una conjugación de ambos modelos: Constituciones normativas garantizadas.”²²

20 SANCHÍS, op. cit., p. 125-126.

21 Ibid., p. 126.

22 Ibid. p. 127.

1.1.3 NEOCONSTITUCIONALISMO IDEOLÓGICO²³

A terceira vertente ou acepção do neoconstitucionalismo acolhe a proposição filosófica de o Estado Constitucional de Direito representar a melhor ou mais justa forma de organização política²⁴, na medida em que consubstancia o esforço histórico de colocar em primeiro plano a garantia dos direitos fundamentais²⁵. As escolhas axiológicas neles inseridas, por vincularem-se, em última instância, à dignidade da pessoa humana e ao processo evolutivo e civilizatório da humanidade, dão substrato à tese da conexão necessária entre Direito e Moral, uma das principais nuances do neoconstitucionalismo *ideológico*.

Nessa seara, a existência de normas de direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos constitucionalizados compreende-se como o resultado da transmutação da moral crítica em moral legalizada²⁶, o que não significa a superação dos campos próprios do Direito e da Moral, mas, ao contrário e ao mesmo tempo, a demonstração das esferas conceituais de cada um e as pontes existentes entre os dois sistemas de normatividade.

23 Adota-se, nessa nomenclatura, o que Norberto Bobbio convencionou chamar de “significado fraco” de ideologia em oposição a “significado forte”, ou seja, um conjunto de ideias e de valores referidos à ordem pública, com o objetivo de guiar os comportamentos públicos coletivos. Cf. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. v. 1, p. 585: “Tanto na linguagem política prática, como na linguagem filosófica, sociológica e político-científica, não existe talvez nenhuma outra palavra que possa ser comparada à Ideologia pela frequência com a qual é empregada e, sobretudo, pela gama de significados diferentes que lhe são atribuídos. No intrincado e múltiplo uso do termo, pode-se delinear, entretanto, duas tendências gerais ou dois tipos gerais de significado que Norberto Bobbio se propôs a chamar de ‘significado fraco’ e de ‘significado forte’ da Ideologia. No seu significado fraco, Ideologia designa o *genus*, ou a *species* diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos públicos coletivos. O significado forte tem origem no conceito de Ideologia de Marx, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e se diferencia claramente do primeiro porque mantém, no próprio centro, diversamente modificada, corrigida ou alterada pelos vários autores, a noção da falsidade: a Ideologia é uma crença falsa. No significado fraco, Ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas. No significado forte, Ideologia é um conceito negativo que denota precisamente o caráter mistificante de falsa consciência de uma crença política.”

24 SANCHÍS, op. cit., p. 123.

25 MARTINS, op. cit., p. 102.

26 VALE, André Rufino do. *Aspectos do neoconstitucionalismo*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007, p. 70. Amparado em Luis Prieto Sanchís, aduz que “as normas de direitos fundamentais podem assim ser caracterizadas como a tradução jurídica dos valores morais de uma comunidade em determinado momento histórico”.

Essas conexões entre Direito e Moral foram duramente combatidas pelo positivismo jurídico, cuja expressão kelseniana é paradigmática. Na formulação da teoria pura, Hans Kelsen recusa a legitimação das regras jurídicas baseada na concordância com os preceitos morais, principalmente por entender que esse não seria um problema afeto à ciência do Direito:

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.

[...]

A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. [...] Uma tal legitimação do Direito positivo pode, apesar da sua insuficiência lógica, prestar politicamente bons serviços. Do ponto de vista da ciência jurídica ela é insustentável. Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar — quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa — a ordem normativa que lhe compete — tão-somente — conhecer e descrever.²⁷

27 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 77-78. Hart, embora admita a existência de diversas “conexões contingentes” entre Direito e Moral, contrapõe-se à crítica de Dworkin, reafirmando a desnecessidade de fundamentos morais para os direitos e deveres jurídicos. Cf. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 331-332: “Sustento neste livro que, embora haja muitas conexões contingentes diferentes entre o direito e a moral, não há conexões conceptuais necessárias entre o conteúdo do direito e o da moral, e daí que possam ter validade, enquanto regras ou princípios jurídicos, disposições moralmente iníquas. Um aspecto desta forma de separação do direito e da moral é o de que pode haver direitos e deveres jurídicos que não têm qualquer justificação ou eficácia morais. Dworkin

Ao revés, a centralidade dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos contemporâneos — traço marcante do neoconstitucionalismo teórico²⁸ — e a compreensão desses direitos como o núcleo axiológico doador de legitimidade às normas jurídicas combatem a ruptura promovida entre Direito e Moral pela teoria positivista, cuja expressão limite acha-se no fragmento supratranscrito. A questão, entretanto, não se põe na tentativa de *fundar* o Direito, ou justificá-lo, em instâncias de fundamentação *externa*, sim nesta formulação *interna* à ordem jurídica: a legitimação por intermédio dos direitos fundamentais confere *sentido*²⁹ aos comandos da lei.

O neoconstitucionalismo ideológico e o seu louvor ao Estado Constitucional de Direito não vêm, contudo, sem problemas. Prieto Sanchís recorda, em primeiro lugar, a objeção democrática ou de supremacia do legislador, apontando que, fortalecidas a Constituição e as respectivas garantias judiciais, inevitavelmente se reduzem as esferas de decisão das maiorias parlamentares, o que, segundo ele, representa consequência natural da técnica de ponderação de bens e interesses constitucionais³⁰.

Em segundo lugar, avisa que a ideologia neoconstitucionalista, com amparo em uma nova visão da atitude interpretativa e das tarefas que competem à ciência do Direito, demanda “la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor crítica y no sólo descriptiva por parte del científico del Derecho”.³¹ A distinção em face da postura positivista, em geral, e da de Kelsen, em particular, não haveria de ser mais profunda, a suscitar dificuldades

tem rejeitado esta ideia, em benefício do ponto de vista (derivado, em última instância, da sua própria teoria interpretativa do direito) de que deve haver, pelo menos, fundamentos morais indiciários para as afirmações de existência de direitos e deveres jurídicos. [...] a crítica de Dworkin da doutrina de que os direitos e deveres jurídicos podem estar privados de eficácia ou justificação morais é errada.”

28 V. 2.1.1, *supra*.

29 *Sentido*, aqui, expressando a *dignidade intrínseca* ou a *valia* de algo. É o que se extrai de FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 358-359: “Para entender isso, é preciso esclarecer um pouco a noção de *sentido*. Conforme o uso que estamos fazendo dela, a expressão tem relação com a orientação do homem no mundo. [...] *Sentido*, assim, tem relação com a *valia* das coisas, com sua *dignidade intrínseca*. É isso que nos permite dizer, por exemplo, que um trabalho dignifica o homem, ainda que tenha um valor relativo, momentaneamente, para a sociedade. Assim, a perda do sentido não altera a factualidade da existência, pois algo ou alguém ou uma atividade qualquer pode continuar existindo em que pese ter perdido sentido. A perda do sentido afeta, porém, a orientação do homem.”

30 SANCHÍS, op. cit., p. 124.

31 Id., *ibid.*, loc. cit.

no campo da hermenêutica jurídica, especialmente a que opera com as normas constitucionais.

1.2 OS MARCOS HISTÓRICO, FILOSÓFICO E TEÓRICO DO NEOCONSTITUCIONALISMO³²

Como dito precedentemente³³, o surgimento do neoconstitucionalismo liga-se, em termos históricos, à Segunda Grande Guerra. As turbulências sociais, políticas, geográficas e humanitárias decorrentes do conflito mundial³⁴ exigiram a *refundação* de muitos países no pós-guerra. Nesse contexto, a *reconstitucionalização* da Europa originou um novo panorama jurídico, que redefiniu tanto o lugar da Constituição nos sistemas normativos quanto a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas³⁵.

As principais referências dessa fase histórica são a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, à qual se associa a instalação, em 1951, do Tribunal Constitucional Federal; a Constituição italiana, de 1947, e a posterior entrada em atividade da Corte Constitucional, em 1956; a portuguesa, de 1976; e a espanhola, de 1978. Em todas essas cartas, e na jurisprudência que se formou em torno delas nas décadas seguintes, encontram-se os traços e as controvérsias essenciais do novo constitucionalismo.

No Brasil, a Constituição de 1988 encerra o espírito da teoria neoconstitucionalista, identificado e explicitado com o esforço da doutrina nos últimos vinte anos. A centralidade e a proteção conferida aos direitos fundamentais; o reconhecimento da força normativa dos

32 Este tópico inspira-se diretamente nas lições de Luís Roberto Barroso, professor titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, que tem difundido — e ajudado a estruturar — a teoria neoconstitucionalista na doutrina brasileira.

33 V. 2.1, *supra*.

34 Cf. HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 50, de onde se retira a seguinte passagem ilustrativa dos extremos da Segunda Guerra Mundial: “Mais ainda que a Grande Guerra, a Segunda Guerra Mundial foi portanto travada até o fim, sem idéias sérias de acordo em nenhum dos lados, [...]”. Ao contrário da Primeira Guerra Mundial, essa mútua intransigência não exige explicação especial. Era, de ambos os lados, uma guerra de religião, ou, em termos modernos, de ideologias. Foi também, e demonstravelmente, uma luta de vida ou morte para a maioria dos países envolvidos. O preço da derrota frente ao regime nacional-socialista alemão, como foi demonstrado na Polónia e nas partes ocupadas da URSS, e pelo destino dos judeus, cujo extermínio sistemático foi se tornando aos poucos conhecido de um mundo incrédulo, era a escravização e a morte. Daí a guerra ser travada sem limites. A Segunda Guerra Mundial ampliou a guerra maciça em guerra total.”

35 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007, p. 21.

preceitos constitucionais, tanto das regras quanto dos princípios; a formulação e a aplicação de técnicas de interpretação e de decisão particulares da órbita constitucional; e a qualidade “invasora” da Constituição, alimentando de *sentido* os enunciados da ordem jurídica, tudo isso vem sendo postulado — em maior ou menor grau e não sem algum dissenso — com base nas cláusulas da Constituição de 1988, que colocou o Brasil em rota de aproximação com os países já envolvidos com o novo paradigma. Luís Roberto Barroso destaca a relevância da promulgação da carta vigente para o Direito Constitucional pátrio:

Sob a Constituição de 1988, o Direito Constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, manteve-se em relação à Constituição.³⁶

O marco filosófico do neoconstitucionalismo fixa-se no que se tem denominado de *pós-positivismo*, “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana”³⁷. Embora difuso, alguns passos que conduziram a esse ideário podem ser refeitos, de modo a facilitar a compreensão dele.

O *jusnaturalismo*, uma das principais correntes filosóficas do Direito, fulcra-se na ideia da existência e da superioridade de um *direito natural*, ou seja, na concepção de que há um conjunto de normas alheias às convenções humanas, válidas por si próprias e legitimadas por um ética universal, independentes da ordem jurídica positiva. Apesar das múltiplas variações doutrinárias sobre o tema, as fórmulas fundamentais dessa corrente jusfilosófica exprimem-se no jusnaturalismo de *origem*

³⁶ Barroso, 2007, p. 22.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 336.

divina — crença em um código de leis estabelecido pela vontade de Deus —, que prevaleceu durante a Idade Média e fundamentou, de forma geral, o absolutismo europeu, e no jusnaturalismo *fundado na razão*. Este, com a ênfase na natureza e na razão humanas, suplantou o de origem divina e constituiu um dos pilares da Idade Moderna.³⁸

O jusnaturalismo racionalista, assim, no confronto à opressão absolutista, foi adotado como a filosofia natural do Direito e associado ao iluminismo na crítica à tradição anterior³⁹, conferindo amparo jurídico-filosófico ao constitucionalismo moderno, que se iniciou no fim do século XVIII. Barroso, entretanto, conclui:

O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.⁴⁰

O positivismo jurídico veio, então, com toda a força, e até hoje se faz sentir vibrante no pensamento dos operadores do Direito. Como já exposto⁴¹, rompeu quaisquer ligações entre Direito e Moral, excluindo do campo da normatividade jurídica as considerações de caráter axiológico. Na verdade, a norma constituía um valor em si mesma: a

38 BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 19-20. Para um aprofundamento sobre o jusnaturalismo, cf. a primeira parte de BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 13-65.

39 Id., *ibid.*, p. 20.

40 Barroso, 1998, p. 22-23. No mesmo sentido, BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, *op. cit.*, p. 659: “Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo. Negou-se até, tirante o código austríaco de 1811, que se pudesse recorrer ao direito natural em caso de lacuna do ordenamento jurídico positivo: triunfou o princípio, característico do positivismo jurídico (ou seja, da posição oposta ao Jusnaturalismo), de que para qualquer caso se pode encontrar solução dentro do ordenamento jurídico do Estado.”

41 V. 2.1.3, *supra*.

decisão do caso concreto, se guardasse adequada correspondência à previsão abstrata no processo subsuntivo, estava, só por isso, *justificada*. A norma, em resumo, valia como *parâmetro de verdade* da própria norma. Nesse caminho de *objetivação* da realidade do Direito, este foi identificado à lei e nada lhe sobrou de valores transcendentais.

O mecanismo de aplicação do Direito — a atividade de subsunção — surge como um capítulo à parte. Conquanto existam disceptações doutrinárias⁴², de maneira geral é possível afirmar que a tarefa do aplicador do Direito, no âmbito do positivismo jurídico, consistia unicamente em um processo neutro, lógico-dedutivo, segundo o qual à premissa maior (a norma abstrata) se submetia a premissa menor (a relação de fato prevista na norma abstrata como hipótese de incidência), gerando-se, a partir daí, uma conclusão natural e óbvia, que era apenas *declarada* pelo intérprete; nesse processo, o aplicador do Direito não exercia nenhuma *função criadora*: a autêntica *bouche de la loi* de Montesquieu⁴³.

Fato é que o positivismo jurídico tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia por excelência dos operadores do Direito⁴⁴. A História, entretanto, encarregou-se de demonstrar as insuficiências das máximas de objetividade e neutralidade da teoria positivista, cujo naufrágio associa-se simbolicamente à derrota dos regimes totalitários na Segunda Guerra Mundial.⁴⁵

42 Curiosamente, Kelsen mesmo não compartilhava da teoria unicamente cognoscitiva da atividade de interpretação do Direito. Cf. KELSEN, Hans, op. cit., p. 392-395.

43 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 175: “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu vigor.”

44 BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos...*, p. 25.

45 Id., *ibid.*, p. 26: “O positivismo pretendeu ser uma *teoria* do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma *ideologia*, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de *entender* o Direito, como também de *querer* o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. [...] a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um [sic] estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.”

Entre o jusnaturalismo, historicamente superado, e o juspositivismo, politicamente fracassado com os *Estados totais* que floresceram às custas dele, abriu-se novo caminho para o pensamento jurídico a partir da segunda metade do século XX. Desenvolveu-se — e, à evidência palmar, está em pleno curso — uma via conciliadora, responsável pela reintrodução, no âmago do Direito, de preocupações de natureza moral, mas sem abandonar o direito posto. A recuperação do discurso de legitimidade do Direito ocorre, pontua Luís Roberto Barroso, por intermédio dos princípios constitucionais, agora compreendidos como verdadeiras normas jurídicas.⁴⁶

Todas essas transformações histórico-filosóficas proporcionaram, no campo teórico do Direito Constitucional, o surgimento de novas linhas de estudo, amparadas sobretudo na aceitação e no desenvolvimento da força normativa da Constituição⁴⁷, na expansão da jurisdição constitucional e na formulação de uma nova dogmática da hermenêutica constitucional.⁴⁸ Alguns aspectos das dificuldades provocadas por essa nova dogmática constituem o foco da investigação que segue.

2 PONDERAÇÃO, RACIONALIDADE E ARGUMENTAÇÃO NO NEOCONSTITUCIONALISMO

2.1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Posta a Constituição no centro dos sistemas jurídicos e reconhecida a força normativa dela, especialmente dos respectivos princípios, e com a convergência dos projetos constitucionais estadunidense e

46 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo...*, p. 22: "A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção, incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o direito e a filosofia."

47 V. 2.1.1, *supra*.

48 BARROSO, 2007, p. 23-27.

francês revolucionário na formação do neoconstitucionalismo⁴⁹ — o que produziu constituições garantidas jurisdicionalmente e de amplo programa normativo —, passou a constituir um dos focos da investigação jurídica o problema da *racionalidade* da interpretação constitucional. Esse debate carrega consigo as questões da *racionalidade das decisões judiciais* e da *identificação de uma metódica adequada a um Direito fundado em normas principiológicas*.

Abandonada a leitura da Constituição como mera carta política e, ao revés, aceita como conjunto de normas jurídicas, detentoras, portanto, de império, nasce toda a dificuldade de compreensão, interpretação e aplicação dos princípios constitucionais, que conformam, na sua estrutura linguística peculiar, aberta, quase toda a parte dogmática das constituições, mormente o catálogo de direitos fundamentais.

Por óbvio, princípios jurídicos não surgiram apenas com o neoconstitucionalismo. Na medida em que condensam valores ou fins de uma dada comunidade em certo momento histórico, ou da própria humanidade no evolver do processo civilizatório, sempre estiveram presentes, em maior ou menor grau, na ordem jurídica positiva. Quer como enunciados explícitos, quer como razões subjacentes a regras, normas-princípios integram a lógica do pensar e do enunciar o Direito.

O ponto nodal reside no fato de que os princípios, juntamente com a Constituição, abandonaram a periferia do sistema normativo e tornaram-se elementos nucleares dele. Não tem muito sentido para o neoconstitucionalismo, de conseguinte, o preceito do artigo 4º do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)⁵⁰, a determinar que os princípios gerais de direito só são invocáveis pelo juiz na eventual omissão da lei, e mesmo assim após o emprego da analogia e o recurso aos costumes. Essa regra de cunho interpretativo homenageia o paradigma positivista, pois decorre da noção de a lei significar a fonte por excelência do Direito. Coadjuvada pelo dogma da completude do ordenamento jurídico, segundo o qual não haveria hipótese fática que este não contemplaria com uma solução normativa, todo o Direito, portanto, estaria na lei.

Nesse contexto de proeminência normativa dos princípios, entra em cena o que Luis Prieto Sanchís, com apoio em Pérez Luño,

49 V. 2.1.2, *supra*.

50 “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

chama de *desbordamento constitucional*, *i.e.*, a imersão da Constituição no ordenamento jurídico como uma norma suprema. Dado esse fenômeno, os operadores do Direito têm acesso *direto* e *constante* às cláusulas constitucionais, haja vista que a interposição legislativa deixa de ser necessária à apropriação e à aplicação dos preceitos da Lei Fundamental.⁵¹

Se assim é, se os operadores do Direito têm livre acesso a uma Constituição com força normativa e repleta de princípios — muitas vezes coexistindo em tensão —, cabe perguntar o que estes significam e prescrevem, como se relacionam entre si e como participam das decisões de natureza jurídica. Tal é o campo de que se tem ocupado a teoria dos direitos fundamentais.

A par dessa *reformulação normativa* dos princípios, a passagem do constitucionalismo para o neoconstitucionalismo tem produzido uma *crise ou déficit de racionalidade* no Direito⁵², e daí o esforço teórico da doutrina, em muitos países, para encontrar a *razão possível* em um sistema normativo que veio estruturar-se em normas abertas, desprovidas total ou parcialmente dos pressupostos de aplicação e que, muito por isso, não se sabe bem, *a priori*, o que ditam e para quem. Quando, por exemplo, a *igualdade* ou a *liberdade* são invocadas como razões para decidir em certo sentido, sempre vale ponderar se o intérprete

51 SANCHÍS, op. cit., p. 130: “[...] hay al menos dos elementos en el constitucionalismo contemporáneo que suponen una cierta corrección al modelo liberal europeo de Estado de Derecho. [...] El segundo elemento, y tal vez más importante, es lo que pudiéramos llamar el desbordamiento constitucional, esto es, la inmersión de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema. Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución *a través* del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en que aquella disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional.”

52 LOIS, Cecilia Caballero. *Direitos, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade*. Sequência: revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, v. 26, n. 52, p. 257-278, jul. 2006, p. 267, onde se lê: “[...] o que se vê é um grave problema de racionalidade, gerado pela tentativa de responder a questões práticas decorrentes do neoconstitucionalismo utilizando um instrumental teórico que não está apto a fazê-lo (pois vinculado ao positivismo liberal); isso incitou a criação de novas possibilidades interpretativas e argumentativas, tendo como força motriz a realização de direitos. Tentou-se, assim, responder à necessidade de obtenção de um método voltado para o direito constitucional, que, entretanto, não possui uma teoria que o sustente, abrindo as portas para uma atuação jurisdicional pragmática, ou seja, sem uma teoria dos direitos que lhe dê racionalidade.” Mais à frente (id., *ibid.*, p. 269), assevera que “a Teoria Constitucional encontra-se, portanto, numa encruzilhada política e num momento de esgotamento teórico ocasionado pela falência dos pressupostos que a constituíram [...]”

- i) arrimou-se no princípio que efetivamente deveria ter primazia na espécie; se
- ii) tomou em consideração outros princípios, valores, fins ou normas eventualmente também aplicáveis⁵³; se
- iii) compreendeu a extensão e a profundidade do conteúdo dos princípios envolvidos; e se
- iv) encontrou a solução para o caso concreto que realmente decorreria do princípio entendido como determinante. Em resumo, uma ordem jurídica tão mais complexa que multiplicou até mesmo as indagações a respeito do acerto ou do desacerto na tarefa de aplicar o Direito⁵⁴.

No Brasil, a questão ganha ainda mais relevância, pois “a Constituição de 1988 é tão prolixa e traz em seu bojo a consagração de interesses tão díspares que, com certa habilidade retórica, um juiz poderia facilmente decidir de forma subjetivista invocando dispositivos colhidos da Lei Maior”⁵⁵. Se isso é verdade, questionar acerca das condições mínimas de objetividade e de racionalidade no afazer hermenêutico constitucional representa obrigação primeira da doutrina.

Nessa linha de raciocínio, impende compreender o papel da ponderação de bens e interesses como o método apropriado, segundo ampla parcela dos constitucionalistas, para a interpretação e a aplicação dos princípios constitucionais; porém, mais que isso, entender a posição dessa técnica na totalidade do processo de construção da norma para o caso concreto.

Seja como for, todas essas questões de objetividade e de racionalidade da interpretação constitucional desembocam no problema da *argumentação jurídica*, na medida em que é por meio dela que se

53 SANCHÍS, op. cit., p. 134: “[...] tal vez sea exagerar un poco, pero casi podría decirse que no hay norma sustantiva de la Constitución que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria.”

54 Cf. MARTINS, op. cit., p. 111: “Sem tomar partido sobre a intrincada questão da possibilidade de controle jurisdicional dos critérios técnicos adotados pela Administração Pública, é interessante observar que o panorama normativo cada vez mais complexo que se coloca diante do juiz (especialmente com a interpretação e aplicação de princípios) apresenta reflexos diretos no dever de fundamentação das decisões: quanto mais complexo o sistema normativo, tanto mais complexa é a tarefa do juiz de demonstrar a aplicabilidade das normas em que se baseia sua decisão.”

55 Martins, op. cit., p. 104.

expõe o caminho percorrido para a solução das questões submetidas a exame. Não por acaso, esse tem sido, no último meio século, um dos segmentos mais revigorados da Teoria Geral do Direito, abandonado sob o paradigma do positivismo jurídico.

2.2 PONDERAÇÃO DE BENS E INTERESSES CONSTITUCIONAIS

Até este ponto, foram feitas referências a princípios jurídicos, sem, no entanto — porque não se mostrava necessário aos fins colimados —, empreender tentativa de conceituá-los com precisão. Sabe-se, também, que os princípios constitucionais tornaram-se elementos de caráter fundamental nos sistemas normativos sob o paradigma do neoconstitucionalismo. Essa *fundamentalidade* obrigou a doutrina a apreciá-los, de forma rigorosa, sob o enfoque da *normatividade jurídica*, nomeadamente por meio da identificação das distinções existentes entre regras e princípios, como espécies do mesmo gênero, a norma. Tal linha de pesquisa, ainda que *en passant*, deve ser percorrida para a compreensão do significado da técnica de ponderação de bens e interesses constitucionais.

Como lembra Robert Alexy⁵⁶, as diferenças entre regras e princípios já tinham curso na Alemanha e na Áustria desde as décadas de 1940 e 1950, mas foi com a crítica de Ronald Dworkin ao positivismo de H. L. A. Hart que a discussão adquiriu amplo espectro.

Analizando os modelos positivistas de John Austin e, com destaque, de H. L. A. Hart, Dworkin critica-os por serem fundados apenas em regras, quando, na verdade, juristas pensam e utilizam também outros padrões (princípios e políticas, *v.g.*) que não operam da mesma maneira, particularmente nos chamados *hard cases*, aqueles para os quais as regras não oferecem soluções claras ou definitivas. A partir daí, argumenta que o positivismo não comporta a descrição de uma ordem normativa *para além das regras*, desenvolvendo toda a teoria dos

56 ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. Revista *Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 3, p. 155-167, jan./jun. 2005, p. 155: “A distinção entre regras e princípios já tinha sido amplamente considerada na Alemanha por Josef Esser durante a década de 50, embora com uma terminologia levemente diferente (Esser 1974). Na Áustria, Walter Wilburg antecipara grandes desenvolvimentos na sua teoria dos sistemas flexíveis, na década de 40 (Wilburg 1941; 1951; 1963). Em todo caso, foi o grande desafio de Ronald Dworkin à versão do positivismo de H.L.A. Hart, inicialmente em ‘The Model of Rules’, que marcou o início de uma ampla discussão.”

princípios como normas decorrentes da exigência de justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade.⁵⁷⁻⁵⁸

A seu turno, a teoria de Robert Alexy, divisível em três etapas de raciocínio, inicia pela *Tese da Otimização*, em que enfrenta o tema da natureza dos princípios. Após afirmar que falta clareza e sobra polêmica na distinção entre estes e as regras, com uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos, aponta para o conceito de princípios como *mandamentos de otimização*, espécies de normas que determinam seja algo satisfeito na maior medida possível:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.⁵⁹

57 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35-36: "Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras."

58 Id., *ibid.*, loc. cit.: "Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade."

59 ALEXY, 2008, p. 90-91.

Percebe-se que a distinção entre princípios e regras entabulada por Alexy aproxima-se da proposta por Dworkin⁶⁰, se se tomar em consideração a ideia de *mecanismo de funcionamento* como critério distintivo. O conceito de princípio como *mandamento de otimização* — que radica na base da teoria dos direitos fundamentais de Alexy —, contudo, diferencia substancialmente os dois autores e conduz este último à *Lei de Colisão*.

Segundo o professor alemão, regras e princípios comportam-se de maneira bastante díspare quando em conflito. Em relação a ambas as espécies de normas, há conflito se duas regras ou dois princípios, aplicados separadamente, levam a resultados incompatíveis, a dois julgamentos de dever-ser específicos que se contradizem.⁶¹ Na esfera de um mesmo sistema normativo, essa não configura uma solução válida.

A contradição entre regras é solvida ou por meio da introdução de uma cláusula de exceção em uma delas, de modo a compatibilizá-las no plano do mesmo sistema normativo, ou por meio da declaração de invalidade de uma das (ou de todas as) regras em conflito. Assim ocorre porque — assevera Alexy — o conceito de validade jurídica não é graduável. Dito de outra forma, “se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida”⁶².

Um exemplo elucidada a questão. A regra de uma determinada instituição de ensino que imponha o uso de trajes formais aos discentes durante as aulas colide com a que permite roupas mais leves nas aulas de educação física. Ambas só se harmonizam quando a segunda é compreendida como uma hipótese excepcional à primeira, que poderia ser descrita nestes termos: “é obrigatório o uso de trajes formais durante as aulas, salvo durante as aulas de educação física, quando será permitido o uso de trajes mais leves”⁶³. A outra via de eliminação do conflito entre tais regras seria a invalidação de uma delas (ou de ambas), com o emprego dos conhecidos critérios de solução de antinomias jurídicas.⁶⁴

60 Como observa o próprio Alexy. Cf. id., *ibid.*, p. 91, nota nº 27.

61 ALEXY, 2005, p. 157.

62 ALEXY, 2008, p. 92.

63 Uma regra com tal enunciado certamente redundaria em dificuldades de aplicação, tendo em vista a abertura semântica da locução “trajes mais leves”. Em boa medida, esse constitui o universo dos princípios.

64 Id., *ibid.*, p. 93: “A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser

Já quanto à colisão entre princípios, diversa a fórmula de harmonização, como explica Alexy:

Se dois princípios colidem — o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido —, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Colisões entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios — visto que só princípios válidos podem colidir — ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.⁶⁵

O essencial para o autor alemão, portanto, cinge-se ao postulado de que a colisão entre princípios resolve-se não na dimensão da validade, como se dá com as regras, mas na *dimensão do peso*, para cujo aprofundamento o próprio Alexy remete a Dworkin.⁶⁶ Esse peso ou importância, contudo — e é curial apreender o ponto —, só gera a precedência de um dos princípios em testilha *sob determinadas condições*, vale dizer, *diante das circunstâncias (fáticas e jurídicas) do caso sob exame*. Não existem, de conseguinte, relações de precedência entre princípios incondicionadas, abstratas ou absolutas.

Dando ênfase, justamente, a tais condições de prioridade, e trabalhando com dois precedentes do Tribunal Constitucional Federal

tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade.”

65 Ibid., p. 93-94.

66 Ibid., p. 94, nota nº 31. Cf. DWORKIN, op. cit., p. 42-43, de onde se colhe o seguinte fragmento: “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.”

alemão⁶⁷, Alexy chega à conclusão de que elas exercem um duplo papel e descreve a *Lei de Colisão*, considerada pelo próprio autor um dos fundamentos da teoria dos princípios que postula:

(K') As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

Essa lei, que será chamada de “*lei de colisão*”, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.⁶⁸

Vistas a Tese da Otimização e a Lei de Colisão, falta a *Lei de Ponderação* como a última etapa da teoria de Alexy. A essa altura, registra que o resultado prático da compreensão dos princípios como mandamentos de otimização revela-se na *equivalência* ao princípio da proporcionalidade, no sentido de que há mútua implicação entre ambos, ou seja, a teoria dos princípios (como mandamentos) a demandar a utilização da máxima da proporcionalidade, e esta a reconduzir aos princípios na qualidade de *mandados de otimização*.⁶⁹

Nessa seara, o postulado da proporcionalidade — e de suas três regras operativas (adequação, necessidade e proporcionalidade em

67 O relativo à capacidade do acusado para participar de audiência em processo penal (*BVerfGE* 51, 324) e o caso Lebach (*BVerfGE* 35, 202), em que a Corte Constitucional alemã cuidou da colisão entre o princípio da proteção à personalidade e o da liberdade de informar via radiodifusão. Para um detalhamento desse último caso, cf. MARTINS, Leonardo (org.). *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 486-494.

68 *Ibid.*, p. 99. Em ALEXY, Robert. *Sobre a estrutura...*, p. 159, acha-se a seguinte enunciação da Lei de Colisão: “Segundo ela, as condições sob as quais um princípio assume prioridade sobre um outro constituem os fatos operativos de uma regra que dá efeito jurídico ao princípio considerado prioritário.”

69 ALEXY, Robert. *Sobre a estrutura...*, p. 159: “O significado prático da teoria dos princípios na forma da tese da otimização é encontrado sobretudo em sua equivalência ao princípio da proporcionalidade [...]. A teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade implica a teoria dos princípios [...]. Portanto, quem rejeita a teoria dos princípios precisa rejeitar o princípio da proporcionalidade também. A discussão em torno da teoria dos princípios pode, portanto, ser vista como reflexo da discussão em torno do princípio da proporcionalidade.” Cf. ALEXY, Robert. *Teoria...*, p. 116-120.

sentido estrito)⁷⁰ — consubstancia o método que permite a ponderação ou o sopesamento dos princípios constitucionais *tanto quanto seja possível, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas*. Na teoria de Alexy, as regras da adequação e da necessidade dizem respeito às possibilidades fáticas ou reais, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito cogita das jurídicas⁷¹, *i.e.*, do cenário normativo em que os princípios produzem mútuas interferências e devem, portanto, ser objeto de harmonização nos casos concretos que são chamados a, simultaneamente, regular.

Assim, para as hipóteses segundo as quais a realização de um princípio depende da maior ou menor satisfação de outro, Alexy enuncia a Lei de Ponderação: “Quanto mais intensa interferência em um princípio, mais importante é a realização do outro princípio”. O professor alemão compreende tanto essa regra quanto a Lei de Colisão como tentativas de descrever mais precisamente a ideia central da teoria dos princípios, a Tese da Otimização⁷².

O exercício de ponderação de bens e interesses constitucionais, todavia, como denota Prieto Sanchís, normalmente resulta no triunfo de um dos princípios em colisão, e não no equilíbrio dos valores ou razões que estejam em conflito.⁷³ Para explicitar essa e outras características do juízo de ponderação, lança-se mão, doravante, da decisão proferida pela Corte Constitucional alemã no caso Lüth, julgado em 1958⁷⁴.

No início da década de 1950, o cidadão alemão Erich Lüth, crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa de Hamburgo, conclamou distribuidoras e público a boicotar o filme lançado à época por Veit

70 Para uma visão detalhada dos três componentes da máxima da proporcionalidade, v. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, especialmente o capítulo II. De modo simplificado, o juízo de adequação ou idoneidade corresponde à análise da congruência entre a medida adotada e o princípio que ela pretende satisfazer (adequação meio-fim). De sua vez, o juízo de necessidade ou exigibilidade concentra-se na mínima onerosidade da medida adotada em face do princípio restringido (mandamento do meio menos gravoso). Por último, o juízo da proporcionalidade em sentido estrito busca a otimização das possibilidades jurídicas, o que desemboca na Lei de Ponderação, exposta na sequência do texto.

71 ALEXY, 2008, p. 160.

72 Alexy, 2008, p. 161.

73 SANCHÍS, op. cit., p. 137: “Ciertamente, en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto.”

74 Apresentado em MARTINS, Leonardo (org.), op. cit., p. 381-395. A decisão do caso Lüth constitui uma das mais conhecidas do acervo de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (BverfGE 7, 198), pois, além de outras conquistas, lança as bases de uma dogmática geral dos direitos fundamentais e da exigência de ponderação dos princípios em disputa no caso concreto.

Harlan, pelo fato de esse roteirista e diretor representar, na visão de Lüth, a estética nazista, além de ter contribuído com a violência contra o povo judeu, durante a Segunda Guerra Mundial, por meio do filme *Jud Süß*, de 1941. Harlan e seus parceiros comerciais ajuizaram ação de pretensão mandamental contra Lüth, pleiteando que este fosse proibido de continuar com tais práticas, sob pena de sanção pecuniária, com base no § 826 do BGB (Código Civil alemão), norma semelhante à contida no artigo 186 do Código Civil brasileiro⁷⁵.

O Tribunal Estadual de Hamburgo, por entender que as expressões de Lüth ultrapassavam os limites de seu direito fundamental à livre manifestação do pensamento, representando ato ilícito, julgou procedente o pedido. Irresignado, Lüth recorreu ao Superior Tribunal Estadual de Hamburgo e propôs, ao mesmo tempo, reclamação perante a Corte Constitucional, por alegada ofensa ao referido direito fundamental.

Estavam em colisão, portanto — embora o Tribunal Constitucional Federal alemão não tenha, em 1958, decodificado a controvérsia nesses termos —, dois princípios constitucionais: o direito fundamental de Lüth à livre manifestação do pensamento e o de Harlan e seus parceiros ao livre exercício de atividades civis e comerciais, sem intervenções públicas ou privadas espúrias.⁷⁶ Esse era, em síntese, o problema que o *Bundesverfassungsgericht* tinha diante de si.

A Corte Constitucional alemã julgou procedente a reclamação ajuizada por Lüth, em termos tais que a transcrição de fragmento das conclusões do julgado mostra-se útil:

Para a solução da questão de se saber se a convocação ao boicote segundo esses critérios é imoral [...], faz-se necessário verificar os motivos, o objetivo e a finalidade das expressões. Além disso, deve-se examinar se o reclamante, na busca de seus objetivos, não ultrapassou a medida necessária e adequada do comprometimento dos interesses de *Harlan* e das sociedades cinematográficas.

75 “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

76 Tal conflito poderia descrever-se como sendo entre o livre exercício de atividades civis e comerciais e o direito fundamental da população de acesso à informação e ao debate consciente, ou, ainda, entre a livre expressão da personalidade de dois indivíduos (Lüth na crítica e Harlan na produção cinematográfica), o que só prova os desafios oferecidos pelo juízo de ponderação logo na definição mesma dos princípios em confronto.

a) Com certeza não têm, os motivos que levaram o reclamante às suas expressões, nada de imoral. O reclamante não perseguiu nenhum interesse de natureza econômica; ele não se encontrava em uma relação de concorrência nem com as sociedades cinematográficas, nem com *Harlan*. Até mesmo o tribunal estadual verificou, em sua decisão nos autos do processo da ação cautelar, que a audiência não revelou nada no sentido de se concluir que o reclamante teria agido em função de “motivos indignos ou egoísticos”. Isso não foi contestado por nenhuma das partes.

b) O objetivo das expressões do reclamante foi, como ele mesmo afirma, impedir que *Harlan* se firmasse como representante significativo da cinematografia alemã; ele queria impedir que *Harlan* fosse de novo apresentado como criador de filmes alemães e com isso surgisse a impressão de que um novo crescimento da cinematografia alemã tivesse que ser necessariamente ligado à pessoa de *Harlan*. [...]

As expressões do reclamante precisam ser observadas no contexto de suas intenções políticas gerais e de política cultural. Ele agiu em função da preocupação de que o retorno de *Harlan* pudesse ser interpretado – sobretudo no exterior – como se na vida cultural alemã nada tivesse mudado desde o tempo nacional-socialista: Como [sic] naquele tempo, *Harlan* seria também novamente o diretor representativo da cinematografia alemã. Estas preocupações correspondiam a uma questão muito substancial para o povo alemão; em suma: a questão de sua postura moral e sua imagem no mundo naquela época. Nada comprometeu mais a imagem alemã do que a perseguição maldosa dos judeus pelo nacional-socialismo. Existe, portanto, um interesse decisivo de que o mundo saiba que o povo alemão abandonou essa postura e a condena, não por motivos de oportunismo político, mas por causa do reconhecimento de sua hediondez, reconhecimento este firmado sobre uma guinada axiológica intrínseca.⁷⁷

Não há a menor dúvida acerca do fato de que a conjuntura da época influenciou a decisão do caso Lüth. Não obstante isso, interessa perceber que, ao investigar os *motivos*, o *objetivo* e a *finalidade* das expressões de Lüth contra Harlan, para decidir sobre a licitude ou a ilicitude da crítica (e do convite ao boicote) daquele contra este, a Suprema Corte alemã elege os critérios pelos quais irá apreciar a conduta do reclamante —

77 MARTINS, Leonardo (org), op. cit., p. 393-394.

amparada, em tese, no direito fundamental à livre manifestação do pensamento — em face do princípio constitucional oposto, subjacente à regra do § 826 do BGB (incolumidade da esfera jurídica ou, em outras palavras, livre exercício de atividades civis e comerciais). Identifica, assim, as *condições concretas de precedência* de acordo com as quais o sopesamento será realizado.

Identificadas as *condições de prioridade* — os pressupostos fáticos que, se verificados, funcionam como a hipótese de incidência de uma regra incorporadora dos efeitos jurídicos determinados pelo princípio precedente —, o Tribunal Constitucional Federal alemão prossegue com o exame delas e elabora os seguintes raciocínios:

- i) se Lüth tivesse buscado satisfazer interesses econômicos, “indignos ou egoísticos” por meio do convite ao boicote ao trabalho de Harlan, haveria conduta ilícita⁷⁸ do ponto de vista tanto do próprio direito fundamental invocado — porque um boicote, *v.g.*, com fins concorrenciais não superaria o *teste da regra da adequação*, ou seja, não se fundamentaria, em termos minimamente aceitáveis, na livre manifestação do pensamento — quanto do princípio oposto, ofendido na medida em que a interferência sobre ele pela conduta baseada no direito fundamental não se apresentaria como a menos gravosa em relação ao princípio atingido (*teste da regra da necessidade*);
- ii) ao contrário, a manifestação de Lüth integrava um contexto político e cultural bem mais amplo (ainda o exame das *condições de precedência*), de preocupação com o *descolamento* ou o *abandono* da estética nazista (da qual Harlan era considerado um expoente) pelas artes alemãs no pós-guerra, o que conferia à crítica e ao boicote do reclamante um substrato ético-social consentâneo com a quadra histórica do país e, assim, adequados como legítimo exercício da liberdade de opinião; e
- iii) por último — e este ponto não vem explícito de nenhuma forma no corpo da decisão, valendo recordar que a decisão do caso Lüth data de 1958, quando a técnica de ponderação

78 A ilicitude da conduta, aqui, é diretamente vinculada aos princípios constitucionais em colisão. É a vulneração a eles que determina a pecha jurídica, independentemente da existência de regra infraconstitucional expressa a respeito.

ainda se encontrava nos estágios iniciais —, no sopesamento propriamente dito (*teste da regra da proporcionalidade em sentido estrito*), a Corte Constitucional alemã reconhece que não pode fixar uma precedência abstrata da livre manifestação do pensamento sobre o livre exercício de atividades civis e comerciais (porque tal significaria ignorar todas *condições de prioridade* já estabelecidas ao longo da fundamentação), e, por isso, conclui que *um convite ao boicote não constitui necessariamente uma conduta imoral*, nos termos do § 826 do BGB, e não a constitui no caso concreto, cujos pressupostos fáticos eleitos direcionam para a preservação integral do direito de livre expressão de Lüth em face da atividade artística (diretamente atingida pela crítica e pelo boicote proposto) de Harlan.

Diversas outras considerações poderiam ser entabuladas sobre a decisão do caso Lüth, no que tange aos aspectos alusivos ao juízo de ponderação entre princípios constitucionais. Importa, contudo, orientar o debate para o problema da *racionalidade* dessa técnica, questão antecipada pelo próprio Alexy:

Contra a idéia de sopesamento é muitas vezes levantada a objeção de que ela não é um modelo aberto a um controle racional. Valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, e o sopesamento, portanto, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa. Onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes. Essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional.⁷⁹

Em si mesma, a decisão do caso Lüth, explorada nos parágrafos precedentes, deixa entrever a complexidade — para dizer o mínimo — da tarefa hermenêutica *sobre* princípios e *entre* princípios. A eleição de *condições de preferência* distintas pode conduzir o intérprete a resultados completamente inesperados, ou melhor, fora da razoável expectativa da comunidade jurídica ou dos sujeitos que aguardam a deliberação estatal. Se a carência de objetividade é um risco mesmo quando se opera no âmbito das regras, no plano dos princípios (e da ponderação de direitos

79 ALEXY, 2008, p. 163-164.

fundamentais) ela encontra espaço para existir no limite da função: a eliminação da segurança jurídica.

Ao mesmo tempo, porém, é preciso afirmar, juntamente com Prieto Sanchís⁸⁰, que uma ponderação verdadeira não pode dar margem a qualquer resultado. Se a existência de princípios no sistema jurídico aumenta a indeterminação do Direito — fato de todo inegável —, o que abre ensanchas à positivação de *escolhas pessoais* em vez de *escolhas jurídicas*, ainda que com a roupagem ilusória de fundamentos normativos, cria-se para o intérprete a obrigação de, ao operar com tais espécies de normas, conter o próprio subjetivismo a cada passo. A indagação, renitente, é a de como fazê-lo.

2.3 PONDERAÇÃO, RACIONALIDADE E ARGUMENTAÇÃO: A CONTRIBUIÇÃO DO CRITÉRIO DE CORREÇÃO DO PONTO MÉDIO DE RUPTURA

A doutrina preocupada com a racionalidade do discurso jurídico em tempos de neoconstitucionalismo e de ponderação de princípios tem trabalhado, em síntese, com duas vertentes ou propostas, não de superação completa, mas de *redução* do subjetivismo e do decisionismo, tendo em conta que a dimensão humana é ineliminável da tarefa hermenêutica e, portanto, sempre haverá certa *carga pessoal* na interpretação e na aplicação do Direito. A primeira vertente opera no âmbito *normativo*; a segunda, no plano da *argumentação*.

Na esfera normativa, a ideia prevalecente firma-se na elaboração de parâmetros preferenciais (não absolutos) para orientar o emprego da técnica de ponderação. Ana Paula de Barcellos exemplifica essa linha de pesquisa:

Cabe aqui fazer uma observação. Todos os exemplos referidos acima envolveram um específico conflito normativo (liberdade de imprensa e de informação *versus* intimidade, vida privada e honra). De fato, um dos importantes trabalhos da dogmática constitucional é exatamente esse: formular parâmetros fundamentados que permitam delinear os limites de cada um dos comandos constitucionais, especialmente nas situações em que, com maior frequência (ou mais previsivelmente), eles entrem em confronto com outros comandos constitucionais. O estudo em abstrato desses conflitos e os parâmetros que venham a

80 SANCHÍS, op. cit., p. 152.

ser propostos em decorrência dele proporcionarão maior segurança e uniformidade à interpretação das normas constitucionais.⁸¹

Nessa seara, dita autora propõe dois parâmetros básicos de auxílio à ponderação:

- i) regras têm precedência sobre princípios constitucionais; e
- ii) direitos fundamentais têm prioridade sobre as demais normas (ou a solução que prestigia a dignidade humana é superior às demais)⁸². Sem embargo das críticas que podem ser lançadas contra o primeiro parâmetro sugerido, cabe perceber a influência de tais cláusulas sobre a própria argumentação a ser desenvolvida no ato de interpretação e de aplicação do Direito. Em outras palavras, o que os parâmetros para a ponderação pretendem oferecer, ao fim e ao cabo, é a *distribuição (mais) racional do ônus argumentativo*, ofertando critérios de correção que, quando afastados nos casos complexos — porque deles só se extrairia soluções incompatíveis com a Constituição —, obrigam o intérprete a uma mais profunda e analítica fundamentação da decisão.

Esse, com efeito, constitui o motivo pelo qual as duas vertentes ou propostas retromencionadas convergem e se realizam, conjuntamente, no plano da argumentação, a base técnica da interpretação jurídica para Margarida M. L. Camargo⁸³. Aqui, entretanto, não se chega ao ponto, como ela o faz, de afirmar que “o direito, propriamente dito, não é norma geral, porém, norma individual, pois somente as decisões dos juízes é que efetivamente obrigam”⁸⁴. Dizer isso significa ignorar toda

81 BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 61.

82 Id., *ibid.*, p. 66.

83 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1.

84 Id., *ibid.*, p. 17: “A esfera da vida referente ao agir encontra-se antes sujeita à compreensão do sentido que ensejou a ação, do que à simples explicação de relações que lhe tenham servido de causa. A idéia é a de que as ações humanas, orientadas para finalidades, encontram-se inseridas em um porquê histórico, da mesma forma que o intérprete é um ser também historicamente orientado e que faz parte de uma tradição. A norma jurídica constitui-se, assim, em um fazer humano, carregado de sentido. E o direito, propriamente dito, não é norma geral, porém, norma individual, pois somente as decisões dos juízes é que efetivamente obrigam. Com a sentença é que sabemos, efetivamente, qual o nosso direito ou a nossa obrigação. Antes disso, a norma atua apenas como parâmetro e orientação para a conduta, sem imputar qualquer dever, como diria Kelsen. Para nós, o direito apresenta-se jungido à própria hermenêutica, uma vez que a sua existência, enquanto significação, depende da concretização ou da aplicação da lei em cada caso julgado.”

a dimensão das relações jurídicas que se constituem e se desenvolvem ao largo do processo jurisdicional — na verdade, a quase totalidade dos vínculos —, ou, por outro raciocínio, desconhecer o fato de que cada destinatário da norma abstrata tem a valia do primeiro intérprete e do primeiro concretizador dela. Esse entendimento fortalece a cidadania de cada sujeito de direito, outorgando-lhe uma *presença* na ordem normativa que não decorre da tese da identificação do Direito exclusivamente com a norma individual.

De qualquer sorte, a técnica da ponderação de bens e interesses constitucionais, em razão dos problemas com os quais lida (colisão de princípios), demanda do intérprete uma *capacidade argumentativa* incomum, na medida em que ponderar consiste em definir a melhor decisão quando concorrem fundamentos conflitivos e de mesmo valor⁸⁵. A fim de tentar reduzir esse ambiente de incerteza, próprio de uma fase de *transição paradigmática*⁸⁶, sugere-se, nos parágrafos seguintes, um *modelo de correção* da argumentação empreendida nos casos de colisões de princípios constitucionais, denominado de *ponto médio de ruptura*.

Antes, porém, uma ressalva: o modelo de correção argumentativa proposto não tem, à evidência solar, a pretensão de resolver definitivamente toda a complexidade do raciocínio de ponderação. Serve, apenas, como tentativa de *facilitar* a interpretação e a avaliação das *condições de precedência* de que cogita Alexy⁸⁷ e, portanto, de *orientar* a argumentação desenvolvida a partir dos elementos do caso concreto.

Dito isso, a utilização de um confronto de princípios constitucionais comum na jurisprudência — o embate entre a liberdade de imprensa e de informação, de um lado, e do direito fundamental à vida privada e à intimidade, de outro — permite expor o critério de correção do *ponto médio de ruptura* com maior eficiência. Imagine-se, então, o seguinte caso hipotético: conhecido parlamentar nacional, que já participou de diversas legislaturas e exerceu inúmeros cargos públicos eletivos, é fotografado em movimentado restaurante de uma capital brasileira ao lado de companhia feminina que, posteriormente, é identificada como diretora-executiva de uma grande empresa poluidora que vinha sendo defendida pelo parlamentar em pronunciamentos e em textos escritos nos mais diversos veículos de comunicação. No dia seguinte, tomando conhecimento das fotos e do fato de que elas ilustrariam, nos próximos dias, grande reportagem de capa em jornal

85 SANCHÍS, op. cit., p. 137.

86 V. 2, *supra*.

87 V. 3.2, *supra*.

de circulação nacional, o político ajuíza contra este ação inibitória com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, baseando-se no direito fundamental à intimidade e à vida privada, para impedir a publicação da matéria.

Logo se vê que o juiz da causa está diante de um típico conflito de princípios constitucionais; inexistente, de fato, qualquer espécie de prioridade abstrata entre eles. É patente, também, que o recurso aos critérios clássicos de solução de antinomias jurídicas para decidir tal choque normativo e, em seguida, o uso da técnica da subsunção para aplicar o princípio “vencedor” mostram-se inservíveis na colisão sob foco. Esse é, portanto, o terreno próprio da ponderação de bens e interesses constitucionais.

O primeiro passo que o *ponto médio de ruptura* sugere consiste na redução de todas as características singulares do caso às *condições de precedência mínimas* do princípio atingido pela ação que lhe foi contrária, amparada no princípio oposto. Essa etapa não precisa, necessariamente, constar de forma explícita na argumentação do intérprete. Pode ser efetivada a título de instância preliminar do processo argumentativo como um todo, não obstante o fato de que, se a argumentação incorporar essa fase do raciocínio, ela se torna excepcionalmente precisa no descobrimento das condições de precedência de um princípio sobre o outro.

Desenvolvendo esse primeiro passo, a descrição do caso hipotético restaria assim: um homem comum (no sentido de não possuir expressão pública) é fotografado em local privado na companhia de uma mulher, e a foto ilustrará matéria sobre o evento (o encontro de ambos) em jornal de circulação no território do município onde o fato ocorreu. Nesse *contexto fático mínimo* — e só nele, na qualidade de *etapa inicial* do modelo —, impõe-se a conclusão da ofensa ao direito fundamental à intimidade e à vida privada, pois não há razões de nenhuma natureza que justifiquem a publicidade comercial de um fato ordinário da vida particular de alguém.

A redução às condições mínimas de precedência tem o objetivo primacial de identificar e isolar os elementos particulares do caso relevantes para a argumentação, sejam aqueles que induzirão à preservação da resposta obtida segundo o contexto fático mínimo, sejam aqueles que orientarão rumo à prioridade do outro princípio. Na hipótese sob exame, esses traços são:

- a) a qualidade do homem fotografado de parlamentar conhecido e de expressão nacional, com história na política brasileira;

- b) o local do fato (movimentado restaurante de grande cidade);
- c) a qualidade da mulher fotografada de importante executiva de empresa de porte;
- d) a atividade supostamente poluidora dessa última;
- e) a relação entre o parlamentar e a empresa, por meio de discursos e de textos de defesa amplamente publicizados na mídia; e
- f) a cobertura nacional do veículo de comunicação. Uma argumentação que não cobrisse todos esses fatores não seria equivocada — no sentido de obedecer a critérios de correção lógica —, mas necessariamente incompleta.

O segundo passo que o *ponto médio de ruptura* propugna consubstancia-se na comparação entre os elementos reduzidos (simplificados) e os originais do caso, a fim de apreender *em que medida* particularizam a espécie e *em que sentido* apontam no estabelecido confronto dos princípios constitucionais. Assim, *v.g.*, é possível conceber que a qualidade de político de expressão nacional e histórica implica maior interesse de público qualificado (cidadãos eleitores) nas atividades do parlamentar, tanto mais quando realizadas de forma ostensiva, ou que a relação entre ele e a empresa à qual se imputa poluição do meio ambiente, nos termos dos discursos de defesa proferidos, denota vínculo de caráter *público* e *atual* (porque objeto de manifestações escritas e orais recentes destinadas ao conhecimento de outras pessoas) justificador da divulgação do encontro dele com executiva dessa mesma empresa.

Referida comparação entre os fatos reduzidos e os originais do caso dá-se *no âmbito da argumentação*, ou seja, na esfera da explicitação, do encadeamento e da análise racional das condições de precedência, permitindo ao intérprete aquilatá-las diante de um padrão básico de confronto dos princípios constitucionais de acordo com o qual se produz consenso⁸⁸ a respeito do princípio prioritário. Eventualmente, um ou outro elemento comparado não apontará, com razoável grau de certeza, o sentido final da ponderação — a amplitude do veículo de comunicação poderia, *in casu*, funcionar como condição neutra —, hipótese em que,

88 Também esse consenso acha-se no plano da argumentação, como uma verossimilhança passível de aceitação pela maioria dos indivíduos esclarecidos ou, se se considerar suficiente um consenso restrito, apenas pelos sujeitos em litígio.

argumentativamente, a particularidade pode ser disposta em segundo plano ou associada a outro elemento comparado, que com ela guarde relação de proximidade (por exemplo, em quais jornais ou revistas, se de ampla ou restrita circulação, houve publicação dos discursos e dos textos do parlamentar em defesa da empresa supostamente poluidora).

O modelo de correção argumentativa do *ponto médio de ruptura* deve ser compreendido dentro de seus limites. Ele colabora como uma *fórmula discursiva* no isolamento e na avaliação das condições de precedência dos princípios em disputa, mas não oferece solução pronta e acabada para qualquer conflito de cláusulas constitucionais. No caso em apreço, uma decisão alternativa ao simples estabelecimento da superioridade da liberdade de imprensa e de informação e, portanto, do indeferimento do pedido do parlamentar seria a proibição de uso das fotos na matéria jornalística (concessão parcial do pedido antecipatório), sem comprimir integralmente, dessa forma, o direito fundamental à intimidade e à vida privada. Ambos os desfechos, vale dizer, são *legítimos* para o modelo de correção argumentativa do *ponto médio de ruptura*.

3 CONCLUSÃO

O neoconstitucionalismo, como resultado em construção de uma transição paradigmática, traz consigo um conjunto de dúvidas e de complexidades, relacionadas a uma nova dimensão do direito constitucional e do papel das constituições nos sistemas normativos contemporâneos. No Brasil, tais perplexidades são ainda mais candentes, diante das características e da pouca idade da Carta da República de 1988.

Boa parte do conjunto referido direciona-se para o problema da racionalidade na interpretação e na aplicação das normas constitucionais, especialmente das de caráter principiológico, cujos enunciados abertos e indeterminados favorecem toda sorte de subjetivismos. Por essa razão, doutrina e jurisprudência têm trabalhado no desenvolvimento de técnicas e mecanismos de controle da tarefa hermenêutica, diante do fato de que os recursos interpretativos existentes, formulados para utilização em outro panorama normativo, não respondem adequadamente às propostas do neoconstitucionalismo.

O problema da racionalidade, estreitamente ligado à técnica de ponderação de bens e interesses constitucionais, método próprio de solução das colisões de princípios, evoca duas espécies de soluções, uma normativa e outra argumentativa. Nota-se, todavia, que ambas operacionalizam-se, de fato, no plano da argumentação, e por isso o interesse renovado nesse campo de estudos da Teoria Geral do Direito, abandonado sob o paradigma do positivismo jurídico.

A ponderação de bens e interesses constitucionais não expressa uma técnica que conduz, sempre e inevitavelmente, a uma única decisão. No emprego dela, o isolamento e a valoração das chamadas condições de precedência (de um princípio sobre o outro), que só podem ser aferidas no caso concreto, constituem a etapa mais problemática do raciocínio e da argumentação consequente. O critério de correção argumentativa do *ponto médio de ruptura* atua nesse exato ponto, como um instrumental de orientação do processo argumentativo nas hipóteses específicas de conflitos entre princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 3, p. 155-167, jan./jun. 2005.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

_____. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

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

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOIS, Cecilia Caballero. Direitos, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade. Sequência: *revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, v. 26, n. 52, p. 257-278, jul. 2006.
- MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.
- MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos no dever de fundamentação das decisões judiciais no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 44, p. 101-120, nov. 2006.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007.

A LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

*THE LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL COURT IN THE
REALIZATION OF THE RULING CONSTITUTION*

Daniel Silva Passos

Advogado da União

Especialista em Direito Tributário pela UFBA

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela UNICEUB

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Jurisdicização da Política; 2 Legitimidade do Judiciário e a garantia do Dirigismo Constitucional; 3 A Importância dos Direitos Fundamentais na Legitimação da Justiça Constitucional; 4 As Legítimas Opções Impostas à Justiça Constitucional; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O atual estágio de politização do direito decorre do conteúdo valorativo dos objetivos e direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Estes últimos, ao tempo em que estabelecem limites à atuação estatal, irradiam um plexo de obrigações voltado à sua concretização material, e exigindo, em última instância, a reconstrução da realidade. Deste contexto sobressai a importância da participação do Poder Judiciário neste processo, na medida em que é garantidor, em última instância, da plena normatividade da Constituição. O presente trabalho pretende discutir os principais óbices levantados pelos opositores da jurisdição constitucional, analisando a postura que o STF vem adotando atualmente, para, ao final, concluir sobre a essencialidade de seu papel no cumprimento das promessas emancipatórias assumidas pela Constituição de 1988.

ABSTRACT: The current stage of law politization stems from the value content of the objectives and fundamental rights predicted in the constitutional text. The fundamental rights, while establish bounds to the state activity, constitute a range of obligations aimed to achieve their own materialization, requiring, ultimately, reality's reconstruction. This is the context where the importance of involving the judiciary along this process arises, as it is lastly responsible for the full normative aspects of the Constitution. The objective of this study is to discuss the main obstacles raised by the opponents of a Constitutional Court, analyzing the recent positioning of the Brazilian Supreme Court, and then to draw conclusions about the relevance of its role in fulfilling the promises of emancipation proposed in the 1988 Constitution.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Dirigente. Jurisdicização da Política. Legitimidade da Justiça Constitucional

KEYWORDS: Ruling Constitution. Juridicizing Policy. Constitutional Court Legitimacy.

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais palpitantes da atualidade pertine ao hipertrofiamento do Judiciário, chamado, cada vez mais, a manifestar-se sobre matérias que, em um passado não muito distante, lhe eram estranhos. A clássica divisão de poderes impedia a apreciação judicial de questões manifestamente políticas, outrora atribuídas com exclusividade ao Legislativo e ao Executivo. Tal entendimento levava a situações incompatíveis com a normatividade constitucional, como bem explana Luis Roberto Barroso¹ ao analisar a mora legislativa²:

Surgem, assim, duas situações contrastantes com os princípios da moderna ciência jurídica:

(1) a existência de um direito destituído de qualquer garantia, isto é sem ação;

(2) a subversão da hierarquia das normas, com a falência da supremacia constitucional, visto que o legislador ordinário de arroga o poder de impedir que um direito conferido pela Lei Maior opere seus efeitos.

De plano, verifica-se que a judicialização de questões políticas é um imperativo do caráter dirigente da Constituição Cidadã de 1988, que, consciente das desigualdades que permeiam a realidade brasileira, impõe cláusulas sociais emancipatórias voltadas à construção de um futuro de inclusão. É evidente a pretensão do constituinte originário de se reaproximar o direito da ética, surgindo daí necessidade de adoção de princípios de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade da pessoa humana³. Os direitos fundamentais, ao lado dos objetivos e finalidades constitucionais, desempenham papel determinante neste processo, na medida em que, mais que obrigações ao poder público, estabelecem uma ideologia programática voltada à transformação da realidade. Evidentemente, a consolidação de uma Justiça Constitucional é essencial neste processo, pois, garantindo a supremacia constitucional, promove também o cumprimento destes programas transformadores.

1 BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 160.

2 Hipótese mais restrita que o objeto do presente.

3 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 29.

Ainda não há, contudo, uma plena consciência da relevância do dirigismo constitucional para a construção de uma realidade mais humana, não sendo poucos os que não percebem (ou assim tentam transparecer) a insuficiência do processo político-democrático formal e de suas vias institucionais. Não são poucas as escusas que se utilizam para garantir o monopólio do poder, e promover a continuidade da inércia administrativa que estanca o desenvolvimentismo social imposto pela Constituição.

Cumprir reiterar a inafastabilidade dos compromissos firmados pelo constituinte originário, sendo imprescindível a Justiça Constitucional na concretização dos mesmos.

1 A JURISDICIZAÇÃO DA POLÍTICA

O caráter dirigente da Constituição de 1988 decorre não apenas dos objetivos fundamentais (artigo 3º) e das demais normas programáticas nela insertas, mas, especialmente, dos direitos fundamentais. A Constituição, ao ser dirigente, assume dupla dimensão eficaz: uma, defensiva e garantidora das liberdades; outra, prospectiva e voltada à modificação da realidade por meio de cláusulas de inclusão, servindo de “fundamento normativo para o alargamento das tarefas estaduais e para a incorporação de fins econômicos-sociais, positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica⁴”. Evidentemente, por conta do compromisso com a dignidade da pessoa humana e conseqüente reconstrução social, esta projetividade reveste-se de caráter vinculante, impondo ao governante um dever de implementação irrenunciável.

Assim como a abolição das cláusulas pétreas não está disponível à agenda legislativa, o mesmo se pode dizer a respeito dos compromissos dirigentes constitucionalmente estabelecidos. O cumprimento das promessas emancipatórias não é uma faculdade do administrador público, não havendo qualquer discricionariedade neste sentido. A lei, no Estado Democrático de Direito, não é um ato essencialmente livre, mas sempre vinculado, seja positiva ou negativamente, à programaticidade social assumida pelo constituinte originário. Fica evidente, ainda, que a Constituição Federal pretende tal concretização por meio de um Estado social caracterizado, por definição, pelo intervencionismo. Toda e qualquer omissão estatal, neste sentido, seja ela administrativa ou legislativa, é marcadamente inconstitucional.

4 CANOTILHO, José Joaquim Comes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 166.

A realidade dos países em desenvolvimento revela que o processo democrático representativo não é suficiente à preservação dos direitos fundamentais, sendo certo, ainda, que estes consistem em instrumento essencial à legitimação de uma postura não majoritária⁵. A experiência demonstra a reiteração da inércia administrativa e a judicialização dos direitos fundamentais passa a ser um último recurso em favor das classes desfavorecidas. O reconhecimento da juridicidade do conteúdo programático inserto na Constituição, pois, representa o fim do “funesto dualismo que gravita ao redor da suposta incompatibilidade dos fundamentos políticos com os fundamentos jurídicos da Constituição⁶”.

Maiorias eventuais não podem opor consensos ocasionais a um programa vinculado a construção de um futuro mais solidário. Daí porque alguns temas, eminentemente políticos, já se encontram positivados na Carta Constitucional, garantindo-se a inegociabilidade deste ideário reformista e transformador. Adverte Canotilho⁷ que “a concretização das imposições constitucionais não é só uma tarefa de legislação, mas também uma tarefa constitucional de direção política”. A constitucionalização da política, com sua conseqüente juridicização e vinculação à programaticidade insculpida na Carta, enseja o controle judicial de tais temas, produzindo questionamentos a respeito da legitimidade de sua atuação, notadamente com base no argumento de ausência de legitimidade democrática.

Não se pode perder de vista que uma Constituição social é, eminentemente, “uma Constituição do conflito, dos conteúdos econômicos, do pluralismo, da tensão sempre renovada entre a igualdade e a liberdade⁸”,

5 Appio (APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 27) dá contornos nítidos ao quadro de insuficiência da democracia representativa: “O critério formal de democracia se revela insuficiente para a sociedade brasileira contemporânea, já que a complexidade das decisões sobre as políticas públicas produziu um ambiente exclusivo em que as relações entre governos eleitos e empresas privadas nunca foram tão próximas. Em contrapartida, o cidadão (eleitor) nunca esteve tão distanciado do núcleo político das decisões, seja por conta da proposital alienação imposta pelos meios de comunicação social (empresas privadas), seja pelo discurso científico de uma tecnologia invisível que opera no interior do Estado usando de sua estrutura burocrática. As decisões sobre o conteúdo das políticas públicas, no Brasil, raramente passam por um processo de avaliação prévia da população. Não raro, as políticas públicas endereçadas a um mesmo setor são objeto de constantes e profundas alterações, criando-se mecanismos irracionais de decisão modulados de acordo com os interesses atingidos. As políticas públicas surgem como mais um produto da máquina de propaganda dos governos eleitos, a qual parece ser a única a funcionar com eficiência no Brasil, e para a qual os recursos públicos raramente são contingenciados. A ilusão substituiu a democracia”.

6 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 237.

7 CANOTILHO, op. cit., p. 178.

8 BONAVIDES, op. cit., p. 380-381.

deprendendo-se daí ser natural a resistência ao dirigismo constitucional. Trata-se de verdadeiro embate de forças, como adverte Bonavides⁹, sendo que o compromisso para com os objetivos e direitos fundamentais insculpidos na Carta Política deve ser renovado diariamente, inclusive pelas vias processuais, sob pena de malogro das promessas emancipatórias referendadas pela Constituição. Aliás, insta observar que o dirigismo da Carta Política não apenas legitima a atuação o ativismo judicial, como o impõe, na medida em que ao Judiciário compete resguardar a imperatividade das normas.

2 LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO E A GARANTIA DO DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

O fenômeno da positivação da política por conta de uma programaticidade social e emancipatória envolve o fortalecimento da Justiça Constitucional, pois é esta quem irá zelar, em última instância, pelo cumprimento daquelas normas. Eduardo García de Enterría¹⁰ destaca bem a importância da referida Corte:

Una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma em los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido em el poder, que impone em esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que em esse momento le conviene.

Este protagonismo foi qualificado por uma parcela de críticos como usurpadora da soberania popular, pois, supostamente, extrapola as funções de judicial review para impor posições políticas diferentes daquela maioria ocasional. São inúmeros os argumentos que se levantam contra a legitimidade do Tribunal Constitucional, dentre os quais se destaca:

- 1) a tensão entre política e direito nos temas submetidos ao referido Tribunal;
- 2) a dificuldade de estabelecer os critérios de julgamento, tendo em vista que a Suprema Corte atua exatamente em momentos de comprovada insuficiência do texto constitucional; 3) a suposta ausência de legitimidade democrática do referido Tribunal.

9 BONAVIDES, op. cit., p. 371.

10 ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985, p. 186.

A primeira oposição entende que a Justiça Constitucional é uma contradição em si mesma, pois uma expansão sem limites representaria sua transformação em verdadeira instância política. Afirma que a decisão judicial pressupõe uma decisão geral já tomada pelo legislador, sendo que a politicidade deveria restringir-se ao Poder Legislativo. Segundo este pensamento, apenas o controle de constitucionalidade de uma lei já poderia ser interpretado como poder judicial de censura, equiparando-se o Judiciário a uma Câmara Alta.

Não há dúvidas que, com escólio em tudo aquilo que já foi afirmado anteriormente, os conflitos a serem decididos pela Corte Constitucional têm substância eminentemente política. Contudo, a diferença evidente entre o juiz constitucional e o magistrado ordinário não desqualifica o fato de que ambos se utilizam de método técnico-jurídico para a resolução das controvérsias. Reconheça-se que os métodos empregados na jurisdição constitucional contêm peculiaridades, mas, ainda assim, revelam natureza técnica-jurídica. Não poderia ser diferente, tendo em vista a amplitude dos efeitos das decisões que versam sobre matéria constitucional, bem como o fato de a funcionalidade da Constituição ser bastante diversa das leis ordinárias. Impregnada de conteúdo valorativo, a Constituição veicula diversos princípios que, em hipótese de colisão, encontram solução na proporcionalidade, e não na regra do tudo ou nada. Os princípios exigem uma apreciação de sua densidade, tema estranho às regras que, simplesmente, são aplicáveis ou não.

Nesta linha de idéias, o julgador deve estar sempre atento às conseqüências práticas de sua decisão, mas não pode deixar de decidir nos estritos termos da lei. Ao magistrado é vedado desenvolver um raciocínio jurídico partindo de um resultado preconcebido. Pode, sim, valer-se do ideário promovido pela Carta de Direitos para pautar sua interpretação a respeito da controvérsia que lhe é apresentada. Mas isto decorre da própria supremacia constitucional, se confundindo com o próprio objetivo da função jurisdicional. Eduardo García de Enterría¹¹, citando Bachof, destaca bem o ponto de distinção entre a atividade legislativa e aquela desempenhada pela Justiça Constitucional:

Em definitiva, el Tribunal Constitucional no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones. 'Pero esas consecuencias solo puede tomarlas em cuenta em el marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento, pudiendo contribuir la consideración de las potenciales consecuencias de su sentencia a descubrir el

11 ENTERRIA, op. cit., p. 183-184.

Derecho 'justo' y a construir interpretaciones jurídicas com uma u outra corrección a lãs que hubiese llegado se no hubiese tenido a la vista esse resultado. Em esse sentido, existe, sin duda, um cierto influjo de lãs repercusiones políticas de la sentencia sobre la interpretacion jurídica. Pero aqui está a la vez el limite para la toma em cuenta de tales consideraciones. Contra el Derecho, el jues no puede decidir jamás.

De outro lado, o Tribunal Constitucional não cria direitos, apenas garantindo a plena eficácia das normas constitucionais, de essência ideológica e programática. Também não faz as vezes de legislador negativo, não sancionando leis por critérios fulcrados em convicções pessoais de seus membros. Os valores prestigiados são sempre aqueles determinados pela Constituição¹², e a declaração de constitucionalidade de determinada lei apenas reitera e ratifica o conteúdo da norma fundamental. Ademais, a grande transcendência que acompanha os litígios constitucionais força o magistrado a renunciar a qualquer possibilidade de fundamentação escorada em convicções pessoais, remetendo-o à Constituição como norma jurídica apta a solucionar o caso, forçando-o a buscar o método jurídico mais rigoroso ao escopo que se pretende¹³.

A história também legitima os Tribunais Constitucionais. Ao contrário do que seus opositores sustentam, não se tem notícias de uma ditadura do Judiciário ou de despropositada desvinculação do ideal de Justiça propugnado pela Constituição. Pelo contrário, tais Cortes têm demonstrado elevada capacidade de promover integração e consenso social. Basta citar o famoso caso *Brown vs. Boar of Education*¹⁴ que significou duro golpe contra o segregacionismo racial vigente nos Estados Unidos. No Brasil, cite-se o julgamento, em 17/09/2003, do Habeas Corpus 82424, relatado pelo Ministro Moreira Alves, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal reafirmou a intransigência da Constituição de 1988 a qualquer espécie de prática de segregação.

O argumento da ausência de legitimidade democrática se baseia na idéia de que apenas a Casa Legislativa representa os reais ideais da sociedade, competindo-lhe a exclusividade do poder reformador e construtor de uma nova realidade substancialmente mais justa. Trata-se de pensamento estreito, que entende só ser possível a reconstrução por

12 Cf. COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 193.

13 Cf. ENTERRÍA, op. cit., p. 184-185.

14 347 U.S. (1954).

parte de um movimento social criador de uma assembléia revolucionária e, apenas por meio dela, se adotem as medidas necessárias ao fim colimado. Por conseqüência, os opositores da legitimidade democrática da Justiça Constitucional acabam por entender o direito como mero instrumento de conservação, ignorando sua potencialidade transformadora¹⁵.

O que se depreende é que as críticas mencionadas partem de um desconhecimento do próprio conceito de Constituição. A rigidez constitucional é garantia de que os ideais supra partidários nela dispostos fiquem imunes ao poder legislativo ordinário, facilmente influenciáveis por maiorias episódicas. Evidentemente, o legislador reformador poderá alterar o texto constitucional, mas o fará com respeito aos procedimentos e ao núcleo pétreo da Carta, dentre os quais se destaca a programaticidade reformista decorrente dos objetivos e direitos fundamentais. A Corte Constitucional surge como guardião da normatividade constitucional, protetor, portanto, das promessas sociais realizadas pelo constituinte originário, revelando-se o único instrumento eficaz contra eventuais atentados cometidos pelas maiorias políticas.

Ademais, quanto a crítica de que a Justiça Constitucional seria incompatível com a soberania do Parlamento, Kelsen¹⁶ assim já se manifestava:

Mas, à parte o fato de que não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular, pois a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal, esse argumento cai por terra pelo simples fato de que é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo, exatamente da mesma maneira como as leis regulam o procedimento dos tribunais e das autoridades administrativas, que a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação, e que, por conseguinte, o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração. Se, ao contrário dessas concepções, se continua a afirmar a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador, é simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição, em patente contradição, pois, com o direito positivo.

15 Sobre o tema, vide: HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

16 KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, 2003. São Paulo: Martins Fontes. p. 150-151.

Para concluir este tópico, resta pontuar que a Justiça Constitucional representa importante instrumento de integração política e social da sociedade. A reiteração de decisões em determinado sentido orienta não só os demais órgãos jurisdicionais, mas também toda a administração pública e a sociedade em geral, acentuando a máxima efetividade das normas constitucionais ao reiterar sua programaticidade e induzir um consenso sobre tal conteúdo. A Constituição de 1988, por isso mesmo, representa desestímulo a qualquer pretensão conservadora, que não esteja sindicada com os ideais reformistas ali insculpidos, pois já se sabe, de antemão, que encontrará veemente oposição do Judiciário.

Depreende-se, portanto, que o papel da Justiça Constitucional, muito ao contrário do que pregam seus opositores, não dissolve o Estado na jurisdição, nem elimina a política, nem a democracia. Pelo contrário, destaca seus sentidos e revivifica os valores constitucionais por meio da confirmação de sua normatividade. As atribuições judiciais no controle da constitucionalidade decorrem da própria Constituição, assim como acontece com o Poder Legislativo. E, conforme já salientado, o processo representativo democrático não vem se demonstrando suficiente à encampação dos ideais transformadores que permeiam a Carta da República, sendo que a defesa dos direitos fundamentais confere importante legitimidade ao ativismo do Judiciário.

3 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA LEGITIMAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

A prevalência ideológica imposta pelos direitos fundamentais no bojo da Constituição Federal de 1988 pode ser observada, inclusive, da sistematização da própria Carta. A Lei Maior discorre, em seus títulos iniciais, sobre os fundamentos do Estado brasileiro para, logo depois, estabelecer o sistema normativo básico dos direitos e garantias fundamentais, inferindo-se daí, indisputavelmente, o fato de que todos os títulos que se seguem versam sobre temas tributários aos direitos fundamentais¹⁷.

A par de toda a discussão a respeito da justificação dos direitos fundamentais, matéria que escapa ao objeto da presente exposição, trata-se de lugar comum a afirmação de que aqueles ocupam uma posição de superioridade dentro da sistemática constitucional. Destacam-se pelo

17 FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. *Aspectos da Positivização dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. In: BITTAR, Eduardo C. B. e FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz (Org.). *Direitos fundamentais: positividade e concretização*. Osasco: Edifeo, 2006, p. 124.

alto valor político, representando um postulado inderrogável e diretivo para a orientação de todo o Estado-aparato¹⁸. Os direitos fundamentais, portanto, legitimam o poder estatal, na medida em que condicionam sua existência aos objetivos vinculados ao desenvolvimento da pessoa humana. Assim sintetiza Perez Luño¹⁹:

En este sentido, los derechos humanos justifican al Estado en la medida que reconoce y respeta su esencia, de manera que la estructura estatal es para el hombre y no este para el Estado como preconizan todos los totalitarismos. Así se asegura la libertad y, además, se satisface un requerimiento universal que está éticamente fundado.

O caráter dirigente da Constituição Federal decorre, pois, não apenas dos objetivos fundamentais insculpido em seu artigo 3º, mas essencialmente dos mandados de otimização decorrentes do sistema formado pelos direitos fundamentais. Neste particular, é essencial recordar-se as lições de Alexy segundo o qual todo o direito, mesmo que tenha por núcleo principal uma obrigação negativa, ainda assim impõe prestações positivas pertinentes àquela, especialmente quanto ao dever de proteger-la contra terceiros.

Em suma, todos direitos fundamentais possuem dupla dimensão eficaz: uma negativa e outra positiva. A primeira diz respeito ao conteúdo do referido direito, proibindo condutas tendentes à sua supressão ou ofensa, representando, pois, um dever de omissão. Engloba o respeito à integridade da autonomia privada, bem como a proibição de injusta invasão, seja estatal ou de origem privada, sobre a esfera mínima necessária à livre autonomia do indivíduo. Os efeitos positivos, por sua vez, ensejam uma obrigação de fazer direcionada à concretização dos requisitos necessários a fruição do direito pertinente. Trata-se de uma obrigação imposta principalmente ao Estado, a quem incumbe o dever de proteger os direitos alheios, podendo-se destrinchar-la em quatro obrigações estatais: dever de proteger os direitos passíveis de lesão por parte de outras pessoas; dever de criar todo o instrumental necessário à obrigação anterior, tais como a criação de órgãos policiais e judiciais; o dever de promover medidas de estímulo e facilitação de acesso aos direitos fundamentais; e o dever de adotar medidas materiais e concretas

18 LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 68.

19 LUÑO, op. cit., p. 68-69.

em favor do titular do direito fundamental, especialmente por meio de serviços públicos²⁰.

Portanto, os direitos fundamentais, todos eles e não apenas os sociais e econômicos, impõem ao Estado um dever positivo de transformação da realidade, constitucionalizando ideais que militam pelo amplo desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, em todos os seus sentidos. Na medida em que o sistema formado pelos direitos fundamentais impõe a obrigação de conferir todos os esforços necessários ao amplo desenvolvimento de cada um deles, vincula a liberdade de conformação legislativa ao referido objetivo. Esta principiologia axiológica que acompanha os direitos fundamentais confere nítido caráter diligente à Constituição Federal de 1988, destacando o compromisso emancipatório, vinculado ao construtivismo social. Como bem explana o professor Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas²¹,

A elucidação dessas dimensões de direitos fundamentais possibilita uma melhor compreensão da capacidade dirigente da ordem constitucional, como também a averiguação adequada das opções políticas e da alocação de recursos promovida pelo legislativo na formulação e implementação de políticas públicas, permitindo verificar se há conformidade com os programas constitucionais ou se há omissão ou contrariedade com as cláusulas de utopia.

4 AS LEGÍTIMAS OPÇÕES IMPOSTAS À JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

O ativismo judicial é uma realidade e decorre da redescoberta da normatividade constitucional. Não há dúvidas do importante contributo que o Supremo Tribunal Federal tem dado à moralização do país e a concretização dos direitos fundamentais. Basta recordar os julgamentos que concluíram pela vedação ao nepotismo; pela vinculação do mandato eletivo ao partido político; pela distribuição de medicamentos; e que supriu lacuna história acerca do direito de greve no funcionalismo público. A discussão a respeito das possibilidades abertas a este ativismo, contudo, persiste.

20 DANTAS, Miguel Calmon. O Constitucionalismo Dirigente Brasileiro Diante da Pós-Modernidade: Ode ou Réquiem?. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 145-189, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55214>>. Acesso em: 14 jan. 2010.

21 *Ibidem*.

Parcela significativa da doutrina entende que cabe ao Judiciário, na hipótese de ativismo judicial, apenas promover uma intervenção direta, determinando uma obrigação de fazer; impor à administração pública a inclusão de dotação no orçamento para fins de atendimento da prestação em causa; ou seqüestrar verbas públicas suficientes ao cumprimento da prestação²². Apesar de reconhecer que tais possibilidades representam muito para a defesa do dirigismo constitucional, haverá casos em que não serão suficientes à garantia das promessas reformistas insertas na Constituição. É de se reconhecer a possibilidade da idealização de políticas quando isto se mostrar efetivamente necessário.

Neste ponto, deve-se concordar, em parte, com o disposto pela professora Maria Paula Dallari Bucci²³ segundo a qual “a elevação do patamar da cidadania depende mais de alterações estruturais na organização e funcionamento do Estado e do sistema econômico do que das decisões do Poder Judiciário, cujo papel é subsidiário, em matéria de políticas públicas”. Não há dúvidas de que a normatividade da Constituição irradia efeitos não apenas reativos, mas principalmente prospectivos, voltados ao futuro. Tratando da realidade fática, assentimos com o fato de que a idealização e implementação, por parte do Legislativo e Executivo, de políticas públicas voltadas ao cumprimento das promessas constitucionais seria mais profícuo que a intervenção do Judiciário nestes temas. E não é outra a postura que se espera dos governantes, pois a normatividade constitucional impõe deveres irrenunciáveis aos mesmos, nos termos já tratados.

De fato, os poderes Executivo e Legislativo estão mais bem instrumentalizados para o fim de identificação de necessidades, estabelecimento das prioridades, idealização das políticas, implementação e controle das mesmas. A corroborar com tal entendimento, verificamos, por meio de pesquisa jurisprudencial junto ao sítio do Supremo Tribunal Federal na internet²⁴ que, até dia 30 de setembro de 2009, não constava nenhuma decisão ou acórdão que estabelecesse uma determinada política pública para qualquer setor que fosse. Das 96 (noventa e seis) ocorrências encontradas, 65 (sessenta e cinco) tratavam, efetivamente,

22 BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões Sobre a Judicialização de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009 Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=58007>>. Acesso em: 14 janeiro 2010.

23 BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle Judicial de Políticas Públicas: Possibilidades e Limites. In: BENEVIDES, Maria Victori de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. (Org.). *Direitos Humanos, Democracia e República*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 695.

24 A pesquisa se deu com base nos parâmetros “política(s) pública(s)” + direito(s) fundamental(ais)”.

da implementação de políticas públicas, mas políticas estas já idealizadas e constituídas por instrumento jurídico próprio.

Tal fato demonstra que a mais alta Corte do país, responsável por garantir a normatividade das decisões políticas inseridas na Constituição Federal, e mesmo diante da realidade de exclusão conhecida por todos, reconhece a complexidade da tarefa atinente à idealização de políticas públicas. Isto não advoga, contudo, contra necessidade de uma intervenção mais ampla e profunda, pois, como já salientado, a Carta de 1988 encontra-se impregnada de valores sociais carecedores de concretização, sendo certo, ainda, que o Judiciário tem o dever institucional e constitucional de zelar pelo cumprimento de tais promessas.

Está correta a professora Maria Paula Dallari Bucci em afirmar que o reconstrutivismo não será implementado por decisões judiciais pontuais, que decidam sobre direitos individuais. Mais correto seria se pensar em uma escala maior, por meio da construção de políticas públicas direcionadas a promover os ideais programáticos da Carta. Tal tarefa, evidentemente, é mais afeta ao Executivo e Legislativo, face o nexos com suas finalidades institucionais²⁵. Contudo, a experiência demonstra que a contumácia estatal é historicamente reiterada, não se podendo admitir que as promessas constitucionais se envolvem em palavras vazias e destituídas de eficácia. O Judiciário pode e deve combater a inércia que impede a plena realização das aspirações sociais veiculadas pelos objetivos e direitos fundamentais.

À guisa de exemplo, coteje-se o caso da população carcerária deste país, absolutamente desamparada de qualquer política pública que garanta uma sombra que seja de dignidade. Também esta minoria foi contemplada pela principiologia emancipatória da Constituição dirigente, sendo que ao Tribunal Constitucional compete debruçar-se sobre o tema, e pôr fim a realidade da superlotação, de encarceramento em contêineres, da prisão de crianças e adolescentes junto aos adultos, dentre outros absurdos noticiados pela mídia.

25 Acerta mais uma vez a professora Maria Paula Dallari Bucci ao destacar ser mais conveniente ao interesse público a celebração de termos de ajustamento de conduta, “porque insta o administrador público a agir, sem lhe tolher certa margem de discricionariedade, que lhe permita manter a lógica do conjunto da ação do governo ou do órgão público” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 32). A ressalva que se faz refere ao fato de que o ativismo judicial nem sempre representará uma quebra na unidade das ações promovidas pela administração, especialmente em casos de absoluta omissão, incompatível com o conteúdo emancipatório da Constituição.

Mister observar que o Tribunal Constitucional tem condições, sim, de enfrentar desafios de tamanha envergadura. No que pertine ao macro planejamento do Estado, forçoso recordar que o Judiciário já vem analisando as dotações orçamentárias, de modo a compatibilizá-las com as prioridades constitucionalmente estabelecidas²⁶.

De outro lado, a atividade judicante sempre se valeu de experts das mais diversas áreas para assessorar os seus trabalhos, não se vislumbrando argumentos suficientes a justificar uma impossibilidade de utilização deste tipo de conhecimento especializado para a concretização dos mandamentos constitucionais. Também merece referência instrumentos democráticos como o *amicus curiae* e as audiências públicas, que viabilizam uma saudável participação popular na idealização de tais programas, permitindo, ainda, o conhecimento mais amplo e definido dos problemas e instrumentos de que se dispõe.

Não se está aqui defendendo as possíveis decisões teratológicas e os abusos que, de certo, podem acontecer como em qualquer local onde o homem esteja inserido. Aqueles devem ser combatidos, mas não têm o condão de infirmar o importantíssimo papel conferido ao Judiciário na defesa da Constituição Dirigente. Da mesma forma, o ativismo judicial não significa uma desqualificação dos Poderes Executivo e Legislativo, mas apenas ratifica a supremacia constitucional, a qual não se coaduna com a leniência e o situacionismo. Em caso de descumprimento da principiologia emancipatória que norteia o Estado Democrático de Direito, o Judiciário deve ser chamado a intervir e fazer valer a normatividade constitucional em toda a sua amplitude e profundidade.

26 ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3. *Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.*

4. Recurso especial provido.

Resp 493811/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2003, DJ 15/03/2004 p. 236) (destacou-se).

No mesmo sentido: Agravo de Instrumento Nº 70018282756, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 09/05/2007; e Apelação Cível Nº 597097906, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, Julgado em 22/04/1998.

5 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 possui, sem dúvidas, caráter dirigente, comprometido com a reconstrução desta realidade injusta e desigual. As promessas reformistas decorrem não apenas dos objetivos fundamentais prescritos no artigo 3º da Carta Maior, mas, essencialmente, do sistema formado pelos direitos fundamentais.

Todo o direito enseja uma dimensão positiva, seja com fito a obrigar o Estado a proteger-los, seja para desempenhar todos os esforços necessários ao seu pleno desenvolvimento. Os direitos fundamentais, na medida em que postulam pela emancipação material dos cidadãos, impregnam todo o Estado de valores direcionados à erradicação das desigualdades e concretização da dignidade da pessoa humana.

A catalogação destes direitos tem por conseqüência direta a positivação de princípios axiológicos que conformam e dirigem o desenvolvimento de políticas públicas aos referidos fins. Relativiza-se, assim, o antigo dogma de absoluta discricionariedade a respeito de temas políticos, notadamente porque a Constituição, sápiete da insuficiência do modelo democrático representativo, positivou parte da política, vinculando toda a atividade estatal ao cumprimento de suas promessas emancipatórias.

Evidentemente, a constitucionalização de tais ideais só logrará plena eficácia se for objeto de proteção por parte do Poder Judiciário. A inércia que anteriormente caracterizava a atividade judiciária deve ser observada cum grano salis, posto que a Constituição elegeru, como meio para a reconstrução da realidade, o Estado Social, intervencionista por natureza. As críticas liberais contra o ativismo judicial demonstram um compromisso da classe econômica dominante com atual estado das coisas. Nenhuma das oposições levantadas contra o pleno cumprimento da positividade constitucional pelo Poder Judiciário encontra fundamentos firmes, sendo, todas elas, desarrazoadas, especialmente face o caráter dirigente da Carta de 1988.

É indisputável a contribuição que o Supremo Tribunal Federal tem dado para a concretização dos direitos fundamentais. É preciso destacar, ainda, a importância de se estender a normatividade da Constituição a toda a administração pública, independentemente da atuação judicial, na esteira da advertência de Maria Paula Dallari Bucci. Este cumprimento dos mandamentos constitucionais, de ofício pelos

poderes Executivo e Legislativo, traz muito mais vantagens aos fins emancipatórios que se pretende, pois possibilita o bom planejamento de políticas públicas direcionadas ao exercício de tal mister. A prioridade, portanto, deve ser a atuação daqueles dois Poderes, pois a difícil tarefa de mitigação das desigualdades sociais é mais afeta às suas finalidades institucionais. Contudo, em casos de reiterada contumácia por parte daqueles, o Judiciário tem a obrigação de fazer valer toda a envergadura da norma constitucional, podendo, para tanto, valer-se de todos os instrumentos possíveis e necessários ao cumprimento das cláusulas de utopia ali prescritas, intervindo, seja no processo de criação das políticas públicas, seja na execução daquelas já definidas.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a Judicialização de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009 Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=58007>>. Acesso em: 14 janeiro 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle Judicial de Políticas Públicas: Possibilidades e Limites. In: BENEVIDES, Maria Victori de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. (Org.). *Direitos Humanos, Democracia e República*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

_____. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Miguel Calmon. O Constitucionalismo Dirigente Brasileiro Diante da Pós-modernidade: Ode ou Réquiem? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais _ RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 145-189, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55214>>. Acesso em: 14 janeiro 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. Aspectos da Positivação dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. In: BITTAR, Eduardo C. B. e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz (Org.). *Direitos fundamentais: positivação e concretização*. Osasco: Edifeo, 2006.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RESPONSABILIDADE DA ASSESSORIA JURÍDICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES

***THE PUBLIC ATTORNEYS CONSULTANT OFFICES
RESPONSIBILITIES AND THE GOVERNMENTAL
BIDDINGS AND CONTRACTS DUE PROCESS***

Jessé Torres Pereira Junior
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Marinês Restelatto Dotti
Advogada da União

Sumário: Introdução; 1 Exame e aprovação de minutas de edital: extensão a minutas de convite? 2 Exame e aprovação de minutas-padrão; 2.1 A jurisprudência do TCU; 3 O parecer jurídico é obrigatório, mas não vincula a autoridade gestora; 4 Ausência do parecer jurídico e nulidade do processo; 5 Limites do parecer jurídico sobre a definição do objeto; 5.1 A jurisprudência do TCU; 6 A responsabilidade da assessoria jurídica perante o controle

externo; 7 Decisão do superior hierárquico sobre o parecer jurídico; 8 Exclusão de responsabilidade da assessoria jurídica; 8.1 Fundamentação plausível. 8.2 Ausência de má-fé; 9 A responsabilidade da assessoria jurídica na jurisprudência do TCU; 9.1 Fundamentação insuficiente; 9.2 Fundamentação desarrazoada; 9.3 Fundamentação contrária a disposição literal de lei ou com deturpação de precedente jurisprudencial; 10 Responsabilidade da assessoria jurídica na jurisprudência do STF; 11 Responsabilidade da assessoria jurídica na jurisprudência do STJ; 12 Conclusão.

RESUMO: O art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, obriga a que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, sejam previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da Administração. Nesse mister, cumpre-lhe analisar a legalidade de seus dispositivos e/ou cláusulas, orientando o gestor público a adotar regras e a proceder segundo os princípios e normas aplicáveis. A manifestação jurídica com base no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 é obrigatória, mas não vinculativa para o gestor. Uma vez acatada, ela passa a integrar a motivação do ato decisório da autoridade competente. A assessoria jurídica responde por suas manifestações jurídicas, cujos matizes constituem o objeto deste estudo, notadamente no âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores e de Contas.

PALAVRAS-CHAVE: Licitações e contratos. Manifestação jurídica. Obrigatoriedade. Responsabilidade. Tribunais Superiores e de Contas

ABSTRACT: The brazilian 1993 federal law, number 8.666, item 38, obligates that bidding's acts, as well as contracts, agreements and partnerships clauses and stipulations, must be previously examined and approved by public administration attorneys consultant offices, whose task is to make sure that those acts, contracts and partnerships proposed rules are suitable to the law and general principles. The offices' guide lines become part of the decision motivation, if accepted by the authority in charge of its enforcement. Examine such expert advice consequences and legal effects is this article subject, mainly attached to judicial and control Courts perspective.

KEYWORDS: bidding and public administration contracts. Previous analyze by public administration attorneys consultante offices. Imposition. Responsibilities. Superior Courts of Justice and Accountability Courts control.

INTRODUÇÃO

O art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratações administrativas, obriga que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, sejam previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da Administração. A exigência também deve ser atendida na modalidade licitatória do pregão, em seus dois formatos, presencial e eletrônico, por aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 (art. 9º da Lei nº 10.520/02).

O exame prévio de minutas pela assessoria jurídica visa a evitar defeitos capazes de macular o procedimento licitatório, ensejando sua nulidade e também a do contrato dele resultante. Trata-se de dever imposto ao gestor público, cujo descumprimento ou cumprimento inadequado acarreta consequências no campo das responsabilidades funcionais.

A Lei nº 8.666/93, a par de estabelecer o exame de minutas pela assessoria jurídica, conferiu-lhe poder decisório atípico, qual seja o de aprová-las ou, por consectário lógico, desaprová-las.

O objeto de exame e aprovação pela assessoria jurídica são as minutas de edital, o que inclui os seus anexos, bem como as minutas de contratos, acordos, convênios ou ajustes em sentido amplo, ou seja, acordos de vontade em geral, como termos de parceria e de cooperação, e, também, alterações bilaterais e unilaterais que se fizerem necessárias no curso da execução, formalizadas por meio de termos aditivos.

O que se examina e aprova, prévia e conclusivamente, são minutas, quer dizer, a versão escrita de edital, contrato, convênio ou ajuste, proposta por órgãos técnicos e administrativos, de sorte a possibilitar a sua reformulação a partir de orientações expedidas pela assessoria jurídica da Administração, vale dizer, vedado tal exame por entidades de assessoramento jurídico externas à Administração, tanto quanto se veda a elaboração das minutas por terceiros estranhos à Administração.

A elaboração das minutas e o seu exame e aprovação pela assessoria jurídica integram a chamada fase interna do processo administrativo da contratação, de que não podem participar pessoas externas à Administração pela singela e evidente razão de que tal participação devassaria o processo antes da publicidade universal,

a criar oportunidades de acesso a informações privilegiadas, de que os favorecidos fariam uso para apresentar propostas em condições indisputáveis pelo mercado, direcionando o resultado da licitação e viciando o contrato dela resultante. Em outras palavras, fraudar-se-iam os princípios da competitividade e o do sigilo das propostas até o momento legal de sua abertura.

Tais exame e aprovação são obrigatórios em face da lei, mas, como se verá, não vinculam o gestor público, que poderá discordar das orientações traçadas pela assessoria jurídica, desde que fundamentadamente.

Logo se deduz quão desafiantes podem ser as questões que exsurgem da aplicação dessa peculiar norma da Lei Geral, exigente da produção, em cada processo de contratação, de pareceres a um só tempo obrigatórios, decisórios e opinativos, a gerar responsabilidades cujos matizes constituem o objeto deste estudo, notadamente no âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores e de Contas.

1 EXAME E APROVAÇÃO DE MINUTAS DE EDITAL: EXTENSÃO A MINUTAS DE CONVITE?

Convite é modalidade licitatória prevista no art. 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93, realizada entre interessados do ramo de que trata o objeto da licitação, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela Administração, que o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Por meio do Convite, a Administração escolhe os possíveis interessados em com ela contratar, cadastrados ou não. Sua validade depende do recebimento de pelo menos três propostas classificáveis, ou seja, que atendam a todas as exigências do instrumento convocatório, não sendo suficiente a obtenção de três propostas se, dentre elas, figure uma que desatenda àquelas exigências e, por isto, deva ser desclassificada. Caso não se apresente esse mínimo de três propostas aceitáveis a Administração deve repetir o Convite, estendendo-o a outros interessados, enquanto existirem cadastrados não convidados, ressalvadas as hipóteses de limitação de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, circunstâncias estas que devem ser justificadas no processo licitatório.

A divulgação pode ser feita mediante afixação de cópia do ato convocatório (carta-convite) em quadro de avisos do órgão ou entidade, localizado em lugar de ampla divulgação. Não é necessária a publicação na imprensa oficial ou em mídia impressa, como estatuído no art. 21 da Lei nº 8.666/93, o que não obsta a Administração de fazê-lo caso queira ampliar a competitividade.

No que tange à análise e aprovação da minuta da carta-convite pela assessoria jurídica, por analogia com o procedimento imposto para a minuta de edital, o Tribunal de Contas da União, em seu Manual intitulado *Licitações & Contratos. Orientações e Jurisprudência*, 4ª edição, p. 270, orienta ser “dispensável aprovação das respectivas minutas. A legislação não exige que os atos convocatórios de licitações realizadas nessa modalidade sejam examinados pelo setor jurídico.”

A Lei nº 8.666/93, nos textos de alguns de seus dispositivos, refere-se ao edital e ao convite separadamente, com o propósito de estabelecer a distinção entre esses dois instrumentos convocatórios. Assim:

Art. 21 [...]

§ 3º Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última *publicação do edital resumido ou da expedição do convite*, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde. [...]

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

I - *edital ou convite* e respectivos anexos, quando for o caso;

II - comprovante das publicações *do edital resumido*, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega *do convite*, [...]

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no *edital ou convite*, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei. [...]

§ 2º Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no *edital ou no convite*, inclusive financiamentos subsidiados ou a

fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes. [...]

Art. 45 [...]

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do *edital ou convite* e ofertar o menor preço; [...]

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...]

XI - a vinculação *ao edital de licitação* ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, *ao convite* e à proposta do licitante vencedor; [...]

Art. 75. Salvo disposições em contrário constantes do *edital, do convite* ou de ato normativo, os ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto do contrato correm por conta do contratado.

O parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 dispõe, apenas, sobre o prévio exame e aprovação de minutas de editais. Não integra o dispositivo a referência a exame e aprovação de minutas de cartas-convites, do que se conclui que deliberadamente a estes excluiu.

Com efeito, por constituir um procedimento simplificado em comparação com as demais modalidades licitatórias (tomada de preços, concorrência e também o pregão), é dispensada a remessa da minuta da carta-convite para exame prévio e aprovação pela assessoria jurídica, o que não retira do gestor público a possibilidade de submetê-la a tal exame, se entendê-lo necessário em casos específicos. A assessoria jurídica não poderá eximir-se do exame sob a justificativa de que a obrigação não consta da lei. Veja-se que o inciso VI, do art. 38, inclui, dentre os documentos instrutórios do processo da licitação, os pareceres jurídicos, o que abre ensejo a que o gestor remeta todos os expedientes que reputar relevantes para certificar-se da legalidade do certame, inclusive minuta de carta-convite, se considerar prudente colher a manifestação da assessoria jurídica.

A dispensa de exame e aprovação pela assessoria jurídica da minuta de carta-convite não afasta, porém, a obrigatoriedade de exame prévio da minuta de contrato que resulte da licitação mediante convite. Note-se que, ao mencionar as minutas de contratos, a norma do art. 38, parágrafo único, não distingue a modalidade de licitação que o gerou, sequer se houve licitação. Deduz-se que toda minuta de contrato, seja este precedido ou não de licitação, deverá passar pelo crivo prévio da assessoria jurídica.

2 EXAME E APROVAÇÃO DE MINUTAS-PADRÃO

É aceitável dispensar-se a manifestação da assessoria jurídica quando existirem minutas-padrão já por ela examinadas e aprovadas?

Em licitações corriqueiras, em que as variações entre as respectivas minutas (a minuta-padrão previamente aprovada e a minuta que a Administração pretende utilizar) são ínfimas, restringindo-se, *v.g.*, à adequação de dispositivos e cláusulas, como as referentes à quantidade do objeto, prazos e local para entrega, sem que se altere qualquer outro dispositivo e/ou cláusula do instrumento previamente examinado e aprovado, é admitido, em caráter excepcional, o não envio da minuta para a assessoria jurídica.

O parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 não é expresso quanto à obrigatoriedade de que cada procedimento licitatório ou contratação direta tenha a respectiva minuta submetida a exame e aprovação pela assessoria jurídica. Além disso, a existência de minutas-padrão, previamente examinadas e aprovadas na forma do disposto no parágrafo único, do art. 38, da Lei nº 8.666/93 contribui para a padronização de procedimentos e a celeridade processual¹, esta alçada a princípio constitucional por força da EC nº 45, de 2004, e homenageia o princípio da eficiência na medida em que recursos materiais e humanos podem ser direcionados à execução de outras tarefas administrativas.

Mas a dispensa de remessa à assessoria jurídica por existir minuta-padrão pressupõe a comprovação do gestor público, no processo da licitação ou da contratação direta, de que a minuta entranhada aos autos segue o modelo previamente aprovado, com indicação de número e data da respectiva manifestação jurídica, a indicação dos dispositivos e/ou cláusulas que sofreram alteração em relação à minuta-padrão e

¹ “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.”

a justificativa quanto à adequação pretendida em relação aos demais dispositivos e cláusulas da minuta-padrão.

No Manual do Tribunal de Contas da União, intitulado *Licitações & Contratos. Orientações e Jurisprudência*, 4ª edição, p. 270, a Corte orienta que:

É permitida a utilização de modelos padronizados de editais e de contratos previamente submetidos à análise da área jurídica do órgão ou entidade contratante.

Nesses modelos, o gestor limita-se a preencher dados específicos da contratação, sem alterar quaisquer condições ou cláusulas anteriormente examinadas.

Cabe ao gestor público verificar a conformidade entre a licitação ou a contratação direta que pretende realizar e a minuta-padrão previamente examinada e aprovada pela assessoria jurídica. Em vista das peculiaridades de cada caso concreto e havendo dúvida acerca da perfeita identidade das minutas, deve prevalecer a regra geral de colher-se a manifestação da assessoria jurídica. Se houve alteração nas normas de regência após a aprovação das minutas-padrão, impõe-se, também nesse caso, a remessa das novas minutas ao exame e aprovação da assessoria jurídica.

Ao examinar e aprovar minutas-padrão de editais e/ou contratos, a assessoria jurídica mantém sua responsabilidade sobre os procedimentos licitatórios e contratações diretas em que tenham sido utilizadas. O gestor responderá pela decisão de não encaminhar minuta-padrão à assessoria jurídica quando tal procedimento se impunha em razão da substancial ajustamento em dispositivos ou cláusulas previamente aprovadas.

2.1 A JURISPRUDÊNCIA DO TCU

O Tribunal de Contas da União, nos julgados que seguem, assenta o entendimento de que, em caráter excepcional, é aceitável a utilização de minuta-padrão de edital e/ou contrato, previamente aprovada pela assessoria jurídica. Assim:

(a) “6. Acerca do assunto, o Tribunal recentemente apreciou pedido de reexame interposto pela [...] contra o Acórdão nº 1.577/2006-TCU-Plenário e deliberou no sentido de modificar

alguns dispositivos dessa deliberação, conferindo a um deles a seguinte redação (Acórdão 3014/2010-Plenário):

9.2.3. submeta à apreciação da Assessoria Jurídica as minutas de todos os contratos a serem celebrados, obedecendo aos ditames do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 (correspondente à subcláusula 7.1.2 do Decreto nº 2.745/1998), estando autorizada a utilizar excepcionalmente minuta-padrão, previamente aprovada pela Assessoria Jurídica, quando houver identidade de objeto - e este representar contratação corriqueira - e não restarem dúvidas acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas na minuta-padrão.

7. Haja vista que, naquela ocasião, a matéria foi devidamente debatida, não ocorrendo nenhuma divergência, penso que o entendimento deva ser mantido.” (Acórdão nº 873/2011 Plenário, Processo nº 007.483/2009-0, Relator Min. José Jorge);

(b) “9.2.3. submeta à apreciação da Assessoria Jurídica as minutas de todos os contratos a serem celebrados, obedecendo aos ditames do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 (correspondente à subcláusula 7.1.2 do Decreto nº 2.745/1998), estando autorizada a utilizar excepcionalmente minuta-padrão, previamente aprovada pela Assessoria Jurídica, quando houver identidade de objeto – e este representar contratação corriqueira – e não restarem dúvidas acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas na minuta- padrão” (Acórdão nº 3014/2010, Plenário, Processo TC-005.268/2005-1, Relator Min. Augusto Nardes);

(c) “Trata-se de pedido de reexame interposto [...] contra a determinação constante no item 1.1. do Acórdão 1349/2003-Plenário, expedida nos seguintes termos (fl. 124 do volume principal):

‘1.1 - que submeta à aprovação de sua Assessoria Jurídica todas as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, conforme exige o art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93’.

Voto do Ministro Relator

Conheço do pedido de reexame, uma vez observados os requisitos de admissibilidade previstos no art. 48 da Lei 8.443/92 e no art. 286 do Regimento Interno.

Houve divergência nos órgãos instrutivos sobre o melhor encaminhamento a ser dado ao pedido de reexame [...] acerca da proibição da utilização de minutas-padrão em procedimentos licitatórios.

O Analista da Secretaria de Recursos acolhe a argumentação do recorrente, que se fundamenta essencialmente nos princípios da eficiência e da economicidade, e que estão sintetizados nos seguintes parágrafos, *in verbis*:

‘A melhor gestão de recursos disponíveis é, sem dúvida, a que resulta do planejamento. Nesse sentido, o procedimento normatizado pelo [...] Recorrente, que uniformiza a atuação dos seus administradores em todo o País, resulta em gestão de recursos com respeito ao princípio da economicidade, além de adequar-se ao princípio da moralidade. O atendimento das instruções pelo Administrador vem impedir quaisquer equívocos ou desvios, tornando transparente, célere e diminuindo os custos do procedimento licitatório. Ganha a empresa com a otimização de recursos financeiros, materiais e humanos desde o início da fase interna, até a assinatura e posterior execução do contrato.

Portanto, outra conclusão não há: a adoção por parte [...] Recorrente da sistemática de utilização de minutas-padrão de editais e de contratos comuns que se repetem periodicamente em todo o País, que já contaram com a análise e a aprovação prévia pelo órgão jurídico, e que são inseridos em suas instruções internas, é procedimento adequado a uma administração eficiente - como deve ser para quem atua em regime de concorrência com as empresas privadas - e termina por concretizar o princípio da eficiência constitucional.’

Os dirigentes da Serur e o Ministério Público discordam. Nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93, a exigência de manifestação prévia seria para cada procedimento licitatório.

A padronização de procedimentos que se repetem rotineiramente é um meio salutar de a Administração desincumbir-se de tarefas

que, numericamente significativas, na essência referem-se sempre aos mesmos atos administrativos. Sua adoção é desejável na medida em que libera recursos humanos e materiais para serem utilizados naquelas ações que impõe atuação individualizada. A repetição de procedimentos licitatórios que tenham o mesmo objeto e que guardem proporção em relação às quantidades enquadram-se nessa hipótese.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro, in 'Direito administrativo', 14^a ed., São Paulo: Atlas, 2002, pg. 81, ao tratar de princípios da administração pública, ensina que:

'O princípio da razoabilidade, sob a feição de proporcionalidade entre meios e fins, está contido implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, que impõe à Administração Pública: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inciso VIII); adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (inciso IX); [...].'

Segundo Hely Lopes Meirelles, in 'Direito administrativo brasileiro', Malheiros Editores, São Paulo, 22^a ed., pg. 90, o dever de eficiência corresponde ao 'dever de boa administração' e 'é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público [...].'

Assim, admitindo-se a existência de procedimentos licitatórios idênticos tanto em relação ao objeto quanto em relação às quantidades ou, então, quanto à modalidade licitatória, a utilização de minutas-padrão não fere o dispositivo legal que impõe a prévia manifestação da assessoria jurídica sobre a regularidade das minutas dos editais e dos contratos. Aliás, sobre esse aspecto - responsabilidade da assessoria jurídica -, Marçal Justen Filho - in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 6^a ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 370 - afirma:

'Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo. A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas ações.'

Dessa forma, ao aprovar minutas-padrão de editais e/ou contratos, a assessoria jurídica mantém sua responsabilidade normativa sobre procedimentos licitatórios em que tenham sido utilizadas. Ao gestor caberá a responsabilidade da verificação da conformidade entre a licitação que pretende realizar e a minuta-padrão previamente examinada e aprovada pela assessoria jurídica. Por prudência, havendo dúvida da perfeita identidade, deve-se requerer a manifestação da assessoria jurídica, em vista das peculiaridades de cada caso concreto.

A despeito de haver decisões do TCU que determinam a atuação da assessoria jurídica em cada procedimento licitatório, o texto legal - parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93 - não é expresso quanto a essa obrigatoriedade. Assim, a utilização de minutas-padrão, guardadas as necessárias cautelas, em que, como assevera o recorrente (fl. 8/9 do anexo 1), limita-se ao preenchimento das quantidades de bens e serviços, unidades favorecidas, local de entrega dos bens ou prestação dos serviços, sem alterar quaisquer das cláusulas desses instrumentos previamente examinados pela assessoria jurídica, atende aos princípios da legalidade e também da eficiência e da proporcionalidade.

Em face do exposto, com vênias do titular da unidade técnica e do Ministério Público, voto por que o Tribunal de Contas da União aprove o Acórdão que ora submeto a este Plenário.

Acórdão

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento no art. 48, parágrafo único, c/c o 33 da Lei 8.443/92, em:

9.1. conhecer do pedido de reexame e dar-lhe provimento;

9.2. tornar insubsistente a determinação constante no item 1.1. do Acórdão 1349/2003 - Plenário;

9.3. dar ciência da presente deliberação ao recorrente.” (Acórdão nº 1504/2005, Plenário, Processo nº 001.936/2003-1, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues).

(d) No Acórdão nº 392/2006, Plenário, sumariou a Corte de Contas Federal:

“PEDIDO DE REEXAME. AUDITORIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. LICITAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE MINUTAS-PADRÃO DE EDITAIS E CONTRATOS. LEGALIDADE. PROVIMENTO. INSUBSISTÊNCIA DE DETERMINAÇÃO.

[...]

2 - É legal a utilização de procedimentos licitatórios padronizados, desde que atenda aos princípios da legalidade, da eficiência, da proporcionalidade e que o gestor verifique a conformidade entre a licitação pretendida e a minuta-padrão do edital e do contrato previamente examinados e aprovados pelo órgão jurídico.” (Processo nº 008.107/2005-4, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues).

3 O PARECER JURÍDICO É OBRIGATÓRIO, MAS NÃO VINCULA A AUTORIDADE GESTORA

É legítimo que a assessoria jurídica condicione a aprovação de minutas de editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes ao cumprimento, pelo gestor público, das manifestações jurídicas exaradas, a fim de tornar mais célere a fase interna do procedimento licitatório ou da contratação direta?

A manifestação produzida pela assessoria jurídica, na forma estatuída pelo parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93, é

obrigatória, mas não vinculativa para o gestor público, que pode dela discordar, desde que apresente as razões de fato e de direito que lhes dê sustentação. Não há como se produzir orientação jurídica condicionada ao seu cumprimento quando tal orientação não é vinculativa, ou seja, quando seu cumprimento não é impositivo.

Pode a assessoria jurídica, visando dar cumprimento ao princípio da celeridade processual e, assim, evitar que o processo licitatório ou da contratação direta, contendo as respectivas minutas, retorne para nova análise a partir da orientação jurídica exarada, proceder a exame e aprovação desses instrumentos com ressalvas, devidamente fundamentadas. O gestor público pode acolhê-las ou não, motivando a decisão neste último caso. Se acolhidas, elas passam a integrar a própria motivação do gestor.

Produzir manifestação jurídica insuficiente, ou seja, sem fundamentação, ou com a só menção de que a minuta examinada não é compatível com a legalidade, seguindo-se da orientação para que o gestor público a reformule segundo a lei de regência, enseja a responsabilização administrativa do assessor jurídico, por violação ao princípio da motivação.

Aprovar minuta com ressalvas não significa produzi-la para a Administração. A elaboração de minuta de edital ou convite deve ser confiada a agente ou equipe com conhecimentos técnicos específicos relacionados ao objeto da licitação (princípios da especialização e da segregação de funções). À assessoria jurídica compete examiná-la na integralidade e aprová-la, se condizente com as normas de regência. Se ressalvas forem feitas, cumpre à assessoria jurídica motivá-las, apresentando, inclusive, proposta de redação para alguns de seus dispositivos ou cláusulas, conforme a norma de regência aplicável, cuidando-se para que a proposição não adentre no campo da oportunidade e conveniência do gestor.

4 AUSÊNCIA DO PARECER JURÍDICO E NULIDADE DO PROCESSO

A ausência de prévio exame e aprovação de minutas de editais, contratos, acordos, convênios e outros ajustes, na forma estatuída pelo parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93, é causa de nulidade do procedimento licitatório e do contrato dele decorrente?

Cumpre à assessoria jurídica, ao examinar e aprovar as minutas que lhes são encaminhadas, manifestar-se quanto à legalidade de seus

dispositivos e/ou cláusulas, orientando o gestor público a adotar regras e a proceder segundo os princípios e normas aplicáveis. A manifestação jurídica é obrigatória, mas não vinculativa. Uma vez acatada a orientação da assessoria jurídica, ela passa a integrar a motivação do ato decisório da autoridade competente.

Tal manifestação jurídica constitui condição para a validade das minutas. Sua ausência não é sanada pela apresentação de manifestação jurídica posterior. Se não integra o processo da licitação ou da contratação direta, por conseguinte, não pode servir como fundamento de decidir do gestor público. Assim, no TCU:

Outra irregularidade que não foi elidida consiste na ausência do pronunciamento do órgão jurídico acerca da minuta do contrato, em contrariedade ao parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93. Como bem asseverou a analista da Secex/PE (fl. 516, vol. 8), a apresentação posterior do parecer jurídico (fls. 503/504, vol. 8) não sana a irregularidade, pois, se não constava anteriormente nos autos do processo licitatório, não poderia ter servido de suporte para a decisão do Administrador, não estando atendido, desse modo, o fim visado pela lei de licitações. (Acórdão nº 2004/2007, Plenário, Processo nº 011.135/2001-8, Relator Min. Benjamin Zymler).

5 LIMITES DO PARECER JURÍDICO SOBRE A DEFINIÇÃO DO OBJETO

É legítima a interferência da assessoria jurídica na escolha do objeto da licitação ou da contratação direta, pretendida pela Administração?

O planejamento das licitações, independentemente da modalidade adotada, e também das contratações diretas, exige, minimamente, a definição do seu objeto em forma clara, concisa e objetiva, a quantidade total estimada, além da justificativa de sua necessidade e do resultado esperado.

O agente ou setor responsável dentro da estrutura da Administração encarregar-se-á da elaboração das minutas, em conformidade com as condições estabelecidas no termo de referência, projeto básico ou documento contendo as especificações do objeto, no caso de compras. O processo licitatório ou de contratação direta, contendo as respectivas minutas, seguirá, então, para exame e aprovação da assessoria jurídica.

Os processos de contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, mesmo que não instruídos com minuta de termo de contrato, também devem ser encaminhados para análise da assessoria jurídica, consoante preceitua o inciso VI, do art. 38, da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: [...] VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, *dispensa ou inexigibilidade*.

A Lei Geral das Licitações e Contratações obriga que a assessoria jurídica da Administração examine e aprove as minutas de edital e de contratação direta. Não lhe é permitido imiscuir-se na escolha do objeto, adentrando no campo da oportunidade e da conveniência do gestor. Se este pretende adquirir automóveis, não compete à assessoria jurídica manifestar-se no sentido de que a aquisição deva ser de motocicletas; se pretende contratar serviços de vigilância, não cabe à assessoria jurídica decidir que melhor seria a contratação de recepcionistas.

Tem o gestor público a discricionariedade de optar pela contratação do objeto que melhor atenda ao interesse público, não podendo a assessoria jurídica adentrar no mérito dessa escolha. O prolator de uma manifestação jurídica não se transforma num gestor público.

Todavia, é dever da assessoria jurídica pronunciar-se quando verifica que o objeto da licitação ou da contratação direta afronta princípios administrativos, passando a orientar o gestor público para que não prossiga no seu intento, de forma motivada.

O gestor público tem o dever de remeter o processo (contendo as respectivas minutas) para análise da assessoria jurídica, todavia, pode discordar das orientações jurídicas exaradas, desde que fundamentadamente, ou seja, com a apresentação dos pressupostos de fato e de direito que sustentam o entendimento contrário a tais orientações. Pode, também, após receber orientação jurídica desfavorável a sua pretensão, instruir o processo ou a consulta com elementos mais robustos e encaminhá-lo à assessoria jurídica para nova manifestação.

Não raro, gestores públicos encaminham processos licitatórios, de contratação direta, ou consultas às assessorias jurídicas, desprovidas

dos elementos necessários ao exame jurídico, ou com dados genéricos ou superficiais, no intuito de obterem pareceres favoráveis às suas “verdadeiras” pretensões, nem sempre aparentes aos olhos de quem deve analisar juridicamente o assunto. A assessoria jurídica deve precaver-se a esse respeito, solicitando da Administração os necessários elementos à formulação da manifestação jurídica, evitando basear-se em presunções ou suposições.

Mesmo sem poder adentrar no campo da conveniência e oportunidade do gestor público, quanto à escolha do objeto que melhor atenda ao interesse público, compete à assessoria jurídica orientá-lo na condução de uma licitação ou contratação direta em sintonia com os princípios e normas de regência.

Exemplifique-se com a compra de automóveis. Cabe à assessoria jurídica orientar o gestor público para que observe o princípio da padronização, em face da compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho já existentes na frota, e observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecida. Na licitação para a contratação de serviços de vigilância, promovida por órgãos ou entidades da Administração Pública federal, cumpre à assessoria jurídica orientar o gestor público para que realize estudos visando a racionalizar o número de postos de vigilância, de forma a extinguir aqueles que não forem essenciais, e substituindo por recepcionistas aqueles destinados ao atendimento ao público (art. 51-A, da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2, de 30.04.08).

5.1 A JURISPRUDÊNCIA DO TCU

Nos julgados que se seguem, do Tribunal de Contas da União, é assentada a natureza jurídica da manifestação exigida pelo parágrafo único, do art. 38, da Lei nº 8.666/93, destacando-se que, embora obrigatória, não é vinculativa. Destaca, também, a importância de o gestor público examinar a correção da manifestação jurídica produzida. Assim:

O seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 19/2002 Plenário é bastante esclarecedor nesse sentido: “Também não aproveita ao recorrente o fato de haver parecer jurídico e técnico favorável à contratação. Tais pareceres não são vinculantes do gestor, o que não significa ausência de responsabilidade daqueles que os firmam. Tem o administrador obrigação de examinar a correção dos pareceres,

até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração. Este dever exsurge com maior intensidade nas situações em que se está a excepcionar princípio (impessoalidade) e regra (licitação) constitucional. Deve agir com a máxima cautela possível ao examinar peças técnicas que concluem pela inviabilidade ou pela inconveniência da licitação (Acórdão nº 939/2010, Plenário, Processo nº TC 007.117/2010-8, Relator Ministro Benjamin Zymler);

Voto do Ministro Relator [...]

c) a aprovação da minuta pela Procuradoria-Geral do [...] não tem o condão de vincular a administração, tendo em vista o entendimento desta Corte quanto ao tema, conforme exposto no TC 010.770/2000-7, quando ficou consignado que:

‘Além disso, vale salientar que o parecer é opinativo e não vincula o administrador. Este tem o comando da empresa e assume a responsabilidade de sua gestão. Se se entendesse de forma diversa, estar-se-ia considerando que o parecer jurídico é um alvará para o cometimento de ilícitos, o que constitui um absurdo. O dirigente de uma Companhia possui o comando da máquina administrativa e deve estar ciente de todas as decisões que adota, independentemente da natureza delas. O administrador público não é simplesmente uma figura decorativa na estrutura da empresa. Ao contrário, deve ter uma postura ativa no comando da empresa. Com mais razão, nas licitações, os gestores devem ser ainda mais cuidadosos, vez que estas envolvem princípios fundamentais da administração pública, tais como: legalidade, eficiência, moralidade, impessoalidade, publicidade, controle, coordenação, planejamento, isonomia, proposta mais vantajosa, dentre outros (Constituição Federal, Decreto-lei nº 200/67, Lei nº 8.666/93); (Acórdão nº 1379/2010, Plenário, Processo TC-007.582/2002-1, Relator Min. Augusto Nardes).

6 A RESPONSABILIDADE DA ASSESSORIA JURÍDICA PERANTE O CONTROLE EXTERNO

A assessoria jurídica sujeita-se ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas - órgão responsável pela verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública - mesmo sem exercer atos de gestão.

Mesmo que de natureza opinativa e não vinculante, e uma vez acatada, a manifestação jurídica passa a integrar o ato administrativo, sujeitando o seu prolator ao controle externo exercido pela Corte de Contas, sem prejuízo de responder disciplinarmente, pelo mesmo ato, perante o controle interno da Administração.

O pronunciamento jurídico deve ser fundamentado, ou seja, a questão (seja sobre licitação ou contratação direta, ou quando da análise e aprovação de minutas de editais, contratos, convênios e outros ajustes) deve ser examinada à luz dos princípios administrativos, do ordenamento normativo vigente, da jurisprudência dos Tribunais judiciais e de contas, bem como da doutrina jurídica. Não basta à assessoria jurídica manifestar-se no sentido de que o ato administrativo, o documento ou o dispositivo constante no edital e seus anexos ou no instrumento que formaliza o convênio não encontra respaldo no ordenamento normativo e, portanto, deve ser excluído ou anulado. Também não é suficiente a simples menção de que é (ou não) compatível com a legislação ou com normas de inferior hierarquia. É preciso enunciar os motivos (conjunto das razões de fato e de direito) do entendimento. A assessoria jurídica, assim como o gestor público, não pode esquivar-se da observância do princípio da motivação, certo que revisão gramatical não se confunde com análise jurídica, nem a substitui.

A compreensão da assessoria jurídica, ao emitir sua manifestação sobre a licitação ou ao analisar e aprovar minutas de editais, contratos, convênios e outros ajustes, quando adotada, integra a motivação do gestor público, inserindo-se em elemento de verificação da legalidade, legitimidade e economicidade do ato pelo controle externo. Quando o tema submetido à assessoria jurídica comporta dúvidas e controvérsias, incumbe-lhe referi-las tal como se apresentam na doutrina e na jurisprudência. O gestor público precisa conhecer tais variações e, a partir das orientações do parecer de sua assessoria jurídica, ponderar riscos e benefícios.

O Direito não é ciência exata e há questões que admitem mais de uma resposta, que se deve alicerçar em dispositivos normativos (o raciocínio jurídico é tributário do positivismo normativo), na consulta à jurisprudência atualizada (a referência aos julgados dos Tribunais judiciais e de contas fornece apoio aos argumentos da manifestação jurídica) e nas considerações da doutrina (o suporte doutrinário consagrado advém da opinião dos autores que compõem o padrão médio de consultas sobre determinado tema).

Assim orienta o Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 939/2010, Plenário - “Quanto ao argumento de que se baseou em parecer jurídico, observo que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que, em casos da espécie, a conduta do gestor somente resta justificada quando o parecer está devidamente fundamentado, defende tese aceitável e/ou está alicerçado em lição de doutrina e jurisprudência. (v.g. Acórdãos 62/2000, 19/2002, 75/2002 e 82/2007, todos do Plenário).”

Tanto que o TCU imputou responsabilidade à assessoria jurídica pela emissão de manifestação jurídica com fundamentação insuficiente, desarrazoada, contrária à expressa disposição literal de lei e até com deturpação de precedente jurisprudencial, como adiante será demonstrado. Contudo, como sopesado pela mesma Corte quando da apuração de responsabilidade de parecerista jurídico, é preciso “*aquilatar a existência do liame ou nexo de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao Erário.*” Desdobre-se a advertência:

Na verdade, existe uma larga multiplicidade de situações de fato, já detidamente examinadas por esta Corte, em que fraudes gravíssimas contra o Erário ocorriam sistematicamente fundamentadas em pareceres jurídicos, cujo texto era evidentemente ‘de encomenda’ e cujas conclusões eram plenamente contrárias à jurisprudência e doutrina, chegando às raias da teratologia. Poderia mencionar longa fila de acórdãos tendo o [...] como principal protagonista. Não entendo que esteja esta Corte obrigada a, automaticamente, excluir, a priori, a responsabilidade de todo e qualquer advogado de entidade fiscalizada pelo TCU, devendo as nuances e circunstâncias existentes em cada caso concreto ser devidamente examinadas.

A responsabilidade do advogado autor de um parecer jurídico deve ser desdobrada em pelo menos duas esferas distintas. Na primeira, apurar-se-ia a responsabilidade do advogado pelo exercício profissional da advocacia, na qual caberia ao Conselho Seccional da OAB, nos termos do art. 32 da Lei 8.906/94, a aplicação das sanções disciplinares, como censura, suspensão, exclusão e multa nas hipóteses discriminadas no Estatuto da Advocacia, sem exclusão da jurisdição comum, perante as autoridades judiciais competentes.

Na segunda, a responsabilidade imputada ao autor do parecer jurídico está inter-relacionada com a responsabilidade pela regularidade da

gestão da despesa pública, disciplinada pela Lei nº 8.443/92, cuja fiscalização se insere na competência deste Tribunal, em hipóteses específicas de fraude e grave dano ao Erário.

É certo que a atividade de controle externo contempla, entre outros aspectos, a verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta.

O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido na verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio deste Tribunal, *ex vi* do art. 70, *caput*, e 71, II, da Constituição Federal.

O fato de o autor de parecer jurídico não exercer função de execução administrativa, não ordenar despesas e não utilizar, gerenciar, arrecadar, guardar ou administrar bens, dinheiros ou valores públicos não significa que se encontra excluído do rol de agentes sob jurisdição deste Tribunal, nem que seu ato se situe fora do julgamento das contas dos gestores públicos, em caso de grave dano ao Erário, cujo principal fundamento foi o parecer jurídico, muita vez sem consonância com os autos.

Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexo de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao Erário.

Sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública.

A mera inscrição do servidor ou empregado público na Ordem dos Advogados do Brasil não serve de passaporte para a impunidade por condutas que tenham papel determinante na ocorrência de danos ao Erário ou de atos praticados com grave violação à ordem jurídica, como intermitentemente tem ocorrido no âmbito do serviço público. (Acórdão nº 462/2003, Plenário, Processo nº 008.902/1995-0, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues).

7 DECISÃO DO SUPERIOR HIERÁRQUICO SOBRE O PARECER JURÍDICO

O superior hierárquico na estrutura do órgão jurídico, incumbido de aprovar a manifestação produzida pelo assessor subordinado, pode dela dissentir. Formalizará a discordância por escrito e motivadamente, ou seja, apresentará os pressupostos de fato e de direito que amparam compreensão jurídica contrária à que foi exarada, respondendo, então, pessoal e exclusivamente, em decorrência da hierarquia de sua manifestação, perante as ações de controle interno e externo.

O superior hierárquico pode e deve, se for o caso, apontar vício de legalidade na manifestação jurídica produzida pelo subordinado, o que lhe exige conhecimento e diligência na apreciação das peças postas à sua aprovação, podendo responder solidariamente com aquele.

Se verificar que a manifestação jurídica é insuficiente, pode solicitar ao assessor jurídico subordinado seu reexame ou complementação, também de forma motivada. O dever de motivar é indissociável de qualquer manifestação jurídica, independentemente da hierarquia administrativa que a produz.

José dos Santos Carvalho Filho leciona:

Decorre também da hierarquia o poder de revisão dos atos praticados por agentes de nível hierárquico mais baixo. Se o ato contiver vício de legalidade ou não se coadunar com a orientação administrativa, pode o agente superior revê-lo para ajustamento a essa orientação ou para restaurar a legalidade. (*Manual de Direito Administrativo*. 10^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 49-50).

Averbe-se a jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre a responsabilidade solidária do superior hierárquico:

40. A íntegra da manifestação contida na referida Nota Técnica foi acolhida pelos superiores de seu subscritor. É deles também a responsabilidade pelo que ali restou entendido. Bastava uma leitura rápida de seu texto para verificar a não conformidade com as exigências do art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93. Tampouco para que se verificasse a completa ausência de menção a entendimentos jurisprudenciais deste Tribunal. Não se tratava de providências que demandassem tempo excessivo ou estudos aprofundados, pois, ao contrário do que insistem em afirmar os procuradores, não havia qualquer elemento técnico nas justificativas ou no objeto do contrato que os incapacitasse ao exame que deveriam fazer acerca da observância do referido dispositivo legal. Ademais, frise-se mais uma vez, a mencionada justificativa sequer abordou a existência de nexos entre os requisitos definidos no referido dispositivo legal, a natureza da instituição e o objeto contratual. (Acórdão nº 994/2006, Plenário. Processo nº 018.337/2004-0, Relator Min. Ubiratan Aguiar).

Sobre a insuficiência das manifestações jurídicas, a título ilustrativo, reproduz-se dispositivo da Portaria AGU nº 1.399, de 05 de outubro de 2009, que dispõe sobre as manifestações jurídicas dos órgãos de direção superior e de execução da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados:

Art. 9º [...]

§ 2º Considera-se insuficiente a manifestação jurídica que:

- I - não aborde integralmente o tema objeto da consulta;
- II - careça de fundamentação jurídica bastante a respaldar as suas conclusões;
- III - apresente incongruência entre as conclusões e os fundamentos jurídicos manejados; e
- IV - contenha obscuridades que impeçam a sua perfeita compreensão.

A discordância ou a complementação, expressa pelo superior hierárquico quanto à manifestação jurídica do assessor subordinado, apoiada por lições da doutrina e pela jurisprudência dos tribunais judiciais e/ou de contas, é salutar por consignar a existência de questão

duvidosa ou controvertida e a variação de entendimento jurídico em relação a ela, possibilitando-se ao gestor público conhecê-las na tomada de decisão. O superior hierárquico não pode sequer cogitar é de ignorar a manifestação jurídica produzida pelo assessor subordinado, não a inserindo nos autos do processo ou destes excluindo-a.

Veja-se, a respeito, o que preceitua a Portaria nº 1.399, de 2009, no âmbito da Advocacia-Geral da União: “*Art. 10. A manifestação jurídica não aprovada integrará os autos, mediante a consignação da sua não aprovação.*”

8 EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DA ASSESSORIA JURÍDICA

A emissão de manifestações jurídicas embasadas em tese aceitável e/ou alicerçadas em lição de doutrina e jurisprudência atende ao princípio da motivação e confere segurança jurídica ao gestor público na tomada das decisões de sua competência.

8.1 FUNDAMENTAÇÃO PLAUSÍVEL

Nos julgados que se seguem, o TCU pronunciou-se sobre a isenção de responsabilidade do assessor jurídico pela emissão de manifestação bem fundamentada.

(a) Relatório do Ministro Relator [...]

10. Quanto ao fato de a contratação em exame contar com pareceres técnico e jurídico favoráveis e isentos dos vícios de dolo, erro ou fraude, o Analista frisa, às fls. 22/23, que o Administrador não pode eximir-se da responsabilidade por seus atos de gestão com base em pareceres não vinculantes. Para esse resultado, necessário seria que o parecer estivesse devidamente fundamentado, que defendesse tese aceitável e que estivesse alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência, conforme precedentes desta Corte apontados na instrução do TC 275.037/1995-9 (Acórdãos n. 374/99-TCU-1a Câmara, Sessão de 19/10/99, in Ata n. 36/99; 451/2000-TCU-1a Câmara, Sessão de 03/10/2000, in Ata n. 36/2000; 475/2001-TCU-1a Câmara, Sessão de 07/08/2001, in Ata n. 27/2001; Decisões n. 289/96 - Plenário - TCU, Sessão de 22/05/96, in Ata n. 19/96; 728/98 - Plenário - TCU, Sessão de 21/10/98; 074/97 - Plenário - TCU, Sessão de 26/02/97, in Ata n. 06/97; e 240/2001-TCU-1a Câmara, Sessão de 07/08/2001, in Ata no 27/2001). (Acórdão nº 296/2005, Primeira Câmara. Processo nº 004.341/1998-8, Relator Min. Marcos Bemquerer Costa);

(b) 4. No que concerne à isenção de pareceristas e à independência profissional inerentes à advocacia, a questão encontra-se pacificada junto a este Tribunal, bem assim junto ao Supremo Tribunal Federal, que evoluiu no sentido de que os pareceristas, de forma genérica, só terão afastada a responsabilidade a eles eventualmente questionada, se seus pareceres estiverem devidamente fundamentados, albergados por tese aceitável da doutrina ou jurisprudência, de forma que guardem forte respeito aos limites definidos pelos princípios da moralidade, legalidade, publicidade, dentre outros.

5. Ou seja, ao parecerista que sustenta opiniões técnicas plausíveis, razoáveis, embasado na boa técnica jurídica e na doutrina consagrada, ainda que fundamentado em convicções pessoais, e sendo seu parecer um instrumento que servirá para orientar o administrador público a tomar decisões, não deverá existir a imputação de responsabilização solidária ao gestor faltoso, porquanto tal parecer estará, como mencionado, livre de opiniões que possam ter carreado em si dolo ou culpa que, de alguma forma, poderiam induzir a erro.

6. Ao contrário, se houver parecer que induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que possam ferir princípios como o da moralidade, da legalidade ou da publicidade, só para citar alguns exemplos, ou que, por dolo ou culpa, tenham concorrido para a prática de graves irregularidades ou ilegalidades, haverá de existir solidariedade entre gestores e pareceristas, já que deverão ser considerados os responsáveis pela prática desses atos inquinados. (Acórdão nº 1.801/2007, Plenário. Processo nº 007.277/2003-3, Relator Min. Raimundo Carreiro).

Confira-se, a seguir, outro excerto de aresto da Corte de Contas Federal, que afastou a responsabilidade de assessor jurídico subscritor de orientação jurídica bem fundamentada:

A parecerista lança mão de menções variadas ao caracterizar como linhas opostas de convicção, tanto de doutrinadores que seleciona, quanto da posição da Advocacia-Geral da União (Parecer GQ-77, que aponta ter concluído pela necessidade de análise das características do serviço advocatício para entendê-lo singular) e do mencionado precedente do STF acerca do tema (HC n. 72.830-8-RO, de 24/10/1995). Dessa forma, muito embora, quanto ao mérito, discorde-se do enquadramento final defendido

pela parecerista, o fato é que a advogada expôs não de todo, mas suficientemente, a existência de posicionamentos jurídicos relevantes e antagônicos sobre o objeto da consulta formulada pelo [...]. É a partir da jurisprudência desta Corte que, como já dito, entende-se afastável a responsabilização dos autores de pareceres jurídicos, se demonstrada a eventual complexidade jurídica da matéria questionada, se apresentada argumentação provida de devida fundamentação e se defendida tese aceitável na doutrina ou jurisprudência, ainda que considerada equivocada. Assim, se o parecerista, em resumo, apresenta apenas o entendimento adotado, torna-se co-responsável por decisão tomada em sua linha. Tal não é caso. Embora observe-se que a parecerista não se tenha valido da ampla jurisprudência deste TCU a respeito do tema, pelo que teria facilmente verificado o extremo rigor e cautela que esta Corte de Contas, instância de competência constitucional para averiguar o tema na seara administrativa federal, invariavelmente imprime ao assunto, com parâmetros técnicos e jurídicos claros e constantes úteis em balizá-lo, ainda assim entende-se que a Sra. [...] logrou satisfazer o condicionamento imposto, demonstrando aos gestores a existência de questões jurídicas relevantes sobre o enquadramento pretendido, o que tornou o Presidente do [...] apto a depreender o enquadramento jurídico da situação consultada. Conclui-se, portanto, que deva a parecerista, neste caso concreto, ter suas contra-razões acolhidas por este Tribunal. [...] 21. Quanto à responsabilização da Sra. [...], pela elaboração de parecer jurídico em que recomenda indevida contratação de escritório de advocacia, concordo com a sugestão da Secex/RJ, no sentido de que essa profissional, apesar de não se ter valido da ampla jurisprudência desta Corte a respeito do tema, demonstrou aos gestores do [...], na citada peça, a existência de questões jurídicas relevantes e divergentes sobre o enquadramento a ser dado à contratação de escritórios de advocacia, por inexigibilidade de certame. (Acórdão nº 798/2008, Primeira Câmara. Processo nº 016.178/2005-0, Relator Min. Marcos Bemquerer Costa).

8.2 AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ

De outra feita, o TCU excluiu a responsabilidade do assessor jurídico ante a ausência de má-fé, *verbis*:

5. Por outro lado, vários são os argumentos contrários ao atendimento do requerido pela representante. Vejamos. Em primeiro

lugar, entendo que esse erro na condução do pregão eletrônico foi induzido pelo [...], em parecer da lavra da Assessora Jurídica [...], que textualmente traz o seguinte trecho:

‘Quanto às minutas de Edital do Pregão Eletrônico nº 006/2007 e Contrato, infere-se que atendem a todos os elementos definidos no Decreto nº 5.450/2005 e Lei nº 10.520/2002, que respectivamente regulamenta e institui a licitação na modalidade pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, com aplicação subsidiária do art. 40 da Lei nº 8.666/93 e alterações posteriores.’

6. Por oportuno e pertinente, destaco a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que, por maioria, acompanhando o voto do Ministro-Relator Marco Aurélio, indeferiu o Mandado de Segurança 24584, no qual procuradores federais se insurgiam contra ato deste Tribunal, que iniciou investigação para fiscalizar atos administrativos que tiveram pareceres jurídicos favoráveis, buscando a responsabilização dos pareceristas.

7. Verificou-se, ainda, que a proposta da representante estava em desacordo com as exigências editalícias (itens 4.5.1 a 4.5.5), sem que esta tenha manifestado sua intenção de recorrer nos momentos adequados. Ora, quem demonstrou conhecimento do teor do decreto que regulamenta o pregão eletrônico, há de ter lido seus arts. 18 e 26, § 1º, transcritos a seguir: [...]

8. Assim, considero absolutamente improcedente a alegação de que não teria sido informada a respeito do prazo para oferecimento da intenção de oferecer recurso.

9. Por fim, demonstrou-se que o acréscimo ao valor contratado, em decorrência da recusa da proposta da representante e de outra empresa desclassificada, no valor de R\$ 2.456,09 (dois mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e nove centavos), não constitui sequer indício de lesão ao erário.

10. Portanto, em pregão eletrônico já concluído, tendo em vista ausência de má-fé dos responsáveis e de dano ao erário, entendo que sua convalidação homenageia o interesse público. (Acórdão nº 2695/2007, Primeira Câmara. Processo nº 019.263/2007-3. Relator Min. Valmir Campelo).

9. A RESPONSABILIDADE DA ASSESSORIA JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA DO TCU

Relacionam-se, a seguir, julgados da Corte de Contas da União que reconheceram a responsabilidade da assessoria jurídica, classificados segundo o vício que desqualifica o respectivo parecer.

9.1 FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE

A orientação jurídica que, por fundamentação insuficiente, induz atos de gestão irregulares ou danosos aos cofres públicos acarreta a responsabilização do parecerista, *verbis*:

(a) “36. Registro que algumas das ressalvas feitas no parecer contido na Nota Técnica [...], relacionadas a preço do serviço, não foram adequadamente atendidas, sendo que, em relação a elas, devem ser excluídos os procuradores de qualquer responsabilização, conforme salientado pela unidade técnica.

37. Todavia, a referida manifestação foi omissa. Talvez na busca de eximir-se de qualquer responsabilidade na conformação da situação de fato às exigências do art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, em especial em face dos reiterados posicionamentos desta Corte de Contas e do entendimento unânime da doutrina acerca da matéria, a Nota Técnica [...] não enfrentou a absoluta ausência de correlação entre o objeto contratado e atividades de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional. Além de não enfrentar, entendeu que a justificativa era exaustiva e que se tratava de precedente positivo. Bastava uma rápida pesquisa na jurisprudência deste Tribunal para verificar que o objeto do contrato e a referida justificativa não seriam suficientes para a manifestação favorável. No mínimo, deveria a Procuradoria [...] alertar o gestor da possibilidade de a contratação direta ser tida por inadequada por inobservância dos requisitos necessários. Deixa-se ao administrador a decisão de fazer a sua opção. Mas era seu dever apontar o entendimento prevalecente.[...]

39. Confrontando-se o teor da Nota Técnica [...] com as manifestações deste Tribunal e com os doutrinadores, verifica-se que não foi feito qualquer registro acerca do entendimento desta Corte de Contas ou do entendimento dos doutrinadores. Seria o mínimo indispensável para que o órgão jurídico [...] atuasse de

forma correta e seus representantes desempenhassem suas funções cumprindo seu dever de ofício.

40. A íntegra da manifestação contida na referida Nota Técnica foi acolhida pelos superiores de seu subscritor. É deles também a responsabilidade pelo que ali restou entendido. Bastava uma leitura rápida de seu texto para verificar a não conformidade com as exigências do art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93. Tampouco para que se verificasse a completa ausência de menção a entendimentos jurisprudenciais deste Tribunal. Não se tratava de providências que demandassem tempo excessivo ou estudos aprofundados, pois, ao contrário do que insistem em afirmar os procuradores, não havia qualquer elemento técnico nas justificativas ou no objeto do contrato que os incapacitasse ao exame que deveriam fazer acerca da observância do referido dispositivo legal. Ademais, frise-se mais uma vez, a mencionada justificativa sequer abordou a existência de nexos entre os requisitos definidos no referido dispositivo legal, a natureza da instituição e o objeto contratual. Ou seja, a simples leitura dos esclarecimentos do Diretor-Presidente e do objeto do contrato permitiria a formação de convicção acerca da ilegalidade. Além disso, não foi demonstrada na justificativa a necessidade da contratação, o que significa dizer ausência total de motivação do ato. [...]

Acórdão [...]

9.3. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. [...];

9.5. aplicar aos Srs. [...], individualmente, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/92, no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a” do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional; (Acórdão nº 994/2006, Plenário. Processo nº 018.337/2004-0, Relator Min. Ubiratan Aguiar);

(b) 4.2. Em relação às justificativas apresentadas pelo Sr. [...], ex-Procurador Geral do [...] (fls. 287/303):

‘88.1. Eis que, mais uma vez, deparamos com uma situação na qual discute-se a possibilidade de responsabilização do parecerista jurídico. O tema antes controverso vem se pacificando tanto no âmbito do Tribunal de Contas da União - TCU como no seio do próprio Supremo Tribunal

Federal - STF, tendo a jurisprudência sinalizado favoravelmente a essa possibilidade (v. TC 018.643/2003-5, Acórdão nº 157/2008-TCU-Primeira Câmara, Relator Min. Raimundo Carreiro).

88.2. No caso em análise, o ex-Procurador Geral, em seu parecer (fls. 129/130), após expor sua fundamentação, concluiu o seguinte:

‘[...] não vislumbramos óbice à contratação direta junto à [...]’.

88.3. Essa manifestação, nos termos do documento de fls. 128, possuía caráter conclusivo. Ademais, o art. 38 da Lei nº 8.666/93, ao se referir aos pareceres jurídicos como elementos integrantes dos processos administrativos referentes a qualquer licitação, dispensa ou inexigibilidade, assim dispõe:

‘Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: [...] VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade; [...] Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).’

88.4. Analisando-se a situação em comento, percebe-se que a atuação dos procuradores foi decisiva para a celebração do contrato e ocorreu justamente no exercício da atribuição legal, prevista no parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações, não sendo, portanto, um parecer meramente opinativo. (v. Acórdão nº 147/2006-TCU-Plenário - Relator Min. Benjamin Zymler).

88.5. Daí concluir-se pela necessária responsabilidade solidária do ex-Procurador Geral.

88.6. Destarte, à exceção da alegação de que o objeto contratado não se mostrou genérico, os demais argumentos relevantes mencionados em sua manifestação também não merecem acolhida.

88.7. A uma, porque o [...] somente foi inaugurado em 10 de agosto de 2005, segundo informação contida no próprio sitio do hospital

na internet (doc. de fl. 503), posteriormente à data de celebração do contrato emergencial, não se constituindo, portanto, em motivo a justificar a contratação direta da firma [...].

88.8. A duas, porque o fato de a [...] questionar as contratações diretas realizadas, à época - como alegado -, e, ao mesmo tempo, dar respaldo jurídico às mesmas, demonstra uma contradição que pesa em desfavor do responsável. Além disso, tal argumentação não se faz acompanhar de qualquer prova documental.

88.9. A três, porque o valor final do contrato - R\$ 12.115.206,10 - somente foi alcançado porque, obviamente, em ocasião anterior, a [...] havia respaldado a contratação original.

88.10. A quatro, porque a justificativa apresentada pela [...] (fls. 121/127), não se fez acompanhar de elementos que permitissem identificar adequadamente a razão da escolha do fornecedor - limitando-se à avaliação quanto à sua capacidade técnica e regularidade fiscal - e, muito menos a justificativa do preço da contratação, contrariando, flagrantemente, o art. 26 da Lei nº 8.666/93, razão pela qual - diante da ausência desses elementos essenciais - o parecer jurídico não poderia concluir, como o fez, que o valor do contrato e a razão da escolha da empresa estariam inseridos na esfera da oportunidade e conveniência, da alçada da [...], nem ter avaliado a malsinada contratação. Vale mencionar aqui a existência do Parecer nº 928/2005, emitido posteriormente pelo responsável pelo [...] (fls. 144/145), o qual - diferentemente da conduta adotada pelo parecerista jurídico - enfatiza a inexistência tanto da justificativa de preços como da razão para a escolha do fornecedor, entre outros elementos.

88.11. A cinco, porque não seria necessário ao parecerista duvidar do gestor no que se refere ao caos implantado na área da saúde no Estado. Bastaria exigir a observância dos requisitos legais pertinentes para a contratação.

88.12. E, finalmente, a seis, porque, em situações como essas - e em que pese a doutrina mencionada pelo ex-Procurador - esta Corte de Contas tem concluído pela responsabilização do gestor responsável solidariamente com o parecerista que o apoiou.

88.13. Pela clareza com que trata o assunto, convém transcrever o seguinte excerto do voto do Min. Raimundo Carreiro, ao relatar

o processo nº TC 007.277/2003-3 (Acórdão nº 1.801/2007-TCU-Plenário): '6. Ao contrário, se houver parecer que induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer atos que possam ferir princípios como o da moralidade, da legalidade ou da publicidade, só para citar alguns exemplos, ou que, por dolo ou culpa, tenham concorrido para a prática de graves irregularidades ou ilegalidades, haverá de existir solidariedade entre gestores e pareceristas, já que deverão ser considerados os responsáveis pela prática desses atos inquinados.'

88.14. Os demais argumentos apresentados não se mostram relevantes ou já foram considerados por ocasião da análise das razões de justificativa do Sr. [...], ex-Secretário de Saúde.

88.15. Assim, por todo o exposto, propugnamos pela rejeição das razões de justificativa apresentadas pelo ex-Procurador Geral do Estado, [...], devendo ter suas contas julgadas irregulares, sem débito, com fulcro no art. 16, III, 'b', da Lei nº 8.443/92, com aplicação da multa prevista em seu art. 58, I, nos termos do art. 19, parágrafo único, da citada Lei. [...]

Acórdão [...]

9.3. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo ex-Procurador Geral do Estado [...], Sr. [...], diante da não descaracterização de sua participação nas irregularidades apontadas;" (Acórdão nº 2.109/2009, Primeira Câmara. Processo nº 019.801/2007-3, Relator Min. Valmir Campelo).

(c) A jurisprudência deste Tribunal aponta no sentido de ser possível a apenação de autores de pareceres jurídicos, cujas conclusões não revelem lógica jurídica razoável. Afigura-se, também, pertinente a apenação dos agentes responsáveis pela elaboração de pareceres jurídicos, quando deixam de observar determinações dirigidas à entidade. É de se esperar que tais profissionais, no exercício de sua atividade, possuam sólidos conhecimentos das respectivas normas, da jurisprudência dos tribunais judiciários, da doutrina e também que mantenham banco de dados sobre o entendimento desta Corte sobre a matéria, especialmente sobre as deliberações destinadas à entidade.

[...]

os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, com base no exposto pelo Ministro-Relator e com fundamento no art. 1º, incisos II e IX, da Lei nº 8.443/92, Acórdão em: [...]

8.6 ‘ advertir a Procuradoria-Geral e às Procuradorias Regionais do [...] que a emissão de pareceres jurídicos desprovidos de lógica jurídica razoável, ou que deixem de observar jurisprudência consolidada desta Corte, ou ainda que ignorem determinação dirigida ao extinto [...] ou ao [...] podem resultar aplicação de multa ou, eventualmente, imputação de débito aos consultores jurídicos que hajam concorrido para a irregularidade; (Acórdão 287/2002 Plenário, Processo nº 004.874/2001-4, Relator Min. Benjamin Zymler)

9.2 FUNDAMENTAÇÃO DESARRAZOADA

A responsabilidade do assessor jurídico também se configura, no entendimento do TCU, pela emissão de manifestação com fundamentação desarrazoada, indutora de prejuízo aos cofres públicos. Assim:

(a) No tocante à questão da responsabilização do Procurador-Geral do [...], esclareço que a hipótese não trata da emissão de parecer jurídico isento, em consonância com a legislação e a jurisprudência, consubstanciando a opinião jurídica desinteressada do prolator, mas de deliberada ação tendente a justificar a prática de ato causador de dano ao Erário.

O critério que define a responsabilidade do advogado público ou procurador não diz com a atividade contenciosa ou consultiva no órgão. No Mandado de Segurança 24.073, a Suprema Corte deliberou no sentido de excluir os advogados da Petrobras de processo administrativo, no âmbito do TCU, em que foram responsabilizados, solidariamente com o administrador, pela contratação de consultoria internacional, em decorrência da emissão de parecer, respaldando a dispensa de licitação para a referida avença.

No plano da Administração Pública, a definição da responsabilidade do advogado público somente pode ser averiguada no caso concreto. Não se pretende, nem se poderia pretender, que a emissão de opinião jurídica desinteressada, consubstanciada em fundamentado parecer, ou, pelo menos, em parecer isento, poderia gerar a responsabilização do autor, ainda no caso de erros, mas não há como deixar de responsabilizar o autor de parecer ‘de encomenda’, tendente,

unicamente, a respaldar fraudes ao Erário, derivadas de ações já planejadas pela direção do órgão. O administrador decide primeiro, e encomenda o parecer justificante, depois.

Isto significa que a justificação de fraudes ao Erário, causadoras de grandes prejuízos, por pareceres jurídicos absolutamente dissonantes da doutrina e da jurisprudência, consubstanciando erros e teratologia inadmissíveis, não podem isentar o seu autor da responsabilidade.

A exclusão da responsabilidade do advogado de entidade fiscalizada pelo TCU apenas pode decorrer, assim, das nuanças e das circunstâncias de cada caso concreto.

A responsabilidade do advogado, autor de parecer jurídico, deve ser desdobrada em pelo menos duas esferas distintas. Na primeira, a responsabilidade do advogado pelo exercício profissional da advocacia, na qual caberia ao Conselho Seccional da OAB, nos termos do art. 32 da Lei 8.906/94, a aplicação das sanções disciplinares, como censura, suspensão, exclusão e multa nas hipóteses discriminadas no Estatuto da Advocacia, sem exclusão da jurisdição comum, perante as autoridades judiciais competentes. Na segunda, a responsabilidade imputada ao autor do parecer jurídico está inter-relacionada com a responsabilidade pela regularidade da gestão da despesa pública, disciplinada pela Lei 8.443/92, cuja fiscalização se insere na competência deste Tribunal.

A atividade de controle externo contempla, entre outros aspectos, a verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta. No caso concreto, o parecer jurídico emitido pelo procurador-geral respaldou a perpetração de fraude, causadora de gigantesco prejuízo ao Erário - em apenas 10 do total de 1.148 contratos apurou-se dano ao Erário no montante de R\$ 8.996.783,74 - e constituiu a fundamentação jurídica principal do ato, integrando a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido na verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida pelo

Congresso Nacional com o auxílio deste Tribunal, *ex vi* do art. 70, *caput*, e 71, II, da Constituição Federal.

Ademais, a atuação do Procurador-Geral foi decisiva para a adoção da Resolução [...], com fixação de critério com violação a expresso dispositivo de lei. Com efeito, a lei já estabelecia claramente a forma de conversão dos contratos, sem nenhuma necessidade de posterior edição de regulamento. Sua edição serviu apenas para permitir a adoção de outro critério, diverso do previsto na Lei, que redundou em imenso prejuízo aos cofres da autarquia, com enriquecimento sem causa das empresas contratadas.

O fato de o autor de parecer jurídico não exercer função de execução administrativa, não ordenar despesas e não utilizar, gerenciar, arrecadar, guardar ou administrar bens, dinheiros ou valores públicos não significa que se encontra excluído do rol de agentes sob jurisdição deste Tribunal, nem que seu ato se situe fora do julgamento das contas dos gestores públicos, em caso de grave dano ao Erário. Os particulares, causadores de dano ao Erário, também estão sujeitos à jurisdição do TCU.

Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexa de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com grave erro, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a concretização do dano ao Erário.

Assim, sempre que o parecer jurídico pugnar desarrazoadamente pelo cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, num contexto em que a fraude se apresente irretorquível, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública.” (Acórdão nº 512/2003, Plenário. Processo nº 013.722/1999-9, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues);

(b) “9.Quanto à atuação do então Procurador-Geral da [...], responsável pelo parecer jurídico sobre a contratação, mediante a inexigibilidade de licitação, do Escritório de Advocacia [...] (fls. 110 e 111 do TC n. 375.506/1998-5), verifico que, de fato, o

parecer não comprovou os elementos mínimos exigidos no art. 25, *caput*, inciso II, da Lei n. 8.666/1993 (inviabilidade de competição, notória especialização e singularidade do objeto), não havendo, em consequência, como elidir sua responsabilidade. A respeito dessa ocorrência, permito-me transcrever trecho do Parecer do MP/TCU, em que o Subprocurador-Geral mencionou o entendimento consignado no TC n. 005.766/1995-8 (fls. 575/576):

‘[...] quando o administrador age sob entendimento de parecer jurídico não se lhe deve imputar responsabilidade pelas irregularidades que tenha cometido [...]

Ocorre que o apelo a tal entendimento somente pode ser admitido a partir da análise de cada caso, isto é, deve-se verificar ‘se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência’. Presentes tais condições, ‘não há como responsabilizar o advogado, nem, em consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer’, conforme bem leciona a sempre lúcida Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, Malheiros Editores, 2ª Edição, 1995, pág. 118).

Ao revés, se o parecer não atende a tais requisitos, e a lei considerar imprescindível para a validade do ato, como é o caso do exame e aprovação das minutas de editais e contratos, acordos, convênios ou ajustes (cf. art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93) e dos atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação no âmbito da administração direta (cf. art. 11, inciso VI, alínea b, da Lei Complementar n. 73/93), o advogado deverá responder solidariamente com o gestor público que praticou o ato irregular.

10. Ressalto, ainda, que não socorre o ex-Procurador-Geral da [...] a recente decisão do STF, proferida no Mandado de Segurança n. 24.073, em que a Suprema Corte deliberou no sentido de excluir os advogados da Petrobrás (impetrantes) de processo administrativo, no âmbito deste Tribunal, em que foram responsabilizados, solidariamente, pela contratação de consultoria internacional, em decorrência de emissão de parecer fundamentando a dispensa de licitação para a mencionada contratação. Primeiro, porque tal decisão judicial não tem efeito *erga omnes*; segundo, porque, no presente caso, o parecer jurídico de responsabilidade do ex-Procurador-Geral foi fundamental para a contratação direta, de que resultou grave

infração à norma legal, porquanto, além de não restar comprovada a inviabilidade de competição, nem a notória especialidade do escritório de advocacia e consultoria contratado mediante inexigibilidade, o parecer foi omisso quanto ao fato de que um dos sócios do escritório de advocacia contratado era servidor da [...] e exercia, à época, função comissionada de Diretor da Faculdade de Direito, situação que caracteriza infração ao princípio constitucional da moralidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal) e, em consequência disso, constitui óbice à mencionada contratação. Note-se que, neste caso, houve inequívoco nexo causal entre o parecer jurídico e a contratação mediante inexigibilidade, razão por que não se pode afastar a responsabilidade do então Procurador-Geral da aludida Universidade. (Acórdão nº 1.412/2003, Plenário. Processo nº 375.268/1998-7, Relator Min. Marcos Bemquerer Costa);

(c) 5. Quanto à questão dos pareceres jurídicos, este Tribunal tem adotado o entendimento de que é possível aplicar sanção aos gestores e aos assessores jurídicos pelos pareceres que não estejam fundamentados em razoável interpretação das normas e com grave ofensa à ordem jurídica. Nesse sentido, cito os Acórdãos nº 462/2003, 512/2003 e 1.412, todos do Plenário do TCU. No corrente caso, os pareceres do assessor jurídico da [...] apresentam patente dissonância com as razoáveis exegeses acerca do assunto tratado nestes autos, como bem demonstrou a instrução da unidade técnica.

6. No tocante ao argumento da prevalência dos tratados internacionais sobre a lei interna, para efeitos de contratações e licitações, cabe ressaltar que esse posicionamento não encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência. A Serur demonstrou que, exceto os tratados acerca de direitos humanos (elevados à

categoria de emendas constitucionais pela recente EC nº 45/2004, desde que aprovados por *quorum* qualificado), vigora no Brasil o sistema no qual o tratado internacional, uma vez formalizado, passa a ter força de lei ordinária. [...]

11. Destarte, em razão da conduta ilegal dos envolvidos na celebração e nas alterações do contrato em comento, aplico individualmente aos Srs. [...] a multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a qual é graduada nos limites estabelecidos pelo art. 268, inciso I, do Regimento

Interno do TCU. (Acórdão nº 2.189/2006, Plenário. Processo nº 010.289/1995-0, Relator Min. Augusto Nardes);

(d) 6. Ao contrário do argüido pelo Sr. [...] em sua defesa, o parecerista jurídico está sujeito à responsabilização perante o TCU, apesar de não praticar diretamente atos de gestão de recursos públicos. O requisito para aplicação desse entendimento, que entendo presente neste caso concreto, é a emissão de parecer com fundamentação insuficiente ou desarrazoada que subsidie a prática de atos de gestão irregulares ou danosos aos cofres públicos. Como precedentes da responsabilização do parecerista jurídico cito os Acórdãos 462/2003, 512/2003, 1.412/2003 e 1.536/2004, todos do Plenário deste Tribunal. No âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF, menciono entendimento consignado no julgamento do Mandado de Segurança 24.584 do cabimento de responsabilização de procuradores jurídicos perante o TCU que emitam parecer aprovando minuta de edital ou contrato eivado de vícios de ilegalidade.” (Acórdão nº 2.199/2008, Plenário. Processo nº 019.188/2002-6, Relator Min. Ubiratan Aguiar).

9.3 FUNDAMENTAÇÃO CONTRÁRIA A DISPOSIÇÃO LITERAL DE LEI OU COM DETURPAÇÃO DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Também atrai a responsabilidade do assessor jurídico a emissão de manifestação contrária à expressa disposição literal de lei ou com deturpação de precedente jurisprudencial: Visitem-se dois acórdãos que assim imputaram:

(a) 20. Quanto à suposta impossibilidade de serem os procuradores responsabilizados pelo conteúdo de seus pareceres, cumpre tecer algumas considerações. Entendo que esta Corte não deve excluir, a priori, a responsabilidade de todo e qualquer advogado de entidade fiscalizada pelo TCU, devendo as nuanças e circunstâncias existentes em cada caso concreto ser devidamente examinadas.

21. A responsabilidade do autor de um parecer jurídico deve ser desdobrada em, pelo menos, duas esferas distintas. Na primeira, cuida-se da responsabilidade do advogado pelo exercício profissional da advocacia, cabendo ao Conselho Seccional da OAB, nos termos do art. 32 da Lei nº 8.906/1994, decidir sobre a aplicação de eventuais sanções disciplinares, nas hipóteses discriminadas no Estatuto da Advocacia. Essa apuração não exclui o exercício da jurisdição comum, que ficará a cargo das autoridades judiciais competentes.

22. É importante salientar que, em consonância com o disposto nos incisos IV e XIV do art. 34 do Estatuto da Advocacia, advogar contra literal disposição de lei e deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado constituem infrações disciplinares.

23. Já na segunda esfera, trata-se da eventual responsabilidade imputada ao autor de parecer jurídico que esteja relacionada com a regularidade da gestão pública federal. Em conformidade com o disposto na Lei nº 8.443/1992, a apuração dessa responsabilidade competirá ao Tribunal de Contas da União.

24. É certo que a atividade de controle externo contempla, entre outros aspectos, a verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades federais. O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, fundamenta e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido no âmbito de verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos atos acima relacionados. Conclui-se que o fato de o autor de parecer jurídico não exercer função de execução administrativa, não ordenar despesas e não utilizar, gerenciar, arrecadar, guardar ou administrar bens, dinheiros ou valores públicos não significa que ele se encontra excluído do rol de agentes que estão sob a jurisdição deste Tribunal.

25. Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do nexo de causalidade existente entre um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso e atos irregulares praticados pelos gestores públicos. Havendo esse liame, a conduta do autor do parecer poderá ser avaliada pelo TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas com a finalidade de assegurar a regularidade das atividades desenvolvidas pela Administração Pública.

26. Do acima exposto, depreende-se que a mera inscrição de servidor ou empregado público na Ordem dos Advogados do Brasil não serve de passaporte para a impunidade por condutas que tenham desempenhado papel determinante na ocorrência de danos ao Erário ou de atos praticados com grave violação à ordem jurídica.

27. Aduzo que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança nº 24.073-DF, decidiu que o advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros que decorrerem de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo.

28. Compulsando os presentes autos, verifico que as condutas dos procuradores configuram as hipóteses acima mencionadas. Com efeito, eles emitiram parecer contrário à literal disposição de lei, pois atestaram a legalidade de contratação de serviços cujo valor demandava a realização de concorrência pública, apesar de estarem cientes de que havia sido realizado certame licitatório na modalidade convite.

29. Além disso, deturparam o teor da legislação ao afirmarem que as contratações diretas para supervisionar as obras estariam autorizadas por disposição contida nos editais de licitação para contratação do projeto de engenharia. Finalmente, deturparam o teor de julgado quando asseveraram que a contratação, sem prévia licitação, do autor do projeto para realizar a supervisão da obra estaria respaldada na Súmula 185 do TCU, a qual afirma exatamente o contrário. Note-se que a gravidade desse último ato é incrementada pelo fato de esta Corte já haver determinado ao [...] que evitasse a contratação direta, o que, em princípio, elidiria qualquer dúvida porventura existente sobre esse tema.

30. Constata-se nestes autos que os procuradores tiveram participação decisiva no processo que levou à contratação irregular da empresa [...] para rever e atualizar os projetos de engenharia e realizar os serviços de controle e supervisão das obras sob comento, haja vista que essa contratação foi realizada com espeque nos pareceres emitidos por esses advogados públicos. Essa constatação impede que os pareceres desses procuradores sejam considerados meramente opinativos e confirma a responsabilidade desses agentes públicos, pois comprovam a existência do nexo causal existente entre a emissão desses pareceres e a prática dos atos irregulares condenados por esta Corte.

31. Firmada a convicção de que os procuradores devem ser responsabilizados pela emissão de pareceres que fundamentaram a prática de atos irregulares, cabe, agora, delimitar os diversos graus dessa responsabilidade. Considero adequado o procedimento

adotado por este Plenário, que, ao prolatar o Acórdão vergastado, aquilatou esses graus a partir do nível hierárquico dos procuradores. Assim sendo, avalio não ser o caso de alterar o valor das multas imputadas aos recorrentes. [...]

Acórdão [...]

9.2. conhecer dos Pedidos de Reexame interpostos pelos srs. [...], com fundamento nos artigos 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei nº 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhes provimento;

9.3. alterar a redação do item 8.4 do Acórdão 190/2001 - Plenário, a qual passa a ser a seguinte:

‘aplicar a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/92 ao sr. [...], ex-Diretor-Geral, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); aos srs. [...], ex-Procurador-Geral, e [...], ex-Procurador-Geral, substituto, no valor individual de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) e ao sr. [...], Procurador-Chefe do [...], no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais); (Acórdão nº 1.536/2004, Plenário. Processo nº 009.580/1999-9. Relator Min. Benjamin Zymler);

(b) “21. Com relação aos pareceres da Consultoria Jurídica, mesmo não concordando com a irresponsabilidade dos nobres causídicos, é forçoso citar precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que ao apreciar do MS 24.073-DF, da lavra do Ministro Carlos Velloso, manifestou entendimento que vai de encontro à pretensão do recorrente de responsabilizar a área jurídica solidariamente ou em substituição. Nessa assentada, o STF exarou entendimento de que os pareceres técnico-jurídicos não constituem atos decisórios.

22. Como se vê, a responsabilização de parecerista jurídico, por não ter natureza decisória, mas ser meramente opinativa, foi afastada pelo STF, embora tenha ocorrido em sede de mandado de segurança, o que faz com que se aplique apenas ao caso em um primeiro momento. A responsabilização só deve ocorrer quando o parecer contiver argumentos que sejam sabidamente contrários à lei e ficar evidente que o parecerista teve o objetivo de induzir o administrador ao erro, o que não ficou evidenciado no caso em estudo.

23. Ademais, se o recorrente considerar que o parecer lhe causou danos materiais e morais, ou que tenha havido má-fé do parecerista,

deverá procurar a reparação pela via judicial, e não a diminuição ou exclusão da multa perante o TCU.” (Acórdão nº 2.068/2005, Segunda Câmara. Processo nº 010.396/2003-6, Relator Min. Ubiratan Aguiar).

10 RESPONSABILIDADE DA ASSESSORIA JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

O Supremo Tribunal Federal tem enfrentado o tema da responsabilidade da assessoria jurídica nos processos de contratação. Por algum tempo, a decisão proferida no Mandado de Segurança nº 24.073-3 DF foi o “*leading case*”. Teve origem em decisão do Tribunal de Contas da União, que, no exercício do controle externo, apontou ilegalidade na contratação direta, pela Petrobras, de empresa de consultoria, daí a responsabilidade pessoal e solidária de diretores e advogados da estatal, cujos pareceres ensejaram a contratação.

Os impetrantes sustentaram a inconstitucionalidade do controle pelo TCU, sob o argumento de não terem atuado como administradores, mas, tão-somente, como pareceristas. De acordo com os impetrantes, a responsabilização violou a isenção técnica da atuação profissional dos advogados, além do que as orientações jurídicas relativas à contratação direta foram elaboradas de acordo com as informações recebidas das diversas unidades técnicas da Petrobras.

A Corte de Contas Federal, em defesa de seu ato, ponderou que ditos pareceres “*constituem a fundamentação jurídica e integram a motivação das decisões dos ordenadores de despesas*”. A essência da responsabilização estaria na conduta dos advogados em não averiguar com o devido rigor as situações concretas postas à análise, inclusive com base na doutrina e jurisprudência pertinentes, bem como a inobservância dos requisitos básicos para atendimento às exigências impostas pela Lei nº 8.666/93.

O STF, pelo voto condutor do relator, adotado à unanimidade, firmou o entendimento de que pareceres não são atos administrativos, mas “*opinião emitida pelo operador do Direito, opinião técnico-jurídica*”. O ato administrativo seria o que lhe seguiria, não a opinião jurídica em si. Eis excerto do julgado: “*Posta assim a questão, é forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião a qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto[...] “Ora, o Direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de certo texto de*

lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito, é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável.” Ainda de acordo com o relator, a sede própria para eventual responsabilização dos advogados seria a OAB, não os Tribunais de Contas.

A culpa, em sentido largo, e o erro grave inescusável não foram objeto da decisão proferida pelo TCU. Tratava-se, apenas, de discordância quanto à melhor interpretação jurídica, inexistindo qualquer ilícito na atuação dos advogados. Os demais ministros, em seus votos, acrescentaram observações importantes, merecendo destaque: (a) de acordo com Gilmar Mendes, tratava-se de um desses casos emblemáticos em que se pretende rever discussões jurídicas com base na opinião do Tribunal de Contas ou de um único membro do Ministério Público; (b) para Nelson Jobim, o caso mostrava o “*exagero da visão, quase de pensamento único, pretendida pelo Tribunal de Contas quanto às questões jurídicas.*” Divergir do TCU, segundo o ministro, significava ter responsabilidades (ou ter que responder por alguma imputação delas), inclusive em questões jurídicas; (c) o ministro Sepúlveda Pertence assentou que, caso houvesse a responsabilização dos advogados pareceristas, o próprio Ministério Público, que também emite pareceres, acabaria por pagar “*por todas as culpas que tem e não tem.*”

Veja-se a ementa da decisão preferida no MS nº 24.073-3 DF :

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. – Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. – O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave,

inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. – Mandado de Segurança deferido.

No Mandado de Segurança nº 24.584-1 DF, a situação fática posta à apreciação do STF também envolveu o TCU, que, no exercício do controle externo, analisou a regularidade dos custos da prestação dos serviços da Dataprev ao INSS, e a juridicidade de convênio celebrado entre o INSS e o Centro Educacional de Tecnologia em Administração – CETEAD. A Corte de Contas pretendia chamar todos os procuradores que atuaram administrativamente junto à formalização e execução do convênio para que, sob pena de multa, apresentassem justificativas para seus atos de aprovação do ajuste. Os impetrantes arguíram a liberdade profissional, a natureza da atuação dos advogados, que não são administradores, a impossibilidade de os procuradores conhecerem todos os pormenores técnicos da avença. Por esses fundamentos pediam ordem obstativa de sequer serem ouvidos pelo TCU.

O relator, Ministro Marco Aurélio (vencidos os ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia), distinguiu sua posição no caso anterior, em que votara pela concessão da segurança, e neste. Esclareceu que o caso da Petrobras (MS nº 24.073-3 DF) se ocupava de simples parecer opinativo, enquanto que, o segundo caso tratava de *aprovação* de minuta de convênio e aditivos pela assessoria jurídica, exigida pelo art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Enfatizou que “*o momento é de mudança cultural, o momento é de cobrança e, por via de consequência, de alerta àqueles que lidam com a coisa pública*”. Votou pelo reconhecimento da obrigação de os impetrantes apresentarem explicações ao TCU e, se fosse o caso, acionarem o Judiciário para afastar glosas que fossem impostas de modo inadequado. O ministro Joaquim Barbosa, após argumentar que a questão não se resolvia na mera afirmação da irresponsabilidade opinativa dos advogados públicos, apresentou lição do administrativista francês René Chapus, que classifica os pareceres jurídicos em três espécies: os *facultativos*, nos quais a prolação da opinião é facultativa e o administrador a ela não se vincula; os *obrigatórios*, quando a manifestação é imperativa e, caso dela discorde, a autoridade deve submeter novo ato a análise; e os *vinculantes*, quando, ou a autoridade age conforme o parecer ou, simplesmente, não age. O parecer facultativo, no silêncio da lei, não geraria, em princípio – com as ressalvas do dolo e da culpa –, responsabilidade. Já o parecer obrigatório atribuiria responsabilidade ao subscritor (compartilhada com a do administrador), e esse seria o caso dos pareceres emitidos

com base no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Em tempos de *accountability* republicana, todas as autoridades públicas, incluindo os advogados públicos, devem contas de seus atos, razão pela qual denegou a segurança.

Seguiu-se discussão sobre a qualificação da causa – cuidar-se-ia de uma pretensão de insubmissão total ao TCU, à simples conta de se ser advogado público, ou de exigência de que os advogados fossem à Corte de Contas para explicar fatos alheios à sua atuação profissional? O ministro Gilmar Mendes, terceiro a votar, abriu a divergência ao considerar a imputação imprópria porque não haveria má elaboração de pareceres ou qualquer responsabilidade de advogado por prestação de contas de convênio; citando o precedente do MS n.º 24.073.3-DF, concedeu a ordem.

O Ministro Carlos Ayres concordou com o relator e votou pela denegação da segurança, sob o argumento de que o Tribunal de Contas não acusava, apenas demandava explicações. O Ministro Eros Grau defendeu que a regra da lei de licitações seria análoga à das contratações privadas – o advogado seria, tão-somente, um fiscal da forma. Acompanhou, então, a dissidência aberta por Gilmar Mendes, concedendo a segurança. O Ministro Cezar Peluso discordou do pressuposto de fato adotado pelo Ministro Gilmar Mendes – a correção das manifestações jurídicas –, apontando uma série de aspectos da imputação do TCU à qual a inicial do mandado de segurança sequer fazia menção (a verdadeira acusação seria a de que os agentes administrativos haveriam faltado a seu dever específico de servidores incumbidos da consultoria jurídica). Seria recomendável, destarte, diante da inexistência de imunidade absoluta de quem quer que fosse, que o Tribunal de Contas da União chamasse os procuradores para explicações; e denegou a segurança. O Ministro Ricardo Lewandowski, acreditando que os advogados públicos, assim como os magistrados, não são, em regra, responsáveis por suas opiniões, *salvo casos de erro grosseiro, com desvio de finalidade, usurpação de competência, com dolo ou culpa* – o que parecia ser a hipótese –, também denegou a segurança. A Ministra Cármen Lúcia, discordando da maioria e acompanhando Eros Grau e Gilmar Mendes, acrescentou não acreditar na irresponsabilidade absoluta dos advogados, e que, neste caso, os impetrantes poderiam ser ouvidos pelo TCU, ainda que parecer não configuraria ato administrativo. A Ministra Ellen Gracie acompanhou o relator e denegou a segurança. O Supremo, portanto, denegou a segurança por maioria, entendendo que

os procuradores federais poderiam, sim, ser chamados pelo TCU para apresentar explicações a respeito de seus pareceres e notas técnicas, mas abriu espaço para questionamentos judiciais na eventualidade de, após colher as explicações, a Corte de Contas formalizar imputações em desfavor dos advogados públicos.

Outro precedente do STF sobre a responsabilidade do parecerista jurídico ocorreu no Mandado de Segurança n.º 24.631-6-DF, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Versava sobre imputação do TCU contra procurador autárquico do DNER, que proferiu parecer admitindo a celebração de acordo judicial para pagamento de dívida da autarquia. O valor foi pago por acordo extrajudicial, depois de haver sido emitido precatório. O TCU alegava quebra na ordem cronológica do precatório e violação à legalidade, impessoalidade, razoabilidade, indisponibilidade dos bens públicos, moralidade e isonomia. O procurador impetrante sustentou a extrapolação das atribuições do TCU e o malferimento a dispositivos constitucionais e legais relacionados à advocacia pública.

O ministro relator, depois de, mais uma vez, ressaltar que não partilhava da ideia de irresponsabilidade absoluta dos advogados públicos no exercício de funções de consultoria, nem nesse sentido se podia interpretar a jurisprudência do STF, voltou a discorrer sobre os parâmetros ideais para a responsabilização dos pareceristas públicos. Trazendo novamente a tripartição doutrinária de René Chapus – pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes –, indicou sua proposta dos dois parâmetros de responsabilização: quando a lei silencia, o parecer é facultativo e não há, com a ressalva do dolo ou do erro inescusável, responsabilidade; quando a lei vincula a atuação administrativa à manifestação jurídica, há compartilhamento de responsabilidades entre administrador e parecerista, e, desse modo, *“o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso.”* O ministro Joaquim Barbosa concluiu que, no caso *sub judice*, o parecer era facultativo e mais: que a imputação de responsabilidade do TCU ao parecerista era arbitrária, pois este havia opinado a favor de transação judicial, e o acordo supostamente lesivo se fez em sede extrajudicial. O TCU pretenderia responsabilizar quem “potencialmente” tinha dado ensejo à irregularidade, mesmo quando inexistissem provas ou indícios da participação do procurador. Todos os demais ministros concordaram com o relator, mas houve divergência em relação à correta configuração da ideia de “parecer obrigatório” (ou “vinculante”), pois, para Carlos Britto e Marco Aurélio, a atuação do advogado no processo administrativo não o transformaria, obrigatoriamente, em administrador

em sentido técnico (Marco Aurélio assentou: “*Senhor presidente, é acaciano: parecer, enquanto parecer, é parecer*”).

Dos julgados acima sumariados (MS nº 24.073-3/DF, MS nº 24.584-1/DF e MS nº 24.631-6/DF), extrai-se que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a assessoria jurídica:

- (i) não é absolutamente irresponsável no exercício da função consultiva, pois tal exclusão não se coaduna com o estado democrático de direito;
- (ii) pode ser chamada a apresentar explicações aos Tribunais de Contas;
- (iii) os profissionais que a integram podem ser pessoalmente responsabilizados se, na emissão de opinião a respeito da licitação ou da contratação administrativa, agirem com dolo ou má-fé (é o mais óbvio e ao mesmo tempo o mais difícil de ser caracterizado, exigindo prova idônea) ou cometerem erro evidente e inescusável (cujo parâmetro seria o conhecimento que se pode exigir da formação do advogado público, nomeado após aprovação em concurso público).

A interpretação do que seja conduta dolosa ou erro evidente e inescusável deve ser suficientemente restritiva para permitir a existência de opiniões jurídicas minoritárias ou contramajoritárias, em vista de que a heterogeneidade de ideias é valor constitucional (CR/88, art. 1º, V).

11 RESPONSABILIDADE DA ASSESSORIA JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

A responsabilidade da assessoria jurídica também visita a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 7165 – RO, tendo como relator o Ministro Anselmo Santiago, uma procuradora do estado de Rondônia havia sido denunciada pelo Ministério Público como incurso no art. 89 da Lei nº 8.666/93, por emitir parecer conclusivo sobre a possibilidade de determinada contratação direta, ou seja, sem licitação. O relator entendeu que a denúncia era despropositada, abusiva até, discorrendo:

Não é plausível a *persecutio criminis* contra quem que, simplesmente, no pleno exercício de suas funções, emite opinião sobre matéria teórica, referendada por sua chefia, pouco importando que espertalhões venham a usar seu trabalho para, em etapa posterior, se locupletarem às custas do erário público. Nem por estar jungido ao Estado, o advogado perde a sua independência técnica, ficando amarrado à opinião oficial, como nos estados totalitários. Processar um profissional por externar, livremente, sua opinião é uma condenável forma de censura a uma atividade que deve ser exercida com ampla liberdade, pois, como diz o art. 18 do Estatuto dos Advogados, aplicável ao caso, a relação de emprego não retira do advogado (mesmo que do Estado, me permito acrescentar), a sua isenção técnica, nem reduz a sua independência profissional.

Com uma única divergência, todos os demais ministros acompanharam o relator, dando provimento ao recurso, assim ementado o julgamento:

RHC - DISPENSA DE LICITAÇÃO - PACIENTE QUE, NA QUALIDADE DE PROCURADORA DE ESTADO, RESPONDE CONSULTA QUE, EM TESE, INDAGAVA DA POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO - DENÚNCIA COM BASE NO ART. 89, DA LEI NUM. 8.666/93 - ACUSAÇÃO ABUSIVA - MERO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, QUE REQUER INDEPENDÊNCIA TÉCNICA E PROFISSIONAL. 1. NÃO COMETE CRIME ALGUM QUEM, NO EXERCÍCIO DE SEU CARGO, EMITE PARECER TÉCNICO SOBRE DETERMINADA MATÉRIA, AINDA QUE PESSOAS INESCRUPULOSAS POSSAM SE LOCUPLETAR AS CUSTAS DO ESTADO, UTILIZANDO-SE DESSE TRABALHO. ESTAS DEVEM SER PROCESSADAS CRIMINALMENTE, NÃO AQUELE. 2. RECURSO PROVIDO, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL CONTRA A PACIENTE.

No Habeas Corpus nº 78.553/SP, relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, atribuíu-se à paciente a prática do crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93, que, na qualidade de procuradora, emitira pareceres jurídicos para considerar lícitos aditamentos contratuais tidos como ilegais pelo Ministério Público. Pesava contra a procuradora a colaboração efetiva e relevante em suposto esquema, engendrado para fraudar os procedimentos licitatórios realizados em determinada prefeitura municipal. O tema central referia-se à afirmação, por parte da impetrante, de que a manifestação jurídica produzida pela

paciente revestia-se de legalidade, no estrito cumprimento de dever profissional. A Turma conheceu, em parte, da impetração, mas, nessa parte, denegou a ordem, assim ementado o aresto:

HABEAS CORPUS. FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. IMUNIDADE DO ADVOGADO. LIBERDADE DE OPINIÃO. Embora seja reconhecida a imunidade do advogado no exercício da profissão, o ordenamento jurídico não lhe confere absoluta liberdade para praticar atos contrários à lei, sendo-lhe, ao contrário, exigida a mesma obediência aos padrões normais de comportamento e de respeito à ordem legal. A defesa, voltada especialmente à consagração da imunidade absoluta do advogado, esbarra em evidente dificuldade de aceitação, na medida em que altera a sustentabilidade da ordem jurídica: a igualdade perante a lei. Ademais, a tão-só figuração de advogado como parecerista nos autos de procedimento de licitação não retira, por si só, da sua atuação a possibilidade da prática de ilícito penal, porquanto, mesmo que as formalidades legais tenham sido atendidas no seu ato, havendo favorecimento nos meios empregados, é possível o comprometimento ilegal do agir. Ordem denegada, cassada a liminar.

12 CONCLUSÃO

O tema da responsabilidade do advogado público, quando expede pareceres e orientações jurídicas nos processos das licitações e contratações administrativas, conhece divergências na doutrina e na jurisprudência dos tribunais judiciais e de controle externo, cuja origem comum reside na própria natureza da atividade desse profissional do direito, que não é a de decidir, mas a de instruir e opinar.

No Supremo Tribunal Federal, à vista de julgamentos proferidos em três mandados de segurança de recente apreciação pela Corte Constitucional (MS nº 24.073-3/DF, MS nº 24.584-1/DF e MS nº 24.631-6/DF), é possível sintetizar, como posição majoritária, a de que a assessoria jurídica:

- (i) não é absolutamente irresponsável no exercício da função consultiva, pois tal exclusão não se coaduna com o estado democrático de direito;
- (ii) pode ser chamada a apresentar explicações aos Tribunais de Contas;

- (iii) os profissionais que a integram podem ser pessoalmente responsabilizados se, na emissão de opinião a respeito da licitação ou da contratação administrativa, agirem com dolo ou má-fé ou cometerem erro evidente e inescusável.

No Superior Tribunal de Justiça, que o art. 105, III, da CR/88 incumbe de uniformizar a interpretação do direito federal, a síntese, que se extrai de recentes julgados (HC nº 7.165/ RO e HC nº 78.553/ SP), é a de que a imunidade do advogado no exercício da profissão “não lhe confere absoluta liberdade para praticar atos contrários à lei, sendo-lhe, ao contrário, exigida a mesma obediência aos padrões normais de comportamento e de respeito à ordem legal. A defesa, voltada especialmente à consagração da imunidade absoluta do advogado, esbarra em evidente dificuldade de aceitação, na medida em que altera a sustentabilidade da ordem jurídica: a igualdade perante a lei”.

No Tribunal de Contas da União, tem prevalecido o entendimento de que a responsabilidade do autor de um parecer jurídico deve ser desdobrada em, pelo menos, duas esferas distintas.

Na primeira, cuida-se da responsabilidade do advogado pelo exercício profissional da advocacia, cabendo ao Conselho Seccional da OAB, nos termos do art. 32 da Lei nº 8.906/1994, decidir sobre a aplicação de eventuais sanções disciplinares, nas hipóteses discriminadas no Estatuto da Advocacia. Essa apuração não exclui o exercício da jurisdição comum, que ficará a cargo das autoridades judiciais competentes, atentas ao disposto nos incisos IV e XIV do art. 34 do Estatuto da Advocacia, para os quais advogar contra literal disposição de lei e deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado constituem infrações disciplinares.

Na segunda esfera, cuida-se da eventual responsabilidade imputada ao autor de parecer jurídico que esteja relacionada com a regularidade da gestão pública. Em conformidade com o disposto na Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), a apuração dessa responsabilidade competirá ao Tribunal de Contas da União, cuja atividade de controle externo contempla, entre outros aspectos, a verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades federais. O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas,

fundamenta e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido no âmbito de verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade. Conclui-se que o fato de o autor de parecer jurídico não exercer função de execução administrativa, não ordenar despesas e não utilizar, gerenciar, arrecadar, guardar ou administrar bens, dinheiros ou valores públicos não significa que ele se encontra excluído do rol de agentes que estão sob a disciplina da Corte de Controle.

O anteprojeto de lei orgânica da administração pública federal e entes de colaboração, elaborado por comissão de juristas composta pelo governo federal e concluído em 2009, dedica o seu art. 54 à questão da responsabilidade dos órgãos de consultoria jurídica da administração, estabelecendo que, “independentemente de sua função de assessoria, devem, no exercício do controle prévio de legalidade, prestar orientação jurídica quanto à adoção de medidas aptas a permitir a efetividade da ação administrativa, em conformidade com os preceitos legais. § 1º - Os agentes dos órgãos a que se refere o *caput* deste artigo não são passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou erro grosseiro, em parecer obrigatório e vinculante para a autoridade a quem competir a decisão. § 2º - Não se considera erro grosseiro a adoção de opinião sustentada em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de supervisão e controle, inclusive judicial.” (*Nova Organização Administrativa Brasileira*, coord. Modesto, Paulo. Ed. Fórum, p. 336).

GLOBALIZAÇÃO, INTEGRAÇÃO REGIONAL E TRIBUTAÇÃO DO CONSUMO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS NO MERCOSUL

*GLOBALIZATION, REGIONAL INTEGRATION AND
TAXATION ON GOODS AND SERVICES IN THE MERCOSUR*

Luciano Pereira Vieira

*Advogado da União. Mestrando em Direitos Fundamentais Difusos e Coletivos pela
Universidade Metodista de Piracicaba/SP – UNIMEP. Aluno Especial do Mestrado
em Ciência Política da Universidade Estadual de Campinas/SP – UNICAMP*

SUMÁRIO: 1 A Globalização e os Processos de Integração Regional. 2 Etapas do Processo de Integração Regional. 3 Níveis de Integração Normativa dos Estados Envolvidos no Processo Integracionista: Coordenação, Harmonização e Uniformização. 4 Da Necessidade de Harmonização dos Impostos Incidentes sobre o Consumo de Mercadorias e Serviços nos Estados-Partes do MERCOSUL: Uma Análise do Imposto Sobre o Valor Agregado ou Acrescido (IVA). 5 Considerações Finais. Referências.

RESUMO: O artigo revisita as premissas histórico-político-econômicas necessárias à compreensão dos fenômenos da globalização e da integração regional, buscando eliminar certos tabus relacionados ao tema. São também delineadas todas as etapas a serem percorridas pelos Estados participantes de um determinado processo integracionista e as dificuldades que serão enfrentadas nessa jornada até alcançarem o nível de integração político-econômica pretendido. Parte-se da concepção de que a integração econômica exige de seus atores um árduo exercício de ajuste de suas legislações internas, mormente as tributárias, visto que mercados e tributos caminham lado a lado, sofrendo aqueles primeiros grande influência destes últimos quanto à sua expansão e retração. Desse modo, sustenta-se que, quanto mais propício o ambiente tributário, mais solidamente se desenvolverão os setores de produção e circulação de bens e serviços, vitais à higidez econômica de qualquer país e à consolidação das liberdades econômicas fundamentais no bloco. Sustenta-se que, no caso do MERCOSUL, a superação do atual estágio de União Aduaneira imperfeita para o de Mercado Comum exige, além da eliminação das listas de exceções à Tarifa Externa Comum (TEC) e do estabelecimento de uma política comercial comum, a prévia harmonização dos impostos incidentes sobre o consumo de mercadorias e serviços, nos moldes do internacionalmente conhecido Imposto sobre o Valor Agregado ou Acrescido (IVA), porquanto distorções existentes nessa seara entre os Estados participantes de um processo de integração podem influenciar negativamente a alocação geográfica dos recursos intrabloco e acirrar competições predatórias entre eles.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Integração Regional. MERCOSUL. União Europeia. Liberdades Econômicas Fundamentais. Tarifa Externa Comum (TEC). Imposto sobre o Valor Agregado (IVA).

ABSTRACT: This article reconsiders historical, political, and economic assumptions necessary to understand the processes of globalization and regional integration, by seeking to break down certain taboos on the subject matter. All phases to be completed by the countries participating in a given integration process and the setbacks experienced along the path until achieving the planned political & economic integration level are also outlined herein. It is assumed that the economic integration entails a great deal of effort from players to adjust their domestic laws, in particular tax regulations, since the markets and taxes go hand in hand, with the first being to a great extent influenced by the latter with respect to market upturn and downturn. Hence, the more favorable the tax environment is the most the sector of manufacturing

and sale of goods and services will develop. These sectors are critical to the financial health of any country and the consolidation of the economic freedom that are essential in the bloc. In the case of MERCOSUR, one can affirm that the transformation from the current status of imperfect Customs Union to a Common Market asks for, besides the elimination of the lists of exceptions to the Common External Tariff (CET) and the establishment of an universal trade policy, the prior standardization of the taxes levied on goods and services, likewise the internationally known Value Added Tax (VAT), given that any divergences on the matter among the countries participating in an integration process could adversely affect the geographical allocation of funds among the bloc and stir predatory competition among countries.

KEYWORDS: Globalization. Regional Integration. MERCOSUR. European Union. Fundamental Economic Freedom. Common External Tariff (CET). Value Added Tax (VAT).

1 A GLOBALIZAÇÃO E OS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL

Globalização e regionalização são termos muito em voga nos últimos anos em um grande número de áreas do conhecimento humano. São, por assim dizer, expressões de cunho interdisciplinar, cuja plurivocidade torna temerária qualquer tentativa de definição.

A imprecisão terminológica do objeto de estudo, contudo, não tem o condão de afastar de seu observador a análise e a descrição de sua essência e manifestação exterior. A análise do continente e do conteúdo são dois modos de experimentação científica que permitem a verificação fenomenológica sem sofrer qualquer influência da falta de rigor na substantivação do fenômeno.

A globalização e a regionalização, embora seus reflexos atinjam outras sendas (culturais, tecnológico-científicas, sociais e jurídicas), são eminentemente fenômenos político-econômicos verificáveis na sociedade internacional com grande ênfase na segunda metade do Século XX, pós Segunda Guerra Mundial.

Nessa época, verifica-se o surgimento de uma nova fase de desenvolvimento do modo de produção capitalista, marcado pela Terceira Revolução Industrial, por uma nova ordem monetária internacional (*Acordo de Bretton Woods*) e pelas pregações neoliberais, dentre outros, do economista austríaco Friedrich Hayek (um dos

fundadores da denominada *Sociedade de Mont Pèlerin*¹), efetivadas, inicialmente, pelos governos conservadores de Margareth Thatcher, Ronald Reagan e Helmut Kohl².

Seguindo essa nova tendência, os Estados Nacionais passaram a sofrer grandes mudanças em suas estruturas políticas internas. Já não mais era viável a subsistência do Estado do bem-estar social (*Welfare State*) e a *mão invisível* do Estado na economia, preconizada nas lições de Adam Smith³, já não tinha mais espaço. Iniciada estava a era das transnacionais, das grandes corporações comerciais e financeiras, da desregulamentação dos mercados e da proliferação em massa dos negócios em âmbito mundial⁴.

As barreiras nacionais protecionistas já não mais se coadunavam com o dinamismo econômico verificado no cenário internacional e a atuação do Estado Nacional no mercado passou a ser cada dia mais dispensável, ao passo que se incrementava velozmente os espaços econômicos empresariais.

Ricardo Seitenfus e Deisy Ventura ressaltam duas características da globalização:

1 A Sociedade de *Mont Pèlerin* (1947) era formada por uma pléiade de notáveis que defendiam as bases de um outro tipo de capitalismo, mais rígido e desprovido de regras para o futuro. Seus integrantes, na esteira de Hayek, eram contrários a qualquer espécie de limitação ou restrição por parte do Estado nos mecanismos de mercado.

Com a crise econômica mundial dos anos 70, essas ideias neoliberais acabaram ganhando força (ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo*. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 9-10 *apud* VICENTINO, Cláudio. *História geral*. 8. ed. São Paulo: Scipione, 1997. p. 465).

2 A respeito da instauração da nova ordem econômica internacional, veja-se a excelente obra de Cláudio Vicentino, de leitura didática, agradável e atual (VICENTINO, Cláudio. *op. cit.*, p. 462-472).

3 SMITH, Adam. *A riqueza das Nações*. Curitiba: Juruá, 2009.

4 O *Direito Internacional Clássico*, nascido com a *Paz de Vestefália* (1648), era concebido como o direito dos Estados, "marcado por fronteiras estanques onde os poderes se dividem e repartem-se em espaços delimitados", ao contrário da *globalização* que "busca unificar os espaços, diminuir as distâncias, eliminar os entraves à circulação, integrar os mercados, desregulamentar e uniformizar as regras, impor valores, tornar homogêneos os gostos dos consumidores, fazer com que o capital se transforme em objetivo, não em meio de trocas, tornar a comunicação permanente e sem controle do Estado, criar estruturas de produção empresarial de forma transnacional. Trata-se de um mundo desordenado e descentralizado. Portanto, ou um mundo sem direito, ou um 'mosaico' de direitos" (SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional público*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 184). Ainda em relação à ordem jurídica na sociedade internacional, vide: DELOLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

[...] por um lado, é de sua própria essência que o processo desconheça fronteiras nacionais, introduzindo a ‘desterritorialização’ das atividades de produção e de consumo. Por outro lado, as decisões do mundo global decorrem de centros de interesses privados, independentes, autônomos e dotados de um poder real cuja natureza e intensidade transcende o tradicional poder dos Estados⁵.

Daí o surgimento da ideia do *Estado Mínimo*, cujas premissas residem na limitação dos gastos governamentais, nas privatizações, na redução do poder estatal perante o mercado, na flutuação cambial e no desapareço ao desenvolvimento de políticas sociais. É a era dos *bytes*, dos capitais voláteis e especulativos, na qual as operações financeiras foram alçadas ao *Olimpo*, em detrimento do setor produtivo e da geração de empregos.

Como se nota, o período posterior à Segunda Guerra Mundial é um mar em efervescência, cujos efeitos marcaram definitivamente a história da humanidade.

Nessa esteira, não parece convincente, portanto, a corrente doutrinária que menciona residir na Antiguidade Clássica a gênese do fenômeno da globalização. Ora, se adotado esse posicionamento como verdadeiro, estar-se-ia desvirtuando inúmeros institutos históricos, não apenas a globalização, caminhando rumo à teratologia.

Não é concebível o elasticimento da concepção de globalização a tal nível. Afinal, se qualquer espécie de homogeneização cultural, de menção principiológica/filosófica de união dos povos, de expansão territorial e econômica, sejam elas alcançadas pela via política, religiosa ou militar for considerado como prenúncio da globalização (*verbi gratia*, as conquistas territoriais do Império Romano e a expansão marítima luso-espanhola) estar-se-á desvirtuando todo o instituto da globalização que, conforme já se asseverou, é interdisciplinar.

A globalização representa um novo marco na história da humanidade, assim como representou o feudalismo, o mercantilismo, o absolutismo, o liberalismo do século XVIII, a bipolarização mundial e, mais recentemente, o multilateralismo. Se o posicionamento da corrente em testilha for considerado correto, atribuindo a qualquer fenômeno os primórdios da globalização, far-se-ia necessário, então, considerar um famoso fenômeno geográfico como o seu prenúncio.

5 SEITENFUS, op. cit., p. 183.

A explicação é simples. É cediço que, no início dos tempos, os continentes estavam reunidos em um único corpo físico, denominado *Gondwana* (Pangeia).

Ao longo de milhões de anos, segundo prelecionou o cientista alemão Wegener (1912), a *deriva continental* (movimento dos continentes e do fundo dos oceanos) provocou e ainda hoje vem provocando, à margem de 3 cm ao ano, a separação dos continentes. A esse passo, num futuro muito distante (outros milhões de anos), os continentes tendem a se reunir novamente, possibilitando à humanidade uma convivência sob um único espaço físico.

Logo, se mantido o raciocínio daquela corrente, estaria aí, verdadeiramente, a primeira manifestação da globalização ocorrida a pelo menos 200 milhões de anos atrás e cujos efeitos se protraíram no tempo.

Da mesma forma que essa tese salta aos olhos do interlocutor como absurda (e realmente é), do mesmo modo absurda apresenta-se a corrente em comento⁶.

Em suma, a globalização (ou mundialização⁷) pode ser considerada como um movimento ínsito ao modo de produção capitalista, não concebível fora dele. É esse um dos motivos que se afirma ser a derrocada socialista um dos grandes impulsos à globalização. E qual a consequência disso? O fim das arcaicas barreiras protecionistas com o estímulo ao livre mercado, à internacionalização de capitais, abrindo o caminho para os processos de integração regionais.

A globalização e o processo de integração regional (regionalização) são, na lição de Celso Lafer, “fenômenos que respondem a fatores políticos e econômicos variados”⁸, podendo ser dois processos paralelos

6 No sentido de ser a globalização um instituto do século XX, dentre outros, encontram-se: SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *op. cit.*; SILVA, Roberto Luiz. *Direito comunitário e da integração*. Porto Alegre: Síntese, 1999; VICENTINO, Cláudio. *História geral*. 8. ed. São Paulo: Scipione, 1997; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999; LAFER, Celso. *Globalização e regionalização*. Carta internacional, São Paulo, ano VI, n. 67, 1998; REGO, Thais Eleonora Guerra. *Globalização 'versus' regionalismo*. Boletim de Diplomacia Econômica, Brasília, n. 18, 1994; SAYAD, João; SILBER, Simão Davi. Comércio internacional. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de (org.). *Manual de economia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

7 Nesse sentido: PIMENTEL, Luiz Otávio. Cenário internacional, direito e sociedade no processo de mundialização. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *MERCOSUL no cenário internacional: direito e sociedade*. v. 2. Curitiba: Juruá, 1998. p. 365-380; SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *op. cit.*, p. 180.

8 LAFER, Celso. *op. cit.*, p. 9.

e complementares (regionalização do tipo aberto) ou antagônicos⁹ (regionalização do tipo fechado), tudo dependendo da vertente adotada¹⁰.

No primeiro caso, não haverá antagonismo se a regionalização for utilizada pelos Estados-partes no sentido de, primeiramente, prepará-los para o processo de globalização, mediante o fortalecimento conjunto de suas economias nacionais. Serve para inserir os Estados-partes de forma mais robusta e competitiva na economia mundial, alçando-os ao *status* de *global players* ao revés da passiva posição de *global traders*. É, nos dizeres de Celso Lafer, “uma oportunidade de, por meio da ação conjunta, ampliar o *locus standi* no plano internacional”¹¹.

A regionalização do tipo aberto é uma complementação do sistema multilateral de comércio, vale dizer, é aberto ao comércio para fora do bloco com os demais membros da Organização Mundial do Comércio (OMC). É o caso do MERCOSUL que adotou essa vertente devido ao:

[...] esgotamento do modelo de substituições de importações e pela própria natureza da sua dimensão econômica infinitamente inferior à da União Européia e à do NAFTA e, por isso mesmo, sem escala para constituir um bloco ensimesmado¹².

Em havendo opção pela regionalização do tipo fechado, os Estados envolvidos estarão optando por sufocar o multilateralismo comercial, contrariando as normas da Organização Mundial do Comércio (OMC). Traduz-se em estabelecimento de barreiras que visam ao incremento do comércio intrabloco e à redução (ou até eliminação) de espaço comercial com outros Estados ou regiões. É o que vinha ocorrendo na União Europeia.

Lá, entre os anos de 1960 e 1993, ao contrário de outros blocos, o comércio extra regional havia declinado de 13% para 11%, em virtude do estabelecimento de políticas protecionistas em detrimento de terceiros países, mormente no setor agrícola, segundo apontou dados do Acordo

9 “Inicialmente, procurou-se definir esse regionalismo como movimento alternativo à globalização. Entretanto, esta última favoreceu o aparecimento de blocos regionais com o objetivo de proteger as economias mais frágeis e, assim, inseri-las no contexto mundial de forma mais compacta. Não obstante esse antagonismo, constata-se que a tendência à criação desses blocos tornou-se, ao mesmo tempo, uma etapa da globalização” (FALCÃO, Maurin Almeida. *Elementos de reflexão para harmonização tributária no MERCOSUL*. monografia cedida pelo autor (não publicada), vencedora do Mercoprêmio Legislação, em 2000. p. 5).

10 REGO, Thaís Eleonora Guerra. *op. cit.*, p. 67.

11 LAFER, *op. cit.*, p. 13.

12 *Ibid.*

Geral de Tarifas Alfandegárias e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*)¹³.

2 ETAPAS DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL

Os processos de integração oscilam muito de região para região, tudo dependendo dos objetivos a serem alcançados, das condições geográficas em que estão inseridos, da solidez das economias dos Estados envolvidos e da maturidade político-jurídica de que dispõem estes Estados internamente.

Todavia, em que pese essas considerações, pode-se, de um modo geral, elencar cinco etapas¹⁴ pelas quais o processo de integração regional deve percorrer rumo a sua consecução.

Urge ressaltar serem essas etapas todas graduais e o seu total exaurimento é requisito indispensável para um salutar desenvolvimento do bloco, não devendo, portanto, ser suprimidas¹⁵. São elas:

1. Acordo Preferencial ou Preferência Tarifária;
2. Zona de Livre Comércio;
3. União Aduaneira;
4. Mercado Comum;
5. União Econômica e Monetária.

O *Acordo Preferencial ou Preferência Tarifária* representa a etapa mais singela dentro do processo de integração regional. Ela assegura aos Estados envolvidos uma redução das tarifas alfandegárias cobradas

13 REGO, op. cit., p. 70.

14 É comum verificar na doutrina nacional e estrangeira, muitas vezes, a menção a apenas quatro etapas no processo de integração regional. Isso se dá em razão de alguns doutrinadores entenderem que o acordo preferencial ou preferência tarifária pertenceria ao campo do Direito Internacional Clássico e não propriamente ao Direito de Integração. Roberto Luiz Silva, em sua obra *Direito Comunitário e da Integração* (p. 31), já mencionada alhures, adota a divisão empregada neste trabalho, embora com denominação um pouco distinta (áreas de tarifas preferenciais, área de livre comércio, União Aduaneira, Mercado Comum e União Econômica/Monetária).

15 O MERCOSUL tem sido criticado por muitos por não estar seguindo linearmente esse *iter*. A respeito, confira: JAEGER JÚNIOR, Augusto. *MERCOSUL e a livre circulação de pessoas*. São Paulo: LTr, 2000. p. 54.

em relação a terceiros países. Essa redução é tida como parcial, pois poderá recair sobre apenas alguns produtos ou setores da economia¹⁶.

Roberto Luiz Silva destaca que “a adoção deste tipo de integração não implica outras políticas de ajuste para sua viabilização, não havendo a necessidade de mudanças na política tarifária com relação a terceiros países”¹⁷. A Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC)¹⁸, criada em 18/02/1960, entre Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai (com adesão posterior de Colômbia, Equador, Venezuela e Bolívia), é um exemplo dessa etapa de integração.

Na *Zona de Livre Comércio*, os Estados envolvidos estabelecem um acordo recíproco de eliminação das barreiras tarifárias e não tarifárias¹⁹ existentes intrabloco em relação às mercadorias deles originárias, de modo a propiciar-lhes a livre circulação destes bens nos territórios uns dos outros. As barreiras existentes são mantidas apenas no que tange a outros Estados não participantes do processo de integração. Entretanto, nesta etapa, cada Estado pode manter livremente uma política tarifária diferenciada com terceiros países. Daí deriva a necessidade e importância de se definir claramente os requisitos de atribuição da nacionalidade aos produtos circulantes no bloco, por intermédio da adoção de um *regime de origem*²⁰, vale dizer, pela estipulação de regras comunitárias capazes de diferenciar se a prática comercial pode ser considerada intrabloco e, portanto, isenta de *tarifas de importação*, ou se trata de mera reexportação quando, então, seria gravada. Para tanto, são empregados os denominados certificados de origem²¹.

16 SILVA, op. cit., p. 30.

17 Ibid.

18 “A ALALC foi a principal expressão da primeira geração de esquemas de integração da América, idealizando o estabelecimento de uma união aduaneira e de um mercado comum para o futuro” (JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.*, p. 26).

19 Fábio Ulhoa Coelho aponta a importância da eliminação das barreiras não tarifárias (*fatores econômicos, administrativos, burocráticos e culturais*) para a consecução da livre circulação de mercadorias. Ressalta que, não obstante essas barreiras sejam eliminadas ao longo do processo de integração, “a paulatina atenuação de seus efeitos deve ser desde logo deflagrada” (COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.*, p. 47, v. 1).

20 No MERCOSUL, entende-se como produto originário da região quando tem, pelo menos, 60% de seu valor agregado como sendo regional. Os produtos originários da região são tributados à alíquota zero e os externos, nesta etapa, sofrem a incidência das alíquotas que o Estado importador adotar em relação ao exportador, conforme MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 01/04, disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/normativa/decisoes/2004>, acesso em 26/05/2011>.

21 *Certificado de origem*: “É um documento que tem por finalidade certificar a procedência de um produto, bem como especificar as normas negociadas e estabelecidas em acordos comerciais entre países” (Cf. BRASIL. MERCOSUL. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br>>. Acesso em 26/05/2011).

Fábio Ulhoa Coelho realça muito bem essa situação:

[...] o desenvolvimento do processo integrativo depende muito da discussão da nacionalidade das mercadorias, já que cada país participante mantém, em relação às importadas de países não participantes, sua própria política aduaneira. Pode, assim, haver sérias distorções na competição entre empresários de dois diferentes países da 'zona de livre comércio', se um deles, por exemplo, puder importar mercadorias fabricadas na Ásia para as comercializar, como se fossem nacionais, no mercado consumidor do outro país participante da zona, pagando impostos de importação menores dos que os pagos pelos empresários sediados nesse último²².

Com a assinatura do tratado constitutivo do MERCOSUL, em 25 de março de 1991 (Tratado de Assunção), deu-se início à Zona de Livre Comércio no referido bloco econômico, a qual ficou conhecida como *período de transição* à União Aduaneira.

Essa etapa não pressupõe a adoção da Tarifa Externa Comum (TEC), pois, conforme já destacado, cada Estado pode manejar sua política tributária, interna e externamente, com total independência.

Ainda com relação à Zona de Livre Comércio, é importante salientar que seu objetivo é, em suma, *liberalizar as relações comerciais* entre os Estados envolvidos no processo de integração regional, eliminando, conforme já exposto, as barreiras tarifárias e não tarifárias existentes entre eles. Contudo, essa eliminação não precisa ser totalmente concluída nesta etapa, ao contrário do que afirmam muitos daqueles que se debruçam sobre o estudo do processo de integração do MERCOSUL²³.

Em corroboração ao exposto, Roberto Luiz Silva se posiciona da seguinte forma: "O que ocorre em geral é, inicialmente, a eliminação para um certo número de produtos e a gradual ampliação da pauta de produtos a terem sua alíquota zerada no decorrer do processo"²⁴.

22 COELHO, op. cit., p. 47, v. 1.

23 Nesse sentido: "Em suma, atualmente, há uma zona de livre comércio que não completou sua evolução, mas o processo do MERCOSUL já avançou em sua próxima etapa de união aduaneira de modo prematuro, que está em implantação" (JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.*, p. 54).

24 SILVA, Roberto Luiz. *op. cit.*, p. 30.

É em virtude disso que mesmo após o encerramento do *período de transição*²⁵, em 31 de dezembro de 1994, foi possível encontrar-se ainda listas de produtos *excepcionados da liberalização comercial* intrabloco e, por conseguinte, gravados internamente como se fossem oriundos de países estranhos ao processo de integração (procedimento padrão de importação).

A União Aduaneira, por sua vez, pressupõe:

[...] além da anulação das tarifas alfandegárias, uma unificação da estrutura tarifária relativa a terceiros países, evitando-se o problema dos desvios de comércio e implicando um mínimo de harmonização das políticas fiscal, monetária e cambial²⁶.

O traço diferenciador, portanto, da União Aduaneira para com a Zona de Livre Comércio está na adoção da Tarifa Externa Comum (TEC), seja em relação a terceiros países²⁷, seja em relação a outros blocos regionais.

Nesse estágio, os critérios de aferição da nacionalidade dos produtos comercializados (aplicação do regime de origem) continuam sendo empregados a fim de se evitar distorções no gozo da liberalização comercial já encontrada no seio do bloco. Esse controle da nacionalidade é ainda mais importante quando se trata de produtos excepcionados da Tarifa Externa Comum (TEC), haja vista que “uma empresa de determinado país poderia importar o produto com tarifa mais baixa do que os demais, e depois reexportá-lo dentro do Mercosul”²⁸.

Assim, comprovado pelo certificado de origem tratar-se de produto oriundo de Estado integrante do bloco, deverá circular livremente,

25 O *período de transição* findou-se em 31/12/1994, pois a partir de 01/01/1995 entrou em vigor a União Aduaneira no MERCOSUL. O encerramento do *período de transição* se deu em virtude da assinatura do Protocolo de Ouro Preto (17/12/1994), haja vista tenha esse Protocolo configurado as estruturas do bloco para o início da nova etapa do processo de integração: a União Aduaneira (Cf. BRASIL. MERCOSUL. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br>>. Acesso em 26/05/2011).

26 SILVA, op. cit., p. 30.

27 “Os produtos de Zonas Francas instaladas no Mercosul são tratados como provenientes de terceiros países, isto é, sobre eles incide a Tarifa Externa Comum (TEC). As Zonas Francas poderão internar seus produtos no território do Mercosul mediante o pagamento integral da TEC. Por um acordo de cavalheiros, Brasil e Argentina permitem, a título precário e em determinadas condições, que os produtos provenientes da Zona Franca de Manaus e os da Terra do Fogo sejam considerados como nacionais, com acesso livre por conseguinte, sem incidência da TEC” (Cf. BRASIL. Superintendência da Zona Franca de Manaus. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://www.suframa.gov.br>>. Acesso em 26/04/2003).

28 Cf. BRASIL. MERCOSUL. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br>>. Acesso em: 26/04/2003.

sem a imposição de quaisquer barreiras tarifárias ou não tarifárias. De outra banda, em se tratando de produto importado de terceiro país não pertencente ao bloco, deverá haver a incidência da TEC. Daí a necessidade da manutenção do regime de origem na União Aduaneira.

O MERCOSUL adotou a Tarifa Externa Comum (TEC), por intermédio da Decisão 22/94²⁹ do Conselho do Mercado Comum, cujas bases remonta à Decisão 07/94, do mesmo órgão. Todavia, sua adoção não foi uma tarefa fácil. É o que comenta Elizabeth Accioly:

A constituição de uma tarifa externa comum – TEC foi um dos grandes problemas do Mercosul para o funcionamento da união aduaneira, que ainda não está totalmente consolidada – o que se vislumbra é uma união aduaneira imperfeita –, mas chegou-se a cogitar a mudança de rumo desse mercado, com a proposta de permanecer numa zona de livre comércio, tendo em vista as dificuldades que a constituição de uma TEC implicava. Em novembro de 1994, o Ministro da Economia da Argentina, Domingos Cavallo, asseverou que o Mercosul deveria optar entre aprofundar a união aduaneira com os quatro países, em busca do mercado comum, ou ampliar o mercado por um acordo de livre comércio com terceiros países. Entretanto, a vontade política dos Chefes dos Estados-partes conduziu-se no sentido de fazer vigorar uma tarifa externa comum, embora com exceções³⁰.

Ainda em relação às dificuldades para o estabelecimento da Tarifa Externa Comum (TEC), destaca Marcos Simão Figueiras que:

[...] o governo brasileiro insistia numa tarifa externa comum de 35% para os bens de capital, petroquímica, eletrônica e informática, contrastando com o governo argentino, que aceitava um nível de 4% a 14% de proteção para as importações provenientes de terceiros países. O Paraguai e o Uruguai, por sua vez, não desejavam ficar ‘amarrados’ à tecnologia brasileira se fosse fixada uma tarifa externa elevada³¹.

29 A Decisão 22/94 do Conselho do Mercado Comum (CMC) conferiu ao Grupo Mercado Comum (GMC) a competência para as alterações na Tarifa Externa Comum (TEC). Nesse sentido, vide: PEREIRA, Ana Cristina Paulo. *MERCOSUL: o novo quadro jurídico das relações comerciais na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1997. p. 128.

30 ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *MERCOSUL e União Européia: estrutura jurídico institucional*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 21.

31 FIGUEIRAS, Marcos Simão. *MERCOSUL no contexto latino-americano*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 122-123.

O MERCOSUL hodiernamente encontra-se estacionado na União Aduaneira *imperfeita*³², pois, embora tenha instituído a TEC, verifica-se a não eliminação de suas listas básicas de exceções³³, algo que se pretendia ver alcançado até janeiro 2006, quando, então, estaria encerrada (completa), ao menos em tese, a etapa da União Aduaneira, mas que infelizmente ainda não se ultimou. Daí em diante, ter-se-ia dado início ao esperado Mercado Comum.

Essas listas compreendem um rol taxativo e limitado de produtos temporariamente³⁴ excetuados da incidência da TEC pelos Estados-partes, o que significa dizer que a importação de determinados produtos ainda continuará sob a égide das tarifas externas do país importador nas relações comerciais com Estados não pertencentes ao processo integracionista.

Inicialmente, observa Ana Cristina Paulo Pereira, essas listas representavam 300 produtos para Brasil, Argentina e Uruguai, e 399 para o Paraguai. Ao longo dos anos, porém, foram autorizados incrementos nessas listas, ampliando ainda mais esse elenco³⁵, como ocorreu, em especial, nos setores têxteis, eletrônicos, químicos, informática, telecomunicações e bens de capital.

Ainda em relação à instituição da União Aduaneira no MERCOSUL, é preciso não confundir os motivos que fazem com que ela permaneça de modo imperfeito, principalmente diante do modo nebuloso que constantemente se trata desse tema na doutrina nacional e estrangeira.

É importante deixar claro que o fato de o MERCOSUL estar percorrendo atualmente a União Aduaneira ainda parcialmente instaurada (imperfeita, como se costumou qualificar) diz respeito à não

32 A instauração da União Aduaneira na sua feição *imperfeita*, entretanto, não agrada parte daqueles que se debruçam sobre o estudo do MERCOSUL. Nesse passo, é que, mantendo a sua notória exposição crítica, Fábio Ulhoa Coelho destaca seu pesar: “No meu entender, enquanto não eliminadas as diferenças na tributação dos produtos provenientes de países não participantes do bloco, não se deve considerar instaurada a União Aduaneira, nem mesmo parcialmente” (COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.*, p. 49, v. 1).

33 “A Decisão do Conselho 7/94, ao lançar as bases para a criação da Tarifa Externa Comum, prevê também a existência de um regime de exceção. Por conseguinte, de início somente 85% dos produtos importados de terceiros países ficarão submetidos à TEC (9.000 itens), cujas alíquotas variarão de 0% a 20%, em função de cada categoria de produto. Os 15% remanescentes farão parte das diferentes categorias de exceção previstas nos termos da Decisão do Conselho 22/94” (PEREIRA, Ana Cristina Paulo *op. cit.*, p. 126).

34 Diz-se temporariamente, porque os Estados-partes comprometem-se a convergir gradativamente as suas tarifas externas relacionadas aos produtos excetuados às alíquotas previstas para a TEC. Contudo, os prazos fixados para essa convergência rumo à TEC acabam sempre sendo elásticos.

35 PEREIRA, Ana Cristina Paulo. *op. cit.*, p. 126.

perfeição de uma política comercial comum e por força da existência de listas nacionais de produtos *excecionados da Tarifa Externa Comum (TEC)*.

É comum, contudo, verificar alguns doutrinadores afirmarem que a existência de *listas de exceções* acabou por não permitir a ultimação total da Zona de Livre Comércio e que, por isso, o MERCOSUL não deveria ter se lançado na etapa seguinte: a União Aduaneira. De outra banda, outros afirmam que a existência de *listas de exceções* não permitiu a configuração plena da União Aduaneira no MERCOSUL, tendo esta surgido e se mantido até então em seu estado imperfeito.

Entretanto, ao agirem assim, acabam por permitir a confusão de dois institutos distintos encontráveis no MERCOSUL: 1) as listas de exceções à liberalização comercial, criadas na Zona de Livre Comércio e mantidas em regime especial até 1998, quando foram eliminadas; e 2) as listas de exceções à TEC, surgidas com a instauração parcial da União Aduaneira no MERCOSUL.

As listas de exceções à liberalização comercial, de acordo com o apresentado anteriormente, cuidavam de excluir o livre trânsito de produtos que, por representarem forte ameaça a setores sensíveis da economia nacional de um dos Estados-partes, eram tratados como se fossem originados de terceiros países não pertencentes ao bloco, pagando as *tarifas de importação*, mas com a chamada *margem de preferência*³⁶.

Em 1º de janeiro de 1995, com a implantação da União Aduaneira no MERCOSUL, os Estados-partes puderam comercializar produtos entre si sem que esse ato gerasse a obrigação de recolher os impostos de importação anteriormente existentes. Entretanto, restrições tarifárias³⁷ continuaram ainda existentes por meio de algumas listas de exceções à liberalização comercial, as quais adentraram a União Aduaneira sob um regime de eliminação progressiva especial: o *Regime de Adequação Final à União Aduaneira*³⁸.

36 *Margem de Preferência*: “percentual de redução da tarifa vigente para terceiros, que beneficia um ou alguns países sem estendê-la a todos os parceiros comerciais” (Cf. BRASIL. MERCOSUL. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br>>. Acesso em: 26/05/2011).

37 De acordo com o *site* oficial do MERCOSUL no Brasil (Cf. BRASIL. MERCOSUL. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br>>. Acesso em: 26/05/2011), “as restrições *não-tarifárias*, por outro lado, uma vez identificadas pelos Estados Partes, foram igualmente eliminadas” (grifo nosso).

38 O Regime de Adequação foi criado pela Decisão 5/94 do Conselho do Mercado Comum, tendo as seguintes características básicas: “- O Regime permitia a manutenção das restrições que já existiam, mas em nenhum caso admitia a criação de novas restrições; - As tarifas cobradas em função do Regime de Adequação eram necessariamente iguais ou menores que a tarifa cobrada de países de fora do Mercosul;

Por esse regime de adequação, foi estipulado que:

[...] os produtos constantes da última parcela das listas de exceções, em lugar de cair no processo global de liberalização em 31 de dezembro de 1994, pudessem gozar de um programa de desgravação distinto, começando com percentual de desgravação de 10% em 31 de dezembro de 1994, passando a 30% em 31 de dezembro de 1995, 55% em 1996, 77,5% em 1997, e 100%, ou seja, tarifa zero, em 1998 (os produtos das listas paraguaia e uruguaia seguem o mesmo esquema, mas começando em 31 de dezembro de 1995 e indo até 1999)³⁹.

Essas listas de exceções existiram até 1º de janeiro de 1998, em relação ao Brasil e Argentina, e até 1º de janeiro de 1999, para Uruguai e Paraguai, quando então:

[...] os últimos produtos foram retirados da lista e concluiu-se o Regime de Adequação, passando a ser cobrada tarifa zero para todo o comércio intra-zona, à exceção dos produtos dos setores açucareiro e automotivo, que são objeto de negociações específicas à parte⁴⁰.

Assim, em dado momento no processo de integração mercosulino, existiram concomitantemente as listas básicas de exceções à liberalização comercial e à Tarifa Externa Comum, não devendo, portanto, ser confundidas, sob pena de serem construídas conclusões precipitadas e distintas da realidade.

Além da criação da Tarifa Externa Comum (TEC), o MERCOSUL adotou, pela Decisão 25/94 do Conselho do Mercado Comum, o Código Aduaneiro Comum, como forma de regulamentar a entrada e saída de produtos no MERCOSUL.

O Código Aduaneiro do MERCOSUL “é a base legal que regulamenta todas as operações aduaneiras realizadas neste mercado,

ao longo da vigência do Regime, a tarifa cobrada para fora permanecia constante ou convergia à Tarifa Externa Comum estabelecida, e a tarifa para dentro do Mercosul era cada vez menor: havia portanto uma margem de preferência crescente; - O cronograma para a progressiva eliminação dessas restrições tinha natureza automática, isto é, a cada fim de ano cada país tinha que reduzir as tarifas dos produtos da sua lista, sem nenhuma possibilidade de renegociação” (Cf. BRASIL. MERCOSUL. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br>>. Acesso em: 26/05/2011).

39 Cf. BRASIL. MERCOSUL. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br>>. Acesso em: 26/05/2011.

40 Cf. BRASIL. MERCOSUL. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br>>. Acesso em: 26/05/2011.

permitindo a efetiva implementação da TEC e dos outros instrumentos de política comercial comum”⁴¹.

Por último, urge salientar, a União Aduaneira também exige, para conformação da próxima etapa (Mercado Comum) a harmonização dos impostos incidentes sobre o consumo de mercadorias e serviços, pois somente por meio dela é que se alcançará a plena liberdade de circulação de mercadorias, ponto inicial para a consecução das demais *liberdades econômicas fundamentais* (liberdade de estabelecimento, de circulação de pessoas e capitais e a livre concorrência) e, por consequência, do Mercado Comum.

O *Mercado Comum*, dentre as etapas do processo de integração regional, é o objetivo maior do MERCOSUL, conforme se dessume do artigo 1º, do Tratado de Assunção de 1991, que deverá ocorrer pós 2006⁴². Atualmente, apenas a União Europeia logrou êxito em alcançar essa etapa.

Nesse estágio, é plenamente possível verificar nos Estados envolvidos a presença das liberdades econômicas fundamentais, além da coordenação de políticas macroeconômicas (fiscais, cambiais, monetária, etc.) e setoriais (educação, transporte, comunicação, agrícola, industrial) no bloco⁴³.

Uma crítica feita ao MERCOSUL é a de que a não previsão de órgãos supranacionais no âmbito do bloco poderá dificultar a consecução do Mercado Comum, pois a existência desses órgãos permitiria uma interpretação e aplicação uniforme do direito comum nos Estados-partes, bem como possibilitaria a imposição de sanções aos Estados que descumprissem as normas editadas por esses órgãos. Tais medidas confeririam sustentabilidade e confiabilidade às relações comerciais empreendidas dentro do bloco.

Contudo, essa posição não é uníssona na doutrina nacional e estrangeira⁴⁴, porquanto para alguns o caráter intergovernamental

41 PEREIRA, op. cit., p. 131.

42 ALMEIDA, op. cit., p. 29.

43 Confira em: CARDOSO, Frederico Padre. *Tributação no MERCOSUL: aspectos relevantes*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. v. 2. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 52.

44 A respeito, vide: KOBE, Ana Carolina de Almeida; VIEIRA, Luciano Pereira. *A supranacionalidade e a harmonização legislativa dos Estados-partes do MERCOSUL*. In: IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur – los procesos de integración en el nuevo milenio. La Paz: UCB, 2000. p. 375-380.

do MERCOSUL é realmente o mais viável para suas pretensões, especialmente tendo em vista o enorme aparato técnico que a implantação desses órgãos necessitaria, sem contar os custos da implantação e de sua constante manutenção.

Por fim, a *União Econômica e Monetária* compreende a última etapa que os Estados envolvidos num processo de integração podem alcançar. Exige, no mínimo, a harmonização das legislações dos Estados-membros no que atine ao regime econômico, monetário e fiscal e a presença de órgãos supranacionais, emanando, interpretando e aplicando o direito comunitário.

Pressupõe essa fase a total integração das economias dos Estados-membros, ensejando, inclusive, a união política. Entretanto, ela não implica necessariamente na criação de uma moeda única, como fez a União Europeia, pois ela representa somente a culminação daquele processo.

A diferença primordial existente entre o Mercado Comum e a União Econômica e Monetária está no fato de que naquele ocorre a *coordenação* de políticas macroeconômicas, enquanto nesta última, verifica-se a *unificação* dessas políticas. É o atual estágio da União Europeia⁴⁵.

45 A União Europeia consiste no mais avançado e bem sucedido processo de integração regional de que se tem notícia na sociedade internacional, muito embora ainda esteja em vias de consolidação e em constante expansão. Em virtude disso, é perfeitamente possível utilizar-se dela como paradigma, no sentido de materialização das etapas e das dificuldades que, em regra, Estados que almejem semelhante incursão irão enfrentar no decorrer do *iter* integracionista.

É preciso ressaltar, contudo, que, ao se referir à União Europeia como paradigma integracionista, em momento algum se pretende induzir à ideia de que seus passos devem ser inexoravelmente seguidos. Deveras, não é isso.

O que se propõe, portanto, é meramente uma análise descritiva de todo o fenômeno para que, dentro de um contexto específico existente em outros processos de integração regional (incluindo, por óbvio, o MERCOSUL), possa haver confrontação das experiências já desenvolvidas e, dessa referida análise, buscar meios alternativos e devidamente adequados (otimizados) às necessidades locais. Como se nota, comparar sistemas não significa, de modo algum, importá-los a título gratuito. A análise tem, por assim dizer, um escopo finalístico, teleológico.

A respeito da história da integração europeia, vide: FONTAINE, Pascal. *A construção europeia de 1945 aos nossos dias*. Trad. José Barros Moura. Lisboa: Gradiva, 1998; FORTE, Humberto. *União Europeia – Comunidade Econômica Europeia (Direito das Comunidades Europeias e harmonização fiscal)*. Trad. Ana Tereza Marino Falcão. São Paulo: Malheiros, 1994; VICENTINO, Cláudio. *op. cit.*; CADERNOS ADENAUER. *União Europeia: transtornos e alcance da integração regional*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, ano II, n. 2, maio 2001.

3 NÍVEIS DE INTEGRAÇÃO NORMATIVA DOS ESTADOS ENVOLVIDOS NO PROCESSO INTEGRACIONISTA: COORDENAÇÃO, HARMONIZAÇÃO E UNIFORMIZAÇÃO

No que atine à integração normativa dos Estados envolvidos no processo integracionista, pode-se falar em três níveis: coordenação, harmonização e uniformização⁴⁶.

A coordenação está relacionada com “o estabelecimento de estratégias comuns entre os Estados que integram blocos ou mercados”⁴⁷, com o estabelecimento de um certo equilíbrio entre suas disposições normativas, “através de medidas isoladas pelos Estados envolvidos”⁴⁸.

No tocante à coordenação, deve-se notar ainda que há pouquíssima ou até mesmo nenhuma proximidade normativa entre os ordenamentos jurídicos internos dos Estados. Sendo assim, estes decidem realizar determinadas medidas que julgam ser, de comum acordo, necessárias à consecução dos objetivos do processo de integração ao qual estão filiados.

Por sua vez, a harmonização cuida de estabelecer princípios legislativos a serem obedecidos por cada país. Ela tem por objetivo suprimir ou amenizar as diferenças entre (tornar compatíveis) as disposições de direito interno. Quando se refere à harmonização, é premente o entendimento de que já há proximidade legislativa entre os Estados envolvidos. Afinal, como o processo é todo gradual, a coordenação serviu para fixar as bases necessárias para tal aproximação. A efetiva realização dessa fase é vital se se almeja alcançar um Mercado Comum, pois é ela quem acaba por viabilizar as liberdades econômicas fundamentais: a liberdade de estabelecimento, circulação de bens, pessoas e capitais, e a livre concorrência.

46 Na doutrina nacional e estrangeira é comum verificar-se denominações diversas para os níveis de integração normativa. Dentre os notáveis estudos a respeito, vide: DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A aproximação das legislações: o caminho do MERCOSUL*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 20, p. 137-160, out./2001; SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Métodos de harmonização legislativa na União Européia e no MERCOSUL: uma análise comparativa. In: BASSO, Maristela (org.). *MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 117-142; FÁRIA, Werter. Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas. In: BASSO, Maristela (org.). *op. cit.*, p. 143-153.

47 RIBEIRO, Maria de Fátima. *O preço de transferência (transfer-pricing): da coordenação à harmonização tributária no MERCOSUL*. In: IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur – los procesos de integración en el nuevo milenio. La Paz: UCB, 2000. p. 230.

48 *Ibid.*

Nesse sentido, é impossível discutir-se uma real integração no MERCOSUL se ignorada a real necessidade de harmonização das leis de âmbito internacional (do bloco) com as leis internas dos Estados envolvidos. Todavia, há que se destacar que o pleno funcionamento do MERCOSUL não está condicionado à supressão de todas as diferenças legislativas que porventura existam entre os ordenamentos jurídicos internos. Basta serem eliminadas aquelas que de alguma maneira possam contribuir negativamente para o normal funcionamento do bloco ou que possam emperrar ou atentar contra o já lento processo de integração em andamento (harmonização negativa⁴⁹).

Aliás, urge enaltecer, pode-se considerar, até certo ponto e resguardados seus limites, útil ou saudável ao bloco a manutenção de determinadas assimetrias normativas se estas estiverem relacionadas ao traço cultural-formativo, à identidade nacional de um povo. Isso representaria uma conciliação dos objetivos em foco no processo de integração (políticos e econômicos) com aquele mais alto dever de respeito às identidades nacionais.

Já a uniformização, último estágio no processo de integração normativa a que os Estados envolvidos podem chegar, pressupõe uma total igualdade das legislações internas, *pressupõe mais do que uma aproximação, exigindo uma identidade de texto*⁵⁰, isto é, uma identidade das regras comuns a que se submetem os Estados-partes.

Uniformizar, semioticamente falando, é tornar idêntico, dar uma forma igual, invariável, ao objeto em análise, que no presente caso é a legislação interna dos Estados participantes do processo integracionista. No âmbito tributário, representa a igualdade das cargas tributárias que recaem sobre uma mesma matéria tributável, vale dizer, igualar as legislações de um determinado tributo nos aspectos tanto estruturais quanto técnico-formais e referentes a alíquotas⁵¹.

Destaca-se ainda que a uniformização tributária, devido à sua difícil consecução, só pode ser vista na fase da União Econômica e Monetária, o estágio mais avançado dentro do processo de integração, mediante a unificação das políticas macroeconômicas.

49 Acerca do tema da harmonização negativa, vide: FALCÃO, *op. cit.*, p. 30.

50 RIBEIRO, *op. cit.*, p. 230.

51 PITA, Claudino. Uma abordagem conceitual da harmonização tributária no MERCOSUL. In: SALAZAR, Antônio; PEREIRA, Lia Valls (orgs.). *MERCOSUL: perspectivas da integração*. Rio de Janeiro: FGV, 1996. p. 132.

Nessa fase, os objetivos tributários meramente nacionais são substituídos pelos anseios do bloco como um todo. Todavia, para que isso realmente se torne possível, já se presume ter o bloco instituído um mecanismo único de produção e interpretação legislativa, vale dizer, um órgão que tenha plenos poderes, por representar a vontade dos Estados-partes, para editar normas que valham diretamente dentro de seus territórios, que sejam recepcionadas integralmente e prevaleçam sobre os ordenamentos jurídicos internos de todos eles, algo como o adotado na União Europeia.

Como se nota no parágrafo *supra*, a uniformização exige um arcabouço jurídico do tipo comunitário (criação de órgãos supranacionais) dentro do bloco para que se ultime. Assim, partindo de tal premissa, pode-se chegar à conclusão de que o MERCOSUL está longe de alcançar uma uniformização de suas legislações, em especial, no âmbito tributário. Afinal, inúmeros óbices há à instituição de órgãos de caráter supranacional no MERCOSUL por ser este de caráter intergovernamental.

É o que se depreende da leitura do Tratado de Assunção e das disposições normativas contidas nas Constituições do Brasil e Uruguai, principalmente estas duas últimas por conterem vedações, para alguns implícitas e para outros explícitas, à supranacionalidade.

Dessa forma, o que se nota é que discutir o nível de integração normativa (seja ela tributária ou não) dos Estados-partes do MERCOSUL significa evidenciar qual o grau de comprometimento que cada um desses atores do processo integracionista almeja levar adiante. Significa determinar até que ponto realmente os Estados-partes desejam integrarem-se.

Como comprovação disso, veja-se que seria despidiendo qualquer comentário mais detido, mais aprofundado, em especial, sobre a harmonização tributária, se os Estados-partes do MERCOSUL estivessem visando meramente à consecução de uma Zona de Livre Comércio, ao revés do Mercado Comum que se vem tentando alcançar⁵².

52 Em corroboração ao aludido, Umberto Forte destaca: "A idéia que inspirou a realização de um mercado comum trouxe consigo a exigência de tornar, o máximo possível, idênticas as regulamentações em matéria fiscal, objetivando evitar distorções que facilmente ocorreriam em casos de diferenças acentuadas. Por 'harmonização' entende-se a abolição das mais graves incompatibilidades entre diferentes legislações [...]". (FORTE, *op. cit.*, p. 53-54).

4 DA NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS IMPOSTOS INCIDENTES SOBRE O CONSUMO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS NOS ESTADOS-PARTES DO MERCOSUL: UMA ANÁLISE DO IMPOSTO SOBRE O VALOR AGREGADO OU ACRESCIDO (IVA)

A consecução dos principais objetivos mercosulinos passa necessariamente por uma minuciosa harmonização do sistema tributário dos Estados-partes. É inconcebível qualquer passo adiante no processo de integração sem se ter galgado este caminho, visto que “a integração de mercados leva a uma harmonização de tributos”⁵³.

Afinal, a integração econômica exige de seus atores um árduo exercício de ajuste de suas legislações internas, mormente aquelas que têm um impacto direto no campo tributário, visto que mercados e tributos caminham lado a lado, sofrendo aqueles primeiros grande influência destes últimos no que tange à sua expansão e retração. Quanto mais propício for o ambiente tributário, mais solidamente se desenvolverão os setores de produção e circulação de bens e serviços, vitais à higidez econômica de qualquer país.

Daí o lapidar ensinamento de Antônio Carlos Rodrigues do Amaral ao destacar que:

[...] sem uma consistente harmonização, segundo alguns padrões mínimos, especialmente na ótica da tributação do consumo, nas legislações dos Países-Membros de um acordo regional para o livre-comércio, como o Mercosul, avançar em direção à integração de mercados não se mostra de todo factível, podendo mesmo ser inviável⁵⁴.

O Direito Tributário, assim, é matéria prioritária e essencial à harmonização dentro do processo integracionista pelo simples fato de que *exerce considerável influência sobre a dinâmica econômica*⁵⁵, haja vista tenha grande afetação sobre os fatores e custos de produção⁵⁶.

53 DERZI, Misabel Abreu Machado. A necessidade da instituição do IVA no sistema constitucional tributário brasileiro. In: BALTHAZAR, Ubaldo César (org.). *Reforma tributária e MERCOSUL – a instituição do IVA no Direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 28.

54 AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. Visão global da fiscalidade no MERCOSUL: tributação do consumo e da renda. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Direito Tributário no MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 25.

55 SANTIAGO, Igor Muller. *A harmonização das legislações tributárias no MERCOSUL*. In: Revista do CAAP, ano II, n. 2, Belo Horizonte: Centro Acadêmico Afonso Pena, Faculdade de Direito da UFMG, p. 137.

56 “Fator de produção: são bens ou serviços que, através do processo produtivo são transformados em outros bens e serviços” (PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, (org.). *op. cit.*, p. 631).

Em razão disso, grandes distorções entre os Estados-partes quanto ao seu enfrentamento podem gerar inúmeras desigualdades econômicas entre eles, em especial, quanto à alocação geográfica de recursos e a capacidade competitiva⁵⁷.

E o que isso significa? Significa que a harmonização tributária, mais especificamente a dos impostos incidentes sobre consumo de mercadorias e serviços, vem a impedir que haja tratamento desigual entre os Estados-partes no que tange à captação de recursos e investimentos, bem como desenvolvimento de atividades econômicas em detrimento uns dos outros⁵⁸. Afinal, de nada valeria integrarem-se se, ao contrário da união de esforços para melhor inserção no cenário internacional globalizado, começassem a travar guerras tarifárias e não tarifárias entre si.

É nesse ponto, precisamente, que se dá a confluência do tema que ora se propõe desenvolver: a harmonização dos impostos incidentes sobre o consumo de mercadorias e serviços no MERCOSUL, pois são esses os impostos que necessitam ser prioritariamente harmonizados⁵⁹ a fim de se galgar firmes e longos passos rumo à almejada integração regional efetiva, sob pena de eventuais assimetrias (normas, alíquotas,

57 Claudino Pita assevera que o Direito Tributário é quem pode “afetar a maior eficiência decorrente do mercado ampliado principalmente em dois sentidos, ambos referentes à competitividade entre os países-membros: condições de concorrência e alocação geográfica dos investimentos (PITA, . *op. cit.*, p. 122).

58 Henry Tilbery destaca que “se aceitarmos como ponto de partida a regra básica de que o sistema da integração econômica deve assegurar aos países membros a plena liberdade de competição, sem distorções criadas pela diversidade nos sistemas tributários pré-existentes, nos países membros, então devem ser abolidas, nas legislações tributárias deles, quaisquer dispositivos que constituam uma discriminação geográfica, intencional ou não, contra outros membros. Porém é aconselhável que a harmonização não estabeleça metas exageradas e se mantenha, pelo menos na primeira etapa, dentro dos limites ‘mínimos’ de modificações indispensáveis para o andamento da integração” (TILBERY, Henry. *Tributação e integração da América Latina*. São Paulo: José Bushatshky, 1971. p. 15).

59 Como comprovação da importância da harmonização dos impostos incidentes sobre o consumo de mercadorias e serviços, observe-se a movimentação comercial encontrada no MERCOSUL em um de seus grandes momentos econômicos: “Em 1999, os cinco países mais o Brasil importaram US\$ 97,39 bilhões, o que correspondeu a 1,64 % do total mundial. Em relação às exportações, o montante ascendeu a US\$ 98,02 bilhões, portanto, 1,73 %. Do primeiro valor, o Brasil participou com US\$ 49,2 bilhões, isto é, 50,53 %; do segundo, com US\$ 48,01 bilhões, ou seja, 48,98 %. Tais valores e participações antecipam as conclusões que se podem tirar da Tabela n. 1: o Brasil surge como supridor importante, que, no caso da Bolívia, chegou a 24,83%. Com a Argentina foi 22,63 %; com o Uruguai, 21,18 %; com a Paraguai, 16,25 %; e com o Chile, 6 %. A dependência em relação ao mercado consumidor brasileiro é maior em relação à Argentina (25,37%), e Uruguai (31,08%). Com a Bolívia e Chile, sua participação é pouco expressiva: 2,47% e 3,13%, respectivamente” (Cf. BRASIL. Superintendência da Zona Franca de Manaus. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://www.suframa.gov.br>>. Acesso em 26/04/2003).

base imponible, dentre outras)⁶⁰ existentes entre os Estados-partes nessa seara atravancarem todo o processo.

A busca, portanto, do Mercado Comum, como pelo próprio nome se percebe, necessita, principalmente, de um comum trato nos aspectos econômicos entre os Estados-partes e isso passa, necessariamente, pela harmonização desses tributos, vale dizer, pela redução ou eliminação das assimetrias mais graves que porventura haja entre eles nessa esfera.

Logo, se ultimada a referida harmonização, ela permitirá ou facilitará não só a livre circulação dos produtos e serviços intrabloco, formando o substrato necessário à consecução das demais liberdades econômicas fundamentais, como também contribuirá para uma futura definição e adoção do sistema de imposição mais conveniente aos objetivos dos Estados-partes do MERCOSUL, isto é, na origem ou no destino.

Por sistema de imposição na origem entende-se a tributação “que faz o imposto ser devido no local da produção do bem, ou seja, na origem da cadeia – ou do elo – de consumo”⁶¹. Neste sistema, as exportações são tributadas e as importações exoneradas. Por sua vez, a imposição no destino implica em se dizer que “o imposto devido será o do local do consumo final da mercadoria ou do produto; portanto, na última etapa da cadeia – ou do elo – do consumo”⁶², ensejando a incidência do imposto nas importações e a não-incidência nas exportações.

Discutir, por conseguinte, se a imposição dar-se-á na origem ou no destino é esclarecer a titularidade da arrecadação do tributo, cujo fato imponible previsto em sua hipótese de incidência se consumou. É, em suma, perquirir a quem pertencerá a receita gerada pelo imposto arrecadado.

É importante destacar ainda que é corriqueiro encontrar na doutrina a informação de que somente o Mercado Comum, em seu estado ideal, permitiria a adoção do sistema de imposição na origem,

60 Henry Tilbery salienta que “em matéria de harmonização de tributos internos considera-se, geralmente, a introdução de ‘estruturas iguais dos impostos indiretos’, um objetivo prioritário, assim com referência aos impostos gerais sobre o movimento econômico, como aos impostos seletivos sobre o consumo (excises), devido ao fato de esses impostos afetarem os custos e influírem nas condições de competição, podendo dar causa a distorções dentro de uma união alfândegária ou de um mercado comum. Tal prioridade para ‘harmonização das estruturas’ dos impostos indiretos corresponde ao ‘*standards approach*’ na terminologia de Douglas Dosser, mas não se refere ao ‘*equalizations approach*’, isto é, à aproximação ou equalização das ‘alíquotas’” (TILBERY, . *op. cit.*, p. 29).

61 FERNANDES, Edison Carlos. *Sistema tributário do Mercosul: o processo de harmonização das legislações tributárias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 201.

62 *Ibid.*, p. 202.

haja vista que seria possível presumir, neste estágio, a já ocorrência da eliminação das fronteiras fiscais e da equalização das balanças comerciais entre os países envolvidos no processo de integração, bem como já seria também presumível a perfeição da convergência das alíquotas internas dos impostos incidentes sobre o consumo de mercadorias e serviços rumo a patamares similares ao dos demais atores.

Entretanto, demonstra-se muito perspicaz e fundado o posicionamento de Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, o qual aponta as considerações supra como sendo mais de cunho didático do que propriamente econômico⁶³, porquanto o preenchimento dos requisitos para a adoção do princípio da origem acima elencados permitiriam, de plano, que todos os Estados envolvidos estivessem arrecadando as mesmas receitas tributárias, independentemente do regime adotado, fosse ele o da origem, fosse ele o do destino. Nesse passo, despicienda seria a diferenciação entre esses dois institutos nesse hipotético estágio da integração.

Urge salientar ainda que, ao se mencionar a harmonização dos impostos incidentes sobre o consumo de mercadorias e serviços no MERCOSUL, refere-se em seu sentido *negativo*, ou seja, não se pretende propor “a criação de novos instrumentos de intervenção no espaço comunitário”⁶⁴, o que implicaria na “criação de normas jurídicas na área comunitária”⁶⁵, mas tão-somente, reiterando o já aludido, a redução ou eliminação das assimetrias mais graves que porventura haja entre eles nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-partes e que possam contribuir negativamente de alguma maneira para o normal funcionamento do bloco econômico em desenvolvimento.

É nesse contexto que se insere a importância do estudo do IVA (Imposto sobre o Valor Agregado ou Acrescido) no âmbito do MERCOSUL, isso porque, em que pese todos os quatro países envolvidos nesse processo de integração no Cone Sul da América Latina (Brasil, Paraguai, Uruguai e Argentina) e seus principais parceiros (Bolívia e Chile)⁶⁶ possuírem, em seus sistemas tributários internos, tributação sobre o consumo de mercadorias e serviços nos *moldes do*

63 AMARAL, op. cit., p. 29-30, nota de rodapé n. 6.

64 BALTHAZAR, Ubaldo César. Análise dos conceitos de base preliminares. A idéia de um mercado comum no cone sul. *Revista Seqüência – estudos jurídicos e políticos* n. 29, 1994, p. 122 *apud* FALCÃO, Maurin Almeida. *op. cit.*, p. 30.

65 FALCÃO, Maurin Almeida. *loc. cit.*

66 Tanto Bolívia como Chile não são considerados Estados-partes do MERCOSUL, mas tão-somente associados a esse processo de integração regional.

*IVA*⁶⁷, o Brasil, em respeito à repartição de competências e receitas tributárias preconizadas em sua Constituição Federal (federalismo fiscal), diversamente dos demais Estados-partes do MERCOSUL, adotou uma estrutura tripartite (IPI, ICMS e ISS)⁶⁸, o que vem trazendo sérias complicações à harmonização tributária.

Esse empecilho ocorre em virtude de que cada um desses impostos (IPI, ICMS e ISS) é de competência de entes políticos internos distintos, o que inviabiliza qualquer ação da União, representante no âmbito externo da República Federativa do Brasil e única capaz de celebrar tratados, no sentido de diminuir com maior profundidade e eficácia as assimetrias tributárias com os outros Estados-partes do MERCOSUL, mormente no que tange à tributação do consumo de

Com supedâneo no artigo 20 do Tratado de Assunção (26/03/1991) e no Tratado de Montevideu (12/08/1990), o MERCOSUL firmou com Chile e Bolívia, respectivamente, os Acordos de Complementação Econômica (ACE) nº 35 (25/06/1996) e 36 (17/12/1996). Tais acordos não preveem apenas fins econômico-comerciais, mas também cooperação nas sendas culturais e tecnológicas e temas de integração física. Com o encerramento dessa etapa de transição, deverá estar concluído o programa de desgravação tarifária aplicável aos produtos originários das Partes Signatárias, abarcando a maior parte do comércio bilateral existente entre eles.

Consoante se depreende do exposto, Chile e Bolívia, como Estados associados ao MERCOSUL, ao aderirem a este bloco precisarão ultrapassar as etapas pelas quais os Estados-partes já completaram. Assim, formarão com o MERCOSUL, quando completo este estágio preliminar, uma Zona de Livre Comércio, enquanto Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai estão inseridos numa etapa mais avançada do processo de integração, a União Aduaneira, embora ainda imperfeita.

Esse procedimento preparatório está pautado naquele fundamento já exposto alhures de que o processo de integração regional é todo gradual, não se podendo *queimar etapas*, sob pena de comprometimento de todo o percurso já caminhado.

67 Osíres Lopes Filho, em sentido contrário ao verificado na doutrina nacional e estrangeira, discorda da afirmação de que a tributação do consumo de mercadorias e serviços no Brasil se dá "nos moldes do IVA". Em virtude disso, importante apresentar seu entendimento: "Eu canso de ver alguns autores brasileiros dizerem que o Brasil adota a tributação sobre o valor agregado. Não adota, porque o nosso sistema é de 'imposto contra imposto', os ingleses chamam de 'tax to tax'. Como as alíquotas são diferentes, o sistema de crédito não tributa exatamente o valor agregado. Aproxima-se dos países que trabalham com o valor agregado, quer dizer, de base contra base, a base tributada e não imposto recorrente. Eles trabalham com o método de adição ou método de subtração, ambos dão o mesmo resultado, tributando sempre essa diferença que se chama valor agregado" (LOPES FILHO, Osíres. *A necessidade (ou não) de inclusão dos serviços no campo de incidência do IVA*. In: BALTHAZAR, Ubaldo César (org). *op. cit.*, p. 59).

Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, por outro lado, afirma que "todos os países da América Latina adotam, com maior ou menor extensão, impostos com estrutura similar ao IVA. É o caso, assim, de todos os membros do Mercosul (o Brasil adota a tributação do valor agregado pelo ICMS estadual e pelo IPI federal)" (AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. *op. cit.*, p. 26).

68 *IPI*: imposto sobre produtos industrializados; *ICMS*: imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação; *ISS*: imposto sobre serviços de qualquer natureza.

mercadorias e serviços. Afinal, a União não pode alterar alíquotas, base imponível, conceder isenções de tributos que não estejam em sua esfera de competências constitucionalmente estabelecida, o que implica certo retardamento de todo o processo integracionista, por tornarem muito mais complexas as transações comerciais com os demais parceiros.

Nos dizeres de Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, não “é razoável a tributação do consumo por três esferas governamentais distintas”⁶⁹.

Em vista disso, o processo de integração em desenvolvimento no MERCOSUL está dependendo e ansiosamente esperando por uma ampla e profunda reforma constitucional tributária brasileira⁷⁰, a qual diminuiria significativamente as distorções existentes entre o Brasil e os sistemas tributários dos outros países do MERCOSUL. Uma reforma que permita ao Governo brasileiro agir com maior liberdade, autonomia, segurança e confiabilidade no trato das relações intrabloco, algo que alavancaria de vez o processo de integração por deixá-lo mais tangível.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, ilai-se:

6. A globalização e a regionalização são fenômenos eminentemente político-econômicos distintos, cuja gênese remonta à segunda metade do Século XX, frutos de uma nova fase do capitalismo mundial;
7. Globalização e regionalização não serão fenômenos antagônicos desde que esta última não se configure no tipo fechado, vale dizer, desde que não seja desenvolvida em sentido contrário ao sistema multilateral do comércio, incrementando o comércio intrabloco em detrimento de outros Estados e regiões;
8. Os processos de integração regional, embora tenham premissas básicas comuns, variam muito entre si, mas

x69 AMARAL, op. cit., p. 72.

70 Ubaldo Cesar Balthazar apresenta três sentidos diferentes para o termo *Reforma Tributária*: 1) *reforma constitucional tributária ampla* (ou reforma de bases); 2) *reforma constitucional tributária restrita ou pontual*; e 3) *reforma da legislação tributária ordinária nacional*. Destaca o referido autor, ainda, que uma ampla reforma tributária repousa na ideia de uma reforma infraconstitucional, de forma a pôr fim no que, segundo cita, Alfredo Augusto Becker denominava de *cipoal tributário* (BALTHAZAR, Ubaldo César (org.). *op. cit.*, p. 05-07).

permitem ser caracterizados por meio da análise das etapas pelas quais já percorreu, está percorrendo ou almeja atingir;

9. De um modo geral, são cinco as etapas do processo de integração regional: Acordo Preferencial ou Preferência Tarifária, Zona de Livre Comércio, União Aduaneira, Mercado Comum e União Econômica e Monetária;
10. A adesão do Chile e da Bolívia como Estados associados ao MERCOSUL ensejou a existência de duas etapas do processo de integração dentro do mesmo bloco: uma Zona de Livre Comércio entre eles e o MERCOSUL, enquanto Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai estão inseridos numa etapa mais avançada (União Aduaneira). Essa verificação vem a corroborar a premissa integracionista que afirma ser o processo de índole gradual. Assim, por terem aderido posteriormente à formação originária do bloco, Chile e Bolívia devem percorrer os mesmos passos já trilhados pelos Estados-partes do MERCOSUL;
11. A União Europeia é o modelo mais avançado de integração regional, visto já ter alcançado a última etapa desse processo: a União Econômica e Monetária;
12. A manutenção das listas de exceções à TEC e a não perfeição de uma política comercial comum fazem com que o MERCOSUL mantenha-se na União Aduaneira imperfeita;
13. A conformação do Mercado Comum no MERCOSUL, com o estabelecimento das liberdades econômicas fundamentais (liberdade de circulação de mercadorias, de estabelecimento, de circulação de pessoas e capitais e a livre concorrência), pressupõe a harmonização dos impostos incidentes sobre o consumo de mercadorias e serviços na etapa da União Aduaneira;
14. São três os níveis de integração normativa dentro de um processo de integração: coordenação, harmonização e uniformização, sendo que, no momento, o MERCOSUL almeja a harmonização dos impostos incidentes sobre o consumo de mercadorias e serviços, a qual seria impulsionada com a introdução do IVA no Brasil;

15. A estrutura tripartite dos impostos incidentes sobre o consumo de mercadorias e serviços no Brasil (IPI, ICMS e ISS) representa entraves ao avanço do processo de integração, por tornar muito complexas as negociações comerciais, de políticas tributárias e fiscais comunitárias;
16. A integração de mercados pressupõe a harmonização de tributos;
17. O processo de integração é construído gradualmente, não se podendo *queimar etapas*, sob pena de atravancar todo o caminho já percorrido;
18. Distorções existentes entre os sistemas de tributação do consumo de mercadorias e serviços entre os Estados participantes de um processo de integração podem influenciar negativamente a alocação geográfica dos recursos intrabloco e acirrar competições predatórias entre eles;
19. A harmonização tributária que se busca no MERCOSUL é, primeiramente, a de natureza negativa;
20. No modelo *ideal* (frise-se!) de Mercado Comum, despidiendo falar em princípio da origem na tributação, pois nessa fase já terá havido a eliminação das fronteiras fiscais e já terá havido a equalização das balanças comerciais;
21. O MERCOSUL necessita da reforma constitucional tributária brasileira para avançar mais, pois ela permitirá a consecução das bases para a harmonização dos impostos incidentes sobre o consumo de mercadorias e serviços, algo necessário para a ultimação de todas as liberdades econômicas fundamentais que devem estar presentes na etapa do Mercado Comum.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto Rodrigues; GORINI, Ana Paula; RAMUND, Júlio Cezar. A tributação indireta dos serviços e a criação de um imposto sobre valor adicionado. In: MATTOS FILHO, Ary Oswaldo (coord.). *Reforma fiscal: coletânea de estudos técnicos*. São Paulo: DBA, 1993.

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *MERCOSUL & União Européia: estrutura jurídico institucional*. Curitiba: Juruá, 1996.

ALTAMIRANO, Alejandro C. Estructura básica del impuesto al valor agregado (IVA) en la República Argentina. *In*: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (org.). *Reforma tributária e MERCOSUL: a instituição do IVA no Direito Tributário brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. Visão global da fiscalidade no MERCOSUL: tributação do consumo e da renda. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Direito Tributário no MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARAÚJO, Érika A. *Reforma tributária. Tributação do consumo em federações: soluções alternativas - o 'IVA dual'*. BNDES – Secretaria de Assuntos Fiscais. Informe SF, n. 09, mar. de 2000.

ARZUA, Heron. O MERCOSUL e a uniformização dos impostos sobre circulação de mercadorias. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, ano 8, n. 31, mar./abr. 2000, São Paulo, RT e ABDT.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BALTHAZAR, Ubaldo César. *Notas sobre o IVA e sua instituição no sistema tributário brasileiro*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, nº 707, p. 255, set. 1994.

_____. Reforma Tributária, MERCOSUL e IVA. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*. Florianópolis, 1998, v. 1.

_____. (org.). *Reforma tributária e MERCOSUL – a instituição do IVA no Direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BARBOSA, Fernando de Holanda (coord.). *Federalismo fiscal, eficiência e equidade: uma proposta de reforma tributária*. Brasília: FGV, 1998.

BASSO, Maristela (org.). *MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BIRD, Richard M.; GENDRON, Pierre-Pascal. *VATs in Federal States: international experience and emerging possibilities*. Washington: The World Bank Group, 2001.

BLANCO, Sinduelfo. El impuesto al valor agregado en el Paraguay. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (org.). *Reforma tributária e MERCOSUL: a instituição do IVA no Direito Tributário brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BORDIN, Luís Carlos Vitali. *A reforma tributária, o ICMS e o Pacto Federativo*. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. Disponível em: <<http://www.federativo.bndes.gov.br>>. Acesso em 02/05/2003.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Informação Comercial. *Como Exportar: Estados Unidos da América*. Brasília: MRE, 2001.

_____. *MERCOSUL*. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br>>. Acesso em: 26/05/2011.

_____. *Superintendência da Zona Franca de Manaus. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior*. Disponível em: <<http://www.suframa.gov.br>>. Acesso em: 26/04/2003.

CADERNOS ADENAUER. *União Européia: transtornos e alcance da integração regional*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, ano II, n. 2, maio 2001.

CARDOSO, Frederico Padre. Tributação no MERCOSUL: aspectos relevantes. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 52, v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORREIA, Arlindo. O IVA na União Européia – as dificuldades do processo de harmonização. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (org.). *Reforma tributária e MERCOSUL: a instituição do IVA no Direito Tributário brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A aproximação das legislações: o caminho do MERCOSUL. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 20, p. 137-160, out./2001.

_____. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A necessidade da instituição do IVA no sistema constitucional tributário brasileiro. In: BALTHAZAR, Ubaldo César

- (org.). *Reforma tributária e MERCOSUL – a instituição do IVA no Direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- FALCÃO, Maurin Almeida. *Elementos de reflexão para harmonização tributária no MERCOSUL*. Monografia cedida pelo autor (não publicada), vencedora do Mercoprêmio Legislação, em 2000.
- FARIA, Werter. Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas. In: BASSO, Maristela (org.). *MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- FERNANDES, Edison Carlos. *Sistema tributário do Mercosul: o processo de harmonização das legislações tributárias*. 3 ed. São Paulo: RT, 2001.
- FERREIRA, Guimarães. *Federalismo fiscal. Resenha: Richard Bird, repensando tributação subnacional*. BNDES – Secretaria de Assuntos Fiscais. Informe SF, n. 12, março de 2000.
- FIGUEIRAS, Marcos Simão. *MERCOSUL no contexto latino-americano*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- FONTAINE, Pascal. *A construção europeia de 1945 aos nossos dias*. Trad. José Barros Moura. Lisboa: Gradiva, 1998.
- FORTE, Humberto. *União Europeia – Comunidade Econômica Europeia (Direito das Comunidades Europeias e harmonização fiscal)*. Trad. Ana Tereza Marino Falcão. São Paulo: Malheiros, 1994.
- GONZÁLEZ, Luis Manuel Alonso; RAMÓN, Juan Francisco Corona; TABUEÑA, Francisco Valera. *La armonización fiscal en la Unión Europea*. Barcelona: CEDECS, 1997.
- GOYOS JÚNIOR, Durval Noronha. *GATT, MERCOSUL & NAFTA*. 2 ed. São Paulo: Observador Legal, 1996.
- GRECO, Marco Aurélio. *Reforma Tributária*. Palestra proferida no VI Simpósio do Instituto de Estudos Tributários. Porto Alegre, 16 e 17.11.1998, publicado na Revista de Estudos Tributários, n. 4, Porto Alegre: Síntese, 1998.

- JAEGER JÚNIOR, Augusto. *MERCOSUL e a livre circulação de pessoas*. São Paulo: LTr, 2000.
- KOBE, Ana Carolina de Almeida; VIEIRA, Luciano Pereira. *A supranacionalidade e a harmonização legislativa dos Estados-partes do MERCOSUL*. In: IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur – los procesos de integración en el nuevo milenio. La Paz: UCB, 2000.
- LAFER, Celso. Globalização e regionalização. *Carta internacional*, São Paulo, ano VI, n. 67, 1998.
- LANGEMANN, Eugenio. Há necessidade de um imposto único para o MERCOSUL? In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (org.). *Reforma tributária & MERCOSUL*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- LOPES, Aparecido Domingos Errerias. *O federalismo fiscal no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas - especialista em Direito). Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1979.
- LOPES FILHO, Osíres. A necessidade (ou não) de inclusão dos serviços no campo de incidência do IVA. In: BALTHAZAR, Ubaldo César (org.). *Reforma tributária e MERCOSUL – a instituição do IVA no Direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Direito Tributário no MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MATTOS FILHO, Ary Oswaldo (coord.). *Reforma fiscal: coletânea de estudos técnicos*. São Paulo: DBA, 1993.
- MEIRELLES, José Ricardo. *Impostos indiretos no MERCOSUL e integração*. São Paulo: LTr, 2000.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Tendências do federalismo no Brasil*. Florianópolis: Lunardelli, 1975.
- MORSCH, Natália de Azevedo. *O imposto sobre o valor agregado e os processos de integração regional*. Monografia (Pós-graduação *Lato Sensu* – Curso de

especialização *O Novo Direito Internacional*) - Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

NAKAYAMA, Juliana Kiyosen; VIEIRA, Luciano Pereira. *O federalismo fiscal brasileiro e a harmonização tributária do Mercosul*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2585>>. Acesso em: 26 maio 2011.

NODARI, Sebastián Arcia. Precios de transferencia en el Uruguay. *In*: CAMPOS, Dejalma de (coord.). *O sistema tributário e o MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1998.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. *MERCOSUL: o novo quadro jurídico das relações comerciais na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1997.

PIMENTEL, Luiz Otávio. Cenário internacional, direito e sociedade no processo de mundialização. *In*: _____. (Org.). *MERCOSUL no cenário internacional: direito e sociedade*, v. 2, p. 365-380, Curitiba: Juruá, 1998.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de (org.). *Manual de economia*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PITA, Claudino. Uma abordagem conceitual da harmonização tributária no MERCOSUL. *In*: SALAZAR, Antônio; PEREIRA, Lia Valls (orgs.). *MERCOSUL: perspectivas da integração*. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

PORTUGAL. Ministério da Economia. ICEP Portugal – Investimento, Comércio e Turismo. *Ficha de mercado - Estados Unidos da América*. Lisboa: ICEP Portugal, 2002.

REGO, Tháís Eleonora Guerra. Globalização ‘versus’ regionalismo. *Boletim de Diplomacia Econômica*, Brasília, n. 18, 1994.

REIS, Élcio Fonseca. *Federalismo fiscal: competência concorrente e normas gerais de direito tributário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

REZENDE, Fernando. A moderna tributação do consumo. *In*: MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Reforma fiscal: coletânea de estudos técnicos*. São Paulo: DBA, 1993.

RIBEIRO, Maria de Fátima. O EURO e as perspectivas de implantação de uma moeda única no MERCOSUL. In: SCIENTIA IURIS: *Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina*. Londrina: UEL, 1998-1999, p. 64-89, v. 2/3.

_____. O preço de transferência (transfer-pricing): da coordenação à harmonização tributária no MERCOSUL. In: *IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur – los procesos de integración en el nuevo milenio*. La Paz: UCB, 2000.

SALAZAR, Antônio; PEREIRA, Lia Valls (orgs.). *MERCOSUL: perspectivas da integração*. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

SANTIAGO, Igor Mauller. A harmonização das legislações tributárias no MERCOSUL. In: *Revista do CAAP*, ano II, n. 2, Belo Horizonte: Centro Acadêmico Afonso Pena, Faculdade de Direito da UFMG, p. 137.

SAYAD, João; SILBER, Simão Davi. Comércio internacional. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de (org.). *Manual de economia*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional público*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito comunitário e da integração*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Métodos de harmonização legislativa na União Européia e no MERCOSUL: uma análise comparativa. In: BASSO, Maristela (org.). *MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SMITH, Adam. *A riqueza das Nações*. Curitiba: Juruá, 2009.

SZAJMAN, Abram; MARTINS, Ives Gandra da Silva. A reforma tributária possível. *Folha de São Paulo*, 10/jul./2000.

TILBERY, Henry. *Tributação e integração da América Latina*. São Paulo: José Bushatshky, 1971.

TOYODA, Verônica; BORGIO, Maria Célia Pinto e. Integração hemisférica: panorama comparativo entre o MERCOSUL e o NAFTA. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Direito da integração e relações internacionais: ALCA, MERCOSUL e UE*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

VALDES, Nelly. El impuesto al valor agregado en el Uruguay. In: BALHAZAR, Ubaldo Cesar (org.). *Reforma tributária e MERCOSUL: a instituição do IVA no Direito Tributário brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VICENTINO, Cláudio. *História geral*. 8 ed. São Paulo: Scipione, 1997.

VIEIRA, Luciano Pereira. A harmonização dos impostos indiretos no MERCOSUL – a questão do IVA. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Direito de integração e relações internacionais: ALCA, MERCOSUL e UE*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

_____. O processo de implantação do IVA no Brasil e as repercussões no MERCOSUL. In: SILVA, Osmar Vieira da (org.). *X Encontro de Estudantes de Direito do MERCOSUL: os novos desafios e paradigmas do Direito, Comércio e Relações Internacionais no século XXI*. Londrina: UNIFIL, 2002.

MANEJO FLORESTAL SUSTENTÁVEL – UMA PERSPECTIVA JURÍDICA

SUSTAINABLE FOREST MANAGEMENT IN A LEGAL PERSPECTIVE

Marcos Weiss Bliacheris

Advogado da União com Especialização em Direito do Estado pela UFRGS.

*Gerente-executivo de concessões florestais do
Serviço Florestal Brasileiro entre 2007 e 2009.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve histórico da regulamentação do manejo florestal; 2 Conceito do manejo florestal; 3 Manejo florestal – Produtos não madeireiros e serviços; 4 A prática do manejo florestal; 5 Manejo florestal e prática convencional; 6 Plano de Manejo Florestal Sustentável; 7 Manejo florestal e certificação florestal; 8 Manejo florestal e desmatamento; 9 Manejo florestal e reflorestamento; 10 Manejo florestal e reserva legal; 11 Manejo florestal comunitário; 12 Manejo florestal em Unidades de Conservação; 13 Manejo florestal e concessão florestal; 14 Manejo florestal e licitações; 15 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata o manejo florestal sustentável sob uma perspectiva jurídica, ressaltando a sua regulamentação e o conceituando à luz da prática e das normas que regem a matéria. Relaciona o manejo florestal com outras questões, como o reflorestamento, o desmatamento e a certificação florestal. Analisa a relação do manejo florestal com outros institutos jurídicos como a reserva legal, unidades de conservação, licitações públicas e concessões florestais.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento Sustentável. Manejo Florestal Sustentável. Concessão Florestal. Manejo Florestal Comunitário.

ABSTRACT: This article deals with sustainable forest management in a legal perspective, emphasizing its rules, field work aspects and technical standards governing the matter. It also relates forest management to other issues, such as reforestation, deforestation and forest certification. The relationship of forest management with other legal matters, such as the legal protected areas, public procurement and forest concessions are considered.

KEYWORDS: Sustainable Development. Sustainable Forest Management. Forest Concession. Community Forest Management.

INTRODUÇÃO

A questão ambiental e climática se impõe como um dos grandes debates do século XXI. O Brasil está no centro de debate, por ser terra de muitos recursos naturais e o país onde se concentra a maior porção da Amazônia. Uma das perguntas fundamentais é como conciliar o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental, de forma a se atingir o desenvolvimento sustentável, fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia¹.

Nas mais diferentes propostas encontra-se o manejo florestal, também denominado de manejo florestal sustentável, como alternativa à exploração predatória dos recursos florestais.

Como atividade econômica com reflexos ambientais, o manejo florestal é objeto de atenção do Direito, com regulamentação legal e infralegal. Sua prática abrange as áreas de florestas privadas e florestas públicas.

A legislação brasileira utiliza bastante a expressão “manejo” ao referir-se ao aproveitamento de recursos naturais pelo homem em bases sustentáveis². O objetivo do presente estudo é a caracterização jurídica do manejo florestal sustentável sob diversos prismas.

1 BREVE HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO DO MANEJO FLORESTAL

O manejo tem sede constitucional, no art. 225, § 1º, I, ao estabelecer que, para efetivar o direito a um meio ambiente sadio, “incumbe ao Poder Público [...] prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”.

O manejo florestal já aparecia na redação original do Código Florestal, a Lei nº 4.771/1965³, notadamente em seu artigo 15, como uma condição para a exploração florestal na bacia amazônica. Seu papel foi sendo ampliado pelas alterações introduzidas pelas Leis nº 7.511/1986 e 7.803/1989. Porém, a regulamentação do manejo florestal somente se deu com a edição do Decreto nº 1.282/1994, posteriormente revogado pelo Decreto nº 5.975, de 30 de novembro de 2006, que regulamentou diversos dispositivos desse Código. Destaque-se também a Medida Provisória nº 2.166-67/2001, que tratou de série de dispositivos do

1 ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-05, DJ de 3-2-06.

2 Arts. 2º, II e VII, 19, Lei 9.985/2000.

3 Art. 15, Lei nº 4771/1965, entre outros.

Código Florestal, inclusive daqueles que diziam respeito ao manejo em pequenas propriedades, terras indígenas e reservas legais.

Por fim, a Lei nº 11.284/2006, que o consagra como forma de produção nas florestas públicas e privadas.

Note-se que a ideia do manejo permeia de forma tão absoluta a Lei de Gestão de Florestas Públicas que os próprios conceitos de produtos⁴ e serviços⁵ florestais os consideram como decorrentes do manejo florestal e o fomento ao manejo florestal é consagrado entre os princípios da gestão das florestas públicas.⁶ Há uma clara mensagem do legislador: não existe outra possibilidade de produção em floresta pública senão de forma sustentável e o instrumento válido para atingi-la é o manejo florestal.

2 CONCEITO DO MANEJO FLORESTAL

Do ponto de vista técnico, de forma sintética, o manejo florestal é definido como “um conjunto de técnicas empregadas para produzir um bem (madeira, frutos e outros) ou serviço (como a água, por exemplo) a partir de uma floresta, com o mínimo de impacto ambiental possível, garantindo a sua manutenção e conservação a longo prazo. Desse modo, com o manejo florestal é possível manter as florestas de pé, gerando benefícios contínuos para o meio ambiente e para a sociedade. Algumas vezes ele também é chamado de manejo florestal sustentável”.⁷

O Decreto nº 1.282/1994 entendia o manejo florestal sustentável como “a administração da floresta para a obtenção de benefícios econômicos e sociais, respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo”.

Esse conceito foi ampliado pelo art. 3º, VI, da Lei nº 11.284/2006 que define o manejo florestal sustentável como “administração da floresta para a obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais, respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo e considerando-se, cumulativa ou alternativamente, a utilização

4 Art. 3º, III. Produtos madeireiros e não madeireiros *gerados pelo manejo florestal sustentável* (grifo nosso).

5 Art. 3º, IV: Turismo e outras ações ou benefícios *decorrentes do manejo e conservação da floresta*, não caracterizados como produtos florestais (grifo nosso).

6 Art. 2º, VII.

7 FREITAS, André Giacini de. *Almanaque Brasil Socioambiental*, Instituto Socioambiental, 2007. p. 285, verbete “Manejo”

de múltiplas espécies madeireiras, de múltiplos produtos e subprodutos não madeireiros, bem como a utilização de outros bens e serviços de natureza florestal”.

Ao fragmentarmos esse conceito amplo e complexo, podemos ter uma visão do todo:

- a) administração da floresta - a administração prevê por si só a intervenção humana. Evidentemente, a administração é o meio para a consecução de um objetivo disposto pela norma legal;
- b) para a obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais – sobre este tripé se assenta e legitima o manejo florestal. Define-se o bom manejo como sendo aquele que é ecologicamente adequado, socialmente justo e economicamente viável⁸;
- c) respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo – mais uma vez, observa-se a preocupação da norma com a sustentabilidade ambiental e, em última análise, com a preservação do ecossistema, sem prejuízo do uso de seus recursos econômicos;
- d) considerando-se, cumulativa ou alternativamente, a utilização de múltiplas espécies madeireiras, de múltiplos produtos e subprodutos não madeireiros, bem como a utilização de outros bens e serviços de natureza florestal – este ponto mostra a amplitude da aplicação efetiva do manejo na floresta, quando poderá ser explorada toda uma gama de recursos florestais, de forma cumulativa, quando se dará o denominado uso múltiplo dos recursos florestais ou alternativa, quando se privilegiará a exploração de um dos recursos, vedando-se a exploração dos demais. A exploração de cada um desses recursos no manejo florestal não impele ou impede que sejam explorados os demais, sendo ambas alternativas legalmente válidas. Cabe apontar que o dispositivo legal em exame traz também uma classificação sumária desses recursos: a) produtos, bens e serviços; b) produtos madeireiros e não madeireiros.

8 RODRIGUEZ, Luiz Carlos Estraviz. Monitoramento de florestas plantadas no Brasil: indicadores sociais e econômicos SÉRIE TÉCNICA IPEF, v. 12, n. 31, p. 23-32, abr., 1998. Departamento de Ciências Florestais ESALQ/USP

3 MANEJO FLORESTAL – PRODUTOS NÃO MADEIREIROS E SERVIÇOS

Quando se trata de manejo florestal sustentável a associação principal sempre é com a produção de madeira. Mas, como cidadãos de um país com riquíssima biodiversidade, sabemos que a floresta não se restringe à madeira e a economia florestal não pode prescindir dos demais produtos que a floresta pode fornecer.

Lembre-se que o mais significativo ciclo econômico da Amazônia é marcado pela exploração de um produto florestal não madeireiro: a borracha, látex extraído da seringueira. Hoje, os produtos florestais estão cada vez mais presentes no nosso cotidiano, seja pela utilização de essências e óleos extraídos da flora amazônica para a produção de cosméticos, tais como pau-rosa, copaíba e andiroba, bem como pelos hoje já prosaicos açaí e castanha-do-pará. Isso sem contar o rico artesanato oriundo da região amazônica, em especial as biojoias, cuja beleza vem da utilização das mais distintas sementes, de distintas formas e cores⁹.

A regulamentação do manejo florestal de produtos não madeireiros é incipiente e de procedimento bastante simplificado em relação ao manejo de madeira¹⁰.

A Lei nº 11.284/2006 define os serviços florestais como turismo e outras ações ou benefícios decorrentes do manejo e da conservação da floresta não caracterizados como produtos florestais¹¹.

De certa forma, essa definição ampla e imprecisa demonstra o quanto necessitamos evoluir neste particular, de forma a descobrir e valorizar a exploração de serviços na floresta.

4 A PRÁTICA DO MANEJO FLORESTAL

De modo extremamente sintético, podemos afirmar que o “sistema de manejo florestal [...] consiste basicamente em corte seletivo baseado no inventário das árvores comerciais; planejamento de estradas, pátios e ramais de arraste; corte prévio de cipós; derrubada direcionada das

9 O edital de licitação da concessão florestal da Flona Saracá-Taquera define os produtos florestais não madeireiros como: produtos florestais não lenhosos, incluindo folhas, raízes, cascas, frutos, sementes, exsudados, gomas, óleos, látex e resinas. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sfb/_arquivos/edital_de_concesso_florestal_flona_sarac_taquera_95.pdf>. Acesso em: 03 out. 2010.

10 Art. 8º, Decreto nº 5.975/2006 e art. 29, Instrução Normativa nº 5 de 11 de dezembro de 2006.

11 Art. 3º, § 4º, Lei nº 11.284/2006.

árvores; e arraste planejado. Além disso, o plano de manejo deve conter técnicas para estimular a regeneração e o crescimento das árvores, bem como um cronograma de exploração anual¹².”

Pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que, entre as ideias centrais do manejo florestal sustentável, está a redução dos impactos ambientais, obtida pelo uso do planejamento que permita formular de antemão qual a forma de operação no campo e pela baixa intensidade na exploração, limitando-se o número de árvores exploradas por hectare. Alia-se a isso a preocupação com a segurança do trabalhador.

O Acórdão 841/2008 Plenário¹³, do Tribunal de Contas da União, assim caracteriza a prática do manejo florestal sustentável:

Didaticamente, pode-se subdividir o plano de manejo em quatro etapas:

i) Levantamento de informações de campo. Essa etapa preliminar é realizada um a dois anos antes da exploração propriamente dita com vistas a estimar o volume de madeira e as espécies comerciais existentes. É no censo que se identificam as árvores matrizes que não serão derrubadas, por serem exemplares importantes para fornecimento de sementes, e árvores com potencial para cortes futuros. Mede-se a circunferência ou o diâmetro das árvores para estimar o volume de madeira e auxiliar na seleção dos exemplares a serem derrubados. A medição é feita a uma altura de 1,30m do solo ou em torno da altura do peito do medidor (diâmetro na altura do peito - DAP). Normalmente árvores com DAP acima de 45 cm¹⁴ estão em condições de serem exploradas, reservando-se as de DAP entre 30 cm e 45 cm para cortes futuros. A cada árvore associa-se um número e uma informação sobre o ano do corte que são registrados numa placa metálica afixada ao tronco do exemplar. Dependendo da qualidade do tronco, ou qualidade do fuste - se reto, oco, etc. - o exemplar será destinado ao corte ou preservado como produtor de sementes, fonte de alimentos e abrigo para animais. Árvores cujos troncos possuem qualidade inferior (ocos, com cupinzeiros, tortos, etc.) têm aproveitamento volumétrico que não ultrapassa 30% do total e por isso mesmo, diferentemente do que ocorre muitas vezes na exploração predatória quando são derrubados

12 ARIMA, Eugênio e VERÍSSIMO, Adalberto. Ameaças e Oportunidades. *Cadernos Adenauer*, ano II, nº 4, p. 86, 2001.

13 Relator Min. Augusto Nardes, Processo TC nº 004.088/2004-0, DOU de 14.05.08

14 Nos termos da Instrução Normativa nº 5 de 11 de dezembro de 2006, o diâmetro mínimo de corte é de 50 cm salvo em espécies que possuem estudos específicos.

e descartados, são mantidos intactos como porta-sementes. Nessa fase, demarcam-se os talhões ou glebas, abrem-se trilhas, identificam-se, localizam-se e avaliam-se as árvores de valor comercial. É por meio do levantamento de campo que se estima o ciclo de corte da floresta.¹⁵

ii) Zoneamento da propriedade. Áreas de preservação permanente, como margens de rios, devem ser identificadas e não poderão sofrer intervenção comercial. As áreas onde a exploração madeireira causaria impactos ambientais, aumentaria os riscos de acidentes ou significaria custos proibitivos, são classificadas como inacessíveis à exploração, ainda que para elas não existam restrições legais. Por exemplo, regiões com inclinação acentuada normalmente são classificadas como inacessíveis, uma vez que o custo de arraste e os impactos ambientais seriam altos. É recomendável preservar três a cinco exemplares de cada espécie como matrizes por hectare, preferencialmente aqueles com copas saudáveis que tendem a ser melhores produtores de sementes.

iii) Planejamento das estradas. O transporte de madeiras dentro da área a ser explorada é realizado por uma rede de estradas principais e estradas secundárias que dão acesso às regiões de corte. Todo o traçado deve ser cuidadosamente planejado com vistas a otimizar distâncias, reduzir a quantidade de estradas secundárias e causar o mínimo de desmate na floresta. Tal preocupação inexistente na exploração predatória, vez que a única preocupação é fazer chegar o trator de arraste às áreas onde se encontram os espécimes a serem derrubados.

iv) Ordenamento da exploração. Nesta etapa a floresta a ser explorada é dividida em talhões adequados às demandas e características da área. Idealmente, o número de talhões é igual ao ciclo de corte para permitir crescimento e regeneração adequada das áreas exploradas. A ordem de exploração deve garantir que os talhões vizinhos sejam explorados alternadamente no decorrer do tempo, pois ao deixar-se um talhão intacto contíguo a um explorado, reduz-se o impacto da exploração sobre a fauna.

Do conjunto de definições e conceitos transcritos, observa-se que o manejo florestal sustentável caracteriza-se pelo planejamento

15 O ciclo de corte da floresta é avaliado por todo período de produção. Neste sentido: "Inventário amostral permanente. É um levantamento periódico (em geral, a cada 3 a 5 anos) de uma parte da floresta (parcelas permanentes). O objetivo é monitorar o desenvolvimento da floresta quanto ao crescimento, mortalidade e regeneração, bem como os danos ecológicos da exploração. Através deste levantamento estima-se o ciclo da floresta." In *Floresta para sempre – um manual para a produção de madeira na Amazônia*. AMARAL, Paulo; VERÍSSIMO, Adalberto; BARRETO, Paulo; Vidal, Edson. Belém, WWF, IMAZON, USAID, p. 3.

exaustivo da exploração florestal a fim de minimizar os impactos ambientais. Os cuidados iniciam pela escolha das árvores, de forma a preservar porta-sementes, indivíduos (árvores) jovens ou espécies que possuam relevante interesse ambiental. No corte, são utilizadas técnicas direcionais de modo a diminuir os impactos da queda da árvore e os riscos de segurança. Por fim, o planejamento prévio das árvores que serão cortadas permite que seja reduzido o impacto produzido pela construção das vias por onde serão retiradas as árvores¹⁶, que representam o maior impacto ambiental da exploração madeireira.

Assim, “o bom manejo inclui *uma exploração cuidadosa* (visando reduzir o impacto ambiental), *a aplicação de tratamentos silviculturais à floresta* para regenerar e fazer crescer outra colheita, e o *monitoramento*, para ajudar o manejador na tomada de decisões técnicas e administrativas¹⁷.”

5 MANEJO FLORESTAL E PRÁTICA CONVENCIONAL

O manejo florestal sustentável difere da atividade econômica convencional, sobretudo daquela feita de modo ilegal.

Como bem anotaram Eugênio Arima e Adalberto Veríssimo, com extensa bibliografia sobre a questão:

O padrão atual da extração madeireira caracteriza-se por um processo de ‘mineração’, onde o recurso florestal é tratado como recurso não-renovável. Os madeireiros penetram sucessivamente na floresta para retirar árvores de valor comercial. Esse tipo de exploração ocasiona a exaustão do recurso madeireiro, além de provocar danos severos à vegetação, dificultar a regeneração natural e tornar a floresta extremamente suscetível ao fogo [...].

A maior parte da produção madeireira atual ainda é feita de forma predatória.¹⁸

16 Podem ser divididas genericamente em estradas principais, secundárias e de acesso de acordo com seu tamanho e função.

17 SILVA, José Natalino Macedo. Manejo florestal. Embrapa Informação Tecnológica, Brasília – DF, 2001, p. 15.

18 ARIMA, Eugênio e VERÍSSIMO, Adalberto. Ameaças e Oportunidades. *Cadernos Adenauer*, ano II, nº 4, p. 86, 2001.

Como dito em já citado julgado do Tribunal de Contas da União: “A adoção do manejo sustentável é atualmente a alternativa existente mais adequada para esse tipo de dinâmica predatória”.¹⁹

Como forma de diferenciar o manejo florestal sustentável das demais formas de exploração madeireira, recorre-se ao didático quadro a seguir, ordenado de forma crescente de acordo com o “aumento na qualidade do manejo (aumento do planejamento da exploração e diminuição de danos e desperdícios)”²⁰:

Exploração Convencional: exploração sem planejamento das atividades, provocando grandes danos à estrutura florestal e perda da biodiversidade. As florestas são submetidas a contínuos ciclos de exploração e, sem ter tempo suficiente para se recuperar, são depois convertidas para atividades agropecuárias. Devido à falta de profissionais treinados, informação e equipamento apropriado, é o tipo predominante de exploração de madeira na Amazônia.

Exploração Planejada ou EIR (Exploração de Impacto Reduzido): executada com planejamento eficiente da exploração, incluindo as práticas de bom manejo, tais como inventário 100% (censo de todas as árvores a serem exploradas), planejamento da infra-estrutura (construção das estradas, ramais, pontes, bueiros, acampamentos, etc.) e de trilhas de arraste. As atividades executadas durante a colheita florestal visam a diminuir os danos à vegetação remanescente, usando máquinas e equipamentos apropriados, além de funcionários treinados para o corte, arraste e monitoramento da exploração. A floresta é considerada com um investimento e terá boas chances de se recuperar até a próxima colheita.

Manejo Florestal: além das EIR, atividades adicionais pós-colheita são implementadas para estimular o crescimento da floresta até a próxima colheita (em 25-30 anos), como tratamento silviculturais (favorecimento de algumas espécies, enriquecimento florestal, etc.), além de providências para a proteção da área de manejo.

Manejo Certificado: inclui o cumprimento de todas as normas legais ligadas ao bom manejo florestal, adicionando outras preocupações de caráter social - como cumprir normas trabalhistas, respeitar comunidades locais e populações indígenas na área de manejo - e ecológico (proteção de espécies raras, proteção da área manejada contra caça, entre outras).

19 Acórdão 841/2008 - Plenário

20 BAITZ, Wandreia; PEREIRA, Denys; LENTINI, Marco. O Setor Madeireiro da Amazônia Brasileira. In *O Manejo da Paisagem e a Paisagem do Manejo*. Instituto Internacional de Educação no Brasil, 2008, p. 90.

6 PLANO DE MANEJO FLORESTAL SUSTENTÁVEL

O Plano de Manejo Florestal Sustentável (PMFS) é o documento básico que expõe a maneira como será realizado o manejo florestal em determinada área, sendo considerado “o documento técnico básico que contém as diretrizes e procedimentos para a administração da floresta, visando a obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais, observada a definição de manejo florestal sustentável.”²¹ Sua aprovação equivale ao licenciamento ambiental para a prática do manejo florestal sustentável²² de forma equivalente à licença de operação²³, sendo dispensada a exigência de licença de instalação.²⁴

No PMFS é prevista a forma como se dará a exploração de toda área, denominada tecnicamente de Unidade de Manejo Florestal. Esta é dividida em Unidades de Produção Anual, também denominadas vulgarmente de talhões. A exploração de cada uma dessas áreas está sujeita à apresentação de um plano operacional anual antes de sua exploração²⁵ e um relatório ao final desse período²⁶.

7 MANEJO FLORESTAL E CERTIFICAÇÃO FLORESTAL

Caracteriza-se como reserva legal a área onde é proibida a supressão de floresta e outras formas de vegetação. A reserva legal na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal é de 80%²⁷. Confusão conceitual recorrente se dá entre a prática do manejo florestal sustentável e a certificação florestal. Embora, sem dúvida, seja um mecanismo útil de valorização das boas práticas ambientais, como se viu anteriormente, nem toda operação de manejo florestal sustentável é certificada e as boas práticas podem ser atingidas mesmo sem a certificação.

A certificação florestal é um processo voluntário pelo qual uma entidade independente, denominada certificadora²⁸, reconhece que a

21 Art. 2º, parágrafo único, Decreto nº 5.975/ 2006.

22 Art. 4º, Decreto nº 5.975/ 2006.

23 Art. 18, § 5º, Lei nº 11.284/2006.

24 Art. 18, § 6º, Lei nº 11.284/2006.

25 Art. 5º, Decreto nº 5.975/ 2006.

26 Art. 6º, Decreto nº 5.975/ 2006.

27 Art. 16, I, Lei nº 4771/1965

28 No Brasil há dois sistemas: FSC (Forest Stewardship Council), instituição não governamental que acredita certificadoras em todo o mundo, e CERFLOR (Programa Brasileiro de Certificação Florestal) desenvolvido dentro da estrutura do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade

produção se deu de acordo com boas práticas florestais, atestando sua origem e o atendimento de suas normas e princípios²⁹.

Sob o aspecto legal, em se considerando sua natureza essencialmente voluntária, bem como a exigência de implementação de medidas mais amplas que aquelas previstas em Lei, temos que o Poder Público não pode obrigar ou tornar compulsória a certificação florestal em virtude do que preceitua o art. 5º, II, da Constituição.

8 MANEJO FLORESTAL E DESMATAMENTO

Se o manejo florestal sustentável difere da prática convencional, as diferenças se acentuam quando comparado à atividade econômica madeireira ilegal. O manejo florestal é antagônico ao desmatamento, já que um busca a conservação da floresta em pé enquanto outro a destrói, em um ciclo no qual são retiradas as árvores para utilizar sua madeira e dar nova função econômica à área.

Entre as diferenças mais contrastantes, ocorre a prática do corte raso, quando não há qualquer planejamento para diminuir os impactos ambientais, levando ao desaparecimento da floresta, em um quadro de insustentabilidade ambiental.

Industrial - Sinmetro, envolvendo o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro) e a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

29 São princípios da certificação florestal FSC: obediência às leis e aos princípios do FSC (o manejo florestal deve respeitar todas as leis aplicáveis no país onde opera e a todos os Princípios e Critérios do FSC); direitos e responsabilidades de posse e uso (as posses de longo prazo e os direitos de uso sobre a terra e recursos florestais devem ser claramente definidos, documentados e legalmente estabelecidos); direitos dos povos indígenas (os direitos legais e costumários dos povos indígenas devem ser reconhecidos e respeitados), relações comunitárias e direitos dos trabalhadores (as atividades de manejo florestal devem manter ou ampliar o bem estar econômico e social dos trabalhadores florestais e das comunidades locais); benefícios das florestas (as atividades de manejo florestal devem incentivar o uso eficiente e otimizado dos múltiplos produtores e serviços da floresta para assegurar a viabilidade econômica e uma grande quantidade de benefícios ambientais e sociais); impacto ambiental (o manejo florestal deve conservar a diversidade ecológica e seus valores associados. Dessa forma estará mantendo as funções ecológicas e a integridade das florestas); Plano de Manejo (um plano de manejo apropriado à escala e à intensidade das operações propostas deve ser escrito, implementado e atualizado. Os objetivos de longo prazo do manejo florestal e os meios para atingi-los devem estar claramente descritos); monitoramento e avaliação (o monitoramento deve ser conduzido para que sejam avaliados as condições da floresta, o rendimento dos produtos florestais, a cadeia de custódia, as atividades de manejo e seus impactos ambientais e sociais); manutenção de florestas de alto valor de conservação (atividades de manejo de florestas de alto valor de conservação devem manter ou incrementar os atributos que definem essas florestas.); plantações (as plantações de árvores devem ser planejadas de acordo com os princípios anteriores). Para uma versão completa dos Princípios, consulte: <http://www.fsc.org.br/index.cfm?fuseaction=conteudo&IDSecao=172>.

Tampouco o manejo florestal se confunde com qualquer forma de supressão de vegetação, ainda que legal³⁰.

9 MANEJO FLORESTAL E REFLORESTAMENTO

Aqueles que desconhecem o manejo florestal muitas vezes o confundem com o desmatamento, o que é incorreto. Porém, também é incorreto associá-lo de forma automática ao reflorestamento.

Primeiramente, deve diferenciar-se o manejo em florestas naturais e plantadas. Nestas, há a combinação de manejo florestal e plantações, observando-se os princípios da sustentabilidade, o que inclui o reflorestamento.

Nas florestas naturais, o reflorestamento pode ocorrer no manejo florestal sustentável, mas depende de uma série de fatores externos ou anteriores, como a existência de áreas anteriormente degradadas ou medidas de conservação ambiental decorrentes de impactos ambientais ocorridos em outros locais.

Contudo, o reflorestamento não constitui a ideia central do manejo florestal, que se fundamenta na divisão da área em unidades de produção anual a ser exploradas, de forma a respeitar seus mecanismos de sustentabilidade ambiental (limites de exploração por área) e, após isso, respeitar um período de pousio ou seja, um período sem exploração madeireira. Com isso, forma-se um ciclo que permite a regeneração natural da floresta.

10 MANEJO FLORESTAL E RESERVA LEGAL

Esse percentual é reduzido a 35% na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia Legal; a 20% na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e a 20% na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País³¹.

Assinale-se que a atividade do manejo florestal sustentável é permitida na área de reserva legal³². Esse fato, por muitas vezes desconhecido, deve ser levado em conta no debate público, assim como na formulação de políticas públicas, já que pode ter aproveitamento econômico, ainda que não agropecuário.

30 Art. 1º, Decreto nº 5.975/2006.

31 Art. 16, II, III e IV, Lei nº 4771/1965

32 Art. 16, § 2º, Lei nº 4771/1965

11 MANEJO FLORESTAL COMUNITÁRIO

O manejo florestal sustentável pode ser realizado na escala empresarial, mas também pode ser feito pelas comunidades tradicionais, no denominado manejo florestal comunitário³³ ou no conceito mais amplo adotado pelo Decreto n° 6.874, de 5 de junho de 2009, de manejo florestal comunitário e familiar.

Se o conceito de manejo florestal comunitário vincula-se àquele praticado pelas comunidades tradicionais, o manejo florestal comunitário familiar engloba aquele assim como o realizado pelos assentados da reforma agrária e pelos agricultores familiares.

Como princípios importantes, estão a sustentabilidade ambiental e o acesso à terra com a regularização fundiária em áreas privadas ou mesmo em áreas públicas tradicionalmente ocupadas por comunidades.

12 MANEJO FLORESTAL EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

A prática do manejo florestal sustentável pode dar-se também em áreas protegidas, uma vez que cada espécie de Unidade de Conservação possui objetivos próprios e definidos em lei, fazendo-se diferenciação quanto a seu uso.

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) divide as unidades de conservação em dois grupos, com características específicas: as Unidades de Proteção Integral e as Unidades de Uso Sustentável³⁴.

As Unidades de Proteção Integral têm como objetivo básico a preservação da natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, salvo as exceções legais³⁵. Nas Unidades de Uso Sustentável busca-se compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de seus recursos naturais³⁶.

A Reserva Extrativista é uma espécie de unidade de conservação onde o manejo florestal comunitário é amplamente permitido para produtos não madeireiros. Mas, a comercialização de recursos madeireiros restringe-se a situações especiais e complementares às

33 Instrução Normativa n° 4 de 28 de dezembro de 1998.

34 Art. 7º, I e II, Lei n° 9.985/2000.

35 Art. 7º, § 1º, Lei n° 9.985/2000.

36 Art. 7º, § 2º, Lei n° 9.985/2000.

demais atividades desenvolvidas na Reserva Extrativista, desde que previstas no Plano de Manejo³⁷.

O manejo florestal igualmente é permitido nas Reservas de Desenvolvimento Sustentáveis³⁸, unidade de conservação estabelecida em áreas onde comunidades tradicionais já exploravam os recursos naturais de forma sustentável por gerações³⁹.

Dentre as diferentes espécies de unidades de uso sustentável, destaque-se a Floresta Nacional que tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas⁴⁰, o que lhes vincula de modo bastante claro à prática do manejo florestal.

Destarte, a Lei nº 11.284/2006 dá três possíveis formas de realização do manejo florestal em florestas públicas: o manejo florestal comunitário, o manejo florestal praticado diretamente pelo órgão gestor da unidade de conservação ou o praticado por meio de concessão florestal, que será tratado agora.

13 MANEJO FLORESTAL E CONCESSÃO FLORESTAL

A Lei nº 11.284/2006, ao expor o conceito de concessão florestal a define como “delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo [...]”⁴¹

Portanto, a prática do manejo florestal é o objeto do contrato de concessão florestal. O concessionário, ao vencer uma licitação para concessão florestal, pagará ao concedente pelo direito de praticar o manejo florestal naquela área.

Neste particular, cabe apontar que o texto legal não deixa margem a dúvidas ao estabelecer que a concessão florestal terá como objeto a exploração de produtos e serviços florestais, contratualmente especificados, em unidade de manejo de floresta pública.⁴²

37 Art. 18, §7º, Lei nº 9.985/2000.

38 Art. 20, § 5º, IV, Lei nº 9.985/2000.

39 Art. 20, § 5º, IV, Lei nº 9.985/2000.

40 Art. 17, Lei nº 9.985/2000.

41 Art. 3º, VII, Lei 11.284/2006.

42 Art. 14, Lei 11.284/2006.

Como o direito concedido é o de praticar o manejo florestal, são excluídos expressamente os direitos à titularidade imobiliária ou preferência em sua aquisição; ao acesso ao patrimônio genético para fins de pesquisa e desenvolvimento, bioprospecção ou constituição de coleções; ao uso dos recursos hídricos acima do especificado como insignificante; à exploração dos recursos minerais; à exploração de recursos pesqueiros ou da fauna silvestre; e à comercialização de créditos decorrentes da emissão evitada de carbono em florestas naturais⁴³.

14 MANEJO FLORESTAL E LICITAÇÕES

As licitações públicas, em especial a partir da segunda metade do século XX, passaram a incorporar princípios éticos e a orientar políticas públicas. É possível verificar, na legislação de licitações brasileira, a promoção de uma série de políticas públicas como a preservação do meio ambiente na política fundiária, as políticas públicas setoriais, a preservação do patrimônio histórico, na geração de emprego e inclusão social, o reequipamento das forças militares e de defesa nacional, a participação em força de paz internacional, apoio ao deficiente físico, ciência e tecnologia, proteção ao trabalho do menor, incentivo à produção de bens e serviços de informática, além do estímulo de políticas públicas em licitação em outras normas: tratamento favorecido a microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas, gestão de florestas públicas.⁴⁴

Com o advento da chamada “crise ambiental” que estamos vivendo, requisitos ambientais passaram a ser exigidos em contratações públicas. Nesse sentido, há a valorização de produtos que são produzidos segundo boas práticas ambientais, na mesma medida em que surgem evidentes restrições aos produtos que são obtidos mediante modos não sustentáveis de produção.

A compra de madeira legal é um dos temas por excelência desse debate e onde há a valorização do manejo florestal sustentável, bem como a exigência do cidadão para uma postura ativa do Poder Público de modo a não somente reprimir a atividade ilegal e não sustentável como incentivar a atividade sustentável.

⁴³ Art. 16, § 1º.

⁴⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. Fórum, 2009. p. 32-42.

Neste sentido, destaca-se a legislação do estado de São Paulo, que criou⁴⁵ um cadastro⁴⁶ voluntário⁴⁷ que reúne as empresas que comercializam madeira naquela unidade federativa. As licitações públicas para compras de produtos florestais são restritas às empresas cadastradas⁴⁸, assim como as obras públicas que utilizem matéria-prima florestal deverão ser compradas de empresas cadastradas⁴⁹. Ainda, as empresas que atenderem às exigências estabelecidas receberão o selo Madeira Legal⁵⁰, certificação governamental de legalidade do produto florestal.

Em âmbito federal, há Instrução Normativa da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão determinando que na contratação de obras e serviços de engenharia no âmbito da administração pública federal seja exigida a comprovação da origem da madeira a ser utilizada na execução da obra ou serviço.⁵¹

Também há diversos projetos de lei propondo alterações legislativas⁵² determinando que a madeira utilizada em contratações públicas seja oriunda de planos de manejo florestal sustentável.

15 CONCLUSÃO

O manejo florestal possui amparo legal e constitucional, sendo reconhecido no nosso ordenamento como modo de produção sustentável. Pode ser caracterizado como empresarial ou comunitário e compreende a produção madeireira e os produtos e serviços não madeireiros.

Em sua prática, o manejo florestal busca a redução de impactos provenientes da produção florestal buscando ser ambientalmente sustentável, socialmente justo e economicamente viável.

45 Decreto 53.047, de 02.06.08.

46 Cadastro Estadual das Pessoas Jurídicas que comercializam, no estado de São Paulo, produtos e subprodutos de origem nativa da flora brasileira – CADMADEIRA

47 Art. 3º, § 4º, Decreto nº 53.047, de 02.06.08.

48 Art. 7º, Decreto nº 53.047, de 02.06.08.

49 Art. 8º, Decreto nº 53.047, de 02.06.08.

50 Art. 5º, Decreto nº 53.047, de 02.06.08.

51 Art. 4º, IV, da IN/SLTI/MPOG Nº 01, de 19 de janeiro de 2010.

52 Projetos de Lei nº 1.715/1999, 5.079/2005, 7353/2005, 6910/2006 e 7677/2006.

O manejo florestal relaciona-se, porém não se confunde com a certificação florestal e o reflorestamento e, sob forma alguma identifica-se com o desmatamento.

O manejo florestal pode ser praticado tanto em florestas privadas como públicas, inclusive na denominada reserva legal e nas unidades de conservação. Nestas últimas, apenas naquelas de uso sustentável, mediante o manejo comunitário, o manejo realizado diretamente pelo órgão gestor ou por concessão florestal, mediante licitação.

A importância da questão ambiental nos dias atuais vem trazendo a discussão sobre a produção da madeira para as licitações públicas. Essa medida teria caráter benéfico, dada as dimensões das obras públicas brasileiras, estabelecendo-se um mercado para a madeira legal e evitando-se que o Estado financie o desmatamento. Dessa forma, não leríamos mais manchetes como esta, do jornal Novo Estado, de Santarém, no Pará, que envergonham os cidadãos: “Prefeitura, Estado e União só usam madeira ilegal em suas obras”⁵³.

REFERÊNCIAS

ARIMA, Eugênio; VERÍSSIMO, Adalberto. *Ameaças e Oportunidades*. Cadernos Adenauer, ano II, nº 4, p. 86, 2001.

BAITZ, Wandreia; PEREIRA, Denys; LENTINI, Marco. O Setor Madeireiro da Amazônia Brasileira. In *O Manejo da Paisagem e a Paisagem do Manejo*. Brasília: Instituto Internacional de Educação no Brasil, 2008, p. 90.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis. *Normas Florestais Federais para a Amazônia*. Brasília: IBAMA, 2007, p. 176.

CADERNOS ADENAUER II n. 4. *Amazônia: avança o Brasil?*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Almanaque Brasil Socioambiental: Uma nova perspectiva para entender a situação do Brasil e a nossa contribuição para a crise planetária*. São Paulo: ISA, 2007, p. 551.

FREITAS, André Giacini de. *Almanaque Brasil Socioambiental*. Instituto Socioambiental, 2007, p. 285.

53 Novo Estado, Santarém, 17.04.2009, p. A1.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas. Fórum, 2009.

RODRIGUEZ, Luiz Carlos Estraviz. Monitoramento de florestas plantadas no Brasil: indicadores sociais e econômicos SÉRIE TÉCNICA IPEF, v. 12 n. 31, p. 23-32, abr., 1998. Departamento de Ciências Florestais ESALQ/USP

SABOGAL, César et al. *Manejo florestal empresarial na Amazônia*. Belém: CIFOR, 2006, p. 72.

SILVA, José Natalino Macedo. *Manejo florestal*. Brasília: Embrapa Informação Tecnológica, 2001, p. 15.

STRUMINSKI, Edson. *O que é engenharia florestal*. São Paulo: Brasiliense, 1993.

AS TUTELAS DE URGÊNCIA E AS DE EVIDÊNCIA: ESPECIFICIDADES E EFEITOS

*THE PROTECTION OF URGENCY AND EVIDENCE:
SPECIFIC AND EFFECTS*

Maria Lúcia Baptista Moraes

*Professora titular da graduação e pós-graduação do Centro
Universitário Ritter dos Reis – UniRitter – Laureate International Universities.
Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS;
Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do RS – UFRGS;*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Tutelas de urgência e a fungibilidade; 1.1 Aspectos contemporâneos e futuros das tutelas de urgência; 1.2 As tutelas de urgência no código atual e o projeto do novo CPC; 2 Tutela de Evidência; 2.1 A flexibilização do conceito da evidência; 2.2 Tutela de evidência provisional ou autônoma; 2.3 Tutela de evidência – urgência e risco de dano; 3 Conclusão; Referencias.

RESUMO: O presente estudo, na área do direito processual civil, realizado com base em doutrina e jurisprudência, apresenta a distinção entre as tutelas de urgência e de evidência, desde a adoção da fungibilidade entre as medidas. Após a análise das implicações práticas, que a distinção oferece, aponta-se a diferenciação entre o conceito de evidência, na atual legislação e no projeto do novo código.

A proposta do novo CPC, de que as decisões com base em tutelas de urgência e de evidência se tornem definitivas, se não forem impugnadas pelo réu são constitucionais. A previsão legal, apenas, força a provocação da parte; portanto, admite-se a autonomia procedimental da tutela antecipada. O novo CPC permitirá também que o juiz conceda de ofício, tutela urgência ou de aparência. Constata-se que o grau de evidência oscila. Às vezes, a evidência, que é mais do que aparência, serve para deferimento de uma tutela antecipada, com base no artigo 273 do CPC; outras vezes, o grau é bem mais elevado, como na hipótese de levantamento da parte incontroversa do pedido e finalmente, o direito evidente pode ser deferido liminarmente e resolver ou não o mérito, apesar da cognição sumária.

PALAVRAS-CHAVE: Aparência. Evidência. Tutela Antecipada. Urgência. Cognição Sumária.

ABSTRACT: The present study, in the civil process area, based on doctrine and jurisprudence presents the difference between urgency protection and evidence protection, since the adoption of fungibility between the proceedings. After the analysis of practical concern that the distinction offers, it is set the difference between the concept of evidence in the current legislation and in the new code project.

The new Code of Civil Procedure proposition, that the decisions based on urgency protection and evidence protection become conclusive, if they are not objected by the defendant are constitutional. The legal prevision merely compels the party incitement so, it is admitted the anticipate protection autonomy proceeding. The new Code of Civil Procedure will allow that the judge concedes, without been asked, urgency and evidence protection as well. It is verified that the evidence rate oscillates. Sometimes the evidence, that is more than the apparent, is used for concession of an anticipated protection, based on Code of Civil Procedure article 273, at other times the rate is much higher, as in the hypothesis of drawing up the unquestioned part of demand, and finally, the evident right can be conceded preliminary and solve or not the merit, although concise cognition.

KEYWORDS: Apparent. Evident. Anticipated. Protection. Urgency. Concise Cognition.

INTRODUÇÃO

O Judiciário brasileiro vive um problema que não é exclusividade dele, mas que afeta diretamente o jurisdicionado. Trata-se da morosidade da Justiça. Foram muitas as tentativas para resolver essa dificuldade, mas, até agora, não foi obtido o sucesso desejado.

A introdução, no CPC, da tutela antecipada, para os procedimentos comuns, foi uma das alterações que tinham o objetivo de amenizar o problema da demora do processo. Até então, só havia, no CPC, a previsão da tutela cautelar e tutelas satisfativas, em procedimentos especiais.

Na nova previsão da antecipação de tutela, mesmo sem uma nomenclatura específica, foi introduzida a tutela satisfativa provisional ou interinal e também a autônoma.

A partir da previsão legal, a doutrina empenhou-se em fazer a distinção entre os dois institutos. Assim, os autores perceberam, inicialmente, a diferença entre tutela de aparência e de evidência. Essa distinção servia para delimitar a tutela cautelar da satisfativa.

O presente estudo tem como objetivo traçar a distinção entre as tutelas de urgência e de evidência, partindo do surgimento da fungibilidade entre as medidas. Visa analisar as implicações práticas que a distinção oferece e, por fim, pretende fazer uma distinção entre o conceito de evidência, utilizado no CPC atual e o do projeto do novo CPC. Conseqüentemente, faz a distinção entre os tipos de tutelas de evidência e a análise de questões, como: a cognição, realizada para a obtenção de uma liminar e a exigência de perigo de dano.

Trata-se de tema de extrema importância, tendo em vista que - apesar das tentativas de alterações procedimentais, previstas no projeto do novo CPC, com o objetivo de resolver o problema da morosidade - diante da questão estrutural e de logística, em que se encontra o Judiciário brasileiro, a perspectiva é que não haja grandes avanços, apenas com alterações de previsão legal. É, e continuará sendo, extremamente importante a utilização de tutelas de urgência e de evidência.

Por outro lado, a proposta do novo CPC traz várias modificações para as tutelas de urgências, previstas no CPC atual, e que merecem ser abordadas. Por essa razão, este artigo foi dividido em duas partes.

No primeiro item, serão tratadas as tutelas de urgência, cautelar e satisfativas, com uma abordagem específica sobre as correspondentes espécies. Faz-se, igualmente, uma comparação entre a legislação atual e o projeto apresentado. No segundo item, será tratada a tutela de evidência, com uma análise do conceito, tipos e o eventual perigo de dano.

1 TUTELAS DE URGÊNCIA E A FUNGIBILIDADE

Apesar das diferenças, que realmente existem¹, algumas situações permanecem em uma zona intermediária, dificultando a aplicação prática e a atuação dos profissionais do Direito.

- 1 Para alguns autores, as cautelares diferem, substancialmente, das antecipações de tutela, porque não satisfazem, de pronto, a pretensão do autor. As ações cautelares asseguram, apenas, a possibilidade de realização do direito no futuro. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo cautelar* (tutela de urgência), v.3 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.37. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil - Processo Cautelar*. 2 ed., v.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Curso de processo civil; v. 3), p 23 e TAVARES, Fernando Horta et al. Urgência de tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado de Direito Democrático = Urgency of guardianships : for a theory of the effectiveness of the process adequate to the democratic rule of law. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, BH, v.11, n.21 , 1º sem. 2008, p. 149.

Para Cândido Rangel Dinamarco, há um ponto de união entre os dois institutos, que é o fator tempo do processo e que faz com que a distinção entre eles não seja tão importante. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.55. Aliás, pode-se afirmar que existem outras semelhanças, como: a cognição sumária, a não definitividade, a postergação do contraditório para o deferimento da medida, sob a forma de uma liminar.

A verdadeira função das cautelares também é ponto divergente na doutrina. O posicionamento predominante é o de que a cautelar é um “instrumento do instrumento” e que visa proteger o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução. A proteção se dá ao império da decisão do Estado, que não pode se tornar inútil, ao final do processo, onde se desenvolve a ação principal. Esses autores basearam-se nos primeiros ensinamentos de Piero Calamandrei, para quem a instrumentalidade que vinculava a cautelar à ação principal é a mais importante distinção entre o processo cautelar e os demais. CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p.42. No mesmo sentido: CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista, v.I. São Paulo: Classic Book, 2000, p.43. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.53; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 38. ed. v.II, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.406.

Contrapondo o posicionamento anterior, aparece Ovídio A. Baptista da Silva, para quem a cautelar protege não o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução, mas, sim, a realizabilidade prática do direito da parte. O referido autor argumentou que, se a cautelar visasse à proteção da decisão do Estado, o juiz deveria poder decidir, sempre, de ofício e não, somente, em casos autorizados por lei. Este último posicionamento é o que merece acolhimento. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo cautelar* (tutela de urgência), v.3, 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 48. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*

A insegurança na escolha entre as duas formas de tutelas, por parte dos advogados - em razão das divergências na interpretação, pela doutrina e jurisprudência -, fazia com que o próprio jurisdicionado ficasse sem uma explicação ou solução plausível. Diante de tanta insegurança, surgiu a necessidade da fungibilidade.

A distinção entre as tutelas de urgência, que parecia primordial, cedeu à necessidade de uma prestação jurisdicional mais efetiva². Aliás, isto tem ocorrido frequentemente. Há uma tendência atual do abandono da técnica, do formalismo, em prol da efetividade e da celeridade processual. Inclusive, muitas das mudanças de posicionamentos, em termos jurisprudencial e doutrinário, ocorreram em razão da incidência destes princípios e o mesmo se verifica pela proposta do novo CPC.

Visando solucionar as divergências da distinção entre as tutelas de urgência e, principalmente, a falta de segurança na aplicação prática dos dois institutos, o legislador alterou o art. 273, incluindo, nele, o parágrafo 7°.

A adoção do princípio da fungibilidade decorre do fato de que o importante não é o nome do que foi postulado, mas a concreta necessidade da tutela jurisdicional pretendida.³

Antes que o legislador incluísse o referido parágrafo ao art. 273, a doutrina já questionava a importância da distinção, exatamente pela presença de uma zona comum entre os dois institutos. Este era o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira,⁴

Processo cautelar. 2. ed. v. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.26-27 e TAVARES, Fernando Horta et al. Urgência de tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado de Direito Democrático = Urgency of guardianships : for a theory of the effectiveness of the process adequate to the democratic rule of law. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.11, n.21 , 1° sem. 2008, p.149.

2 Ver, sobre o tema: OLIVEIRA, Carlos Alberto de. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.348, p. 67-75, out./nov./dez 1999. No mesmo sentido, LIVONESI, André Gustavo. Fungibilidade das Tutelas de Urgência: a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipada do art. 273 do CPC., *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n.28, jul.2005, p. 10.

3 LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. Aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência cautelar e genérica. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.182, abr. 2010, p. 325. AMARAL, Rafael Lopes do. Fungibilidade das tutelas de urgência. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n. 46, jan. 2007. p. 100-101.

4 Para Moreira: "A própria ciência processual reconhece hoje que muito do que se tentou fazer em matéria de distinção rigorosa, de quase que separação absoluta entre institutos, na verdade, constituía uma preocupação metodologicamente discutível e, em certos casos, francamente equivocada, porque há sempre uma passagem gradual de uma realidade a outra, e quase sempre se depara uma espécie de zona de fronteira, uma faixa cinzenta, que nem o mais aparelhado cartógrafo saberia dizer com precisão em

É importante relembrar que, apesar de a previsão do parágrafo 7º ser no sentido de que, se for postulada a tutela antecipada, o juiz pode conceder a medida acautelatória, em realidade, a doutrina entende que o inverso também é possível.⁵

A previsão do legislador não trouxe nenhuma grande novidade, pois, na prática, já eram concedidas medidas acautelatórias, no curso de processos de conhecimento e de execução. A inovação, entretanto, foi a interpretação doutrinária dada ao referido parágrafo. Segundo ela, a antecipação de tutela também pode ser concedida, mesmo que a tutela cautelar tenha sido postulada. Essa leitura do parágrafo, vislumbrava a possibilidade de que a tutela antecipada fosse, inclusive, concedida com autonomia procedimental, o que, em regra, não acontece.

A doutrina já admitia a cumulação de um pedido acautelatório, feito em processo de cognição. Este era o posicionamento, por exemplo, de Arakem de Assis⁶ e José Roberto Bedaque.⁷

Há uma relação possível entre os princípios da fungibilidade e o da instrumentalidade das formas.⁸ O primeiro significa que se pode conceder a tutela cautelar, se for uma hipótese de tutela antecipada ou vice-versa. O último indica que, mesmo que o ato tenha sido realizado de maneira diferente, se atingiu a finalidade, ele não precisará ser anulado; pelo contrário, deverá ser reaproveitado. O princípio da instrumentalidade das formas tem sido o norte do processo civil, pois há uma tendência de abandonar o formalismo processual.⁹

qual dos dois terrenos estamos pisando.". MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. *Revista de Processo*, n.81, p.201.

- 5 MARINONI e Mitidiero ensinam que: "Entretanto, aceitando-se a possibilidade de requerimento de tutela cautelar no processo de conhecimento, é correto admitir a concessão de tutela de natureza antecipatória ainda que ela tenha sido postulada com o nome de cautelar, desde que devidamente preenchidos os pressupostos inerentes à concessão da tutela antecipatória.". MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*. Comentado art. por art. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 276.
- 6 ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. *Revista de Processo*, São Paulo, SP, Revista dos Tribunais v. 25, n. 100, out./dez. 2000, p. 40.
- 7 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998. p.291.
- 8 MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: Um departamento do processo civil ainda carente de sistematização. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.104, n. 398, p. 93, jul/ago. 2008.
- 9 OLIVEIRA refere que: "Como se verifica, o excesso de formalismo no contexto do direito brasileiro decorre, em princípio, mais da cegueira do aplicador da lei ou dos demais operadores coadjuvantes – desatentos aos valores do processo, pouco afeitos ao manejo das possibilidades reparadoras contidas no ordenamento ou ansiosos por facilitar o seu trabalho – do que do próprio sistema normativo.

A doutrina predominante¹⁰ posiciona-se no sentido de que a tutela antecipada não pode ser concedida de ofício, inclusive pela própria previsão do art. 273, mas o magistrado pode revogá-la ou modificá-la, quando e como bem entender, desde que em decisão fundamentada. Sendo assim, há uma evidente flexibilização do princípio da adstrição ao pedido ou da congruência. Não se pode esquecer, entretanto, que, quando a tutela é antecipada, ela deve ser concedida dentro dos limites do pedido feito na inicial.¹¹

O princípio da fungibilidade deve, segundo a doutrina majoritária, ser usado nas tutelas de urgência, em casos similares aos dos recursos, ou seja, quando houver dúvida e inexistir erro grosseiro.¹² Inexistindo dúvida na escolha do tipo de tutela de urgência, não se justifica a aplicação do princípio. O juiz terá que ponderar, no caso concreto, a possibilidade de aplicação do mesmo.¹³

Até agora, a aplicação do princípio da fungibilidade foi necessária, pode-se dizer, imprescindível. Não se deve olvidar, entretanto, que os

Nesse aspecto, influi também a excessiva valorização do rito, com afastamento completo ou parcial da substância, conduzindo à ruptura com o sentimento de justiça". OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 207. Para Theodoro Júnior, "Ao contrário do que se passa com o processo anglo-saxônico e o francês, em que o Direito Processual se apresenta caracterizado por regras objetivas e funcionais, 'despreocupadas com o tecnicismo', visando sempre, e sobretudo, propiciar o 'acesso à justiça' e a 'efetividade do processo', o nosso Direito Processual anseia por um primado técnico-científico e é dentre esse tecnicismo exacerbado que suas regras são interpretadas pela doutrina e aplicadas pelos tribunais, quase sempre". THEODORO JÚNIOR, Humberto. Um novo código de processo civil para o Brasil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 7, n. 37, jul./ago. 2010, p.96.

- 10 Por todos, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 61.
- 11 BAUR, Fritz. *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1985. p.103. Para o autor, "O juiz não está cerceado à opção entre deferir o provimento que foi requerido ou então indeferi-la, mas – dentro do 'limite extremo' estabelecido pelo direito material e pelo fim da tutela jurídica pretendida pelo autor – pode determinar livremente o que tem por necessário para a segurança de uma pretensão ou de uma regulação transitória de um estado-de-coisas".
- 12 DIAS, Jean Carlos. Ainda a fungibilidade entre as tutelas de urgência. A atual posição doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n.60, mar. 2008, p. 78. Marinoni e Arenhart entendem que "Esse novo dispositivo, partindo da premissa de que dificuldades como as apontadas podem ocorrer, tem por objetivo permitir que o juiz conceda a necessária tutela urgente no processo de conhecimento, e assim releve o requerimento realizado, *quando for nebulosa a natureza da tutela postulada, vale dizer, quando for fundado e razoável o equívoco do requerente*". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil - Processo de Conhecimento*, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 228. (Grifo dos autores)
- 13 BASTOS, Cristiano de Melo; MEDEIROS, Reinaldo Maria de. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade como garantia da instrumentalidade e efetividade processual. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v.11, n.62, p. 126, nov./dez. 2009.

dois institutos são distintos. Passa-se, a seguir, à análise da evolução das tutelas de urgência, nos dias atuais e as perspectivas mudanças.

1.1 ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS E FUTUROS DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

A preocupação com a morosidade da justiça¹⁴ não é recente. Não basta, porém, apenas fazer uma crítica à atual situação. É preciso compreensão a respeito do surgimento do processo civil brasileiro, para que se possa refletir e entender as propostas atuais.

Acredita-se que, antes de mais nada, seja possível pensar nos ensinamentos de Miguel Reale: “Opera-se, desse modo, através da história, o processo de “modelagem jurídica” da realidade social, em virtude de sempre diversas e renovadas qualificações valorativas dos fatos”. O autor, conceituando modelo jurídico, escreve:

[...] em todas as espécies de ciências. Não obstante as suas naturais variações, está sempre ligado à ideia de projeto, de planificação lógica e à representação simbólica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma sequência ordenada de medidas ou prescrições. Cada modelo expressa, pois, uma ordenação lógica de meios a fins, constituindo, ao mesmo tempo, uma preordenação lógica, unitária e sintética de relações sociais.¹⁵

Ainda, não fugindo dessa linha de pensamento e atestando a real ligação das alterações das legislações e a realidade e, também, parecendo prever a mutação entre privilegiar a segurança jurídica e a celeridade processual, Miguel Reale, complementa:

14 Cappelletti e Garth afirmaram: “O novo enfoque de acesso à justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa ‘terceira onda’ de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘o enfoque do acesso à justiça por sua abrangência’”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Grece Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p. 68/67. Também preocupado com a morosidade da Justiça, Watanabe posiciona-se no sentido de que o acesso à Justiça seria desrespeitado se não pudessem ser deferidas tutelas de urgência, pois é preciso uma prestação jurisdicional efetiva e total. WATANABE, Kazuo. Assistência Judiciária como Instrumento de Acesso à ordem Jurídica Justa. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 22, p.134, São Paulo, jan/dez, 1985.

15 REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. 2. t. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 40.

A “modelagem” da experiência jurídica é feita, portanto, pelo jurista em contato direto com as relações sociais, como o faz o sociólogo, mas enquanto este se limita a descrever e explicar as relações existentes entre os fatos, em termos de leis casuais ou motivacionais, o jurista opera mediante regras ou normas produzidas segundo o processo correspondente a cada tipo de fonte que espelha a solução exigida por cada campo de interesses e valores.¹⁶

De uma forma mais específica, igualmente importante, tem-se a abordagem sobre o surgimento e formação do Direito Processual no Brasil, encontrada em um texto de Daniel Francisco Mitidiero. Ele traz as características do atual CPC e, conseqüentemente, a necessidade de uma reforma de paradigma. O autor ressalta também uma preocupação, com a qual se compartilha. O CPC de 1973 primava pela segurança jurídica, enquanto o projeto no novo CPC tem uma preocupação mais voltada à celeridade e à morosidade da Justiça.¹⁷

As tutelas de urgências foram pensadas, exatamente, com o objetivo de minimizar esse problema, pois não seria possível esperar o desenvolvimento de um procedimento demorado, para que, ao final, o juiz desse a tutela jurisdicional.¹⁸

Além das tutelas de urgência, outras alterações foram e continuam sendo propostas, com o objetivo de eliminar os efeitos que a morosidade produz e, para isso, está em tramitação um novo Código de Processo Civil brasileiro. O novo código apresenta uma série de alterações, quanto às tutelas de urgência, e o que se percebe é que todas as alterações propostas visam obter uma prestação jurisdicional mais efetiva e tempestiva.

16 REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. 1. ed. 2t. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 40- 41.

17 Mitidiero conclui: “Ao lado desta estrutura, o Código Buzaid acaba sendo um contra a realidade social e os direitos próprios da cultura oitocentista, por força do neutralismo inerente ao Processualismo e por ter levado em consideração como referencial substancial o Código Bevilacqua, o que redundou na construção de um processo civil individualista, patrimonialista, dominado pelos valores da liberdade e da segurança, pensando a partir da idéia de dano e vocacionado tão somente à prestação de uma tutela jurisdicional repressiva. MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.183, p.165-194, maio 2010.

18 Alvim ensina que o poder geral de cautela era o fundamento para a postulação da tutela pretendida, na busca de uma pretensão do direito do autor, em razão da morosidade da Justiça. Aos poucos, na doutrina e na jurisprudência, começaram a ser concedidas medidas que não tinham somente cunho assecratório, preservativo, mas, sim, aquelas que traziam a possibilidade de realização efetiva de um direito material. ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v.57, n. 378, abr. 2009. p. 33.

Humberto Theodoro Junior analisou o projeto do Código de Processo Civil e apresentou críticas à redação. Destaque-se que o próprio autor faz parte da comissão de juristas que elaboraram o referido documento; entretanto, em razão da urgência com que o documento foi redigido, o autor apresenta os defeitos existentes. Dentre outros, o autor critica o tratamento processual homogêneo, dado à cautelar e à antecipação de tutela. O autor critica, especificamente, o fato de que o juiz pode conceder de ofício, tanto um, quanto outro instituto. Ele admite que essa seja uma boa previsão para a tutela cautelar, mas não para a antecipada.¹⁹

Em sentido contrário ao posicionamento anterior, aparecem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero. Os autores, ainda interpretando o CPC atual, afirmam que é possível que o juiz, “[...] em casos graves e de evidente disparidade de armas entre as partes, contudo, à luz da razoabilidade [...]” antecipe tutela.²⁰ Acredita-se na pertinência desse último posicionamento, pois, nele, não há a total e absoluta concordância de que o juiz, de ofício, defira uma tutela antecipada, mas isso é considerado como possibilidade, em casos excepcionais e com análise do caso concreto.

Daisson Flach, analisando as propostas de alteração das tutelas de urgência, levanta uma questão interessantíssima. Trata-se da proposta do novo CPC, no sentido de estabilizar a decisão concedida em tutela antecipada, com a justificativa de uma maior efetividade da prestação jurisdicional. Em que pese a importância da justificativa apresentada, o autor questiona: “[...] é possível atribuir o selo da imutabilidade a decisões não submetidas ao contraditório sem violação direta à Constituição”²¹

O autor lembra que a doutrina, em geral, entende que a tutela oriunda de cognição plena e exauriente é a que resguarda os princípios constitucionais. Ele acrescenta que há uma preocupação doutrinária com o conflito entre a efetividade da tutela jurisdicional e a segurança jurídica. Conclui que a permissão de que as tutelas de urgência, que

19 Humberto THEODORO JUNIOR. Primeiras observações sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.6, n. 36, p.5-11, maio/jun.2010, p. 7.

20 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*. Comentado art. por art. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.270.

21 FLACH, Daisson. A estabilidade e controle das decisões fundadas em verossimilhança: Elementos para uma oportuna reescrita. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.308.

são tutelas com cognição sumária e juízo de verossimilhança, produzam coisa julgada merece um estudo mais aprofundado, pois trazem implicações inclusive constitucionais.²²

Fazem sentido as preocupações do autor, pois o projeto estabelece que, deferida a liminar, sem que haja impugnação por parte do réu e efetivada a medida, ela se tornará definitiva. Entende-se, porém, que há, sim, uma mudança de paradigma e que o valor efetividade do processo foi, para os mentores do novo CPC, mais importante do que a segurança jurídica. Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero, a possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela de urgência é uma “[...] tentativa de sumarizar formal e materialmente o processo, privilegiando-se a cognição sumária como meio para prestação da tutela de direitos.”²³

Apesar da certeza de que virá uma enorme discussão doutrinária sobre o tema e das implicações práticas que a interpretação da previsão legal trará, entende-se que a mudança será adequada e que, apesar da sumariade existente, os princípios constitucionais estarão sendo respeitados, pois é possível a impugnação e a propositura da ação principal, com cognição plena e exauriente. Haverá, portanto, apenas a necessidade de provocação da parte.²⁴

Observe-se, também, que, para que seja possível a hipótese tratada, ou seja, a postulação de uma tutela de urgência, deferida sob a forma de uma liminar e a impugnação, com a propositura de ação principal posterior, é preciso admitir que a tutela antecipada pode ser concedida com autonomia procedimental.

Na redação atual do CPC, esta autonomia não existia, em sua literalidade, mas era admitida por parte da doutrina. Nesse sentido,

22 FLACH, Daïsson. A estabilidade e controle das decisões fundadas em verossimilhança: Elementos para uma oportuna reescrita. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.310/311.

23 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *O Projeto do CPC: Críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.111.

24 Costa conclui: “A marcha, então, segue rumo a uma tutela de urgência (e também de evidência) tornada cada vez mais autônoma em relação aos juízos plenários, com uma crescente sumarização da justiça civil, que, feita de modo a respeitar as garantias processuais (aqui deve residir a futura discussão), pode adaptar o processo aos novos tempos e ajudar a superação da notória crise em que nos encontramos”. COSTA, Guilherme Recena. Entre função e estrutura: Passado, presente e futuro da tutela de urgência no Brasil. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. 675.

posicionou-se José Roberto dos Santos Bedaque, para quem “Também não se pode afastar de forma absoluta, como se pretende, a possibilidade de a antecipação de efeitos da sentença final ser requerida em procedimento autônomo, antecedente ao pedido de tutela cognitiva”²⁵. A regra era, no entanto, a concessão da tutela antecipada, no curso do processo, e a tutela cautelar é que poderia ser postulada de forma antecedente, preparatória ou incidente. Essa distinção não aparece na proposta do novo CPC.

Outra preocupação doutrinária, com pertinência, é a de que o novo CPC mistura e dá tratamento homogêneo à tutela cautelar e à antecipatória. Elas, em realidade, têm requisitos distintos.

O projeto do novo CPC generalizou e afirmou que as tutelas de urgência dependem, para sua concessão, do “perigo de dano iminente e de difícil reparação”. Têm razão Marinoni e Mitidiero, entretanto, quando afirmam que, tecnicamente, esse é um requisito da tutela cautelar e, principalmente, quando criticam a falta de previsão para as tutelas inibitórias: “É gravíssima a sua omissão neste particular, dado que os novos direitos, característicos do Estado Constitucional, requerem de um modo geral tutela inibitória contra o ilícito, independente da ocorrência de qualquer espécie de dano[...]”²⁶.

Esse sempre foi o posicionamento de Ovídio B. da Silva, para quem a tutela cautelar é temporária, enquanto a antecipação é provisória, no sentido de que esta última será substituída por uma decisão posterior, e a primeira durará até que perdure a situação acautelanda²⁷. Por outro lado, a cautela será concedida, quando houver o perigo de dano iminente ou de difícil reparação, logo, o perigo pela inutilidade do provimento. Para a concessão da tutela antecipada basta o *periculum in mora*, ou seja, o perigo pelo retardamento do processo.²⁸

25 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.290. No mesmo sentido, o posicionamento de ALVIM, Eduardo Arruda. Irreversibilidade de decisão antecipatória de tutela e direitos fundamentais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 105, n. 403, maio/jun. 2009, p.142.

26 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *O Projeto do CPC: Críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.107.

27 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar* (tutela de urgência), v.3 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 55.

28 SILVA, Ovídio op. cit., p.41.

Com base nas distinções apresentadas, propõe-se uma comparação entre o CPC atual e o projeto do novo CPC, no que tange às tutelas de urgências e às de evidência.

1.2 AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO CÓDIGO ATUAL E O PROJETO DO NOVO CPC.

- O CPC atual não faz a distinção entre as tutelas de urgência e as de evidência, deixando a análise para a interpretação doutrinária;
- O projeto do novo CPC separa, claramente, as tutelas de urgência cautelar e satisfativas, tratando de hipóteses de tutelas cautelares e satisfativas provisionais e autônomas, sem usar esta última terminologia;
- O CPC atual tem requisitos específicos para a concessão de uma tutela antecipada e eles são mais rígidos do que os da cautelar;²⁹
- O projeto do novo CPC unifica os requisitos para concessão de todas as tutelas de urgência;
- No CPC atual, a cautelar pode ser postulada de forma antecedente, preparatória ou incidental, e a tutela antecipada, no curso do processo, embora já houvesse alguns posicionamentos doutrinários admitindo a postulação em separado;
- O projeto do novo CPC permite, claramente, a autonomia procedimental dos dois tipos de tutelas, sem distinção;
- No CPC atual, concedida a tutela acautelatória ou antecipatória, ela poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, no curso do processo;
- No projeto do novo CPC, concedida a tutela de urgência, em sentido geral, e não havendo impugnação da concessão da

29 Para Takoi "Há evidentemente casos concretos 'moldados' para a aplicação direta da lei, em que a subsunção do fato à norma pela interpretação do juiz é imediata; mas em casos difíceis é cabível falar-se em alternativas jurisdicionais possíveis, sempre com o auxílio do princípio da proporcionalidade, e com vistas ao fundamento maior de nosso Estado de Direito, que é a dignidade da pessoa humana. TAKOI, Sérgio Massaru. Princípios constitucionais, tutela antecipada e a proporcionalidade. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, Dialética n.61, p. 115, abr. 2008.

liminar e a conseqüente propositura da ação principal, no prazo legal, haverá estabilização da decisão. Essa estabilização só será afastada, se for prolatada decisão favorável, em ação ajuizada por qualquer das partes, para esta finalidade;

- A partir da interpretação do CPC atual, a doutrina admite a concessão de ofício da referida tutela;
- No projeto do novo CPC, há autorização expressa para que, em casos excepcionais, o juiz conceda, de ofício, as tutelas de urgência: cautelares e satisfativas;
- O CPC atual é omissivo quanto à tramitação prioritária dos processos com postulação de tutelas de urgência;
- O projeto do novo CPC prioriza a tramitação das tutelas de urgência.

2 TUTELA DE EVIDÊNCIA

Apesar de não constar, expressamente na legislação atual, a referência à tutela de evidência, como aparece no projeto do novo CPC, a doutrina percebeu a distinção entre uma tutela de aparência e uma de evidência.

Há muito se discute a questão da morosidade da justiça e a implicação disso na atuação do Estado, no momento de resolver os conflitos. O Estado proibiu a autotutela, mas não está sendo capaz de dar uma prestação jurisdicional tempestiva, efetiva.

Como referido anteriormente, as tutelas de urgência servem para minimizar problemas decorrentes dessa demora. Ao lado das cautelares, aparecem situações em que o Direito se mostra com um grau de probabilidade tão elevado, que se torna evidente. Há, por vezes, como demonstrá-lo de pronto, e o juiz, ao acolher o pedido de uma liminar, em algumas hipóteses, até decide de forma que os efeitos se tornam irreversíveis.

Existe consenso, na doutrina, no sentido de que, em uma hipótese como a descrita acima, seria injusto que houvesse o mesmo tratamento de uma tutela apenas aparente. À luz do código atual, essa percepção já existe, sendo que ela ficou expressa com a proposta do novo CPC.

A doutrina entende como denegação de justiça não dar um tratamento diferenciado à tutela evidente, pois, certamente, haveria o sacrifício do autor, com o tempo do processo.³⁰

Fazendo uma análise doutrinária, é possível perceber que foram diversas as formas de abordagem da tutela de evidência. Constatase que existiram muitas tentativas de encontrar os elementos que caracterizam, expressamente, a tutela de evidência; porém, quando se faz um confronto com as posições doutrinárias e os exemplos oferecidos, percebe-se que, ora os autores falam de uma evidência, que apenas difere da aparência, ora falam de um grau de evidência tão elevado que beira à certeza do processo. Diante dessa situação e do confronto com o novo projeto do CPC, que traz uma proposta ainda diferente, passa-se, agora, à análise do conceito e a sua evolução.

2.1 A FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO DA EVIDÊNCIA

Quando entrou em vigor a atual redação do art. 273, a doutrina preocupou-se em traçar as distinções entre as cautelares e a antecipação de tutela. Um aspecto salientado foi, exatamente, o relativo à diferença entre o direito aparente e o evidente. A medida acatulatoria deveria ser deferida, quando o direito fosse aparente e a tutela antecipada, em caso de direito evidente.

Para a concessão de tutela com base em direito evidente, o juiz deve observar o grau de probabilidade de existência do direito afirmado pelo autor e exigir dele a prova da verossimilhança da alegação. Esses são requisitos para a concessão de uma tutela antecipada, prevista no art. 273 do CPC.

Essa técnica implica em dar às partes um equilíbrio no processo, pois, se o direito do autor mostra-se evidente, não há porque penalizá-lo com a demora para receber a tutela jurisdicional. A justificativa para o deferimento da tutela de evidência, sob a forma de uma liminar, é o tempo dilatado do processo e a busca pela efetividade da tutela jurisdicional.

Ovídio A. Baptista da Silva ensinou que, se a tutela fosse evidente, não adiantaria oferecer a mesma proteção estatal dada à tutela de simples aparência, como a cautelar. O autor exemplifica com a ação de mandado de segurança. Ele afirma que, como o direito, nesta ação, é

30 FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência* (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 321.

postulado com base em direito líquido e certo, o Estado deve dar uma resposta mais efetiva.³¹

Luiz Fux, iniciando a abordagem sobre o direito evidente, cita como exemplos: o “[...] direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exeqüente”.³² Posteriormente, o mesmo autor pondera “[...] não excluir a tutela da evidência qualquer que seja a pessoa jurídica, quer de direito público, quer de direito privado.”³³

Luiz Fux esclarece o que é um direito evidente, da seguinte forma:

[...] demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em ‘manifesta ilegalidade’, o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, bem como o direito dependente de questão prejudicial, direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição.³⁴

O mesmo autor, discorrendo sobre o tema da evidência, em rodapé explicativo, afirma: “[...] evidência é um critério à frente da probabilidade”. Efetivamente, as hipóteses descritas permitem o deferimento de uma tutela com um grau de probabilidade tão alto que beira à “certeza”.³⁵

Rafael Augusto Paes de Almeida afirma que probabilidade é menos que certeza e mais que verossimilhança³⁶. Assim, os direitos

31 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, v. 3, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 61.

32 FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência* (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 305.

33 FUX, Luiz. op. cit., p. 310.

34 FUX, Luiz. A tutela dos Direitos Evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2011, p.8.

35 FUX, 2011, p.5.

36 ALMEIDA. Rafael Augusto Paes de. A cognição nas tutelas de urgência no processo civil brasileiro. *Jus navegandi*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/868/a-cognicao-nas-tutelas-de-urgencia-no-processo-civil-brasileiro>>. Acesso em 11 mar. 2011.

evidentes, apresentados pelo autor, são prováveis e, como afirma Piero Calamandrei, passíveis de serem provados.³⁷

Luiz Fux afirma também que, quando o direito for evidente, o juiz pode conceder a tutela liminarmente e que, em alguns casos, o legislador fixou presunção legal de evidência do direito. O referido autor exemplifica: “[...] quando a lesão à posse data de menos de ano e dia, e o direito à posse, assim evidenciado e lesado merece proteção imediata”.³⁸

Constata-se, pelo exemplo, que o nível de evidência, do caso da ação de reintegração de posse, é diferente dos demais exemplos, na medida em que se distancia da liquidez e certeza. Como referido anteriormente, a concessão de uma liminar, nesse caso, pode ser deferida com base em prova testemunhal produzida em audiência de justificação e não, necessariamente, em prova documental. Por outro lado, nos exemplos do mandado de segurança e de execução, o direito será líquido e certo, e a prova será, estritamente, documental.

Afirma Luiz Fux que a “[...] evidência sugere sumariade ‘formal’, como pretendem alguns, vale dizer: procedimento comprimido, que pode ordinizar-se conforme considere ou não evidente o direito alegado”. Mais adiante, ele completa: “Repita-se: a liminar, *in casu*, é deferível mediante cognição exauriente, decorrência mesmo da evidência, diferentemente do que ocorre nos juízos de aparência (*fumus boni júris*) peculiares à tutela de urgência cautelar ou de segurança”.³⁹ O autor exemplifica com a seguinte hipótese:

Imaginemos, por exemplo, um caso prático que nos foi dado examinar. Um cidadão adquiriu imóvel mobiliado, por escritura pública, tendo pago o preço adiantado no ato da escritura, conforme lavrado pelo notário. Sessenta dias após aguardar a mobília em seu imóvel, ingressou em juízo alegando que, por força do negócio

37 Calamandrei traça a distinção entre possibilidade, verossimilitude e probabilidade, dizendo: “Possível é o que pode ser verdadeiro; verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro. Provável seria, etimologicamente, o que se pode provar como verdadeiro [...]”. O autor prossegue: “Quem diz que o fato é verossímil, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro que quem se limita a dizer que é possível; e quem diz que é verossímil, já que vá (sic) além da aparência, e começa a admitir que há argumentos para fazer crer que à aparência corresponda a realidade. Mas trata-se de matizes psicológicas que cada julgador entende de seu modo.”. CALAMANDREI, Piero. Direito Processual Civil, v.III. Tradução: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 276.

38 FUX, 2011, p.18.

39 FUX, 1996, p. 310.

pago adiantadamente, desfizera-se de todos os seus móveis de seu imóvel, por isso encontrava-se em dificuldades, sem dispor de uma residência mobiliada conforme o pactuado e quitado. O juízo cível deferiu uma liminar satisfativa, determinando a colocação de toda a mobília no prazo de cinco dias. Impõe-se esclarecer que o comando restou cumprido.⁴⁰

No exemplo em que o autor postula a entrega dos móveis comprados, o deferimento da liminar ocorreu com base em evidência do direito do autor, evidência essa demonstrada pela prova documental (escritura), mas discorda-se que a cognição realizada tenha sido exauriente. Entende-se que ela foi sumária, embora, no caso concreto, tenha, ao final, produzido o mesmo efeito de uma tutela definitiva.

No momento do deferimento da tutela antecipada, o juiz baseou-se em um documento, que tinha de pronto a presunção de veracidade, pois foi elaborado por um oficial público. A presunção, entretanto, é apenas relativa.

Para a concessão da liminar, a questão da validade do documento não foi examinada, pois não havia se estabelecido, ainda, o contraditório. Hipoteticamente pensando, porém, pode-se imaginar que seria possível, diante de outra situação concreta similar, postular a anulação da escritura. Deferida a tutela antecipada, contudo, sob a forma de uma liminar, o juiz, depois de examinar toda a prova e permitir a bilateralidade da audiência, prolatará uma sentença mantendo ou revogando a tutela concedida. Prolatada a sentença, aí sim, a tutela será exauriente.

A distinção não é fácil, porque, mesmo sendo uma tutela de evidência e tendo sido deferida com cognição não aprofundada, o resultado final será de tutela definitiva, pois, por ser uma hipótese de tutela satisfativa autônoma, houve o esvaziamento do conteúdo da sentença. Uma futura sentença de procedência, rigorosamente, só servirá para determinar o arquivamento do feito.

No mesmo sentido do posicionamento de Luiz Fux, aparece Luiz Guilherme Marinoni, que admite a possibilidade de deferimento de tutela urgente, com cognição exauriente, com sumariedade só formal e não material.

40 FUX, 1996, p. 306-307.

Teori Albino Zavascki diverge dos autores mencionados anteriormente e afirma que a liminar de uma ação de mandado de segurança é tutela satisfativa, mas é deferida com cognição sumária. “E no mandado de segurança – para citar caso de típico processo sumário – o juízo sobre a liminar é de cognição sumária, assim considerada porque menos aprofundada que a cognição – que é exauriente – prevista para a sentença definitiva”.

Zavascki explica que não há como confundir cognição sumária e processo sumário:

O processo sumário de conhecimento é autônomo, porque gera prestação jurisdicional definitiva, de cognição exauriente (embora, como se fez ver, não absoluta), apta a produzir coisa julgada material. A cognição sumária é própria de tutela jurisdicional não autônoma, de caráter temporário, inapta a formar coisa julgada material, sempre relacionada a uma tutela definitiva à qual serve. Nos processos sumários há cognição exauriente, embora limitada à natureza da situação controvertida e da redução – horizontal – do objeto cognoscível. E o conceito de ‘cognição sumária’, nos processos sumários, também há de ser buscado tomando-se por referencial a peculiar cognição exauriente que nele se exercita.

O autor admite que a cognição sumária está presente na tutela provisória e enseja a juízos de probabilidade, verossimilhança, aparência, *fumus boni iuris*. Ele afirma, porém, que existem situações que excepcionam esta regra, em razão da urgência.⁴¹ Segundo Zavascki, estas tutelas podem ser definitivas, mas são deferidas com base em cognição não exauriente. Ele exemplifica:

Imagine-se a hipótese em que a autoridade alfandegária se nega a liberar a entrada no País de determinado cavalo de raça, destinado a uma exposição de animais a ocorrer nos dias imediatos, sob alegação de que o animal deve ser previamente submetido a exame pelos técnicos sanitários que, entretanto, se acham em greve por prazo indeterminado. Provocado por mandado de segurança, estará o juiz diante de situação em que, qualquer que seja sua decisão liminar terá, do ponto de vista da satisfação do direito, caráter definitivo: negada a tutela ‘provisória’, o animal não poderá participar da exposição, sendo absolutamente inútil a tutela definitiva; se ocorrer o contrário, ou seja, deferida a liminar, liberado o ingresso do animal

41 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33.

no País, onde participou do evento e, quem sabe, até já retornou ao País de origem, a sentença definitiva já não terá qualquer razão de ser.⁴²

Percebe-se, pelo exemplo apresentado, que, no caso concreto, a tutela satisfativa com efeito definitivo precisava ser deferida ou não com urgência, pois a hipótese é, como afirma Athos Gusmão Carneiro, de “irreversibilidade recíproca”.⁴³ Portanto, no momento da concessão da liminar, a cognição realizada foi sumária e com a sentença final. Mesmo que o processo tenha sumariedade formal, a cognição será exauriente.

Percebe-se que o juiz não pode ter deferido esta tutela de evidência, com uma cognição exauriente, pois, no momento da concessão da liminar, ele ainda não dispunha de todos os elementos para formar a sua convicção. Admitir essa possibilidade seria ir de encontro aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O exame não havia sido feito no animal; logo, a sua cognição foi apenas sumária. Em razão da urgência, o juiz, diante da evidência do direito do autor, teve que usar o princípio da proporcionalidade. Se em geral, porém, há reversão fática, no caso concreto, a tutela concedida teve efeitos irreversíveis. Trata-se, portanto, de mais uma hipótese de tutela satisfativa autônoma.

O próprio ministro Luiz Fux afirmou que o CPC atual tratou de hipótese de tutela de evidência e admite a tutela antecipada, com base em cognição sumária, no caso do inc. II do art. 273⁴⁴. O autor responde a crítica à utilização de cognição sumária para concessão de tutela

42 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34. Eduardo Righi, analisando a irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada, à luz da Constituição Federal, conclui: “As tutelas antecipatórias que podem vir a ser faticamente irreversíveis enquadram-se nos chamados ‘casos extremos’, em que o conflito entre segurança e efetividade é tão profundo que apenas um deles poderá sobreviver, já que a manutenção de um importará o sacrifício completo do outro. Logo, torna-se essencial o emprego do princípio da proporcionalidade[...].” RIGHI, Eduardo. Tutelas de urgência e efetividade do processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.105, n.401, p.151-186, jan./fev. 2009, p. 158.

43 Para Carneiro, “É que em muitos casos, realmente, ocorre a ‘irreversibilidade recíproca, ou seja, a negativa de antecipação é igualmente suscetível de ocasionar o perecimento do alegado direito do demandante, ou dano maior e irreversível às suas pretensões do que benefício ou vantagem ao demandado”. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.88.

44 FUX, Luiz. A tutela dos Direitos Evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>:> Acesso em 10.mar.2011, p.15. Por outro lado, divergindo deste posicionamento, aparecem Galeno e Oliveira, quando afirmam: “Por exceção, pode ser dispensada a tutela antecipada depois de realizada a instrução, ou na hipótese do art. 273, II, em que o órgão judicial, especialmente o de segundo grau de jurisdição, verificar manifesto propósito protelatório de qualquer das partes, portanto já

satisfativa. Afirma que isso não se aplica para a tutela de evidência, pois a cognição é exauriente; portanto, não há porque questionar a constitucionalidade.

Luiz Guilherme Marinoni relaciona a situação de aparência e a de evidência à produção de provas. Quando não se pode, de pronto, produzir uma prova documental, a situação é de aparência; por outro lado, quando for possível a referida prova, a tutela será de evidência. O autor esclarece:

Quando os fatos não podem ser evidenciados independentemente de instrução probatória, ou seja, quando as afirmações dos fatos não podem ser demonstradas através de prova documental anexa à petição inicial, estamos diante de uma situação de aparência. A situação de aparência, quando ligada a uma situação de perigo, portanto, é que legitima a tutela urgente de cognição sumária. A situação perigosa indica a necessidade de uma tutela urgente, mas é a aparência que conduz à tutela de cognição sumária. Esta tutela de cognição sumária, realmente, pode ser satisfativa ou cautelar, conforme o caso. Mas pode acontecer que a necessidade da tutela urgente se compatibilize com a cognição exauriente. Ou seja, em determinadas hipóteses, tão somente a sumariedade formal é suficiente para tornar eficaz a prestação jurisdicional.⁴⁵

Uma conclusão que se pode tirar dos ensinamentos do autor é no sentido de que, além dos diferentes níveis de evidência, algumas vezes a tutela de evidência é deferida em uma situação que demanda urgência. Em outras vezes, dispensa-se este requisito. O autor afirma, e com razão, que quando a aparência estiver ligada à urgência, a tutela será deferida com cognição sumária.

Entende-se, realmente, que existem situações em que a tutela é de evidência, que, em havendo necessidade de deferimento da tutela, sob a forma de liminar, há necessidade da prova documental, como ocorre, por exemplo, no mandado de segurança. Aliás, o mandado de segurança, assim como uma ação de execução, tem um procedimento sumário documental, pois nele não é permitida a produção de outro tipo de prova.

se tem verificado cognição plena e exauriente". LACERDA, Galeno; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Comentários ao código de processo civil*, 3 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. VIII, t.II, p.19.

45 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.83.

Na maior parte dos exemplos de tutelas antecipadas, onde o direito deve ser evidente e não simplesmente aparente (como na cautelar), a prova pode ser documental ou de qualquer outro tipo. Torna-se, claro, que o conceito de evidência utilizado agora é no sentido amplo, sem ponderar as diferenças de níveis.⁴⁶

Se for considerado o fato de que a tutela antecipada nem sempre é deferida sob a forma de uma liminar, a conclusão retro fica cristalina. Quando a tutela for deferida liminarmente, pode, por exemplo, ser realizada uma audiência de justificação para o deferimento da liminar. Nesse caso, serão ouvidas as testemunhas do autor, e pode a tutela ser antecipada, com base nesta prova. É o que ocorre nas ações possessórias.

A tutela de evidência pode ser provisional - como, em regra, acontece com as antecipações - ou autônoma. Athos Gusmão Carneiro, analisando o risco de perecimento do direito e a irreversibilidade da tutela antecipada, cita muitos exemplos de tutelas satisfativas autônomas, ou seja, tutela que, uma vez deferidas, terão efeitos irreversíveis.

Na sequência, o referido autor, conclui que “[...] ação autônoma adequada aos casos de urgência urgentíssima, sumária no rito e sumária na cognição, mas com eficácia satisfativa plena (por certo, através de sentença não causadora de coisa julgada material)”.⁴⁷

Os exemplos apresentados por Athos Gusmão Carneiro são típicos casos de tutelas satisfativas autônomas, como as ações em que o autor postulava a liberação dos cruzados confiscados no plano Collor ou a transfusão de sangue, não autorizada por motivos religiosos

Os dois exemplos merecem também uma análise. Quando foram propostas as ações para a liberação dos cruzados - naquela época, chamadas de cautelares autônomas, pois tudo que era de urgência era cautelar -, o pedido de concessão da liminar era feito com base no perigo pela demora do processo. Seria impossível esperar a tramitação

46 Lacerda e Oliveira, referindo-se ao inciso I do art. 273 conclui: “A cognição, portanto, continua sendo incompleta, não exauriente: nada impede, por exemplo, venha a ser provado no curso do processo que determinada alegação fática, a princípio considerada evidente, não corresponda exatamente à realidade. Mesmo a prova documental *initio litis* não retira à cognição *prima facie*, exercida na tutela antecipada, a sua condição de sumária, pois continua a trabalhar com a aparência, ainda sujeita ao crivo do contraditório, e a instrução poderá demonstrar a falsidade do elemento que serviria de base à convicção inicial do órgão judicial” LACERDA, Galeno; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. VIII, t.II, p.18

47 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.86

de um processo, com procedimento comum, e aguardar a decisão sobre se o valor deveria ou não ser liberado, diante de obrigações assumidas ou necessidades urgentes do autor.

Demonstrada a necessidade e diante do risco pelo retardamento do processo, os juízes concediam a liminar e, conseqüentemente, tudo que pretendia o autor, ou melhor, o dinheiro. Liberado o valor, não havia mais o que fazer. A sentença de procedência, em síntese, servia para determinar o arquivamento do processo.

Nesse momento, cabe lançar as perguntas sobre os exemplos antes citados: que tipo de cognição realizava o juiz? A tutela era de aparência ou de evidência?

A cognição, no momento da concessão da liminar, era sumária⁴⁸, mas produzia efeitos definitivos. A tutela era de evidência, certamente, mas havia a urgência, pois o autor corria risco de dano, decorrente do tempo do processo e não resultaria a inutilidade do provimento para resguardar o direito da parte.

No exemplo da transfusão de sangue, o juiz defere a liminar e os efeitos fáticos serão também irreversíveis. Há evidência para a concessão da medida, e a cognição realizada é também sumária. A tutela foi deferida em razão da urgência e com conseqüências ainda mais graves e que pesam na decisão do magistrado.

Repita-se, apesar disso, como haverá irreversibilidade da situação fática, aquela decisão, deferida sem uma cognição mais aprofundada, assume o caráter definitivo e produz o mesmo resultado de uma tutela que tivesse permitido, antes de sua concessão, todo o contraditório.

Observe-se que, em um primeiro momento, a doutrina ora incluía a hipótese de evidência, nas tutelas de urgência, ora a excluía dessa hipótese. Por exemplo: Ovídio A. Baptista da Silva quando fez a referida distinção, abordou o tema dentro do capítulo da tutela urgente satisfativa autônoma e concluiu:

48 Seria possível equiparar esta hipótese àquelas que Kazuo Watanabe chama de plena e exauriente *secundum eventum probationis*, mas se, para se tornar exauriente, depende da produção de provas, é porque, no momento da concessão dela, ela era sumária (não completa). WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.128.

Não havendo, todavia, urgência que impeça a observância da bilateralidade da audiência, não será legítima a concessão de liminares satisfativas e de efeitos irreversíveis, sem que se estabeleça o contraditório regular, mesmo que o direito se mostre desde logo evidente ao magistrado.⁴⁹

Os exemplos e as posições doutrinárias analisadas permitem que sejam lançadas algumas conclusões parciais, quanto à modificação do conceito de tutela de evidência. A tutela de evidência era vista em um sentido mais amplo, para distinguir o grau de verossimilhança que o magistrado tem que analisar, no momento de conceder uma tutela acautelatória ou antecipatória.

Portanto, adota-se, até aqui, o posicionamento de que nem toda tutela de evidência decorre de direito líquido e certo, e que nem sempre é absolutamente necessária a produção de prova documental, para o deferimento da liminar e, ainda, que a cognição exercida para a concessão das liminares, com base em direito evidente e urgente, é sumária. Admite-se, igualmente, que existem situações de tutela evidente, sem urgência e com cognição exauriente.

Não há como fechar um conceito de tutela de evidência e ligá-lo sempre a direito líquido e certo, que demanda da produção da prova documental. Os diversos exemplos apresentadas pela doutrina e que acabaram de ser analisados demonstram isso, pois são deferidos com base não em simples aparência e tampouco em certeza.

2.2 TUTELA DE EVIDÊNCIA PROVISIONAL OU AUTÔNOMA

Acredita-se que o ponto de partida das discussões seja a própria compreensão da evidência de um direito. Ela pode ser determinada por níveis diversos e não apenas quando o direito for líquido e certo.

O direito é evidente, quando tiver um grau de probabilidade elevado e por ser mais do que verossímil. Ele pode ser demonstrado, através de qualquer meio de prova e não somente a prova documental. Entretanto, existem situações em que, o direito evidente pode exigir de pronto a referida prova, como é o caso dos procedimentos sumários documentais. É mais do que a simples aparência do direito, prevista para as cautelares. Algumas vezes, supera a “verossimilhança” exigida pelo art. 273 do CPC, para a concessão da tutela antecipada.

⁴⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, v. 3 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 75.

O direito evidente pode ser deferido sob a forma de uma liminar, antecipando-se, assim, efeitos da provável sentença de procedência. Pode, inclusive, em sendo antecipado, ser capaz de resolver todo o mérito, mesmo que tenha sido deferida inicialmente, com base em cognição não aprofundada.

Para a concessão da liminar, o juiz terá que se basear em alguma prova documental ou documentada, anexada à petição inicial ou com base em prova produzida antes da resposta do réu, dependendo do nível de probabilidade. Essa prova é que dará a ele, o grau de probabilidade, necessário para o deferimento liminar.

Para deferimento da tutela antecipada, durante o processo, o juiz poderá se valer de meios de provas, diversos da prova documental, como, por exemplo, a pericial e a testemunhal.

A liminar concedida, a partir de um direito evidente, pode ser uma medida provisional ou uma medida autônoma. A primeira produzirá efeitos fáticos reversíveis, é provisória e será substituída pela decisão final, que terá cognição exauriente. A segunda terá efeitos irreversíveis, definitivos e antecipará, de forma total, o que foi postulado. A medida antecipatória do direito evidente, no entanto, no momento de sua concessão, terá cognição sumária. Se não for admitida esta conclusão, o juiz estará diante de uma hipótese de julgamento antecipado da lide.

Quando o juiz, em uma ação de reintegração de posse, concede uma liminar, na ação de força nova, ele defere a medida com base em evidências de que houve o esbulho possessório e a perda da posse; logo, que o autor tinha a posse. Essa decisão é passível de reversão fática. A posse que foi dada ao autor, no início do processo, poderá ser devolvida ao réu. A decisão pode ser cassada ou modificada, durante todo o processo, e poderá ser mantida ou rejeitada, na sentença final.

Por outro lado, quando o juiz determina a realização de uma transfusão de sangue ou a liberação dos animais, para a exposição, os efeitos fáticos serão irreversíveis, mesmo que deferidos sob a forma de uma liminar. A tutela é de evidência e é satisfativa autônoma.

Assim, pode-se afirmar que a evidência enseja a concessão de todas as tutelas antecipadas, com diversos níveis de probabilidade, podendo ter efeitos fáticos reversíveis ou não, dependendo do caso concreto.

2.3 TUTELA DE EVIDÊNCIA – URGÊNCIA E RISCO DE DANO

Outra questão que envolve uma maior complexidade é a existência de urgência ou de risco de dano, nos casos de tutela de evidência. À luz do atual CPC, a doutrina examinou esta questão e, pelo projeto do novo CPC, o legislador posicionou-se no sentido de excluir os casos de evidência dos casos de urgência.

Inicialmente, é preciso não esquecer que existem dois tipos de perigo de danos. O perigo de dano iminente e irreparável, que é elemento do conceito da cautelar⁵⁰, porque gera a possibilidade de não realização do direito afirmado pela parte e, também, o perigo que decorre do tempo do processo, ou seja, da demora do processo.⁵¹ Esse último perigo está vinculado às tutelas antecipatórias, que, por sua vez, são deferidas, como já mencionado, a partir de evidências e não de simples aparência.

É possível que haja antecipação de uma tutela de evidência com risco de dano ou sem risco de dano. Os exemplos examinados mostraram que, em alguns casos, o perigo de dano estava presente e eram situações de urgência.

O dano previsto decorre da impossibilidade de o Estado dar uma tutela efetiva, tempestiva. Para não prejudicar o autor e não lhe causar danos paralelos, a tutela é autorizada. São as tutelas deferidas, com base, por exemplo, no inciso I do art. 273 do CPC. Nestas situações, o autor recebe de pronto, o que receberia no final do processo, se o pedido fosse julgado procedente. Algumas vezes, isso ocorre com efeitos reversíveis; em outras, com efeitos definitivos.

Existem hipóteses, porém, em que o perigo de dano não existe e que a urgência não é um elemento determinante. A primeira é a prevista no inciso II do art. 273 do CPC, que estabelece: “– fique

50 Apesar de constar expressamente do inciso primeiro do art. 273 do CPC, o perigo de dano iminente e irreparável, como requisito para concessão da tutela antecipada, entende-se, concordando com Silva e Marinoni, que ele, na verdade, é um dos elementos da tutela cautelar. O dano que surge na tutela antecipada decorre do tempo do processo. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, v.3 2.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 41. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil - Processo cautelar*. 2. ed., v. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.28.

51 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, v.3 2.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 41.

caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.⁵²

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam que “[...] essa tutela antecipatória independe de perigo de dano. Baseia-se simplesmente na maior evidência das alegações da parte autora quando comparadas com as alegações da parte ré”.⁵³

Teori Albino Zavascki, analisando o abuso de direito de defesa, conclui que as hipóteses de incidência são raras. Ele justifica, dizendo que o juiz pode ter poderes para impedir esses abusos, com base nos art. 125 e 130 do CPC. O autor afirma:

Desse modo, os casos de abuso de direito de defesa poderão ser prevenidos ou superados, no geral das vezes, ou pelo indeferimento de providências impertinentes ou pela técnica do julgamento antecipado da lide, o que tornará desnecessária a antecipação.⁵⁴

Quando o juiz entende que houve abuso no direito de defesa, significa que a defesa foi absolutamente infundada. Há, por parte da doutrina, uma divergência quanto à necessidade ou não de que o juiz encontre esta hipótese, após a contestação.

Segundo alguns, só assim o juiz poderia concluir abusiva a defesa. É o caso de Daniel Francisco Mitidiero, que diverge de Cassio Scarpinella Bueno, pois, para o primeiro, para que ocorra a hipótese de procrastinação, há obrigatoriedade da manifestação do réu. Para o segundo, é possível que ocorra tal hipótese, independentemente de o réu ter se manifestado no processo.⁵⁵

52 OLIVEIRA, Carlos Alberto de. Perfil dogmático da tutela de urgência. *AJURIS*, n. 70, Porto Alegre, p. 214-239, jul/1997, p.223. O autor tem um posicionamento peculiar, quanto ao inc. II, do art. 273, do CPC.:

“Não se trata aqui, à evidência, de antecipação do efeito ou efeito da sentença de mérito, pois a própria atitude do demandado já indica que, em regra, a causa encontra-se madura para julgamento, podendo o órgão judicial empregar perfeitamente o instituto do julgamento antecipado da lide, previsto no art.330”. O autor afirma ainda: “De tal sorte; a aplicação do inc. II do art. 273 encontrará campo propício por ocasião da prolação da sentença de primeiro grau, ou quando o processo chegar ao juízo de apelação, momentos mais adequados para aferição de estar ocorrendo abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório”.

53 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*. Comentado art. por art.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

54 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 82.

55 BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4. p. 19.

Mitidiero conclui que a previsão do art. 273, II “[...] constitui sede normativa para tutela antecipatória fundada na evidência da posição jurídica de uma das partes e cujo pressuposto de aplicação reside na ausência de defesa séria articulada pelo demandado”.⁵⁶

Luiz Fux concorda com Cassio Scarpinella Bueno e afirma:

Assente-se, ainda, por oportuno, que não é preciso ao juízo aguardar a defesa para considerá-la abusiva, haja vista que nos casos de evidência é lícito atender o requerimento de tutela antecipada, tal como se faz quando se analisa o pedido liminar de mandado de segurança, proteção possessória etc.

A insubsistência da defesa exercitável ou exercida, em resumo, configura, para a lei, caso de direito evidente, passível de receber a antecipação final após longo e oneroso procedimento.⁵⁷

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart afirmam que, para a concessão da tutela antecipada, prevista no art. 273, II, podem ser aplicadas duas técnicas, a da reserva da cognição da exceção substancial indireta infundada e a monitoria.

A primeira decorre do fato de que o ônus de provar a exceção indireta de mérito é do réu, conforme art. 333, do CPC, e de ele não pode usar esse ônus para ganhar tempo no processo. Se não fosse assim, o autor seria penalizado em razão do ônus da prova ser do réu. Sensível ao fato de que o “tempo do processo também é um ônus”, o juiz pode antecipar a tutela.

A segunda técnica, a monitoria, ocorre quando o autor cumpre o preceito do inciso I do art. 333 e produz a prova sobre o fato constitutivo, e o réu apresenta defesa de mérito inconsistente, mas que demanda a produção de prova. Nesse caso, assim como no anterior, o ônus do tempo do processo não pode ser do autor. Segundo os autores, as duas técnicas citadas exigem direito evidente do autor e a defesa infundada, que demanda provas.⁵⁸

56 MITIDIERO, Daniel. Tutela antecipatória e defesa inconsistente. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 339.

57 FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência* (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996. p. 347.

58 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.232-233.

No projeto do novo CPC, o legislador, no art. 285, separou as hipóteses que entendeu de evidência, daquelas de urgência satisfativas ou cautelares. No primeiro inciso, tratou daquela previsão do inciso II do art. 273 do atual código.

Daniel Mitidiero⁵⁹ entende que o art. 273, inciso II do CPC trata de tutela antecipatória, fundada em direito evidente, ou seja, aquela concedida diante da maior probabilidade do direito de uma parte, no caso, o autor. Para o doutrinador, o que o se pretende é amenizar o problema com a demora do processo. Ele difere de Teori Albino Zavascki, para quem a tutela concedida com base no intuito procrastinatório é punitiva do réu⁶⁰

Jose Roberto Bedaque também entende que a tutela antecipada pode deferida com base no inciso II do art. 273, independentemente do perigo de dano concreto. O autor aproxima a situação concreta à litigância de má-fé. Bedaque afirma que o objetivo da previsão legal é no sentido de acelerar o andamento do processo e que “[...] a existência do direito é provável não só pelos argumentos deduzidos pelo autor, como por aqueles apresentados na defesa.” Mais a diante, o autor ensina: “Na verdade, utilizou-se o legislador da técnica da antecipação provisória mediante cognição sumária, para punir ilícito processual”.⁶¹

Aqui cabe uma ressalva, é evidente que o objetivo da previsão legal foi beneficiar o autor, em razão do tempo do processo. A antecipação, porém, será cabível, mesmo que este tempo não seja longo, ou que, concretamente, dele não decorra prejuízo.

A previsão legal teve como preocupação a proteção do direito do autor, que, se mostrando evidente, tem obstado a sua efetivação de pronto, pela intenção do réu de retardar o andamento do processo.

O “dano” que, para os autores, não existe, em realidade, limita-se à questão do tempo, do retardamento do processo e a injustiça que isso pode significar. Se a demora do processo for vista como um ônus, haverá a compreensão de que algum dano poderia ocorrer.

59 MITIDIERO, Daniel. Tutela antecipatória e defesa inconsistente. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 338.

60 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 77.

61 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.309

Concorda-se com Bedaque, no sentido de que o dano concreto não ocorre e, mais, igualmente não se admite a existência de dano eminente e de difícil reparação, justificador da concessão da tutela cautelar. Por outro lado, também assiste razão ao autor, quando ele afirma que, no caso do inc. II do art. 273, a tutela é antecipada com base em cognição sumária.⁶²

Portanto, o inciso II do art. 273, do CPC, permite o deferimento da liminar, antecipando uma tutela de evidência, que é concedida para evitar o dano decorrente do retardo do processo e não do dano iminente e irreparável. A cognição realizada para deferimento da liminar é sumária.

Entende-se pertinente a afirmação de Luiz Guilherme Marinoni, no sentido de que, se a antecipação da tutela foi deferida, com a postergação do contraditório, a cognição será sumária. Caso contrário, ela será exauriente.⁶³

Outra hipótese de tutela de evidência está na previsão do § 6º, do art. 273 do CPC, ou seja: “A tutela antecipada poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.” Previsão similar existe no projeto do novo CPC, art. 285, inc. II.

Antes da análise desta situação, cabe transcrever a ressalva feita por Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar do tema:

Se nenhuma outra parcela do pedido houvesse para ser decidida depois (após a realização da prova), em vez de conceder a tutela antecipada o juiz julgaria antecipadamente o mérito (supra, n. 50), e para tanto, obviamente, não se preocuparia com os riscos da irreversibilidade. A circunstância de haver mais algum *petitum* pendente não compromete a segurança para permitir que se produzam efeitos irreversíveis.⁶⁴

Marcus Vinícios Rios Gonçalves entende que, se a incontrovérsia for em relação à totalidade dos fatos e não ocorrer hipótese de não

62 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p311.

63 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipada e Julgamento Antecipado: Parte Incontroversa da Demanda*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 145.

64 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.97.

incidirem os efeitos da revelia, o juiz proferirá o julgamento antecipado da lide. Mas, se apenas parte do pedido formulado ou um dos pedidos formulados se tornarem incontroversos, o juiz deverá antecipar a tutela.

O autor destaca, igualmente, que a literalidade do artigo pode induzir em erro, pois não há obrigatoriedade de que exista, sempre, a cumulação de pedidos. Basta que um único pedido formulado seja impugnado só parcialmente, para que o restante seja incontroverso.⁶⁵ Não se pode esquecer que, além de o pedido não ter sido impugnado, para que ele seja, efetivamente, incontroverso, não pode ser duvidoso.

Outro aspecto polêmico é que, apesar da crítica feita ao sistema atual, a doutrina tem entendido que o legislador não permitiu que a parte incontroversa do pedido fosse, de pronto, objeto de sentença de mérito⁶⁶. O posicionamento predominante na doutrina é o de que o mecanismo autorizado foi o da concessão de uma tutela que antecipe essa parte incontroversa do pedido.

Segundo a doutrina, a antecipação com base na incontrovérsia do pedido pode ser deferida, mesmo que o resultado seja irreversível. Aliás, é o que ocorrerá na prática. Deferida a tutela antecipada, em razão da evidência do direito do autor, gerado pela própria incontrovérsia, haverá um provimento que, de regra, se tornará definitivo. O fato de ter sido tido como incontroverso fará com que esse pedido seja, na sentença, julgado procedente.

João Batista Lopes, analisando a cognição para deferimento dessa tutela, com base em pedido ou parte de pedido incontroverso, afirma que [...] ao antecipar a tutela nas hipóteses em exame, o juiz pronuncia a certeza do direito, e, portanto, a cognição é exauriente”.⁶⁷

No mesmo sentido Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, para quem o juiz exercerá tutela exauriente, quando conceder tutela da parte incontroversa do pedido. Os autores afirmam:

Após a Emenda Constitucional 45/2004, que instituiu o direito fundamental à duração razoável do processo, uma melhor análise

65 GONÇALVES, Marcus Vinícios Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, 3.ed., v.1. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 303.

66 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 95-96.

67 LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 177-178.

impõe a conclusão de que a tutela da parte incontroversa adquire estabilidade. O postulado constitucional autônomo que dá fundamento ao direito fundamental à duração razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF), vinculando a interpretação judicial e, desta forma, a compreensão da regra do §6º do art. 273, faz obrigatoriamente surgir a interpretação de que a tutela da parte incontroversa da demanda, apesar de instrumentalizada através da técnica antecipatória, não pode ser modificada ou revogada ao final do processo.⁶⁸

Os mesmos autores também apresentam duas técnicas para concessão de tutela antecipada, com base no referido parágrafo 6º do art. 273 do CPC. Trata-se da não-contestação ou do reconhecimento jurídico parcial e a técnica do julgamento antecipado de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados.

Teori Albino Zavascki questiona se a ausência de impugnação resultaria, automaticamente, em incontrovérsia do pedido. O autor alerta que não, pois o juiz, apesar da falta de contestação, poderia entender inadequado o deferimento do pedido.⁶⁹ O autor usa, inclusive, um conceito amplo de pedido incontroverso, ou seja, “[...] será considerado incontroverso o pedido, mesmo contestado, quando os fundamentos da contestação sejam evidentemente descabidos ou improcedentes. Em outras palavras: quando não haja contestação séria.”

Aliás, o autor não menciona, mas esta questão está relacionada à do ônus da prova. Pode não ter havido a contestação ou a impugnação de determinado pedido; no entanto, se o autor não produziu a prova do fato constitutivo, o juiz não é obrigado a acolher o pedido.

Teori Albino Zavascki conclui sobre a efetivação da medida que antecipa a parte incontroversa do pedido, dizendo:

[...] o regime a ser adotado será o mesmo da execução provisória da correspondente sentença de procedência: em se tratando de antecipação de prestação de fazer, não fazer ou entregar, o procedimento e os meios executivos previstos no art. 461 e 461-A do Código de Processo Civil; e, em se tratando de prestação de pagar quantia, o da execução provisória disciplinado no art. 475-

68 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 235. Os autores informam, em nota de rodapé, que alteraram o posicionamento da sexta edição do livro.

69 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 110-111.

O, antecedido, se for o caso, de liquidação, caso em que a decisão interlocutória que deferiu a medida servirá como título executivo.⁷⁰

Luiz Guilherme Marinoni, assim como Zavascki na citação anterior, analisa a natureza jurídica do ato concessivo da medida, da antecipação da parte incontroversa do pedido e afirma:

Poderia alguém dizer, contudo, que se a decisão que concede a tutela configura decisão interlocutória, e assim é impugnável por meio de agravo, que não é recebido no efeito suspensivo, esta decisão pode ser executada na pendência do recurso, o que seria contraditório em relação ao pedido que somente pode ser julgado ao final (mediante sentença, uma vez que o recuso aí cabível (apelação) deve ser recebido, em regra, nos efeitos devolutivo e suspensivo. Essa contradição é fruto de política legislativa, e também está presente em relação à tutela antecipada baseada no art. 273, inc. I, uma vez que o legislador da ‘2ª etapa da reforma’ alterou o art. 520 do CPC simplesmente para dizer que o recurso de apelação não deve ser recebido no efeito suspensivo quando confirmar a tutela antecipatória, esquecendo-se do caso em que o juiz não concede a tutela antecipatória e, ao final, está presente o perigo e evidenciado o direito.⁷¹

O projeto do novo CPC, no art. 929, trata do recurso de agravo e prevê a utilização deste recurso para atacar as decisões interlocutórias que versem sobre urgência ou evidência e sobre o mérito da causa, além de outros dois casos. No parágrafo único, o artigo prevê a não incidência de preclusão de outras decisões interlocutórias, proferidas antes da sentença. Admite, porém, que a parte faça a sua impugnação em preliminar, nas razões ou contrarrazões de apelação.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, após apresentarem como exemplo de decisão interlocutória, a que reconhece a “[...] existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem [...]”, criticam a previsão legal, afirmando: “ Ao condicionar a revisão da decisão interlocutória de primeiro grau ao advento do julgamento da apelação, corre-se o risco de despojar o instituto da arbitragem de uma das suas principais características: a tempestividade da tutela arbitral.”⁷²

70 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 116.

71 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipada e Julgamento Antecipado: Parte Incontroversa da Demanda*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 141.

72 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: Críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.183.

Jaqueline Mielke Silva e José Tadeu Neves Xavier afirmam que a natureza jurídica do ato que concede a tutela antecipada, antecipando a parte incontroversa do pedido, tem natureza de sentença parcial. Os autores concluem que, diante do nosso sistema recursal, haverá dificuldades práticas e que o legislador deveria ter criado um novo tipo de recurso⁷³.

O projeto do novo CPC, no art. 158, §1º apresenta o novo conceito de sentença: “Ressalvadas as previsões expressas nos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 473 e 475, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como o que extingue a execução”

Pode-se verificar que houve um erro material, pois os casos de prolação das sentenças estão nos artigos 467 e 468 do projeto e não nos artigos citados. É possível constatar, assim, que o projeto não admitiu a ideia da sentença parcial e deixou bem clara, de forma expressa, a posição pela previsão quanto aos recursos.

Entende-se que Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero têm razão, quando afirmam que o projeto deveria prever conceito de sentença mais amplo, com o consequente: “[...] reconhecimento da existência de sentenças provisórias, temporárias e de sentenças que tratem definitivamente apenas de parcela do litígio ao longo do procedimento comum”⁷⁴

Segundo os próprios autores mencionam, além disso, é notório que o motivo determinante para não ousar, com uma alteração ainda maior, foi que teria que ter sido alterado, também, o sistema recursal.

73 SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. *Reforma do Processo Civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 53. Neste mesmo sentido, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.253. Também concluiu no sentido de que há necessidade de um novo tipo de recurso, CAMBI, Accácio. Novo conceito de sentença: sua repercussão no ordenamento processual (na classificação das sentenças e no sistema recursal). *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.182, p.17-55, abr. 2010, p. 52. Rafael Corte MELLO, com base nos ensinamentos de Ovídio B. da SILVA, afirma que a definitividade não deve ser tida como elemento diferenciador entre sentença e decisão interlocutória. Existem interlocutórias que se tornam definitivas, em razão da preclusão, como, por exemplo, quando o juiz indefere a produção de provas e encerra a instrução. Por outro lado, existem também sentenças que, só excepcionalmente, fazem coisa julgada, como é o caso das cautelares, razão pela qual os autores retro citados entendem que existem sentenças provisórias. MELLO, Rafael Corte. *Tutelas de urgência e cautelares*. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. Coordenador Donald Armelin. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 974.

74 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: Críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 91.

No projeto do novo CPC, o artigo 285, que trata da tutela de evidência, contém mais dois incisos, ou seja, o III e o IV.

Os incisos III e IV não podem ser interpretados em sua literalidade. No primeiro caso, isto ocorre, porque, se o autor tiver prova “irrefutável do direito alegado” e o réu não opôs “prova inequívoca”, haverá o julgador que julgar antecipadamente a lide. O mesmo ocorrerá se, no segundo inciso, “a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.”

Acredita-se que a única solução será dar, à situação concreta, a interpretação de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Nos dois incisos, deve-se considerar as hipóteses de cognição sumária. No inciso III, pode-se entender que a prova do autor ainda não permite o julgamento de pronto e o réu não apresentou provas suficientes para demonstrar o contrário, e, no IV, que há a necessidade de concessão da liminar.⁷⁵

Se a interpretação dos autores, acima descrita, não for a adotada, serão dois casos de julgamento antecipado da lide, não tendo sentido a previsão do projeto no art. 353.

3 CONCLUSÃO

O estudo das tutelas de urgência e de evidência mostrou, primeiramente, que a realidade forense contribuiu diretamente para as alterações da legislação, ao longo das reformas, e também no projeto de novo CPC.

Partiu-se de uma contundente necessidade de distinção entre as tutelas de urgência e, pouco tempo depois, a realidade impôs uma mudança. Era necessária a fungibilidade entre os dois institutos, pois o jurisdicionado não poderia ser penalizado pela morosidade e pela divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

Durante essa trajetória, pode-se perceber uma mudança de paradigma. Havia uma grande preocupação com a segurança jurídica, que acabou cedendo espaço à questão da celeridade processual. As reformas propostas, até agora, e as que virão, reforçam essa ideia.

Algumas constatações podem ser listadas objetivamente:

75 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: Críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 109.

Há uma evidente intenção em distinguir as tutelas de urgência e de evidência; entretanto, dentre as de urgência, praticamente, serão inócuas as diferenças, não só pela aplicação da fungibilidade, quanto pelo procedimento previsto no projeto do novo CPC.

As decisões com base em tutelas de urgência - inclusive, de evidência - são não definitivas; no entanto, a proposta do novo CPC pretende que, deferida a liminar, sem que haja impugnação por parte do réu e efetivada a medida, ela se estabilize.

Apesar da discussão doutrinária envolvendo a constitucionalidade dessa previsão, entende-se que é adequada a mudança, pois a decisão pode ser impugnada e também proposta ação principal. A previsão força, apenas, a provocação da parte.

Para viabilizar a hipótese anterior, é preciso admitir, sem restrição, a autonomia procedimental da tutela antecipada, o que se entende viável.

Há, também, uma proposta de que o juiz desempenhe um papel mais ativo dentro do processo, deferindo, se entender cabível, de ofício, a tutela antecipada, concedida com base em tutela de urgência ou, até mesmo, só de aparência.

O direito evidente possui um alto grau de probabilidade e é mais do que verossímil. Pode ser demonstrado pela prova documental ou outros meios de provas.

O grau de evidência oscila. Às vezes, a evidência, que é mais do que aparência, serve para deferimento de uma tutela antecipada, com base no artigo 273 do CPC; outras vezes, o grau é bem mais elevado, como na hipótese do levantamento da parte incontroversa do pedido.

O direito evidente pode ser deferido liminarmente e resolver ou não todo o mérito, apesar da cognição sumária. O acolhimento do direito evidente, de forma liminar, pode conduzir a resultados fáticos reversíveis ou irreversíveis. O direito evidente pode ser deferido, a partir da constatação ou não do risco de dano.

Em realidade, entende-se que apenas as alterações procedimentais e conceituais, propostas no projeto do novo CPC, não serão suficientes para solucionar o problema existente no Judiciário. Elas, certamente, trarão muitas indagações no dia a dia forense, além de divergências

doutrinárias e jurisprudenciais. Espera-se, porém, que, ao fim e ao cabo, haja, ao menos, uma melhora na efetividade da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Augusto Paes de. A cognição nas tutelas de urgência no processo civil brasileiro. *Jus navegandi*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/868/a-cognicao-nas-tutelas-de-urgencia-no-processo-civil-brasileiro>> Acesso em: 11.mar. 2011.

ALVIM, Eduardo Arruda. Irreversibilidade de decisão antecipatória de tutela e direitos fundamentais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 105, n.403, p.139-155, maio/jun. 2009.

ALVIM, Arruda. A evolução do direito e a tutela de urgência. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v.57, n.378, p.11-37, abr. 2009.

AMARAL, Rafael Lopes do. Fungibilidade das tutelas de urgência. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, n.46, p. 90-10, jan. 2007.

ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. *Revista de Processo*, São Paulo, SP: Revista dos Tribunais. v. 25. n.100, p. 33-60, out./dez. 2000.

BASTOS, Cristiano de Melo; MEDEIROS, Reinaldo Maria de. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade como garantia da instrumentalidade e efetividade processual. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v.11, n. 62. p.116-133, nov./dez. 2009.

BAUR, Fritz. *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Tradução: Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. v. 4, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista, v.I. São Paulo: Classic Book, 2000.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. v. III. Tradução: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Librería “El foro”, 1.996.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi, Campinas: Servanda, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Grece Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CAMBI, Accácio. Novo conceito de sentença: sua repercussão no ordenamento processual (na classificação das sentenças e no sistema recursal). *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.182, p.17-55, abr. 2010.

_____. *Da antecipação de tutela*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Guilherme Recena. Entre função e estrutura: Passado, presente e futuro da tutela de urgência no Brasil. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Jean Carlos. Ainda a fungibilidade entre as tutelas de urgência. A atual posição doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, n. 60, p. 75-81, mar. 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *A reforma da reforma*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

FLACH, Daisson. A estabilidade e controle das decisões fundadas em verossimilhança: Elementos para uma oportuna reescrita. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. A tutela dos Direitos Evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em: 10.mar.2011.

GONÇALVES, Marcus Vinícios Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, 3. ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2006.

LACERDA, Galeno; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Comentários ao código de processo civil*. v. VIII, t. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998,

LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. Aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência cautelar e genérica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 182, p. 315-330, abr. 2010.

LIVONESI, André Gustavo. Fungibilidade das Tutelas de Urgência: a Tutela Cautelar e a Tutela Antecipada do art. 273 do CPC., *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, n. 28, p. 9-23, jul. 2005.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo cautelar*. v. 4. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipada e Julgamento Antecipado: Parte Incontroversa da Demanda*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*. Comentado art. por art.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: Um departamento do processo civil ainda carente de sistematização. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.104, n. 398, p. 91-131, jul/ago. 2008.

MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n.183, p.165-194, maio 2010.

_____. Tutela antecipatória e defesa inconsistente. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. *Revista de Processo*, p.198-211, n. 81, julho-setembro, 1996.

NOTARIANO JUNIOR, Antônio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. O julgamento antecipado da lide e a antecipação de tutela em caso de pedidos incontroversos. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutela de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Perfil dogmático da tutela de urgência. *AJURIS*, Porto Alegre, n.70, p. 214-239, jul/1997.

_____. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 348, p. 67-75, out./nov./dez 1999.

REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. 2. t. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIGHI, Eduardo. Tutelas de urgência e efetividade do processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.105, n.401, p.151-186, jan./fev. 2009.

SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. *Reforma do Processo Civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, v. 3, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 406p.

_____. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha; FIUZA, César. A tutela antecipada e o instituto da evidência no processo civil americano. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, BH, v. 2, n. 3-4, p. 253-257, jan./dez. 1999.

TAKOI, Sérgio Massaru. Princípios constitucionais, tutela antecipada e a proporcionalidade. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, Dialética n. 61, abr. 2008, p. 105-119.

TAVARES, Fernando Horta et al. Urgência de tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado de Direito Democrático = Urgency of guardianships : for a theory of the effectiveness of the process adequate to the democratic rule of law. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.11, n.21 , p.145-162, 1º sem. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Um novo código de processo civil para o Brasil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.7, n.37, p.86-97, jul./ago. 2010.

_____. Primeiras observações sobre o projeto do novo código de processo civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 6, n. 36, p. 5-11, maio/jun.2010.

WATANABE, Kazuo. Assistência Judiciária como Instrumento de Acesso à ordem Jurídica Justa. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 22, São Paulo, p.134, jan/dez,1985.

_____. *Da Cognição no Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, São Paulo: Saraiva, 2009.

A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E O PROJETO DE LEI N. 5.082/2009

*TAX CLOSING AGREEMENT AND THE
DRAFT LAW N. 5.082/2009*

*Matheus Carneiro Assunção
Procurador da Fazenda Nacional. Bacharel em Direito pela UFPE
Especialista em Direito Tributário pelo IBET
Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela FGV
Especialista em Direito Tributário pela USP
Mestrando na área de Direito Financeiro e Tributário pela USP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Autocomposição de Conflitos em Matéria Tributária: Limites e Possibilidades; 2 Transação Tributária no Direito Comparado; 3 O Novo Modelo Transacional Previsto no PL 5.082/2009; 3.1 Disposições gerais; 3.2 Modalidades de transação; 3.3 As Câmaras de Transação e Conciliação; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo busca analisar a possibilidade de transação em matéria tributária, identificando os contornos do mecanismo de solução de controvérsias fixado no art. 171 do Código Tributário Nacional. Nessa tônica, o estudo pretende abordar exemplos de utilização da transação tributária no Brasil e internacionalmente, além de precedentes jurisprudenciais, com vistas a fornecer subsídios teóricos para avaliar a relevância e adequação dos dispositivos contidos no Projeto de Lei nº. 5.082/2009.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução de conflitos. Transação Tributária. Legalidade. Projeto de Lei nº. 5.082/2009.

ABSTRACT: This article explores the possibility of a tax closing agreement, identifying the contours of the dispute settlement mechanism fixed in Article 171 of the National Tax Code. In this keynote, the study intends to explore examples of tax closing agreements in Brazil and internationally, besides judicial precedents, in order to provide a theoretical basis for evaluating the relevance and adequacy of legal provisions contained in the Draft Law n. 5.082/2009.

KEYWORDS: Dispute Resolution. Tax Closing Agreement. Legality. Draft Law n. 5.082/2009.

INTRODUÇÃO

Por ocasião da solenidade de assinatura do “II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça Mais Acessível, Ágil e Efetivo”, em 13 de abril de 2009, os representantes dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) expressamente salientaram a importância do aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente através da prevenção de conflitos.

Para a consecução desse objetivo, estipulou-se o compromisso de “fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização”¹. Nesse contexto se enquadra a meta de revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo, constante do aludido pacto.

Dando o primeiro passo no processo de alteração da legislação tributária, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 5.082/2009, que dispõe sobre a transação em matéria tributária. O projeto é oriundo de minuta elaborada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, tendo como foco a redução do nível de litigiosidade na aplicação da legislação tributária.

Parte-se da premissa de que uma lei geral que regulamente o disposto no *caput* do art. 171 do Código Tributário Nacional², viabilizando a utilização de métodos alternativos de solução de controvérsias em matéria tributária, tende a aumentar a eficiência do atual modelo de gestão da dívida ativa, e conseqüentemente a arrecadação tributária, sem descuidar do interesse público.

Nas linhas seguintes, procuraremos traçar um breve panorama dos métodos de solução de conflitos adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, levantando os obstáculos atuais para a utilização de mecanismos de autocomposição no campo do Direito Tributário. Em sucessivo, serão abordadas experiências internacionais recentes de transação tributária em diferentes países e traçadas as principais características do modelo normativo esboçado no PL 5.082/2009.

1 BRASIL. II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça Mais Acessível, Ágil e Efetivo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PactoRepublicano.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

2 Art. 171. *A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.*

Pretendemos, ao final, estabelecer uma síntese conclusiva acerca da possibilidade da adoção de uma nova sistemática de composição de conflitos em matéria tributária no Brasil.

1 AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: LIMITES E POSSIBILIDADES

Conflitos de interesses fazem parte da vida social. Diante da necessidade de dirimi-los, surgiram ao longo da História basicamente três caminhos: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.

Nos primórdios, quando não existia um ordenamento jurídico e um Estado com poderes de aplicá-lo coercitivamente, garantindo o cumprimento das normas, imperava a lei do mais forte, representada na autotutela. As pessoas buscavam satisfazer suas pretensões por atos de vontade unilaterais, amparados na força, nas capacidades próprias, circunstância que não garantia a justiça. Além da autotutela, conforme lembra Ada Pellegrini Grinover³, existia nos sistemas primitivos a autocomposição, pela qual uma das partes em conflito, ou ambas, abriam mão do interesse ou de parte dele.

A autotutela ou autodefesa, solução violenta do conflito, foi afastada quando o Estado moderno avocou o monopólio da jurisdição, permanecendo válida apenas em situações excepcionais, expressamente previstas em lei. A autocomposição, por outro lado, solução pacífica da controvérsia pelos próprios interessados, que chegam a um resultado consensual, por vezes com o auxílio de um terceiro, permanece como um importante mecanismo de pacificação social. Realiza-se na forma de transação (obtida por negociação direta), conciliação ou mediação. Já a heterocomposição ocorre quando a solução do conflito é confiada em caráter exclusivo a um terceiro alheio ao objeto do litígio, por meio da jurisdição ou da arbitragem, cujo procedimento é previsto na Lei nº. 9.307/96.

Para os fins do presente estudo, manteremos foco nos mecanismos de autocomposição de conflitos, especialmente na negociação direta, figura central do Projeto de Lei Geral sobre Transação Tributária (PL nº. 5.082/2009). Afinal, é a partir da negociação que se pode alcançar um acordo transacional.

3 GRINOVER, Ada Pellegrini. A Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e uma Nova Modalidade de Autotutela. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 10, jul./dez. 2007. p. 1. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2009.

A negociação pode ser definida como o processo por meio do qual as partes envolvidas entabulam tratativas, no sentido de encontrar formas de satisfazer interesses em contraposição, procurando ajustar as diferenças com vistas a uma relação desejável tanto sob o ponto de vista econômico, quanto social, psicológico e legal⁴.

Através da negociação direta, é possível alcançar-se a autocomposição de conflitos, inclusive em questões envolvendo matéria tributária, desde que observados os parâmetros normativos traçados pelo sistema tributário brasileiro.

A transação é instituto incorporado no Direito privado desde longa data. O Código Civil de 1916 já previa, em seu art. 1.025, ser lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas. Dispositivo de redação idêntica é encontrado no art. 840 do Código Civil de 2002.

No Direito Tributário, porém, a transação possui algumas peculiaridades. O Código Tributário Brasileiro, em seu art. 156, II, elenca a transação como causa extintiva do crédito tributário. Por sua vez, estabelece o art. 171:

Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.

Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

Transigir implica em concessões de parte a parte, erradicando a incerteza acerca de uma determinada controvérsia, por meio da celebração de um acordo. Como destaca Silvio Venosa, “não existe transação se uma das partes abre mão de todos os seus direitos: o negócio jurídico será outro, podendo ser confissão ou reconhecimento do pedido ou até mesmo remissão”⁵. Nesse sentido, pontua Ricardo Lobo Torres:

A transação implica no encerramento do litígio através de ato do sujeito passivo que reconhece a legitimidade do crédito tributário, mediante

4 SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p.108.

5 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 313.

concessão recíproca da Fazenda Pública. O objetivo primordial da transação é, por conseguinte, encerrar o litígio, tornando seguras as relações jurídicas. O seu requisito essencial é que haja *direitos duvidosos* ou relações jurídicas subjetivamente incertas. Para que se caracterize a transação torna-se necessária a *reciprocidade de concessões*, com vista ao término da controvérsia. Renúncia ao litígio fiscal sem a correspondente concessão é mera desistência, e, não, transação.⁶

O objetivo da transação é a eliminação da insegurança presente no litígio, através de concessões mútuas definidas conforme a vontade das partes, apenas podendo ocorrer quando houver conflito instaurado. Bem pondera Sacha Calmon Navarro Coêlho que transacionar “não é pagar; é operar para possibilitar o pagar”⁷. Tal operação, naturalmente, exige um prévio dissenso quanto ao objeto do pagamento. Do contrário, não haveria transação, mas simples adimplemento obrigacional. A dúvida, assim, é elemento que inevitavelmente permeia o litígio sobre o qual se transige. Nesse prisma, assevera Cledson Moreira Galinari:

Pode-se dizer que a certeza da obrigação pelo consenso não implica certeza do Direito objetivo, do conteúdo da lei, etc., como jamais poderia implicar certeza do acontecimento ou não de um fato. Ao contrário, é da essência da transação substituir a dúvida sobre a incidência pela certeza do consenso, passando a obrigação a se basear no segundo e não na primeira. Se houve ou não, no caso, a incidência de norma exacional tributária sobre fato que se enquadra na descrição de sua hipótese, é questão que resta superada, não sendo mais debatida.⁸

A transação consiste, sumariamente, em instrumento de solução de controvérsias mediante ajustes mútuos, que implicam a extinção da relação jurídica tributária⁹. Apenas pode ser realizada nos termos e condições estabelecidos em lei, que deverá indicar a autoridade competente para efetivá-la.

O princípio da legalidade, com efeito, é caro ao instituto da transação, de modo que nenhuma transação pode se operacionalizar à

6 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 298.

7 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 628.

8 GALINARI, Cledson Moreira. *Abordagem Principiológica e Pragmática da Transação Tributária*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-ago-18/abordagem_principiologica_pragmatica_transacao_tributaria>. Acesso em: 01 abr. 2009.

9 Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 465.

míngua de lei específica que estabeleça os limites e condições para a celebração de acordo entre os sujeitos da relação jurídica tributária.

Por outro lado, a transação depende da prévia instauração de um litígio, diferentemente da figura prevista no art. 804 do Código Civil vigente, consoante destaca Hugo de Brito Machado:

Tanto como no Direito privado a transação é um acordo, que se caracteriza pela ocorrência de concessões mútuas. Mas no Direito Tributário a transação (a) depende sempre de previsão legal; e (b) não pode ter o objetivo de evitar litígio, só sendo possível depois da instauração deste.¹⁰

Vale acentuar que a transação tributária não se confunde com o parcelamento. Sobre esse ponto, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. O PARCELAMENTO DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO NÃO IMPLICA A EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO MAS A SUA SUSPENSÃO.

1. O parcelamento do débito na execução fiscal implica, tão-somente, a suspensão do processo, conservando-se perene a Certidão da Dívida Ativa a sustentar a execução até que se extinga a dívida, podendo operar-se a continuidade da execução fiscal pelo saldo remanescente, se o parcelamento não restar cumprido integralmente pelo sujeito passivo.

2. A figura do parcelamento não se confunde com a transação extintiva do crédito. A autocomposição bilateral ou transação é forma de extinção do crédito tributário, consoante determina o art.156, III do CTN, implicando no término do direito da Fazenda Pública de cobrar a obrigação tributária.

3. Considerando que a transação é a forma pela qual as partes previnem ou terminam litígios mediante concessões mútuas, enquanto que o parcelamento é a mera dilação de prazo para o devedor honrar sua dívida, não há que falar em naturezas semelhantes. Ao revés, no parcelamento, a dívida ativa não se desnatura pelo fato de ser objeto de acordo de parcelamento, posto que não honrado o

10 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 227.

compromisso, retoma ela o os seus privilégios, incidindo a multa e demais encargos na cobrança via execução fiscal.

4. É novel regra assente no Código Tributário Nacional que o parcelamento do débito é meramente suspensivo.

5. Recurso especial provido.¹¹

Há uma divergência hermenêutica concernente à extensão semântica dos termos “determinação” e “litígio”, contidos no *caput* do art. 171 do CTN. Em uma interpretação literal, determinação deve ser compreendida como término, o que ocasionaria a impossibilidade de transação preventiva. Contudo, se “litígio” for apenas o conflito jurisdicionalizado, não seria possível a transação sem prévio ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário.

Paulo de Barros Carvalho defende que, para a transação ser possível, é suficiente a instauração de processo administrativo tributário:

Agora, divergem os autores a propósito das proporções semânticas do vocábulo *litígio*. Querem alguns que se trate de conflito de interesses deduzido judicialmente, ao passo que outros estendem a acepção a ponto de abranger as controvérsias meramente administrativas. Em tese, concordamos com a segunda alternativa. O legislador do Código não primou pela rigorosa observância das expressões técnicas, e não vemos por que o entendimento mais largo viria em detrimento do instituto ou da racionalidade do sistema. O diploma legal permissivo da transação trará, certamente, o esclarecimento desejado, indicando a autoridade ou as autoridades credenciadas a celebrá-la.¹²

De fato, a transação pressupõe a existência de um acordo, com concessões mútuas, acerca de um litígio previamente instaurado. Diferentemente do Direito Civil, portanto, não pode ser utilizada como mecanismo preventivo de litígios. Mas isso não significa que somente possa ocorrer em sede de litígios instaurados perante o Poder Judiciário. Também no Processo Administrativo Tributário é possível a ocorrência de litígios, quando o contribuinte manifesta impugnação tempestiva ou recursos administrativos em face do lançamento efetuado. Logo, a princípio, inexistente óbice para que ocorra a transação no âmbito administrativo.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. *Recurso Especial nº. 514.351/PR*. Relator: Ministro LUIZ FUX. Julgado em: 20 mar. 2003. DJ de 19 dez. 2003. p. 347.

12 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 465-466.

Adotando posicionamento diametralmente oposto, Eduardo Marcial Ferreira Jardim defende a total incompatibilidade da transação no âmbito tributário:

Em despeito do quanto dispõe o art. 171 do Código Tributário Nacional e apesar da equivocada opinião ainda prosperante em expressiva parcela da doutrina, não padece dúvida que o aludido instituto afigura-se incompatível com as premissas concernentes à tributação, dentre elas a necessária discricionariedade que preside a transação e a vinculabilidade que permeia toda a função administrativa relativa aos tributos.¹³

É inegável, porém, que a transação tributária encontra-se prevista no direito positivo brasileiro, em dispositivo de eficácia dependente da edição de lei específica. Ademais, o instituto é utilizado em diversos outros países. A questão que se coloca é a compatibilidade entre a discricionariedade administrativa e o princípio da legalidade estrita e da indisponibilidade do interesse público. Nesse diapasão, salienta Ives Gandra da Silva Martins:

Note-se que a disposição do art. 171 faz clara menção à celebração de transação “mediante concessões mútuas”, o que vale dizer, há razoável discricionariedade na atuação da administração, no conformar as condições da transação com vistas ao atendimento do interesse público. Porém, nada disso prevalecerá se não houver a encampação desses parâmetros – ou a fixação de outros – pelo Poder Legislativo, passando a ser vinculada a atuação do administrador público ao receber crédito tributário pela forma transacionada, a partir da aprovação da lei.

É que o instituto da transação traz inequívocos benefícios à administração pública, sobre não inviabilizar o pagador de tributos, sendo o principal deles a imediatez na recuperação de recursos, o que, de outra forma, seria de difícil obtenção, em razão do exercício do direito de defesa pelo contribuinte, na esfera administrativa e judicial.¹⁴

13 JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 402.

14 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Transação tributária realizada nos exatos termos do art. 171 do Código Tributário Nacional – Inteligência do dispositivo – Prevalência do interesse público em acordo envolvendo prestação de serviços e fornecimento de material – Rigoroso cumprimento da legislação complementar federal e municipal – Opinião legal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário*: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 378.

Não é sem razão que o art. 171 do CTN prevê a necessidade de lei que regulamente as condições para a celebração da transação em matéria tributária. A indisponibilidade do interesse público assim o exige. Isto não significa, porém, que essa indisponibilidade alcance a própria possibilidade de composição da controvérsia mediante denominadores comuns. Calha, a propósito, o ensinamento de Paulo de Barros Carvalho:

O princípio da indisponibilidade dos bens públicos impõe seja necessária previsão normativa para que a autoridade competente possa entrar no regime de concessões mútuas, que é da essência da transação. Os sujeitos do vínculo concertam abrir mão de parcelas de seus direitos, chegando a um denominador comum, teoricamente interessante para as duas partes, e que propicia o desaparecimento simultâneo do direito subjetivo e do dever jurídico correlato.¹⁵

A indisponibilidade do interesse público não é limite intransponível à transação tributária. Em verdade, é perfeitamente possível compatibilizar o primado do interesse público com formas de autocomposição de conflitos.

Inexiste empecilho para que a própria lei defina margens de disponibilidade do crédito tributário, atendendo a critérios de interesse público, e observando-se os princípios constitucionais tributários. Nesse sentido, posiciona-se Heleno Taveira Torres:

No campo da aplicação, nada impede que a lei possa qualificar, dentro de limites e no atendimento do interesse coletivo, os melhores critérios para a constituição, modificação ou extinção do crédito tributário, inclusive os meios de resolução de conflitos, vinculativamente e com espaço para discricionariedade, no que couber, visando a atender a praticabilidade, economicidade, celeridade e eficiência da administração tributária.¹⁶

Cumprе lembrar que o Superior Tribunal de Justiça já enfrentou o tema da transação tributária, manifestando-se pela sua possibilidade, desde que observado o princípio da legalidade. Nas palavras do Ministro Luiz Fux, relator do Recurso Especial nº. 929121/MT, “o instituto da transação tributária, assim como a compensação e a remissão (artigo

15 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008. p. 484.

16 TORRES, Heleno Taveira. Transação, Arbitragem e Conciliação Judicial como Medidas Alternativas para Resolução de Conflitos entre Administração e Contribuintes – Simplificação e Eficiência Administrativa. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, mar. 2003. p. 6.

156, do CTN), submete-se ao subprincípio da reserva da lei tributária (artigo 97, do CTN), consectário do princípio da legalidade, que decorre do valor supraconstitucional da ‘segurança jurídica’¹⁷. O voto vencedor resultou na seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ISSQN. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL (“APROVEITAMENTO HIDRELÉTRICO DE JAURU”). ACORDO ENTRE A CONSTRUTORA E O MUNICÍPIO, FUNDADO EM CONVÊNIO INTERMUNICIPAL.

DECISÃO JUDICIAL HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA. ARTIGO 171, DO CTN. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. ARTIGO 475, DO CPC.

1. A sentença homologatória de acordo acerca da alíquota do ISS, calcada em convênio municipal declarado inconstitucional pela Corte Local e que contaminou a transação levada a efeito pelas partes, ostenta natureza de decisão de mérito proferida em desfavor do município, ensejando o duplo grau de jurisdição, posto afinada, a remessa ex officio, com a ratio essendi do artigo 475, inciso I, do CPC.

2. A sindicância do teor do convênio esbarra na Súmula 5/STJ e os fundamentos constitucionais (artigo 150, § 6º, da Constituição Federal de 1988) também não são passíveis de cognição no Superior Tribunal de Justiça, mercê de interposto recurso extraordinário, sendo certo que a lei local autorizativa da citada transação é obstada na aferição da sua sintonia com o Código Tributário Nacional, por força da Súmula 280/STF.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

Vê-se que a transação tributária, além de encontrar previsão no ordenamento jurídico vigente, é reconhecida como causa de extinção do crédito tributário pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO - ICMS - TRANSAÇÃO: EXTINÇÃO DO PROCESSO.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. *Recurso Especial nº. 929.121/MT*. Relator: Ministro LUIZ FUX. Julgado em: 11 dez. 2007. DJ de 29 mai. 2008.

1. A transação entre o contribuinte e o Fisco leva à extinção da obrigação (art. 171 do CTN).
2. Desconsiderada a transação, há infração ao CTN e ao Código Civil.
3. Recurso provido.¹⁸

Dentro dos limites estabelecidos em lei, é a transação tributária plenamente admissível. Deveras, a aplicação do princípio da eficiência administrativa, elencada no art. 37 da Constituição da República, leva à necessidade de existirem mecanismos de solução célere de conflitos tributários, em atenção ao interesse público.

O Estado de Pernambuco revelou-se um pioneiro na previsão de transação em matéria tributária, com a edição da Lei Complementar Estadual nº. 105/2007, e do Decreto nº. nº 32.549/2008, que a regulamenta. Sobre a iniciativa, em prol da administração eficiente, esclarece Arnaldo Sampaio Godoy:

Ao que parece, afasta-se de percepção reducionista do interesse público fiscal. Reformula-se o papel da administração tributária, que deixa de ser uma mera coletora e que passa também a protagonizar o papel de facilitadora. Resgatam-se possibilidades, em favor do cidadão. Acena-se com eficiência, aponta-se para o direito à boa administração.¹⁹

Nos termos do art. 3º da Lei Complementar pernambucana, as transações judiciais e extrajudiciais em que seja parte ou interessado o Estado de Pernambuco, suas autarquias e fundações públicas, serão firmadas pelo Procurador Geral do Estado, fundamentado em parecer, após ouvido o dirigente do órgão ou entidade estadual relacionado com a demanda, observados o interesse público e a conveniência administrativa, na forma estabelecida em Decreto. Prevê-se, ainda, a possibilidade de Procuradores do Estado, diretamente e após autorização do Procurador-Geral do Estado, transacionarem no curso da ação judicial que envolva valor correspondente a 40 (quarenta) salários-mínimos (§ 2º), exceto naquelas ações reavias ao patrimônio imobiliário

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 21.743/RJ*. Relatora: Ministra ELIANA CALMON. Julgado em: 26 out. 1999. DJ de 29 nov. 1999. p. 146.

19 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A Transação Tributária em Pernambuco. *Valor Online*, 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.pge.pe.gov.br/opencvms/opencvms/pge/noticias/noticias/noticias-0094.html>>. Acesso em: 01 abr. 2009.

do Estado (§3º). Cuida-se de medida tendente a permitir maior agilidade na resolução de conflitos de menor monta e complexidade, mediante a redução de formalismos.

Todavia, o art. 8º ilustra as hipóteses restritas de aplicação da transação em matéria tributária:

Art. 8º. As transações referentes a ações judiciais que versem sobre matéria tributária não acarretarão dispensa de tributo devido nem de multa, juros e demais acréscimos porventura cobrados, exceto se cumulativamente atenderem às seguintes condições:

I – o litígio envolver matéria em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, e desfavorável à Fazenda Pública;

II – houver renúncia, por parte do sujeito passivo da obrigação tributária, a eventual direito a verbas de sucumbência, compreendendo os honorários advocatícios, que deve ser formalizada pelo advogado titular da verba, bem como às custas e demais ônus processuais.

Nota-se que houve alguma timidez na previsão do âmbito de abrangência da transação tributária. Em outras palavras, o texto legal dispôs que apenas as demandas com grande probabilidade de fracasso da Fazenda Pública poderiam comportar acordos transacionais.

Ora, se o litígio envolver matéria em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, desfavorável à Fazenda Estadual, o grau de incerteza quanto ao desfecho da lide é dos menores. Aliás, em tais situações, é bem provável que reste a Fazenda vencida, devendo arcar com as pertinentes verbas sucumbenciais.

Nessa perspectiva, o art. 8º em comento procurou viabilizar a possibilidade de a parte interessada abrir mão dos valores relativos às verbas de sucumbência que lhe seriam devidas, em troca de um desfecho mais célere da lide, evitando-se recursos protelatórios por parte da Fazenda Pública. Trata-se de hipótese restrita, mas nem por isso menos importante. Em alguns casos, é mais vantajoso ao particular receber parcela significativa do montante discutido em juízo do que prolongar anos a fio o debate no Judiciário.

2 A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA NO DIREITO COMPARADO

Na Itália, mecanismos de autocomposição de conflitos em matéria tributária são utilizados de longa data. Através do *concordato tributario*, busca-se a redução do quadro de litigiosidade, com ganhos expressivos em termos de celeridade e eficiência econômica. *L'Agenzia delle Entrate*, órgão público italiano incumbido da gestão e controle de tributos, permite diversas formas de se prevenir e pôr termo a litígios no campo tributário, como a programação fiscal (*La programmazione fiscale*), a aquiescência (*L'acquiescenza*), o lançamento com adesão (*L'accertamento con adesione*) e a conciliação judicial (*La conciliazione giudiziale*)²⁰.

A *programmazione fiscale* consiste numa espécie de ajuste prévio entre o contribuinte e a Administração, mediante o qual se pode determinar, por um triênio, os rendimentos característicos da atividade desenvolvida pela empresa, visando a diminuição da carga fiscal. A *acquiescenza* é uma renúncia ao direito de recorrer de uma autuação tributária, com a contrapartida da redução do valor da sanção imposta. O objetivo é evitar recursos meramente protelatórios.

O lançamento com adesão, a seu turno, diferencia-se da conciliação judicial por uma questão temporal: ocorre na esfera administrativa, enquanto a conciliação judicial pressupõe a instauração de um litígio no Poder Judiciário. Ambos, porém, pressupõem o acordo de vontades entre a Administração e o contribuinte, com concessões mútuas.

As estatísticas do contencioso tributário italiano demonstram uma redução drástica no número de recursos pendentes, em função do advento do procedimento transacional, conforme registra o Ofício nº. 624/PGFN, de 14 de março de 2007²¹.

Os dados relativos às extinções de processos no âmbito judicial são reveladores: 40% das decisões em processos judiciais em curso no ano de 2005 foram adotadas em virtude de transação tributária. Acaso tal resultado fosse alcançado no Brasil, desafogaria significativamente o Poder Judiciário e melhoraria o fluxo de recursos decorrentes da aplicação da legislação tributária, diminuindo o nível de litigiosidade.

20 Informações constantes do sítio eletrônico da *Agenzia delle Entrate*, sob o título "Come evitare le liti (Autotutela, Ravvedimento, Acquiescenza, Concordato, Conciliazione)". Disponível em: <<http://www.agenziaentrate.it>>. Acesso em: 01 abr. 2009.

21 Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2007/r150307d-oficio-624-PGFN.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2009.

Na França, as fórmulas de repartição das competências para a análise revisional em matéria tributária se baseiam na natureza do tributo e no objeto do conflito, conforme se trate de discussão sobre a realização do fato gerador ou sua quantificação (*contentieux de l'assiette*), o se trate de uma questão relativa à arrecadação do tributo (*contentieux de recouvrement*).

O sistema de revisão compreende uma fase administrativa e outra jurisdicional. A etapa administrativa possui algumas peculiaridades, especialmente no que tange à presença de mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Através da chamada *jurisdiction gracieuse*, torna-se possível a redução de tributos, por efeito de graça ou favor promovido em caráter sigiloso. A concessão existe desde a época dos reis, que poderiam conceder o perdão parcial ou total dos débitos fiscais de seus súditos. Alegando dificuldades econômicas ou outra situação que inviabilize o pagamento regular das suas obrigações tributárias, o contribuinte pode ser agraciado pela redução, de origem regulamentar e baseada na ausência de formalismos excessivos. A Administração valora discricionariamente a situação particular e outorga ou não o benefício pleiteado.

Paralelamente, existe no sistema francês a possibilidade de transação tributária, através de procedimento de que conclui com um acordo entre o contribuinte e a Administração em relação à redução ou eliminação de sanções aplicadas. Não abarca tributos, mas apenas penalidades. Em contrapartida, uma vez concluída a transação, o contribuinte perde o direito de acionar a jurisdição contenciosa para discutir a dívida, o que garante uma maior estabilização das relações tributárias.

Na França, assim como no Brasil, um processo judicial pode demorar vários anos para ser finalizado, gerando gastos elevados para o Estado e para as partes. Mecanismos como a transação, ao filtrarem casos que normalmente iriam ao Judiciário, ajudam a evitar a continuidade de litígios, numa economia de tempo e recursos financeiros.

Nos Estados Unidos, a transação tributária encontra previsão legal no *Internal Revenue Code*, texto normativo que contempla as regras aplicáveis ao imposto sobre a renda (*income tax*), e é conhecida como *settlement of tax dispute*²².

22 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Transação e Arbitragem no Direito Tributário norte-americano. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário*: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 417.

A autorização para a celebração de acordos entre fisco e contribuinte (*closing agreements*) é contemplada na *section 7121* do *Internal Revenue Code*, que prevê a competência do Secretário do Tesouro para sua celebração. Tal competência, entretanto, é também delegada aos agentes fiscais norte-americanos²³.

Grande parcela das discussões travadas entre contribuintes e Administração Tributária nos Estados Unidos se resolve através de alguma forma de transação, notadamente através da *Appeals Division*, com sede em Washington. Como existe previsão legal para os acordos administrativos, e as vantagens recíprocas em termos de celeridade e custos são evidentes, cerca de 80% das questões acabam resolvidas sem necessidade de intervenção do Judiciário²⁴.

A legislação tributária alemã não prevê a possibilidade de transação em matéria tributária. Contudo, o *Bundensfinanzhof* (Tribunal Federal Fiscal), em leading case de 1984, reconheceu a possibilidade de “acordos sobre fatos” no âmbito tributário (*Tatsächliche Verständigung*)²⁵. A Corte estabeleceu que autoridades fiscais e contribuintes poderiam entrar em acordo em relação a circunstâncias fáticas acerca das quais a lei tributária deveria ser aplicada. Entretanto, para que possa ser realizado, deve dizer respeito a eventos ocorridos no passado, não se admitindo acordos em relação fatos projetados.

Os acordos sobre circunstâncias fáticas possuem grande importância tanto para o contribuinte quanto para as autoridades administrativas fiscais alemãs. Particularmente no contexto de auditorias fiscais, a experiência demonstra que disputas potenciais podem ser frequentemente evitadas através do *Tatsächliche Verständigung*.

De toda sorte, em sede recursal, a lei processual germânica permite, desde 1996, que as partes se encontrem presencialmente para discutir as controvérsias levantadas nos autos. Geralmente, tais encontros permitem rápida resolução de conflitos em pelo menos algumas das matérias disputadas, através de acordos quanto a circunstâncias fáticas.

23 GODOY. op. cit., p. 419.

24 GODOY. op. cit., p. 425.

25 MORAIS, Carlos Yuri Araújo. Transação e arbitragem em matéria tributária: a experiência estrangeira e sua aplicabilidade ao direito brasileiro. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário*: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 495-496.

Desenhado o panorama internacional, voltemos os olhos para o Projeto de Lei nº. 5.082/2009, que prevê disposições específicas para a aplicação da transação tributária no Brasil.

3 O NOVO MODELO TRANSACIONAL PREVISTO NO PL 5.082/2009

3.1 DISPOSIÇÕES GERAIS

O Projeto de Lei nº. 5.082/2009 procura estabelecer as condições e os procedimentos que a União, por meio da sua Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e os sujeitos passivos de obrigações tributárias deverão observar para a realização de transação, a qual deverá ocasionar a composição de conflitos ou a terminação do litígio, nos termos do art. 156, III, e 171 do Código Tributário Nacional.

Segundo a redação do Projeto, fica a critério da Fazenda Nacional, em juízo de conveniência e oportunidade, celebrar a transação, sempre que *motivadamente atender ao interesse público* (art. 1º, parágrafo único). Nesse sentido, deverão ser observados, necessariamente, o histórico fiscal, a forma de cumprimento das obrigações tributárias, a adoção de critérios de boa governança e a situação econômica do contribuinte (art. 4º, §1º).

O PL nº. 5.082/2009 prevê a criação de uma Câmara Geral de Transação e Conciliação – CGTC, vinculada à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e presidida pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou outro Procurador por ele indicado, à qual competirá decidir sobre a implantação progressiva das modalidades de transação, editar regulamentos e resoluções específicas sobre a definição dos requisitos, forma e parâmetros de propostas de transação (art. 46). Transações previamente aprovadas pela CGTC, de acordo com o referido Projeto, poderão ser formalizadas por Procuradores da Fazenda Nacional designados pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

Nos casos que envolvam valores superiores a um milhão de reais, a transação passa a depender de autorização expressa, mediante parecer fundamentado do Procurador-Geral da Fazenda Nacional. Quando os valores envolvidos forem iguais ou superiores a dez milhões de reais, o Projeto prevê a necessidade de anuência do Ministro de Estado da Fazenda. Para os casos que envolvam valores inferiores ao limite mínimo para ajuizamento de execuções fiscais pela Fazenda Nacional (atualmente R\$ 10 mil, segundo a Portaria MF 049/2004),

a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ouvida a CGTC, fixaria os critérios de transação para a hipótese de cobrança extrajudicial e procederia na forma prevista em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

A transação tributária, em qualquer das suas modalidades (a serem adiante analisadas), em regra, não poderá implicar negociação do montante do tributo devido, ou afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, ou ainda dispor sobre matéria de fato ou de direito sem observar os limites do litígio. Porém, não constituem negociação do montante dos tributos as reduções que decorram do procedimento de transação, quanto à interpretação de conceitos indeterminados do direito ou à identificação e relevância do fato, aplicáveis ao caso, cujo resultado seja a redução de parte do crédito tributário.

Diferentemente dos sistemas alemão e francês, o modelo brasileiro proposto admite a transação que envolva interpretação de conceito indeterminado do direito, sendo de competência da CGTC a análise do processo, ficando o entendimento por ela firmado sujeito à homologação por turma especializada da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Na composição de controvérsia jurídica, poderá a Fazenda Nacional eleger, ainda, as hipóteses do art. 108 do CTN (analogia, princípios gerais do direito tributário, princípios gerais do direito público e equidade), para alcançar a solução do conflito.

A celebração da transação, em todas as modalidades previstas no Projeto de Lei, deverá implicar *renúncia pelo sujeito passivo ao direito sobre que se funda a ação ou recurso*, administrativo ou judicial, no que tange ao mérito das questões deduzidas como objeto do termo de transação. Trata-se de concessão prevista como requisito para a própria celebração do acordo.

O art. 12 do Projeto de Lei estabelece que o termo de transação somente poderá ser discutido, administrativa ou judicialmente, quanto à sua nulidade. A restrição procura conferir estabilidade e segurança jurídica à avença, que apenas terá sua nulidade reconhecida quando: (i) não estiverem presentes condições ou requisitos, formais ou materiais, exigidos por lei para que ocorra a transação; (ii) versar sobre matérias vedadas pela Lei Geral de Transação; (iii) houver disposição de resultado de litígio já decidido por sentença judicial transitada em julgado, a partir da data de sua publicação ou ciência por alguma das partes; (iv) houver prevaricação, concussão ou corrupção passiva na sua formação; (v) ocorrer dolo, fraude, simulação, erro essencial quanto à

pessoa ou quanto ao objeto do conflito. O erro de direito não é elencado como causa de anulação da transação.

Prevê-se que a decretação da nulidade seja feita de ofício, pela CGTC ou órgão administrativo com competência por ela delegada, em qualquer caso, após notificação ao sujeito passivo para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias, salvo se ele próprio for o requerente; ou, no âmbito judicial, mediante pedido da Fazenda Nacional ou do sujeito passivo, pelo juízo competente que houver homologado a transação.

Nos termos do art. 13 do Projeto de Lei, o descumprimento das obrigações relativas ao termo de transação interrompe a prescrição, na forma do inciso V do parágrafo único do art. 174 da Lei do CTN, bem como autoriza a revogação dos compromissos presentes ou futuros pactuados no acordo, após notificação do sujeito passivo para manifestar-se no prazo de quinze dias, com provas de suas alegações.

Com a revogação ou anulação da transação, o crédito tributário seria exigido no seu valor originário, com seus acréscimos legais, descontando-se o montante pago no período, prosseguindo-se na cobrança ou na execução do crédito inscrito em dívida ativa, não se aplicando as reduções previstas na Lei Geral de Transação. Ademais, ocorreria o cancelamento da certidão Positiva com Efeitos de Negativa porventura expedida em face da parte transatora.

O Projeto estabelece como condição para assinatura do termo de transação que o sujeito passivo tenha cumprido todas as obrigações tributárias acessórias, quando essas não sejam especificamente objeto do conflito ou litígio. Ou seja, todos os deveres instrumentais relativos às obrigações tributárias objeto da transação permanecem exigíveis.

Nos moldes do Projeto, a proposta de transação será apresentada à autoridade administrativa competente, conforme determinado por ato da CGTC, e protocolizada na correspondente unidade administrativa, considerando-se recebida no primeiro dia útil seguinte ao seu protocolo. Uma vez protocolizada, considerar-se-á processada, salvo ato ou manifestação em contrário, 60 dias após a data de sua recepção. Tal presunção, porém, não se aplica quando a autoridade administrativa receptora da proposta for incompetente para processá-la, ou quando, após a recepção e antes da admissão do processamento da proposta de transação, houver sido exigida do sujeito passivo a retificação ou a complementação da sua proposta ou da documentação que a acompanhe, hipótese em que, o protocolo da emenda

considerar-se-á como nova apresentação de proposta. Ressalte-se que a autoridade administrativa competente pode admitir ou recusar a proposta de transação, bem como aceitar ou não as concessões apresentadas pelo sujeito passivo, em decisão motivada.

A admissão do procedimento de transação pela autoridade administrativa competente, mediante despacho fundamentado, terá o condão de suspender o processo administrativo ou judicial durante o curso do procedimento, além de garantir o direito à obtenção de certidão positiva com efeito de negativa, nos termos do art. 206 do Código Tributário Nacional, desde que os eventuais impedimentos para sua emissão sejam limitados às obrigações objeto da respectiva proposta de transação. Além disso, implica a autorização do sujeito passivo à Fazenda Nacional, desde a admissão do processamento da proposta até a conclusão do procedimento de transação, para solicitação, no Brasil ou no exterior, aos órgãos administrativos competentes ou a instituições financeiras, de informações e documentos necessários à verificação da situação fiscal e financeira do devedor, inclusive os submetidos a sigilo, relativos ao objeto da respectiva proposta de transação. Tal previsão se destina a facilitar a comprovação da situação deduzida pelo sujeito interessado na realização da transação, pois o histórico fiscal do sujeito passivo também poderá ser utilizado para a admissibilidade de garantias, com vistas à preservação do direito da Fazenda Nacional.

Sem prejuízo da continuidade do procedimento de transação, a suspensão prevista não abrangerá os processos judiciais ou administrativos em curso que não sejam objeto do acordo transacional. As partes teriam cento e oitenta dias, a partir da admissão do processamento da proposta, para alcançar solução para o conflito ou litígio, prazo este que não se suspende nem se interrompe, podendo ser prorrogado em até cento e oitenta dias, mediante decisão motivada da CGTC ou da autoridade administrativa competente. Escoado o prazo para celebração da transação, sem solução para o conflito ou litígio, o crédito tributário passa a ser exigido acrescido dos encargos pertinentes.

Não havendo óbice formal, a autoridade administrativa competente, designada por resolução da CGTC, examinará a proposta de transação apresentada pelo sujeito passivo e encaminhará àquela Câmara manifestação pela sua aprovação, rejeição ou modificação. Alcançada a solução para o conflito ou litígio, a CGTC deverá produzir o termo de transação, o qual surtirá seus efeitos desde a sua assinatura pelas partes, ou, em se tratando de transação em processo judicial, desde a sua homologação pelo juiz competente.

A transação foi moldada no PL n°. 5.082/2009 como ato jurídico que se aperfeiçoa e extingue o crédito tributário após o cumprimento integral das obrigações e condições pactuadas nas cláusulas do respectivo termo; não autoriza restituição ou compensação de importâncias já pagas, compensadas ou incluídas em parcelamentos cuja opção se tenha verificado anteriormente à celebração do respectivo termo; autoriza, quando necessário, a substituição da certidão de dívida ativa, a qualquer tempo, sem qualquer ônus para a Fazenda Nacional; e exclui o impedimento à obtenção de certidão positiva com efeito de negativa, nos termos do art. 206 do Código Tributário Nacional, salvo disposição contrária expressamente prevista no termo de transação, nas matérias que lhe sirvam de objeto.

Assinado o termo de transação, e havendo processo judicial em curso sobre a matéria objeto do acordo, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional diligenciará junto ao juiz ou tribunal onde se encontre o processo, para informar sobre a transação e requerer as providências processuais cabíveis. As execuções fiscais correspondentes aos débitos transgidos serão suspensas e os autos arquivados, sem baixa definitiva de distribuição, até que sejam pagos integralmente os montantes acordados. Nos demais casos, com a extinção da ação principal, deverão ser extintas todas as ações cautelares a ela vinculadas. O termo de transação poderá, ainda, dispor sobre as verbas de sucumbência e custas judiciais.

Essas, em suma, as disposições gerais sobre a transação tributária previstas no Projeto de Lei n°. 5.082/2009. Passemos, pois, às modalidades de transação nele elencadas.

3.2 MODALIDADES DE TRANSAÇÃO

São previstas as seguintes modalidades de transação: (i) transação em processo judicial; (ii) transação em insolvência civil, recuperação judicial e falência; (iii) transação por recuperação tributária; e (iv) transação administrativa por adesão.

A transação em processo judicial é aquela que tem por objeto o litígio entre as partes, cuja solução, para a matéria de fato ou de direito, poderá ser alcançada inclusive mediante a consideração de elementos não constantes no processo. Somente poderá ser admitida: (i) para créditos tributários devidamente constituídos por lançamento por homologação ou por lançamento de ofício; (ii) em qualquer fase do processo judicial, antes da data de publicação do despacho, positivo

ou negativo, de admissibilidade de recurso especial ou extraordinário, interposto pela Fazenda Nacional ou pelo sujeito passivo; ou (iii) no caso de haver execução fiscal em curso: a) até o julgamento em primeira instância dos respectivos embargos; ou b) não sendo opostos embargos, até a publicação da decisão que designar a data do leilão. Ressalte-se que a transação poderá incluir matérias pertinentes àquelas deduzidas em juízo e com estas relacionadas ou conexas. Admitido o processamento da proposta de transação, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a levará ao conhecimento do juízo responsável pelo processo judicial para que este o suspenda.

A segunda modalidade é a transação em insolvência civil, recuperação judicial e falência. Cuida-se de instrumento lastreado nos princípios informadores da Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei nº. 11.101/2005).

Declarada a insolvência civil (Lei nº. 10.406/2002 – Código Civil, art. 955) ou decretada a falência do empresário ou da sociedade empresária, segundo os arts. 75 e 76 da Lei nº. 11.101/2005, ou estando o sujeito passivo em processo de recuperação judicial, a Fazenda Nacional poderá propor ao juízo competente a transação tributária para os efeitos de extinção do crédito tributário de modo definitivo, nos termos de resolução da CGTC. A referida transação somente poderá ser realizada pelo juiz, quando serão apresentadas as propostas pelas partes transadoras, para garantir a satisfação dos créditos tributários, sem prejuízo da tutela aos direitos do insolvente ou do falido, da administração da massa falida e dos titulares de créditos preferenciais, os quais deverão ser preservados no que for suficiente para a satisfação destes. Não cabe, portanto, a transação em processo de recuperação extrajudicial.

O procedimento da recuperação especial para insolência, falência e recuperação judicial aplicar-se-á também aos demais casos de concurso de credores com insolvência declarada judicialmente, podendo a Fazenda Nacional, em todos eles, quando caracterizada a imprescindibilidade da medida para a recepção, total ou parcial, dos créditos tributários suportáveis pelos bens do devedor ou pela massa, admitir, por despacho fundamentado, exclusivamente no contexto das concessões recíprocas que caracterizam o procedimento de transação, o seguinte: a) conforme o inciso I do art. 172 da Lei no 5.172, de 1966, a remissão parcial do crédito tributário, com base na situação econômica do sujeito passivo; b) conforme alínea “d” do

inciso II do art. 181 da Lei no 5.172, de 1966, anistia de penalidade tributária, condicionada ao cumprimento do termo de transação pelo sujeito passivo, no caso de este se encontrar em recuperação judicial; c) nos termos dos arts. 155-A e 156, inciso XI, da Lei no 5.172, de 1966, a possibilidade de parcelamento dos débitos ou de sua extinção mediante dação em pagamento.

O sujeito passivo que se submeter à transação por insolvência tributária, caso sobrevenha sua recuperação, com extinção da insolvência ou da falência, deverá firmar termo de ajustamento de conduta e manter, pelos cinco anos seguintes, regularidade fiscal em todos os tributos federais, sob pena de cobrança da diferença dos débitos objeto da transação, acrescidos dos encargos legais.

A recuperação tributária tem por objetivo viabilizar a superação de situação transitória de crise econômico-financeira do sujeito passivo, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e o interesse público relativo à percepção de tributos, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Todavia, a recuperação tributária não se aplica a pessoas jurídicas que podem requerer a recuperação judicial de que trata a Lei nº. 11.101/2005, nem às entidades de que trata o inciso II do art. 2º da Lei nº. 11.101/2005. Assim, possui legitimidade para requerer a recuperação tributária o sujeito passivo que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos e que atenda, por si e por seus controladores, administradores, gestores e representantes legais, no mínimo aos seguintes requisitos, cumulativamente: a) não ser insolvente e, se o foi, que estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; b) não haver, há menos de cinco anos, concluído outra transação que tenha implicado, direta ou indiretamente, redução do montante devido a título de tributo, juros de mora ou outros acréscimos pecuniários; e c) não haver sido condenado, há menos de cinco anos, por fraude contra credores, fraude de execução ou por qualquer dos crimes contra a ordem tributária. O sujeito passivo interessado deverá desistir de forma expressa e irrevogável de impugnação ou recurso interposto, ou de ação judicial proposta, e, cumulativamente, renunciar expressamente a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os processos administrativos e ações judiciais que tratem dos débitos objeto do pedido.

O pedido de recuperação tributária deverá ser instruído com a exposição das causas da crise econômico-financeira do sujeito passivo e a demonstração da viabilidade econômica do plano de recuperação.

Para extinção do crédito tributário, o sujeito passivo poderá, de acordo com o seu plano de recuperação, utilizar, sem qualquer preferência ou ordem, parcelamentos de débitos vencidos ou dação em pagamento de bens imóveis, nas formas e condições estabelecidas em lei, nestes casos com prévia anuência da Fazenda Nacional, ou ainda imputação dos débitos, em qualquer caso com expresse reconhecimento do débito integral pelo sujeito passivo, para os efeitos do art. 174, parágrafo único, inciso IV, do Código Tributário Nacional. O plano de recuperação tributária não poderá prever prazo superior a sessenta meses para pagamento dos créditos tributários objeto do termo de transação.

Finalmente, na Transação Administrativa por Adesão, a solução de conflitos é realizada mediante proposição em caráter geral, à qual os contribuintes podem manifestar interesse de aderir. A solução de controvérsias jurídicas em matéria tributária, inclusive as de repercussão geral, poderão ser objeto de transação por adesão, mediante: autorização do Ministro de Estado da Fazenda e do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores, ou previsão em lei específica.

A CGTC, mediante análise das solicitações de transação recebidas, poderá encaminhar ao exame do Ministro de Estado da Fazenda as hipóteses identificadas como suscetíveis de transação por adesão. A resolução administrativa de adesão, que disciplinará todos os requisitos e condições para que os interessados possam habilitar-se e aderir aos seus termos, terá efeitos gerais e será aplicada a todos os casos idênticos e que tempestivamente sejam habilitados, mesmo quando suficiente apenas para solução parcial de determinados litígios.

O sujeito passivo interessado deverá protocolizar seu pedido de adesão perante a Fazenda Nacional, com prova de atendimento a todos os requisitos estabelecidos pela CGTC.

3.3 AS CÂMARAS DE TRANSAÇÃO E CONCILIAÇÃO

O Projeto de Lei sobre Transação Tributária encaminhado à Câmara dos Deputados prevê que, por ato conjunto do Procurador-Geral da Fazenda Nacional e do Secretário da Receita Federal do Brasil,

poderão ser instituídas Câmaras de Transação e Conciliação - CTC, presididas por Procurador da Fazenda Nacional.

A CTC competente, por sua vez, poderá delegar a um Procurador da Fazenda Nacional ou Auditor da Receita Federal do Brasil, integrante ou não de sua composição, atos relativos à apreciação e deliberação acerca da admissibilidade de proposta de transação, apreciar e deliberar quanto à admissibilidade de proposta de transação, nos casos admitidos em lei.

Por fim, cumpre mencionar que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, atendendo a solicitação da CGTC, poderá contratar empresas ou profissionais com competência técnica reconhecida para prestar assessoramento pericial nos procedimentos de transação.

4 CONCLUSÕES

Ao cabo do exposto, pode-se concluir que o estímulo à resolução de conflitos em matéria tributária por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização, conforme expressamente consignado no “II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça Mais Acessível, Ágil e Efetivo”, de abril de 2009, tende a trazer inegáveis benefícios para a Administração Tributária e os contribuintes.

A racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo, gerando maior celeridade na solução de controvérsias, atende aos escopos de praticidade do sistema tributário e eficiência administrativa (art. 37 da Constituição da República).

Nessa ordem de idéias, o Projeto de Lei n.º 5.082/2009, ao instituir diferentes modalidades de transação tributária, a serviço do interesse público, representa um importante passo para o desenvolvimento do sistema tributário brasileiro. A transação tributária já é utilizada com sucesso em países como Estados Unidos, Itália, Alemanha e França, com características específicas. O modelo em vias de ser adotado no Brasil, à semelhança de exemplos internacionais, tende a reduzir a litigiosidade, reduzir os custos com o contencioso tributário e potencializar o grau de eficiência da Administração Tributária. Pelo cabedal de finalidades promissoras, merece seguramente ser recebido com atenção pelo Congresso Nacional, encarregado de fazer o Projeto caminhar a passos compatíveis com sua índole de vanguarda.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano da Silva. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. *Recurso Especial nº. 514.351/PR*. Relator: Ministro LUIZ FUX. Julgado em: 20 mar. 2003. DJ de 19 dez. 2003, p. 347.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. *Recurso Especial nº. 929.121/MT*. Relator: Ministro LUIZ FUX. Julgado em: 11 dez. 2007. DJ de 29 mai. 2008.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 21.743/RJ*. Relatora: Ministra ELIANA CALMON. Julgado em: 26 out. 1999. DJ de 29 nov. 1999, p. 146.
- CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GALINARI, Cledson Moreira. *Abordagem Principiológica e Pragmática da Transação Tributária*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-ago-18/abordagem_principiologica_pragmatica_transacao_tributaria>. Acesso em: 01 abr. 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A Transação Tributária em Pernambuco. *Valor Online*, 03 dez. 2008 Disponível em: <<http://www.pge.pe.gov.br/opencms/opencms/pge/noticias/noticias/noticias-0094.html>>. Acesso em: 01 abr. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Conciliação Extrajudicial no Quadro Participativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. A Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e uma Nova Modalidade de Autotutela. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 10, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e Interesse Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). *Transação e Arbitragem no Âmbito Tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

TORRES, Heleno Taveira. Transação, Arbitragem e Conciliação Judicial como Medidas Alternativas para Resolução de Conflitos entre Administração e Contribuintes – Simplificação e Eficiência Administrativa. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, mar. 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2005.

COISA JULGADA TRIBUTÁRIA E INCONSTITUCIONALIDADE

TAX RES JUDICATA AND UNCONSTITUTIONALITY

*Michele Franco Rosa
Procuradora Federal lotada na ANEEL
Pós-graduada em Direito Constitucional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de coisa julgada; 1.1 Coisa julgada como expressão da segurança jurídica; 2 A coisa julgada e sua relativização; 2.1 Corrente favorável; 2.2 Corrente contrária; 3 A coisa julgada inconstitucional no direito tributário; 3.1 Delimitação do problema; 3.2 Alcance da decisão judicial; 3.3 A compreensão da Súmula 239 do STF; 3.4 A coisa julgada e a constitucionalidade; 3.4.1 Posição doutrinária; 3.4.2 Posição da jurisprudência; 4 Instrumentos de controle; 4.1 Ação rescisória; 4.2 Impugnação à execução e os embargos à execução; 4.3. Querela nullitatis; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A presente monografia destina-se ao estudo da coisa tributária inconstitucional e à possibilidade de sua relativização. A questão a ser enfrentada diz respeito à análise da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade que transita em julgado na esfera individual e, posteriormente, é objeto de decisão pelo Supremo Tribunal, em controle difuso ou concentrado, em sentido contrário. O choque entre valores está posto, de um lado a segurança jurídica, materializada pela coisa julgada; de outro, a isonomia, e a supremacia da Constituição. A possibilidade de relativização da coisa julgada divide a doutrina. A corrente que defende a relativização parte do pressuposto de que a Constituição assegurou a proteção da coisa julgada apenas em relação à lei posterior. Sustenta, também, que a segurança não é um valor absoluto, devendo ceder diante de outros princípios como o da supremacia da Constituição e da sua máxima efetividade. A corrente contrária, defende que a coisa julgada é uma garantia fundamental, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e que constitui instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança. A simples alegação da existência de uma sentença injusta não serviria para justificar a desconsideração da coisa julgada, o que poderia acarretar grave insegurança na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada tributária. Inconstitucionalidade. Relativização. Segurança Jurídica. Supremacia da Constituição. Isonomia.

ABSTRACT: The present monograph intends to analyze the tax unconstitutional thing and the possibility of relativization. The question to be addressed concerns the analysis of the declaration of constitutionality or unconstitutionality which become final in the individual sphere and then is subject to decision by the Supreme Court, in control, diffuse or concentrated in the opposite direction. The clash of values is put on one side the legal, certified by res judicata, on the other, equality, and the supremacy of the Constitution. The possibility of relativization of the res judicata doctrine divides. The current that maintains the relativity assumes that the Constitution ensured the protection of the res judicata only with respect to the law later. It argues, too, that security is not an absolute value, and yielding to other principles like the supremacy of the Constitution and its maximum effectiveness. The current contrary, argues that res judicata is a fundamental guarantee provided for in art. 5, XXXVI, the Federal Constitution, and constitutes an indispensable instrument for actual effectiveness of the right to security. The mere allegation of an unjust sentence would not serve to justify the disregard of res judicata, which could cause serious insecurity in society.

KEY WORDS: Tax res judicata. Unconstitutionality. Relativization. Security Counsel. Supremacy of the Constitution. Isonomy.

INTRODUÇÃO

Pretende-se com o presente trabalho analisar a relativização da coisa julgada tributária em face do princípio da segurança jurídica.

O questionamento parte do real alcance da coisa julgada em matéria tributária e as alterações geradas no sistema jurídico tributário influenciando a maneira como irá reger as relações jurídicas futuras.

A questão perpassa pela análise da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade que transita em julgado na esfera individual e, que em momento posterior, é decidida pelo Supremo Tribunal, seja em controle difuso ou concentrado, em sentido contrário.

Como então conciliar ou, melhor dito, solucionar a existência de decisões contrárias existentes sobre o mesmo tema? Ressalta, portanto, evidente o conflito existente entre a prevalência da coisa julgada, como expressão da segurança jurídica e a possibilidade de sua relativização, como forma de assegurar a unidade da Constituição da Federal, e a observância à isonomia, uma vez que as estaríamos diante de maneiras diversas de aplicação de uma mesma lei.

A importância de se buscar uma solução que mantenha a harmonia do sistema é incontestável, sob pena de fragilizar o sistema jurídico como um todo e ocasionar a criação de um ambiente em que a insegurança jurídica poderá ser a tônica.

Situação que ilustra essa insegurança é aquela em o contribuinte obtém pronunciamento judicial de tribunais inferiores que reconhecem a inconstitucionalidade de determinada norma tributária, e o direito daquele de não se submeter aos comandos dessa norma. Essa decisão transita em julgado sem ser submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso. Posteriormente, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, seja por meio da ação declaratória de inconstitucionalidade, seja em ação declaratória da constitucionalidade ou em ação de descumprimento de preceito fundamental, ou ainda, em decisão expedida no controle difuso, o STF reconhece a constitucionalidade do mesmo diploma normativo.

Tendo em vista que as decisões da Suprema Corte exaradas em controle concentrado têm efeitos “*erga omnes*”, ou seja, aplicam-se a todos indistintamente, como ficaria a situação do contribuinte que em sede de

controle difuso obteve a declaração da inconstitucionalidade daquela lei, com o respectivo trânsito em julgado sem que tenha havido recurso ao STF?

A questão a ser estudada abrange os seguintes questionamentos: percebendo-se que uma decisão alcançada pelo manto da coisa julgada é contrária à Constituição, porque resolveu a lide com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou porque deixou de aplicar lei por entendê-la inconstitucional, tendo o STF declarada a constitucionalidade da mesma, ou ainda porque decidiu a lide em clara afronta à Constituição Federal, haveria possibilidade de revisar esse julgamento, desconsiderando-se a coisa julgada?

Este trabalho visa elucidar a aparente colisão entre a prevalência da coisa julgada tributária inconstitucional ou a sua relativização frente à decisão do STF em sede de controle concentrado, ou de controle difuso, após a expedição da Resolução do Senado, apresentando propostas para se obter a solução que garanta a harmonia do sistema e a efetividade das normas constitucionais, preservando, ainda a segurança jurídica.

1 CONCEITO DE COISA JULGADA

A coisa julgada consiste em uma qualidade dos efeitos da sentença ou do acórdão que torna a decisão imutável.

Ovídio Baptista da Silva¹ assim conceitua a coisa julgada:

[...] a imutabilidade do que foi declarado pelo juiz, no sentido de que nem as partes podem, validamente, dispor de modo diverso, transacionando sobre o sentido da declaração contida na sentença, nem os juízes, em futuros processos, poderão modificar, ou sequer reapreciar, essa declaração.

A doutrina costuma distinguir entre coisa julgada formal e coisa julgada material. No entanto, autores do jaez de Luiz Guilherme Marinoni², discordam dessa distinção, sustentando que coisa julgada formal seria apenas uma espécie de preclusão.

1 SILVA, Ovídio Baptista. Sentença e Coisa Julgada. *Apud*: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Relativização da Coisa Julgada Inconstitucional X Princípio da Segurança Jurídica. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 129, p. 37, jun. 2006.

2 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 612.

[...] em verdade não se confunde com a verdadeira coisa julgada (ou seja, com a coisa julgada material). É, isto sim, uma modalidade de preclusão, a última do processo de conhecimento, que torna insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença nele proferida.

Ainda assim, apenas para efeitos didáticos, faremos a distinção aludida.

Há coisa julgada formal quando a sentença tornar-se imutável em virtude de não caber mais recurso, dentro do mesmo processo em que foi a mesma proferida. Todas as sentenças, sejam elas terminativas ou definitivas, fazem coisa julgada formal. É também denominada de preclusão máxima.

Já a coisa julgada material consiste na imutabilidade dos efeitos da sentença, sendo peculiar às sentenças de mérito. Impede que a mesma pretensão venha a ser discutida novamente em outro processo.

Segundo o art. 467 do Código de Processo Civil “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

A coisa julgada encontra previsão na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, quando este estabelece que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Parte da doutrina³ sustenta que a coisa julgada consiste em uma garantia constitucional, uma espécie de cláusula pétrea.

[...] a coisa julgada foi erigida ao mais alto escalão das normas positivas, constituindo-se como um direito fundamental que é cláusula pétrea da ordem constitucional, nos termos do inciso IV, § 4º, do artigo 60, da CF. Isso significa que nem mesmo por emenda constitucional a garantia à coisa julgada pode vir a ser suprimida do ordenamento brasileiro.

Outros autores⁴, contrariamente, entendem que a Constituição Federal protege a coisa julgada apenas da lei nova, consagrando o princípio da irretroatividade. De acordo com esse posicionamento,

3 VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa Julgada em Matéria Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 128.

4 THEODORO JÚNIOR, Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. *Revista Síntese de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, n. 19, p. 41, set-out/2002.

a coisa julgada é tratada no âmbito infraconstitucional, e quando em conflito com norma constitucional, deve prevalecer esta última.

A definição da natureza jurídica da coisa julgada é fundamental para a abordagem que será dada à análise da relativização da coisa julgada.

Ora, se o instituto da coisa julgada veda apenas e tão-somente a atuação contrária do Poder Legislativo em face de um caso já decidido e imutável, possuindo, portanto, caráter infraconstitucional, quando em conflito com norma constitucional haveria de prevalecer esta. Cita-se, como exemplo, o conflito entre a coisa julgada e o princípio da igualdade. O conflito seria entre uma norma infraconstitucional, tratada em lei – Código de Processo Civil, e o princípio da igualdade, com assento constitucional, cuja prevalência seria indiscutível.

Por outro lado, se a coisa julgada for considerada uma garantia constitucional, estar-se-ia frente a um conflito entre princípios constitucionais, como no caso do exemplo acima citado (coisa julgada x igualdade), diante do qual não se pode sustentar uma regra de prevalência absoluta de qualquer um deles, mas uma ponderação dos valores em jogo, caso a caso.

1.1 COISA JULGADA COMO EXPRESSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A coisa julgada existe para assegurar a segurança jurídica.

O Direito não poderia suportar um sistema em que as questões são decididas e novamente voltam à pauta para nova discussão, eternizando o litígio.

Dessa forma, a fim de garantir a segurança e a paz social, assim como salvaguardar a boa administração da justiça e o adequado funcionamento do aparato judicial, instituiu-se a coisa julgada.

A definitividade de que se reveste a sentença albergada pela coisa julgada, contudo, não possui contornos absolutos.

O insigne jurista Eduard Couture⁵ ensinava que coisa julgada é uma exigência política, e não propriamente jurídica:

5 COUTURE, *apud* Câmara, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada Material. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2004, p. 7-8.

Certo é que na sistemática do direito a necessidade de certeza é imperiosa; toda a matéria do controle da sentença não é outra coisa, como procuramos demonstrar, senão uma luta entre as exigências da verdade e as exigências da certeza. Uma maneira de não existir do direito seria a de não saber nunca em que consiste. Entretanto, a verdade é que, ainda assim, a necessidade de certeza deve ceder, em determinadas condições, ante a necessidade de que triunfe a verdade. A coisa julgada não é de razão natural. Antes, a razão natural pareceria aconselhar o contrário: que o escrúpulo da verdade fosse mais forte que o escrúpulo de certeza, e que sempre, em face de uma nova prova, ou de um fato novo fundamental e antes desconhecido, se pudesse percorrer de novo o caminho já andado, a fim de restabelecer o império da justiça. [...] A coisa julgada, é, em resumo, uma exigência política e não propriamente jurídica; não é de razão natural, mas sim de exigência prática.

O próprio sistema legal prevê situações em que é possível a desconstituição da coisa julgada, em virtude da gravidade dos vícios que a maculam.

A ação rescisória é o meio adequado para desconstituição de sentença já transitada em julgado, cujas hipóteses estão previstas no art. 485 do CPC. Nas situações elencadas no artigo citado, o legislador optou por admitir a desconstituição da coisa diante de situações em que a injustiça da decisão é tão evidente que esta não pode prevalecer.

Portanto, isso corrobora a assertiva de que a intangibilidade da coisa julgada não é absoluta, cedendo frente à necessidade de garantir a justiça da decisão.

Contudo, a desconstituição ou relativização da coisa julgada deve ser entendida como uma medida de caráter excepcional, a ser utilizada apenas quando o vício que macula a decisão for de tal monta que não se pode admitir sua prevalência em nome da segurança jurídica, quando isso afrontaria a justiça, a razoabilidade, etc. Ademais, as hipóteses em que se admite a ação rescisória são apenas aquelas indicadas no art. 485 do CPC, ou seja, *numerus clausus*.

2 A COISA JULGADA E SUA RELATIVIZAÇÃO

O tema da relativização da coisa julgada, em especial da coisa julgada tributária inconstitucional, tem gerado controvérsias na doutrina nacional.

A imutabilidade da coisa julgada, segundo alguns autores do escol de Humberto Theodoro Júnior⁶, não é absoluta, mas prevalece apenas enquanto conforme a Constituição Federal. Vejamos:

[...] a inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a ideia de sua submissão ao princípio da constitucionalidade. Isso nos permite a seguinte conclusão: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a CF. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando coisa julgada inconstitucional.”

Por outro lado, há aqueles que, como Luiz Guilherme Marinoni⁷, entendem pela impossibilidade da relativização da coisa julgada:

Está claro que as teorias que vêm se disseminando sobre a relativização da coisa julgada não podem ser aceitas. As soluções apresentadas são por demais simplistas para merecerem guarida, principalmente no atual estágio de desenvolvimento da ciência do Direito e na absoluta ausência de uma fórmula racionalmente justificável que faça prevalecer, em todos os casos, determinada teoria da justiça. Com um apelo quase que sensacionalista, pretende-se fazer crer que os juristas nunca se preocuparam com a justiça das decisões jurisdicionais, ao mesmo tempo em que se procura ocultar que o problema sempre foi alvo de reflexão. A ‘tese da relativização’ contrapõe a coisa julgada material ao valor justiça, mas surpreendentemente não diz o que entende por “justiça” e sequer busca amparo em uma das modernas contribuições da filosofia do direito sobre o tema. Aparentemente parte de uma noção de justiça como senso comum, capaz de ser descoberto por qualquer cidadão médio (l’uomo della strada), o que a torna imprestável ao seu propósito, por sofrer de evidente inconsistência, nos termos a que se refere Canaris.

Passamos, agora, à análise de cada corrente, e de seus argumentos a fim de melhor compreender a controvérsia.

6 THEODORO JÚNIOR; FARIA, op. cit., p. 41.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>>. Acesso em 05.10.2010.

2.1 CORRENTE FAVORÁVEL

Os adeptos⁸ dessa corrente defendem que a coisa julgada não é um valor absoluto, não podendo se sobrepor à Supremacia da Constituição.

A tese sustentada parte do princípio de que a coisa julgada, apesar de encontrar previsão na Constituição Federal, apenas está resguardada frente à lei, que não poderá prejudicá-la, consagrando o princípio da irretroatividade. Nesse sentido, as lições de Humberto Theodoro Jr. e Juliana Faria⁹:

Por sua vez, o princípio da intangibilidade da coisa julgada, diferentemente do que se dá no direito português, não tem tratamento constitucional, mas é contemplado apenas na legislação ordinária. Isto significa, segundo assinalado no item anterior, que é ele, no direito nacional, hierarquicamente inferior. Não se pode, assim, falar no Brasil, de conflito entre princípios constitucionais, evitando-se com isso a séria angústia de se definir aquele que prevalece sobre o outro, como se dá em Portugal, a partir do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Helenilson Cunha Pontes¹⁰ estabelece algumas premissas para iluminar a compreensão do tema. Vejamos:

- a) análise do tema requer a definição de algumas premissas básicas;
- b) a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ser dotada de máxima efetividade em nome do princípio da supremacia da Constituição;
- c) a interpretação do direito deve ser conduzida pelo princípio da unidade da Constituição;

8 THEODORO JÚNIOR, Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. *Revista Síntese de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, n. 19, p. 41, set-out/2002. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Meios de Impugnação das Decisões Transitadas em Julgado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coords.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 307-336. DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

9 THEODORO JÚNIOR, Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 127, p. 21, set/ 2005.

10 PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 156.

- d) o juízo de constitucionalidade é substancialmente diferente do juízo de inconstitucionalidade para o efeito de imposição da vontade constitucional tal como interpretada pelo Supremo Tribunal nas relações jurídicas individuais já alcançadas pela coisa julgada;
- e) o Estado Democrático de Direito impõe o respeito estatal ao princípio da segurança jurídica, manifestado na boa-fé e na confiança no Poder Judiciário.

Destaca, o mencionado autor, a importância do Princípio da Supremacia da Constituição como alicerce do Estado Democrático de Direito, enfatizando que a interpretação da Constituição deve assegurar sua máxima efetividade.

A Constituição Federal é a norma fundamental de um Estado, ou nos dizeres de José Afonso da Silva¹¹, “é o conjunto de normas que organizam os elementos constitutivos do Estado” (território, população, governo, e, segundo alguns, a finalidade).

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, cabendo àquele conferir, quando do exercício da sua função de intérprete constitucional, a mais ampla efetividade social às normas constitucionais.

O princípio da unidade da Constituição, por sua vez, significa que a Constituição deve ser interpretada de forma global, afastando as antinomias aparentes e alegação da existência de normas constitucionais inconstitucionais.

Outro ponto destacado por Pontes (2005: p. 157) é que a declaração de constitucionalidade de uma norma difere, substancialmente, da declaração de inconstitucionalidade, uma vez que a primeira apenas reforça a presunção de constitucionalidade, de legitimidade que é inerente às normas jurídicas. Por outro lado, a declaração de inconstitucionalidade representa um fenômeno esporádico, excepcional, haja vista a presunção de legitimidade própria de toda norma legal.

Por último, ressalta o citado autor, que a segurança jurídica é um dos fundamentos axiológicos e normativos do Estado Democrático de Direito, não podendo o Estado valer-se de sua conduta para induzir a erro o particular, em razão de atitude contraditória. Cite-se como

11 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 40.

exemplo, a situação em que o contribuinte, em sede de controle difuso, obtém decisão acerca da inconstitucionalidade de norma tributária que exigia o pagamento de determinado tributo. Posteriormente ao trânsito em julgado dessa decisão, o STF declara a constitucionalidade da mesma norma em sede de controle concentrado. Parece-nos que não pode o contribuinte ser obrigado ao recolhimento do tributo, retroativamente, já que observou o comando existente na decisão que era válido e eficaz.

Também Humberto Theodoro Jr. e Juliana Faria¹² fixam as premissas básicas acerca da possibilidade de relativização da coisa julgada:

- a) o princípio da intangibilidade da coisa julgada não é absoluto, cedendo diante de outros igualmente consagrados como o da Supremacia da Constituição;
- b) a coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento do vício grave que contamina a sentença proferida em contrariedade à Constituição. Não há uma impermeabilidade absoluta das decisões emanadas do Poder Judiciário, mormente quando violarem preceitos constitucionais;
- c) reconhecer-se que a intangibilidade da coisa julgada pode ser relativizada quando presente ofensa aos parâmetros da Constituição não é negar-lhe a essência, muito menos a importância do princípio da segurança jurídica;
- d) pensar-se um sistema para o controle da coisa julgada inconstitucional é, ao contrário de negar, reforçar o princípio da segurança jurídica, visto não haver insegurança maior do que a instabilidade da ordem constitucional. [...]
- e) atos inconstitucionais são, por isso mesmo nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

A prova de que a intangibilidade da coisa julgada não é absoluta está na previsão, no sistema processual brasileiro, da ação rescisória.

A tese da relativização da coisa julgada encontrou amparo legislativo, primeiramente com a Medida Provisória n. 2.180/2001, que acrescentou o

12 THEODORO JR, Humberto, Faria, Juliana Cordeiro de Faria. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO José Augusto (coords.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum. 2008, p. 162-199.

parágrafo único ao art. 741 do Código de Processo para estabelecer que quando da execução fundada em título judicial, seria também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Posteriormente, a Lei 11.232, de 23 de dezembro de 2005, alterou a sistemática da execução das sentenças. O art. 741 do CPC passou a disciplinar apenas as execuções contra a Fazenda Pública. Já a execução de título judicial em face de particulares não mais necessita de um processo autônomo, sendo feita no bojo dos mesmos autos, por meio do denominado incidente de cumprimento de sentença. Agora, para essa espécie de execução não há mais embargos, mas simples impugnação.

A despeito das modificações operadas pela reforma legal, tanto o art. 741, quanto o art. 475-L, do CPC, contemplam situações em que é possível, em sede de execução, seja em face da Fazenda Pública, ou em face de particular, arguir a inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou em ato normativo, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale ressaltar que não há necessidade de que a declaração tenha ocorrido no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, haja vista que a lei não fez essa exigência, não cabendo ao intérprete distinguir, onde a lei não o fez.

Humberto Theodoro Jr.¹³ sugere, com fundamento nas lições de Dinamarco, o “alargamento das hipóteses legais de cabimento da ação rescisória”, como decorrência de uma moderada ponderação de valores, realizada caso a caso.

A proposta de Dinamarco¹⁴ consiste em permitir a desconstituição da coisa julgada com maior amplitude do que a prevista no art. 485 do CPC, porém, sempre com o cuidado de manter o caráter excepcional da relativização. Vejamos:

[...] um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e

13 THEODORO JR, Humberto. *Op. cit.*, p. 173.

14 DINAMARCO. *Apud* THEODORO JR, Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO José Augusto (coords.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum. 2008, p. 174.

infrações à Constituição – com a consequência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais, quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes.

Assim sendo, os defensores dessa corrente entendem que a coisa julgada não é intangível, sendo possível a sua relativização, ainda mais quando conflitante com a Constituição, de forma que deve prevalecer a Supremacia desta última.

2.2 CORRENTE CONTRÁRIA

Aqui cabe fazer um esclarecimento.

Em regra, esta corrente é contrária à relativização tal como proposta pela corrente anterior, que defende a relativização independentemente da utilização da ação rescisória.

Alguns autores, como Leonardo Greco¹⁵ e Gustavo Sampaio Valverde¹⁶ são contrários à relativização.

Outros, como Luiz Guilherme Marinoni¹⁷, Nelson Nery Jr¹⁸, propõem uma revisão das hipóteses de cabimento da rescisória, e também uma melhor sistematização da *querela nullitatis* para impugnação de decisões judiciais que apresentem vícios formais gravíssimos. Porém, não aceitam a revisão da coisa julgada segundo o critério indiscriminado de injustiça das decisões.

Os defensores¹⁹ deste posicionamento entendem que a coisa julgada compreende uma garantia constitucional:

[...] a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento

15 GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2004.

16 VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa Julgada em Matéria Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

17 MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>>. Acesso em 05.10.2010.

18 NERY JR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: DIDIER JR., Fredie (coord.) *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2004,

19 GRECO, op. cit., p. 149.

indispensável à eficácia concreta do direito à segurança [...] A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica.

Marinoni²⁰ destaca que “a falta de critérios seguros e racionais para a ‘relativização’ da coisa julgada material pode, na verdade, conduzir à sua ‘desconsideração’, estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça.

Este autor segue afirmando que a simples alegação da injustiça da decisão, ou de sua emissão contrária à realidade dos fatos e da lei, seria insuficiente para admitir a relativização da coisa julgada, uma vez que o sistema jurídico já contempla situações em que a decisão judicial eivada de vícios graves pode ser rescindida por meio da ação rescisória. Além disso, aduz Marinoni²¹ que “[...] admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica em aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a ideia de “relativizar” a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça.”

Outro aspecto destacado por esta vertente, é que a ação rescisória não poderia ser utilizada como um “mecanismo de uniformização da interpretação da Constituição voltado para o passado”²². Melhor dito, a rescisória não serviria para rescindir a coisa julgada no caso de decisão posterior do STF sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma em que se fundou a decisão transitada em julgado.

Nesse sentido, confira-se a lição de Leonardo Greco²³:

[...] parece-me claro que a decisão de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em controle concentrado de normas pelo Supremo Tribunal Federal não deve ter nenhuma influência sobre anteriores sentenças transitadas em julgado que tenham fundamento em entendimento contrário ao do STF sobre a questão constitucional.

A segurança jurídica, como direito fundamental, é limite que não permite a anulação do julgado com fundamento na decisão do STF. O único instrumento processual cabível para essa anulação, quanto

20 MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>>. Acesso em 05.10.2010.

21 Idem, *ibidem*.

22 Idem, *ibidem*.

23 GRECO, op. cit., p. 156.

aos efeitos já produzidos pela sentença já transitada em julgado, é a ação rescisória, se ainda subsistir prazo para a sua propositura.

Nelson Nery Jr.²⁴ assinala que “o risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (rectius: desconsideração) da coisa julgada”. O autor explica que não pode ser dado à sentença que sofra do vício de inconstitucionalidade, o mesmo tratamento dispensado à lei ou ato normativo inconstitucional. É que estes últimos são atos abstratos, de caráter geral. Por outro lado, a sentença regula situação concreta, particular, adstrita às partes, não sendo possível, de acordo Nery Jr., que sua revisão seja ilimitada no conteúdo e no tempo.

Por fim, conclui o mencionado autor²⁵:

Tendo havido prolação de sentença de mérito da qual não caiba mais recurso, forma-se inexoravelmente a coisa julgada material (*authoritas rei iudicatae*), tornando-se imutável e indiscutível o comando emergente da parte dispositiva da sentença e repelidas todas as alegações deduzidas pelas partes e as que poderiam ter sido deduzidas, mas não o foram (CPC 474). As hipóteses de abrandamento do rigor da coisa julgada são as previstas expressa e taxativamente na lei (ação rescisória, embargos do devedor do CPC 741, revisão criminal, coisa julgada *secundum eventum litis* [ação civil pública, ação popular]). O sistema jurídico brasileiro não admite a relativização (*rectius*: desconsideração) da coisa julgada fora dos casos autorizados em *numerus clausus*, pois caso isso ocorra terá havido negação do fundamento da república do Estado Democrático de Direito (CF 1º, *caput*), que é formado, entre outros, pela autoridade da coisa julgada.

Existindo casos específicos identificados pela doutrina, que mereçam tratamento diferenciado no que pertine à coisa julgada – por exemplo, investigação de paternidade *secundum eventum probationis* –, somente com a modificação da lei, nela incluindo a hipótese de exceção é que poderão ser abrandados os rigores da coisa julgada. Sem expressa disposição de lei regulamentando a situação, não se poderá desconsiderar a coisa julgada.

Destarte, pugnam os adeptos dessa corrente que a relativização da coisa julgada não encontra justificativa na injustiça da decisão, ou na

24 NERY JR, op. cit., p. 194.

25 Idem. Ibidem. p. 210-211.

sua emissão em contrariedade à lei e aos fatos, uma vez que o sistema já prevê, para esses casos, o instrumento da ação rescisória. Por outro lado, aduzem que a rescisória não serve como mecanismo de uniformização da interpretação da Constituição, dirigido ao passado. Por fim, defendem que no sistema brasileiro a relativização da coisa julgada só é permitida nos casos previstos em lei. E que há necessidade de previsão em lei nova para as hipóteses não contempladas no ordenamento e que requeiram a desconsideração da coisa julgada.

3 A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL NO DIREITO TRIBUTÁRIO

3.1 DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

A doutrina tem se debruçado, nos últimos anos, sobre o tema da coisa julgada “inconstitucional”. Porém, conforme ressalta Helenilson Pontes²⁶, deve-se fazer uma reflexão em relação ao real sentido dessa expressão, uma vez que “[...] a doutrina vem designando por coisa julgada inconstitucional a decisão judicial transitada em julgado que ofende dispositivos constitucionais, razão pela qual, por diferentes meios processuais, deve ser revista, independentemente de prazo [...]”, mesmo que já não seja cabível a ação rescisória.

Segundo as lições do mencionado autor, o fenômeno da coisa julgada inconstitucional só revelaria alguma novidade se corresponder à possibilidade de revisão de decisão judicial já alcançada pela coisa julgada, e em relação à qual não seja mais possível interpor ação rescisória. Arremata Pontes²⁷:

A coisa julgada é inconstitucional quando nasce com tal vício de validade, isto é, quando é proferida ao arrepio do sentido determinado pela Constituição tal como previamente interpretada pelo Supremo Tribunal Federal em decisão com efeito vinculante. Decisão posterior do Supremo Tribunal Federal que mude o critério de aferição da constitucionalidade de normas infraconstitucionais não torna a coisa julgada anteriormente produzida inconstitucional, mas simplesmente alteram as circunstâncias de direito sobre as quais ela (coisa julgada) nasceu e que devem iluminar a interpretação do sentido e da eficácia do comando que alberga.

²⁶ PONTES, op. cit.p. 148.

²⁷ Idem. Ibidem. p. 150.

Portanto, o fenômeno da “coisa julgada inconstitucional” refere-se à possibilidade de serem admitidos instrumentos processuais que permitam a revisão da decisão individual soberanamente julgada, quando esta, solucionando lide individual, conferir interpretação à questão constitucional diferente daquela *anteriormente* pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. A revisão da coisa julgada inconstitucional no período bienal sempre pôde ser veiculada por meio de ação rescisória, instrumento processual com características próprias, entre outros o efeito desconstitutivo *ex tunc*.

Entende-se que se deve acrescentar a esta noção de coisa julgada inconstitucional, além das decisões individuais, albergadas pela imutabilidade e contrárias ao julgado anterior do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, aquelas decisões que afrontam a CF, em evidente desrespeito à Lei Maior.

Apesar da distinção elaborada, abordaremos o fenômeno da coisa julgada inconstitucional em ambos os sentidos, diferenciando, quando necessário.

3.2 ALCANCE DA DECISÃO JUDICIAL

O início da análise acerca da coisa julgada tributária inconstitucional deve partir do correto enquadramento da decisão judicial transitada em julgado que definiu aspectos relacionados à constitucionalidade das normas tributárias.

Assim, passa-se ao exame do alcance da decisão que alterou o regime jurídico que irá reger as relações tributárias futuras, e também quanto às decisões que pronunciaram a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma tributária e que, posteriormente sobreveio decisão do STF, em sede de controle difuso ou concentrado em sentido contrário.

Em regra, no Direito Tributário, e para o ponto que nos interessa neste trabalho, as ações neste ramo do Direito possuem um pleito declaratório, seja para definir qual o regime jurídico tributário aplicável a determinados fatos; seja para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma jurídica, a fim de fixar o correto enquadramento da situação fática.

Percebe-se que em qualquer um dos casos, busca-se a fixação do regime jurídico aplicável à relação tributária. Contudo, no primeiro caso, isso ocorre mediante a qualificação jurídica dos fatos, enquanto no segundo caso, faz-se uma análise da validade de norma jurídica.

A importância em diferenciar as duas situações acima referidas consiste no alcance da coisa julgada. Evidente que ambos os casos são objeto de coisa julgada. No entanto, seu alcance será diverso.

É que a decisão que tiver por fundamento a definição do regime jurídico aplicável a determinada situação fática faz coisa julgada enquanto a situação fática permanecer a mesma. Melhor dito, enquanto existente determinado fato, o tratamento jurídico será aquele fixado na decisão transitada em julgado. Havendo modificação da situação de fato, cessa o alcance da decisão que transitou em julgado.

Esse é o entendimento de Helenilson Cunha Pontes²⁸. Confira-se:

Os fundamentos jurídicos que conduziram à conclusão pela procedência ou improcedência da ação não influem na definição do alcance da coisa julgada resultante da decisão, na medida em que a lide circunscreve-se à adequada qualificação jurídica dos fatos preexistentes ao trânsito em julgado. Vale dizer, nesta espécie de lide, a questão central não é validade de normas, mas o adequado enquadramento dos fatos diante dos diferentes regimes jurídicos.

Assim sendo, alterados os fatos ou as circunstâncias expostos na lide, cessa *ipso jure* o alcance da decisão judicial albergada pela coisa julgada, já que aqueles (fatos ou circunstâncias) foram fundamentais para a definição judicial da lide.

Já quando se está diante da decisão que objetiva definir o regime jurídico aplicável com fundamento na validade da norma tributária, a coisa julgada irá reger as relações futuras, conforme a decisão que transitou em julgado tenha determinado a validade ou invalidade da norma jurídica tributária.

Mais uma vez, as lições de Helenilson Pontes²⁹ servem de auxílio à compreensão do tema:

28 PONTES, op. cit., p. 127.

29 PONTES, op. cit., p. 127.

Por outro lado, nas lides que envolvem juízo sobre o direito, reconhecida a invalidade da norma tributária (cuja aplicação é imposta pela Administração Tributária com fulcro na presunção de constitucionalidade das normas jurídicas), e por conseqüência, declarado o direito do contribuinte a um outro regime jurídico tributário, a coisa julgada alcançará todas as situações futuras em que se revelar aplicável o regime declarado judicialmente como válido.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do STJ:

Processo civil. Exceção de pré-executividade. Eficácia da coisa julgada em matéria tributária. Sentença que, em ação declaratória, reconheceu o direito à correção monetária dos saldos credores do ICMS. Eficácia prospectiva da coisa julgada.

[...]

3. Conquanto seja de sabença que o que faz coisa julgada material é o dispositivo da sentença, faz-se mister ressaltar que o pedido e a causa de pedir, tal qual expressos na petição inicial e adotados na fundamentação do decisum, integram a res judicata, uma vez que atuam como delimitadores do conteúdo e da extensão da parte dispositiva da sentença. Dessa forma, enquanto perdurar a situação fático-jurídica descrita na causa de pedir, aquele comando normativo emanado na sentença, desde que esta transite em julgado, continuará sendo aplicado, protraindo-se no tempo, salvo a superveniência de outra norma em sentido diverso.

4. Na seara tributária, valioso e atual se mostra o escólio de Rubens Gomes de Souza, verbis: "(...) a solução exata estaria em distinguir, em cada caso julgado, entre as decisões que tenham pronunciado sobre os elementos permanentes e imutáveis da relação jurídica, como a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo, a sua incidência ou não-incidência na hipótese materialmente considerada, a existência ou inexistência de isenção legal ou contratual e o seu alcance, a vigência da lei tributária substantiva ou a sua revogação, etc. - e as que se tenham pronunciado sobre elementos temporários ou mutáveis da relação jurídica, como a avaliação de bens, as condições personalíssimas do contribuinte em seus reflexos tributários, e outras da mesma natureza; à coisa julgada das decisões do primeiro tipo há que se atribuir uma eficácia permanente; e às segundas, uma eficácia circunscrita ao caso

específico em que foram proferidas.” (Coisa Julgada, In Repertório enciclopédico do direito brasileiro, RJ, Ed. Borsoi, p. 298)

5. Conseqüentemente, a regra de que a sentença possui efeito vinculante somente em relação às situações já perfeitas, não alcançando àquelas decorrentes de fatos futuros, deverá ser relativizada quando se tratar de situações jurídicas permanentes, que não se alteram de um exercício para o outro, nem findam com o término da relação processual. Nesses casos, a sentença terá efeitos prospectivos em relação aos fatos geradores similares àqueles por ela apreciados, desde que ocorridos sob uma mesma situação jurídica.

6. In casu, a natureza permanente da situação jurídica que engendrou a decisão com trânsito em julgado, qual seja, a necessidade de preservação do valor dos créditos tributários da empresa contribuinte em face dos efeitos nefastos da inflação, pelos mesmos índices de correção monetária aplicados pelo Estado aos seus créditos fiscais, de forma a impedir-se a carga tributária indevida e o enriquecimento sem causa por parte do Estado. Conseqüentemente, em virtude da perduração do contexto jurídico em que proferida a sentença da ação declaratória, encontra-se albergado pela eficácia da coisa julgada o direito da recorrente à atualização monetária do

saldo credor do ICMS.

7. Recurso especial provido. (grifos nossos) (STJ, REsp 795724 / SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, data do julgamento 01/03/2007, DJU 15/03/2007, p. 274)

3.3 A COMPREENSÃO DA SÚMULA 239 DO STF

A súmula 239 do STF assim dispõe:

Decisão que declara indevida a cobrança de imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.

Helenilson Pontes³⁰, citando os ensinamentos de James Marins assim explica o sentido da Súmula 239 do STF:

30 PONTES, op. cit., p. 132

[...] a Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal não deve assumir uma dimensão superior ao seu adequado significado. Anota aquele autor que a súmula n. 239 apenas significa que nas sentenças anulatórias ou mesmo nas desconstitutivas do título executivo proferidas em embargos à execução, a eficácia objetiva da coisa julgada abrangerá apenas os limites da eficácia do próprio ato administrativo anulado ou desconstituído, pois contempla apenas a declaração do caráter indevido do tributo relativo ao período identificado no título executivo, razão pela qual não pode projetar-se em relação aos períodos posteriores, diferentemente do que ocorre nas ações declaratórias e nos mandados de segurança no qual se pede a tutela jurisdicional preventiva, direcionada para as relações jurídicas tributárias de forma continuada e duradoura.

Isto significa que se a sentença decidiu a lide analisando a questão fática posta, e que, portanto, a imutabilidade que a alcança estará restrita aos fatos alegados.

3.4 A COISA JULGADA E A CONSTITUCIONALIDADE

Passaremos a tratar do conflito entre a coisa julgada individual preexistente e posterior decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário.

Bastante comum no sistema brasileiro, como decorrência da adoção do sistema difuso e do sistema concentrado do controle de constitucionalidade, a existência de uma decisão, proferida no âmbito de uma ação individual, declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma tributária. Muitas vezes essa decisão transita em julgado sem chegar ao STF. Posteriormente, o Supremo emite decisão, seja em sede de controle difuso ou controle concentrado, em sentido contrário à decisão proferida na esfera individual.

Diante do conflito entre a segurança jurídica, representada pela coisa julgada individual, e o princípio da isonomia, qual deve prevalecer?

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal, órgão incumbido de interpretar as normas constitucionais por meio do controle concentrado de constitucionalidade. A decisão proferida em sede de controle concentrado tem eficácia erga omnes e efeitos ex tunc, salvo deliberação de 2/3 dos Ministros do STF

em sentido contrário, atendendo a razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Demais disso, a declaração de inconstitucionalidade da norma (seja em controle difuso ou concentrado), em regra, possui efeito desconstitutivo, retirando a norma do ordenamento jurídico, como se ela nunca tivesse existido.

3.4.1 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

A controvérsia foi objeto de estudo pelos doutrinadores brasileiros, havendo posições favoráveis à rescisão da coisa julgada e, outras, contrárias, defendendo a prevalência da coisa julgada.

Misabel Abreu Machado Derzi³¹ sustenta que a coisa julgada em matéria tributária deve prevalecer diante da decisão posterior do STF em sentido contrário, uma vez que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro por ser misto, peculiar, aceita e absorve eventual contradição existente entre decisões judiciais. Ressalta, também, que a coisa julgada está assentada em “princípios caros ao Direito Tributário, como a garantia da certeza, da estabilidade e da previsibilidade das relações jurídicas”. Dessa forma, entende a autora, que não é possível a utilização da ação rescisória como mecanismo de uniformização da jurisprudência, ainda que com fundamento no princípio da igualdade.

Leonardo Greco³² defende que “o legislador ordinário, ao regular a ação rescisória, estabeleceu o limite em que a segurança jurídica, garantida pela coisa julgada, pode ser desprezada em benefício da observância de outros princípios ou direitos constitucionalmente assegurados.” E complementa o autor:

[...] a sentença que resolve questão tributária afirmando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei, e transita em julgado, não pode ser questionada na hipótese de o Supremo Tribunal Federal, no controle difuso em outro processo, ou no

31 DERZI, Misabel Abreu Machado. *Apud* PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 143.

32 GRECO, Leonardo. *Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord). *Coisa Julgada Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 301.

controle concentrado de constitucionalidade, decidir em sentido oposto, salvo nos limites em que é admissível da ação rescisória.

Dalton Luiz Dallazen³³ pugna pela inadmissibilidade da ação rescisória, invocando a segurança jurídica como fundamento para manutenção da decisão anterior proferida diante de posterior decisão do STF em sentido oposto.

Também Bruno Noura de Moraes Rêgo³⁴ entende que:

[...] a ação rescisória não serve para reparar injustiças. A admissão da ação rescisória está prevista em excepcionais hipóteses legais, que visam à defesa do ordenamento jurídico, em última análise, da segurança. Portanto, não se pode utilizar o princípio da isonomia para rescindir julgados.

Marinoni³⁵ não aceita a utilização da ação rescisória como mecanismo de uniformização de jurisprudência, de interpretação da Constituição que gera efeitos para o passado. Vejamos:

Portanto, se não se quer negar a importância da coisa julgada, não é possível aceitar como racional a tese de que a ação rescisória pode ser utilizada como um mecanismo de uniformização da interpretação da Constituição voltado para o passado. Como é sabido, o art. 485, V, do CPC, afirma que a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando “violou literal disposição de lei”. Trata-se de hipótese que, em uma interpretação ajustada àquele que não se conforma com a decisão transitada em julgada, pode simplesmente eliminar a garantia constitucional da coisa julgada material. Ou seja, se o surgimento de interpretação divergente em relação a que foi dada pela decisão transitada em julgado puder implicar na admissão de violação de disposição de lei para efeito de ação rescisória, estará sendo desconsiderado exatamente o que a coisa julgada quer garantir, que é a estabilidade da decisão jurisdicional e a segurança do cidadão.

33 DALLAZEM, Dalton Luiz. A Coisa Julgada e a Posterior Apreciação da Constitucionalidade pelo STF. In: *Coisa Julgada Tributária*. São Paulo: MP, 2005, p. 65.

34 RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Apud*: DALLAZEM, Dalton Luiz. A Coisa Julgada e a Posterior Apreciação da Constitucionalidade pelo STF. In: *Coisa Julgada Tributária*. São Paulo: MP, 2005, p. 73.

35 MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>>. Acesso em 05.10.2010.

Outros autores, como Octávio Campos Fischer³⁶, advogam a tese de que “a coisa julgada deve ser relativizada nos casos ditos teratológicos, de flagrante injustiça ou afronta exorbitante a certos valores constitucionais”. Nessas situações, segundo o autor, a coisa julgada poderia ser desconstituída mesmo após ultrapassado o prazo da ação rescisória.

Carlos Henrique Abrão³⁷, por sua vez, também defende a possibilidade de utilização da ação rescisória, “afastada a aplicação da Súmula 343 do STF, [...] uma vez que a lei inconstitucionalmente declarada não produz efeito algum na órbita jurídica, não gera direitos e, portanto, tem eiva de nulidade.”

Fábio Junqueira de Carvalho e Maria Inês Murgel³⁸ propõem que a solução da controvérsia instaurada entre a segurança jurídica e a isonomia deve ser feita a partir da ponderação entre esses valores, sendo possível a rescisão da decisão transitada em julgado, em face de alteração legislativa, mudança de entendimento jurisprudencial ou modificação no estado do contribuinte.

3.4.2 POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A questão suscitada na doutrina chegou ao âmbito do Poder Judiciário.

Já houve vários casos, no âmbito tributário, em que os juízos monocráticos ou tribunais decidiram sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de determinada lei, havendo o trânsito em julgado e, posteriormente, o STF decidiu em sentido contrário.

Exemplo dessa situação foi o da contribuição social incidente sobre a remuneração paga a administradores e autônomos, regulada pelo art. 3º, I, da Lei 7.787/89. Essa contribuição foi declarada constitucional por vários Tribunais Regionais Federais, ocorrendo o trânsito em julgado dessas decisões. Posteriormente, o STF, em controle difuso, por meio do RE 166.772-9, e depois em controle concentrado – ADI 1102, declarou a inconstitucionalidade da lei.

36 FISCHER, Octávio Campos. *Coisa Julgada Inconstitucional em Matéria Tributária*. Apud VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa Julgada em Matéria Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 153.

37 ABRÃO, Carlos Henrique. *Coisa Julgada e Inconstitucionalidade em Matéria Tributária*. In: MACHADO, Hugo de Brito. op. cit., p. 16.

38 CARVALHO, Fábio Junqueira de; MURGEL, Maria Inês. *Limites da coisa julgada em matéria tributária*. Apud PONTES, Helenilson Cunha. op. cit., p. 146.

Após a decisão do STF, os contribuintes passaram a interpor rescisória junto ao STJ com a finalidade de rescindir as decisões individuais, sob o fundamento de violação literal da disposição da lei – art. 485, V, do CPC.

O Superior Tribunal de Justiça acatou o pleito, sustentando que a uniformização da jurisprudência implica em observância da isonomia, haja vista que os contribuintes que se encontrem da mesma situação devem ser tratados de forma isonômica. Portanto, entendeu o STJ que a segurança jurídica, princípio sobre o qual está assentada a coisa julgada, deve ceder diante do conflito com a isonomia.

Confira-se o julgado que ilustra o entendimento:

Tributário. Rescisória. Contribuição social dos “autônomos” e dos “administradores”. Lei 7.787/89, art. 3º, I.

1 – O prevalecimento de obrigações tributárias cuja fonte legal foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal constitui injúria à lógica jurídica, ofendendo os princípios da legalidade e da igualdade tributárias. A Súmula 343/STF nada mais é do que a repercussão, na esfera da ação rescisória, da Súmula 400, que se aplica a texto constitucional no âmbito do recurso extraordinário (RTJ 101/214). Se a lei é conforme a Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeito à ação rescisória ainda que na época os Tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, declara inconstitucional (REsp 128.239-RJ – rel. Min. Ari Pargendler). Multiplicidade de precedentes (ementa do REsp n. 154.708-DF, rel. Min. Milton Luiz Pereira).

2 – A coisa julgada, no caso em exame, afronta o princípio da igualdade tributária e está apoiada em lei declarada inconstitucional pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

3 – Não há que se entender, data vênia, a existência de decisões controvertidas quando a sentença e o acórdão foram prolatados e, posteriormente, a situação jurídica examinada mereceu declaração de inconstitucionalidade da lei aplicada, com efeitos ex tunc, alcançando as relações jurídicas passadas.

4 – O princípio da segurança jurídica, inspirador dos efeitos da coisa julgada, não pode ser levado ao extremo de ofender o princípio constitucional da igualdade tributária.

5- Considerou-se, também, que, de acordo com as regras sistematizadoras do nosso ordenamento jurídico, somente ao Colendo Supremo Tribunal Federal é que cabe, com força definitiva, declarar a inconstitucionalidade de lei e sugerir ao Congresso Nacional a sua retirada do mundo jurídico. (STJ, REsp 218.354/RS, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, data do julgamento 17.08.1999, DJ 11.10.1999).

Por outro lado, também a União deparou-se com situação idêntica, só que agora a seu favor. A Lei 7.689/88 teve sua constitucionalidade questionada, em ações individuais, relativamente à contribuição social sobre o lucro líquido, obtendo os contribuintes decisão pela inconstitucionalidade da mencionada lei, que transitou em julgado. Contudo, o STF, em momento posterior, declarou a constitucionalidade daquela contribuição (RE 146.733 e 138.284), com exceção apenas do lucro relativo ao ano de 1988.

Desta feita, a União, da mesma forma que os contribuintes haviam feito em relação à Lei 7.787/89, ingressou com ação rescisória para deconstituir os julgados anteriores que passaram em julgado. Mais uma vez, o STJ julgou procedente o pedido:

Recurso especial. Ação rescisória. Inaplicabilidade da súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal. Contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas. Constitucionalidade. Arts. 1º a 7º da Lei n. 7.689/88. Acórdão rescindendo contrário ao entendimento pacificado na Excelsa Corte. Cabimento da ação rescisória.

Segundo reiterada jurisprudência da Corte Suprema e deste Superior Tribunal de Justiça, não se aplica a Súmula n. 343/ STF quando se tratar de matéria de índole constitucional. Mais a mais, na hipótese em exame o tema discutido não era controverso à época da prolação do acórdão rescindendo, razão pela qual também deve ser afastada a incidência da mencionada súmula.

No caso dos autos, é cabível a ação rescisória proposta pela recorrente, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, diversamente do entendimento esposado no v. acórdão rescindendo, firmou orientação no sentido da constitucionalidade da Contribuição

Social sobre o Lucro das Pessoas Jurídicas - artigos 1º a 7º da Lei n. 7.689/88 (Recurso Extraordinário n. 146.733/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 06.11.92). (STJ, REsp 215.198/PE, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Neto, DJ 30.06.2003, p. 162).

Portanto, o STJ firmou entendimento pela possibilidade de utilização da ação rescisória como instrumento de uniformização da jurisprudência, garantidor da isonomia.

No entanto, de acordo com as lições de Helenilson Pontes³⁹ “não se encontra na jurisprudência daquele Tribunal um debate mais aprofundado acerca dos efeitos da procedência da ação rescisória proposta pela União Federal sobre as relações jurídicas tributárias que serão restauradas”, ante o efeito desconstitutivo da ação rescisória.

O tema é de suma importância, uma vez que a ação rescisória, via de regra, tem efeitos *ex tunc*, desconstituindo o julgado desde o início, retirando-o do mundo jurídico, como se ele nunca tivesse existido.

Destarte, caso o contribuinte estivesse dispensado do recolhimento de um tributo em virtude de uma decisão individual que declarou inconstitucional a lei que o instituiu e, posteriormente, o STF julgasse a lei constitucional, a partir de que momento estaria o contribuinte obrigado ao pagamento da exação?

Schubert de Farias Machado⁴⁰ defende que:

Quando se trata de constitucionalidade de lei declarada através de uma ação direta, seja de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, essa decisão do STF tem efeito vinculante e contra todos. Nesse caso a decisão do Supremo muda o direito objetivo sobre o qual se funda a decisão que transitara em julgado e vinha expandindo seus efeitos para o futuro. Por isso, o contribuinte que vinha deixando de pagar determinado tributo por força da coisa julgada que regulava uma relação jurídica contínua, passa a ser obrigado a recolher esse mesmo tributo, a partir da data em que se tornar definitiva a referida decisão do STF. As relações jurídicas anteriormente consumadas, todavia, não são alcançadas de forma automática e com relação a elas coisa julgada somente poderá ser desconstituída na parte que não implicar cobrança

39 PONTES, op. cit. p. 142.

40 MACHADO, Schubert Farias. *Aspectos da Coisa Julgada em Matéria Tributária*. In: MACHADO, op. cit., p.398.

de tributo sobre fatos passados (anteriores à decisão do STF), por força da garantia constitucional da irretroatividade da norma tributária, que é conferida ao cidadão contra o poder do Estado-Fisco.

Nos casos em que a inconstitucionalidade é declarada pelo STF no exercício controle difuso, o contribuinte poderá ser considerado em mora se e quando houver a publicação da resolução do Senado Federal, que excluir a norma inconstitucional do ordenamento, com relação aos fatos que vierem a ocorrer depois dessa publicação, ou como resultado de ação rescisória, também apenas no que diz respeito aos fatos que vierem a ocorrer depois da sua citação na rescisória.

Ainda que a questão não esteja pacificada, o entendimento que assegura a segurança jurídica é aquele segundo o qual apenas a partir da rescisão da coisa julgada é que o contribuinte estaria sujeito ao recolhimento do tributo, anteriormente considerado indevido por decisão judicial transitada em julgado.

4 INSTRUMENTOS DE CONTROLE

Ainda que pareça divergência doutrinária quanto à possibilidade de relativização da coisa julgada, e tendo em vista, a tendência jurisprudencial em aceitá-la, passa-se, agora, a analisar os meios utilizados para a desconstituição da coisa julgada.

O Direito brasileiro não contempla, especificamente, um instrumento específico para controlar a coisa julgada inconstitucional não mais sujeita à impugnação recursal. Entretanto, a despeito da ausência de previsão legal, não se pode ignorar que o problema existe e que se faz necessário buscar meios para solucioná-lo.

4.1 AÇÃO RESCISÓRIA

As hipóteses de cabimento da ação rescisória estão previstas no ar. 485 do CPC e são *numerus clausus*.

O fundamento utilizado por aqueles que aceitam a rescisória como instrumento de relativização da coisa julgada encontra-se no inciso V do art. 485⁴¹, do CPC, ou seja, quando a coisa julgada violar literal dispositivo da lei.

41 Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...] V - violar literal disposição de lei;

Assim, “esta lei deve ser entendida no sentido de norma jurídica, englobando, por consequência, a possibilidade de ação rescisória quando a sentença violar alguma norma constitucional⁴².”

A Súmula 343 do STF⁴³ veda a interposição de ação rescisória, com fundamento no inciso V, do art. 485 do CPC, quando a matéria era objeto de interpretação divergente na época do julgamento.

Vale lembrar que o próprio STF afastou a aplicação da Súmula 343 quando a divergência de interpretação disser respeito à controvérsia constitucional, conforme comprova o julgado abaixo:

Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela Segunda Turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. 4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. *A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.* 6. *Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal.* 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória. (RE 328812/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 06.03.2008, DJe-078 30.04.2008) (grifo nosso)

Portanto, prevalente o entendimento sufragado pelo STF que aceita a interposição da ação rescisória “escorada em superveniente alteração de sua interpretação quanto ao texto constitucional, revelando a tendência de prestigiar e se conceber na ordem jurídica instrumentos capazes de dar efetividade à força normativa da Constituição Federal⁴⁴”.

42 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Relativização da Coisa Julgada Inconstitucional X Princípio da Segurança Jurídica. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 129, p. 44, jun. 2006.

43 JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. Súmula 343 STF: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

44 THEODORO JR, Humberto, Faria, Juliana Cordeiro de Faria. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO José Augusto (coords.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum. 2008, p. 175.

Contudo, o problema surge quando já ultrapassado o prazo de dois anos para a propositura da rescisória, motivo pelo qual passa-se a análise dos demais instrumentos apontados como adequados à desconstituição da coisa julgada.

4.2 IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO E OS EMBARGOS À EXECUÇÃO

Em sede de execução, o CPC, no art. 741, assim como no art. 475-L e § 1º, previu situações em que é possível, seja em face da Fazenda Pública, ou em face de particular, arguir a inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou em ato normativo, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Existe discussão na doutrina acerca do alcance desses dispositivos, qual seja, se a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, apta a ensejar o manejo dos embargos com fundamento na exigibilidade do título em virtude de questão constitucional, seria apenas aquela proferida em controle concentrado, ou se abarcaria também o decisão proferida em controle difuso.

Helenilson Pontes⁴⁵ defende que “a regra processual não exige que a decisão do Supremo Tribunal Federal apta a gerar a cessação da eficácia da coisa julgada em sentido contrário tenha sido proferida apenas sede de controle concentrado”. Admite o autor, que a pronúncia de inconstitucionalidade proferida pelo STF em controle difuso, tenha sido objeto de Resolução do Senado ou não, “produz da mesma forma os efeitos a que alude o art. 741, parágrafo único, do CPC”.

O próprio STJ já decidiu que as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade pelo STF também podem ensejar o manejo dos embargos ou da impugnação à execução com fundamento na inexigibilidade do título executivo:

Constitucional e tributário. Cofins. Alterações promovidas pela lei 9.718/98. Conceito de faturamento. Majoração de alíquota. Precedentes do STF.

1. Não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são

⁴⁵ PONTES, op. cit. p. 154.

decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”), e, no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05).

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão de 09.11.2005, apreciando recursos extraordinários (RE 346084/PR, RE 357950/RS, RE 358273/RS e RE 390840/MG), considerou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 (“§ 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas”), e reconheceu a constitucionalidade do art. 8º, caput, do mesmo diploma legal, que prevê a majoração da alíquota da COFINS de 2% para 3%.

3. O pedido formulado no recurso especial restringe-se ao afastamento da alteração da majoração da alíquota da COFINS de 2% para 3%, prevista no art. 8º da Lei 9.718/98, razão pela qual o acórdão recorrido deve ser mantido. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (grifos nossos) (STJ, REsp 819.850/RS, 1ª T., Rel. Min Teori Albino Zavascki, julgado em 01.06.2006)

Helenilson Cunha Pontes afirma que a regra prevista no art. 741, parágrafo único do CPC é de pouca aplicação no Direito Tributário:

Assim sendo, a norma do art. 741, parágrafo único, do CPC é de pouca aplicação nas lides de natureza tributária em que o título executivo judicial a ser executado pelo contribuinte contempla justamente a pronúncia de inconstitucionalidade da norma tributária.

Situação factível, no entanto, é aquela em que o Estado insiste em promover a execução fiscal de crédito tributário fundado em lei tributária já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Nesta hipótese, o contribuinte executado poderá eleger o art. 741 (por remissão do art. 745 do CPC) como defesa em embargos

à execução, não mais de título judicial, mas de título extrajudicial (a Certidão de Dívida Ativa).

Dessa forma, de acordo com o previsto nos arts. 475, L, § 1º e 741, parágrafo único, independentemente de já decorrido o prazo de dois anos para a rescisão da decisão transitada em julgado, por meio dos embargos e da impugnação à execução, previstos nos artigos supramencionados, é possível arguir a inconstitucionalidade daquela decisão.

4.3 QUERELA NULLITATIS

Outro instrumento aceito pela doutrina para o afastamento da coisa julgada inconstitucional é ação declaratória de nulidade, também conhecida como *querela nullitatis*.

Estefânia Maria de Queiroz Barbosa⁴⁶ entende pela “possibilidade de interposição de ação declaratória de nulidade para desconstituir a coisa julgada inconstitucional”.

Quanto a possibilidade de interposição da ação declaratória de nulidade para desconstituir coisa julgada inconstitucional, esta também deve ser aceita, uma vez que a decisão inconstitucional é nula desde o início, e a ação declaratória é admitida justamente naqueles casos de nulidade, como o que ocorre por ausência de citação, em que a coisa julgada pode ser revista independente de prazo prescricional ou decadencial.

Nesse sentido, a manifestação do STF:

Ação de nulidade. Alegação de negativa de vigência dos artigos 485, 467, 468, 471 e 474 do CPC para a hipótese prevista no artigo 741, I, do atual Código de Processo Civil - que e a de falta ou nulidade de citação, havendo revelia -, persiste, no direito positivo brasileiro, a “querela nullitatis”, o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é a cabível. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, RE 96374, 2ª T., Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 30.08.1983, DJ 11.11.1983, pp-07542).

46 BARBOZA, op. cit, p. 46.

Humberto Theodoro Jr. e Juliana Faria⁴⁷ também defendem o cabimento da *querela nullitatis* para as situações nas quais haja transcorrido o prazo da rescisória e não seja caso de interposição dos embargos à execução e de impugnação ao cumprimento da sentença. Vejamos:

Ainda que não se admita o uso dos embargos à execução e da impugnação ao cumprimento da sentença fora dos casos expressamente indicados para se obter a relativização e se restabelecer o império da Constituição, cabível será a via da ação declaratória de nulidade, ou a *querela nullitatis*, se não for mais possível a ação rescisória, em virtude do prazo decadencial que o Código lhe impõe.

Assim, embora transitada em julgado a decisão judicial, podem convaler invalidades processuais, como, por exemplo, falta de citação de litisconsorte necessário. Para a declaração de nulidade, ou de ineficácia da sentença proferida pode ser manejada a *querela nullitatis*.

5 CONCLUSÃO

A coisa julgada é garantia constitucional que visa preservar a segurança jurídica das relações sociais, uma vez que garante a imutabilidade da decisão proferida pelo Poder Judiciário, já não mais sujeita a recurso, e que estabeleceu “um esquema de agir” para determinado conflito de interesses posto à sua apreciação.

A segurança jurídica objetiva promover a previsibilidade em relação aos efeitos jurídicos da conduta regulada, ou seja, busca criar a certeza de que o cidadão saberá de antemão que ao praticar determinada conduta, isto trará determinada consequência. Portanto, a noção de segurança jurídica está atrelada à ideia de justiça.

A tese da relativização da coisa julgada divide a doutrina. A corrente que defende a relativização parte do pressuposto de que a Constituição assegurou a proteção da coisa julgada apenas em relação à lei posterior. Sustenta, também, que a segurança não é um valor absoluto, devendo ceder diante de outros princípios como o da supremacia da Constituição e da sua máxima efetividade.

Decisão proferida em contrariedade com a Constituição não pode prevalecer, haja vista que inexistente uma intangibilidade da coisa julgada quando esta violar preceito constitucional. E a relativização

47 THEODORO JR.; FARIA, op. cit., p. 198.

da imutabilidade da coisa julgada inconstitucional seria, ao contrário do que alegam aqueles que se opõem a esta tese, garantia da própria segurança jurídica, pois garantiria a harmonia do sistema jurídico e a prevalência da norma constitucional.

Já a corrente contrária à relativização defende que a coisa julgada é uma garantia fundamental, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e que constitui instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança. Defendem os adeptos dessa corrente que a simples alegação da existência de uma sentença injusta não serve para justificar a desconsideração da coisa julgada, o que poderia acarretar grave insegurança na sociedade.

Demais disso, afasta a possibilidade de utilização da ação rescisória como mecanismo de uniformização da jurisprudência. Assim, nega o cabimento de sua manipulação para desconstituir sentença que julgou questão constitucional, e que transitou em julgado, em sentido contrário a posterior decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de controle concentrado ou de controle difuso.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a ação rescisória como mecanismo adequado para desconstituição da coisa julgada em virtude da ocorrência de vícios graves, limitada a sua utilização ao período de dois anos após o trânsito em julgado.

Ultrapassado tal prazo, em regra, convalesceriam todos os vícios existentes na decisão judicial. Contudo, o legislador infraconstitucional acrescentou casos em que é possível alegar a inexigibilidade do título judicial, em sede de embargos à execução (art. 741, parágrafo único, do CPC) e na impugnação ao cumprimento da sentença (art. 475-L, § 1º, do CPC), quando referido título judicial fundar-se em lei ou ato normativo, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Há ainda aqueles, que como Humberto Theodoro Jr., entendem pela possibilidade de utilização da *querela nullitatis*, qual seja, a ação declaratória da nulidade da coisa julgada, não sujeito a prazo decadencial.

Comungamos do entendimento daqueles que negam a possibilidade de relativização da coisa julgada com fundamento na mera injustiça da decisão, pois isto ocasionaria insegurança ao sistema

jurídico. Para que seja possível desconstituir a coisa julgada fora das hipóteses de utilização da ação rescisória, dos embargos à execução ou da impugnação ao cumprimento da sentença, deve haver nova previsão legal, a fim de regulamentar expressamente as hipóteses em que tal desconstituição seria admissível, como forma de assegurar a segurança jurídica, a justiça e a isonomia que devem permear o sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. *Curso de Direito Tributário*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Relativização da Coisa Julgada Inconstitucional X Princípio da Segurança Jurídica. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 129, p. 35-49, jun. 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada Material. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2004.

DALLAZEM, Dalton Luiz. A Coisa Julgada e a Posterior Apreciação da Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In: MARTINS, Ives Gandra, PEIXOTO, Marcelo Magalhães, ELALI, André (coords.). *Coisa Julgada Tributária*. São Paulo: MP, 2005. p. 63-96.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel; FREITAS, Wladimir Passos de (Coord.). *Código Tributário Nacional Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Coisa Julgada: Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. São Paulo: Dialética, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>>. Acesso em: 05 out. 2010.
- MARTINS, Ives Gandra; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (coords.). *Coisa Julgada Tributária*. São Paulo: MP, 2005.
- MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001.
- NASCIMENTO, Carlos Valder. DELGADO José Augusto (coords.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- NERY JR., Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: DIDIER JR., Fredie (coord.) *Relativização da Coisa Julgada*. Salvador: JusPodivm, 2004.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005.
- PONTES, Helenilson Cunha Pontes. Coisa Julgada Tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *Coisa Julgada: constitucionalidade e legalidade em Matéria Tributária*. São Paulo: Dialética, 2006. Material da 3. aula da disciplina Direito Processual Tributário, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu televirtual em Direito Tributário – Anhanguera-Uniderp | Rede LFG.
- RODRIGUES, Walter Piva. *Coisa Julgada Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SABBAG, Eduardo de Moraes. *Manual de Direito Tributário*. 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SANTOS, Joyce Araújo dos. *Teoria da Relativização da Coisa Julgada Inconstitucional*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humbeto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos para seu Controle. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 19, p. 32, set.-out. 2002.

_____. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 127, p. 21, set/ 2005.

_____. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO José Augusto (coords.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum. 2008.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa Julgada em Matéria Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Meios de Impugnação das Decisões Transitadas em Julgado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO José Augusto (coords.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum. 2008.

**PARECER Nº 22/2011/COEJ/
DEPCONT/PGF/AGU**

**CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE ÓRGÃOS
DA PGF E PGU – DIREITOS E OBRIGAÇÕES
REFERENTES AOS BENS DA EXTINTA RFFSA**

*Daniel Picolo Catelli
Procurador Federal*

REFERÊNCIA: Processo 00405.014742/2010-40

INTERESSADO: União e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT

ASSUNTOS: Conflito de atribuições entre órgãos da Procuradoria-Geral Federal (PGF) e Procuradoria-Geral da União (PGU) – direitos e obrigações referentes aos bens da extinta RFFSA

SUCESSÃO PELO DNIT DE BENS OPERACIONAIS DA EXTINTA RFFSA.

- Cobrança de IPTU por município. Legitimidade passiva do DNIT e não da União. Inteligência dos arts. 2º e 8º da Lei nº 11.483/2007 e dos arts. 32, 34 e 130 do CTN. Representação pela PGF, nos termos do art. 10 da Lei nº 10.480/2002.

- Necessidade de alegação em juízo da imunidade de que trata o art. 150, VI, “a”, §2º, da CRFB/88, mesmo que o fato gerador tenha se implementado em momento anterior à aquisição do imóvel pela entidade imune.

1. Trata-se de análise acerca da legitimidade para atuar em execução de IPTU com fato gerador anterior à transferência de imóvel, de natureza operacional, da Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA ao Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes - DNIT.

2. No caso, a controvérsia gira em torno da interpretação da Lei nº 11.483, de 31 de maio de 2007, pela qual foi definido que a União sucederá a extinta RFFSA¹ nos direitos, obrigações e ações judiciais em que esta seja autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada, com exceção dos bens operacionais (transferidos ao DNIT)².

3. Sobre o tema, o Departamento de Contencioso da PGF³, respondendo consulta do ER-PRF3 de Presidente Prudente, manifestou-se por meio da Nota PGF/CONTENCIOSO nº 106/2009, aprovada pelo Suprocurador-Geral Federal, no sentido de que o DNIT não responde pelo passivo da RFFSA anterior à 2007, mesmo que se refira a tributo sobre imóvel que lhe foi transferido nos termos da Lei nº 11.483.

1 A referida sociedade de economia mista foi extinta em 22 de janeiro de 2007, por disposição da Medida Provisória nº 353, convertida na Lei nº 11.483/07.

2 Os bens de valor artístico, histórico e cultural serão recebidos e administrados pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, conforme previsto no art. 9º da Lei nº 11.483/2007.

3 Antes denominado Adjutoria de Contencioso.

4. Divergindo de tal entendimento, foi emitido pela PGU o Parecer nº 110/2010/WAU/DEE/PGU/AGU, concluindo que o DNIT é o legitimado passivo nas execuções fiscais de IPTU afeto à imóvel operacional transferido a sua propriedade com a extinção da RFFSA, mesmo se relacionando a fato gerador pretérito a essa transferência.

5. Encaminhado o feito à PGF, foi ele distribuído ao Departamento de Contencioso para exame.

6. *É o relatório.*

5. Preliminarmente, cumpre consignar que o deslinde da questão não se resolve apenas pela análise da Lei nº 11.483, de 31 de maio de 2007. Necessário, pois, atentar para as especificidades da questão, que envolvem institutos do direito tributário, previstos em lei com *status* de complementar.

7. Na hipótese, de rigor o cotejo da lei ordinária e da lei com *status* de complementar (isto é, o Código Tributário Nacional – CTN), à luz da Constituição da República – CRFB/88.

8. Com efeito, o CTN (Lei 5.172/1966), embora o formalmente editado como lei ordinária⁴, desde a Constituição de 1967 entende-se ter sido ele recepcionado com *status* de lei complementar, mantendo-se o mesmo posicionamento em face da CRFB/88, notadamente diante do disposto no art. 34, §5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

9. A definição das normas gerais de direito tributário, bem como, no tocante aos impostos previstos na Constituição, dos fatos geradores, da base de cálculo e dos contribuintes obedece à *reserva de lei complementar*, segundo vem decidindo o STF⁵⁻⁶.

4 À época de sua elaboração não havia exigência de lei complementar para a matéria. Nessa linha, o RE 556.664 e o RE 559.882, abaixo citados.

5 Sobre a reserva de lei complementar para ditar normas gerais de direito tributário, veja-se, por exemplo, o RE 556.664 e RE 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 12-6-2008, Plenário, DJE de 4-11-2008. *sentido*: RE 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 12-6-2008, Plenário, DJE de 5-12-2008. *Vide*: RE 543.997-AgR, voto da Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22-6-2010, Segunda Turma, DJE de 6-8-2010.

6 Conforme decidiu o Plenário da Corte, não há hierarquia constitucional entre lei complementar e lei ordinária, espécies normativas formalmente distintas exclusivamente tendo em vista a matéria eventualmente reservada à primeira pela própria CF (RE 377457, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-08 PP-01774).

Nos termos desse julgado, eventual conflito não se resolve pelo critério da hierarquia, mas sim levando em conta critérios materiais próprios de cada espécie legislativa.

10. A Lei nº 11.483/2007 não versa (e nem poderia⁷) sobre aspectos tributários da sucessão da RFFSA, tratando genericamente acerca de direitos e obrigações que incumbirão aos seus sucessores. A propósito, transcrevo os principais dispositivos desta Lei atinentes à questão:

Art. 2º A partir de 22 de janeiro de 2007:

I - a União sucederá a extinta RFFSA nos direitos, obrigações e ações judiciais em que esta seja autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada, ressalvadas as ações de que trata o inciso II do caput do art. 17 desta Lei; e

II - os bens imóveis da extinta RFFSA ficam transferidos para a União, ressalvado o disposto no inciso I do art. 8º desta Lei.

II - os bens imóveis da extinta RFFSA ficam transferidos para a União, ressalvado o disposto nos incisos I e IV do caput do art. 8º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.772, de 2008

[...]

Art. 8º Ficam transferidos ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT:

I - a propriedade dos bens móveis e imóveis operacionais da extinta RFFSA;

II - os bens móveis não-operacionais utilizados pela Administração Geral e Escritórios Regionais da extinta RFFSA, ressalvados aqueles necessários às atividades da Inventariança; e

III - os demais bens móveis não-operacionais, incluindo trilhos, material rodante, peças, partes e componentes, almoxarifados e sucatas, que não tenham sido destinados a outros fins, com base nos demais dispositivos desta Lei.

IV - os bens imóveis não operacionais, com finalidade de constituir reserva técnica necessária à expansão e ao aumento da capacidade de prestação do serviço público de transporte ferroviário, ressalvados os destinados ao FC, devendo a vocação logística desses imóveis ser avaliada em conjunto pelo Ministério dos Transportes e pelo

7 Não pode a lei ordinária versar a respeito de base de cálculo, contribuintes e fato gerador dos impostos previstos na CRFB/88.

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme dispuser ato do Presidente da República. (Incluído pela Lei nº 11.772, de 2008).

[...]

Art. 22. Para os fins desta Lei, consideram-se bens operacionais os bens móveis e imóveis vinculados aos contratos de arrendamento celebrados pela extinta RFFSA, bem como aqueles delegados a Estados ou Municípios para operação ferroviária.

11. Nesse contexto, forçoso reconhecer que as peculiaridades do caso resolvem-se com base nos dispositivos do CTN, norma prevista pela Constituição para definir aspectos gerais de incidência dos impostos, inclusive seus contribuintes.

12. Fixando-se, assim, que a controvérsia encontra seu marco normativo no CTN, cumpre por em destaque os dispositivos deste diploma legal aplicáveis ao caso:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

[...]

Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

[...]

13. A leitura dos artigos acima indica que estamos a tratar do instituto da *responsabilidade por sucessão* (prevista nos arts. 129 a 133 do CTN), mais especificamente em relação aos impostos classificados como reais⁸.

8 “São impostos reais aqueles cujo aspecto material da hipótese de incidência limita-se a descrever um fato, ou estado de fato, independentemente do aspecto pessoal, ou seja, indiferente ao eventual sujeito passivo

14. Segundo o Superior Tribunal de Justiça⁹, “os impostos incidentes sobre o patrimônio (Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR e Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU) decorrem de relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência de fato imponível encartado, exclusivamente, na titularidade de direito real, razão pela qual consubstanciam obrigações *propter rem*, impondo-se sua assunção a todos aqueles que sucederem ao titular do imóvel.”

15. Diante disso, considerando que os bens operacionais da RFFSA, a partir de 22 de janeiro de 2007, passaram ao DNIT¹⁰, imperioso reconhecer que com a transferência de propriedade de imóvel, eventual IPTU devido sub-roga-se na pessoa do novo proprietário, nos termos do artigo 130 do CTN.

16. Conseqüência direta dessa sub-rogação é a necessidade dos órgãos de execução da PGF, nos termos do art. 10 da Lei nº 10.480/2002, efetuarem a defesa do DNIT, autarquia federal vinculada ao Ministério dos Transportes, conforme previsto na Lei 10.233/2001.

17. Nessa atuação judicial, aliás, importante registrar que os órgãos de execução devem alegar a incidência de imunidade constitucional (art. 150, VI, “a”, §2º, da CRFB/88), mesmo nas hipóteses de sub-rogação. Nesse sentido, por exemplo, os seguintes julgados¹¹:

e suas qualidades. A hipótese de incidência é um fato objetivamente considerado, com abstração feita das condições jurídicas do eventual sujeito passivo; estas condições são desprezadas, não são consideradas na descrição do aspecto material da hipótese de incidência [...]. São impostos pessoais, pelo contrário, aqueles cujo aspecto material da hipótese de incidência leva em consideração certas qualidades, juridicamente qualificadas, dos possíveis sujeitos passivos. Em outras palavras, estas qualidades jurídicas influem, para estabelecer diferenciações de tratamento legislativo, inclusive do aspecto material da hipótese de incidência. Vale dizer: o legislador, ao descrever a hipótese de incidência, faz refletirem-se decisivamente, no trato do aspecto material, certas qualidades jurídicas do sujeito passivo. A lei, nestes casos, associa tão intimamente os aspectos pessoal e material da hipótese de incidência, que não se pode conhecer este sem considerar aquele.” (ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo: RT, p. 125).

9 REsp 1.073.846/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.12.2009.

10 Os bens operacionais são os bens móveis e imóveis vinculados aos contratos de arrendamento celebrados pela extinta RFFSA, bem como aqueles delegados a Estados ou Municípios para operação ferroviária (art. 22 da citada Lei nº 11.483/2007).

11 Anote-se que o STJ não tem enfrentado a questão, uma vez que os tribunais a quo tem decidido a questão com base no art. 150, VI, a, da CRFB/88. Nesse diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. RFFSA – REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA DA UNIÃO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, “A”, DA CF/88. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1.

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. IMÓVEIS ADQUIRIDOS POR AUTARQUIA FEDERAL. IMUNIDADE RECONHECIDA. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. 1. As normas relativas à imunidade tributária são regras que delimitam a competência tributária dos entes políticos, vedando, desta forma, a possibilidade de cobrança de impostos, mesmo quanto àqueles cujo fato gerador já tenha se implementado em momento anterior à aquisição do imóvel pela entidade imune. Precedentes. 2. No caso, a afetação dos imóveis às finalidades essenciais da entidade - condição para gozo da imunidade em tela, na forma do § 2º do artigo 150, IV, combinado com a alínea a do mesmo dispositivo - já restou reconhecida pelo próprio Município embargado, de forma que, uma vez reconhecida tal condição, não se pode permitir a cobrança de impostos relativos aos imóveis de propriedade da autarquia. 3. Agravo legal improvido. (TRF4, AC 2004.71.00.020018-7, Primeira Turma, Relator Joel Ilan Paciornik, D.E. 15/12/2009)

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. IPTU. AUTARQUIA FEDERAL. IMUNIDADE. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO. 1. Embora o Município tenha reconhecido a imunidade da Embargante, autarquia federal, nos termos do artigo 150, VI, a, §2º, da CF/88, a execução fiscal trata da cobrança do IPTU referente ao ano-base de 1999, considerando que o lançamento ocorreu em 1º.01.99, tendo a Executada se tornado proprietária do imóvel apenas em 13.01.99. 2. Na data do lançamento, o proprietário do bem era o antigo proprietário. Contudo, com a transferência da propriedade, o imposto sub-roga-se na pessoa do adquirente (art. 130 do CTN), o qual goza da imunidade constitucional, não sendo exigível. (TRF4, AC 2004.71.00.038341-5, Segunda Turma, Relator Marcos Roberto Araujo dos Santos, DJ 09/08/2006)

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RFFSA. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA DA UNIÃO. IPTU. IMUNIDADE RECÍPROCA. CF, ART. 150, VI, A. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Com a transferência da propriedade do imóvel, o imposto sub-roga-

Fundando-se o acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. 2. Precedentes jurisprudenciais: (REsp 1.172.504/SC, DJ 08/02/2010; REsp 980.203/RS, DJ 27.09.2007; AgRg no Ag 858.104/SC, DJ 21.06.2007; AgRg no REsp 889.078/PR, DJ 30.04.2007; REsp 771.658/PR, DJ 18.05.2006; AgRg nos EDcl no Ag 701.285/SC, DJ 03.04.2006). [...] 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1172882/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 03/11/2010)

se na pessoa do adquirente (art. 130 do CTN). 2. Gozando a União de imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal, inexigível o IPTU sobre imóvel incorporado a seu patrimônio, ainda que os fatos geradores sejam anteriores à ocorrência de sucessão tributária. 3. Ajuizada a execução fiscal antes da extinção da RFFSA, incabível a condenação do Município ao pagamento de honorários advocatícios, porquanto não deu causa à cobrança indevida do tributo. (TRF4, AC 0014741-67.2008.404.7000, Primeira Turma, Relator Álvaro Eduardo Junqueira, D.E. 04/05/2010)

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. REMESSA OFICIAL. INTERPOSIÇÃO DE OFÍCIO. RFFSA. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA DA UNIÃO. IMUNIDADE RECÍPROCA. IPTU. SUB-ROGAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A sentença está sujeita ao reexame necessário, porquanto o valor da dívida ativa executada excede o limite de sessenta salários mínimos. 2. A Rede Ferroviária Federal S/A foi extinta em 22 de janeiro de 2007, por disposição da MP 353, convertida na Lei nº 11.483/07, sucedendo-lhe a União nos direitos, obrigações e ações judiciais, de modo a não prosperar a alegação de ilegitimidade daquela para propor os presentes embargos. 3. Com a transferência da propriedade do imóvel, o IPTU sub-roga-se na pessoa do novo proprietário, nos termos do artigo 130 do CTN. Assim, como a União goza da imunidade recíproca prevista no artigo 150, VI, “a”, da CF/88, é inexigível o IPTU sobre imóvel incorporado a seu patrimônio, ainda que os fatos geradores sejam anteriores à ocorrência da sucessão tributária. 4. Ajuizada a execução fiscal antes da extinção da RFFSA, incabível a condenação do Município ao pagamento de honorários advocatícios, porquanto não deu causa à cobrança indevida do tributo. (TRF4, AC 0001174-78.2009.404.7211, Segunda Turma, Relatora Luciane Amaral Corrêa Münch, D.E. 19/05/2010)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. RFFSA. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA DA UNIÃO. IMUNIDADE RECÍPROCA. CF, ART. 150, VI, A. CONECTÁRIOS LEGAIS. 1. Com a transferência da propriedade do imóvel, o imposto sub-roga-se na pessoa do adquirente (art. 130 do CTN). 2. Gozando a União de imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da CF, inexigível o IPTU sobre imóvel incorporado a seu patrimônio, ainda que os fatos geradores sejam anteriores à ocorrência de sucessão tributária. 3. Honorários advocatícios mantidos no patamar de 10% sobre o valor atualizado da execução fiscal, em consonância com o posicionamento adotado por esta Corte, considerados os critérios

elencados pelo CPC em seu art. 20, § 4º, combinado com as alíneas a, b e c do § 3º. (TRF4, APELREEX 2007.70.00.031512-3, Primeira Turma, Relator Álvaro Eduardo Junqueira, D.E. 09/02/2010)

EMENTA: AGRAVO LEGAL. ART. 557, CAPUT DO CPC. POSSIBILIDADE. COBRANÇA DE IPTU. AUTARQUIA. INCABIMENTO. IMUNIDADE RECÍPROCA. 1. Viável a solução da lide forte na previsão do artigo 557, caput do CPC quando o recurso é manifestamente inadmissível ou improcedente, está prejudicado o seu objeto ou, ainda, estiver ele em confronto com sùmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou de Corte superior. Precedentes deste Tribunal. 2. Os municípios não podem exigir pagamento de IPTU das autarquias (art. 150, VI, § 2º, da Constituição Federal). 3. Tendo o Conselho Regional de Medicina Veterinária natureza autárquica, faz jus à inexigibilidade do IPTU. (TRF4, APELREEX 2008.70.01.006300-7, Segunda Turma, Relator Artur César de Souza, D.E. 13/01/2010)

18. Em face do exposto, opina-se no sentido de que o DNIT é legitimado passivo em execuções fiscais de IPTU referente a imóveis operacionais transferidos aos seus domínios nos termos do art. 8º da Lei nº 11.483/2007, ainda que se trate de fatos geradores ocorridos antes da assunção da propriedade.

19. À consideração superior, com a sugestão de que, em havendo aprovação, sejam os autos remetidos ao Gabinete do Procurador-Geral Federal para que avalie a conveniência de enviá-los à Procuradoria-Geral da União.

20. Sugiro, por fim, caso acolhida a tese aqui esposada, seja emitida orientação aos órgãos de execução da PGF.

Brasília, 14 de fevereiro de 2011.

DANIEL PICOLO CATELLI
Procurador Federal

**A FORMA DE REPARAÇÃO DO DANO À
IMAGEM DOS ENTES PÚBLICOS: ANÁLISE
A PARTIR DO JULGAMENTO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL DA ADPF Nº 130**

***THE EXISTENTE WAYS OF COMPENSATIONS FOR
DAMAGES TO PUBLIC INSTITUTIONS IMAGE: ANALYSIS
OF THE SUPREME COURT TRIAL OF THE ADPF 130***

*Carolina Scherer Bicca
Procuradora Federal, Procuradora-Chefe do IPEA.
Mestranda em Direito Constitucional pelo
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP*

SUMÁRIO: Introdução; 2 As Formas de Reparação à Imagem dos Entes Públicos após a extirpação da Lei de Imprensa do Ordenamento Jurídico; 3 Caso Paradigmático – Matéria Jornalística publicada sobre o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo visa analisar as formas de reparação existentes em face de matérias jornalísticas inverídicas e caluniosas a serem utilizadas pelos entes públicos que tiveram sua imagem danificada. A presente questão terá como marco a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. A concessão do direito de resposta e a reparação pecuniária por dano à imagem são os instrumentos à disposição dos entes públicos na atualidade. O Poder Judiciário, por sua vez, quando acionado para julgar este tipo de conflito deve atuar com rapidez, pois enquanto a verdade não é restabelecida a falsidade acaba por se perpetuar, de modo que, quando do julgamento da ação a decisão não é mais eficaz e o dano torna-se irreversível.

PALAVRAS-CHAVE: Reparação. Dano a Imagem. Entes Públicos. Ação Judicial. Direito de Resposta. Reparação Material.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the existent ways of compensations for damages to public institutions image in the face of untruthful and defamatory journalistic news to be used by public entities that have had their images affected. This issue will have as its cornerstone the decision rendered by the Supreme Federal Court on the occasion of the trial of the Action of Fundamental Noncompliance number 130. The granting of the right of reply and compensation for damage to the image are the tools available to public entities at present. The judiciary power, when triggered to judge this type of conflict must act quickly, because while the truth is not restored the lie just perpetuates itself, so it is necessary that in the trial of these actions, the decision is more effective or the damage becomes irreversible.

KEYWORDS: Repair. Damage to the image. Public entities. Judicial action. Right of reply. Compensation for damages.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade de imprensa é fundamental para a sociedade e para o país, garantindo que a população tenha acesso, entre outras coisas, a questões públicas relevantes, possibilitando um maior controle sobre a forma de utilização dos recursos públicos, sendo fundamental para qualquer país que almeje alcançar ou consolidar um regime democrático.

A contribuição que a mídia fornece ao país é enorme, na medida em que apura fatos graves e relevantes para a sociedade, os quais, muitas vezes, só são corrigidos em função da atuação da imprensa.

Igualmente importante, porém, é a existência de mecanismos eficazes de reparação ao dano causado à imagem de entidades públicas, em face de condutas equivocadas e exageradas adotadas pelo setor jornalístico, principalmente em relação a entidades públicas que dependem de sua credibilidade e imagem para o bom exercício de sua atividade fim.

O problema a ser enfrentado no presente artigo, pois, gira em torno da seguinte questão: como reparar o dano à imagem dos entes públicos, causado em face de matérias jornalísticas caluniosas e desprovidas de apuração cuidadosa e de comprovação material?

A presente questão será analisada a partir do marco decisório estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento Fundamental nº 130-DF, cujo objeto fora a Lei de Imprensa.

Como pano de fundo e para conferir algum pragmatismo à questão, utilizaremos o caso ocorrido com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, fundação pública federal, que tem como finalidades, entre outras atribuições, promover e realizar pesquisas e estudos sociais e econômicos e disseminar o conhecimento resultante¹, o que demanda que sua credibilidade e imagem sejam preservadas.

2 AS FORMAS DE REPARAÇÃO À IMAGEM DOS ENTES PÚBLICOS APÓS A EXTIRPAÇÃO DA LEI DE IMPRENSA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (“Lei de Imprensa”), editada em plena época da ditadura no Brasil, regulava a liberdade de

1 Art. 2º do Decreto nº 7.142, de 29 de março de 2010, que aprova o Estatuto do Ipea. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7142.htm>. Acesso em: 18/11/2011.

manifestação do pensamento e de informação e tratava dos abusos do seu exercício.

Referida lei foi extirpada do ordenamento jurídico, pois, segundo o Supremo Tribunal Federal, a mesma não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, conforme decidido por ocasião do julgamento da Ação de Descumprimento Fundamental nº 130/DF, por ter se entendido que:

o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que *quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja*. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas.² (grifo do autor)

Assim, a partir desta decisão histórica, apesar de alguns votos divergentes quanto à extensão do direito de expressão, ficou assentado que a liberdade de expressão deve ser plena e não admite nenhum tipo de censura prévia, sendo um direito “irregulamentável” pelo Estado, tendo em vista que:

são irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.³

Entretanto, como expressamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, não há óbice de natureza constitucional à regulamentação de matérias reflexas à liberdade de imprensa, tendo, referida decisão, inclusive, enumerado, de forma exemplificativa, o rol destas matérias, que são aquelas elencadas pela própria Constituição, entre elas: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte; e responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação.

² ADPF 130/DF, Relator Ministro Carlos Britto, p. 1-334, D. J. 6.11.2009, p. 8. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 20/10/2011

³ ADPF 130/DF, op. cit. p. 10.

A “Lei de Imprensa” disciplinava o direito de resposta de forma exauriente, tratando das hipóteses de cabimento do direito de resposta (art. 29 – nos casos de veiculação de fato inverídico ou errôneo); da legitimação para o pleito de resposta (art. 29, §1º); do que consistia o direito de resposta (art. 30, I, II e III); da forma como tal direito seria exercitado; do prazo para atendimento ao direito de resposta (art. 31); do prazo para resposta do órgão de imprensa em sede judicial (art. 32, §3º); do prazo para tomada de decisão judicial (art. 32, §4º); e dos casos em que a publicação ou transmissão da resposta ou retificação não seria permitida (art. 34).

Ocorre que, em face do grande trauma causado pela censura ocorrida durante a ditadura em nosso país, a Lei de Imprensa foi abolida na sua totalidade do ordenamento jurídico, talvez mais em caráter simbólico do que jurídico, pois, se referida norma não ostentasse essa carga negativa, talvez parte dela teria sido preservada, como alguns Ministros, aliás, defenderam.

Com efeito, nem os dispositivos supracitados, referentes ao direito de resposta, foram poupados no julgamento do Supremo Tribunal Federal acima referido. Deve-se ressaltar a posição do Ministro Gilmar Ferreira Mendes que, à época Presidente da Corte, votou pela improcedência da ação no tocante aos artigos 29 a 36 da referida lei, e do Ministro Marco Aurélio, que votou pela sua total improcedência.

A abolição total da Lei de Imprensa do ordenamento jurídico, de acordo com o Supremo deveria perfectibilizar-se em face da:

Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País.⁴

Cabe ressaltar, todavia, que, em relação ao direito de resposta, ainda que a decisão supracitada tenha dado a impressão de que se criou um *vacum* legislativo sobre a questão, a própria Corte o resguardou.

4 ADPF 130/DF, op. cit. p. 10.

Com efeito, entendeu-se que o inciso V do artigo 5º da Constituição Federal⁵, que assegura o direito de resposta proporcional ao agravo e de indenização pelo dano causado, é autoaplicável, sendo desnecessária legislação que o complementa, devendo aplicar-se ao direito de resposta as normas da legislação comum (Código Civil e de Processo Civil, Código Penal e de Processo Penal, etc.), conforme consignado no seguinte trecho da decisão:

Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, “de eficácia plena e de aplicabilidade imediata”, conforme classificação de José Afonso da Silva. “Norma de pronta aplicação”, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.⁶

Ademais, a jurisprudência tem se posicionado favoravelmente à autoaplicabilidade do direito de resposta, como, por exemplo, nas seguintes decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. LEI DE IMPRENSA, DIREITO DE RESPOSTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRAZO. DOIS DIAS. INTEMPESTIVIDADE. APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. [...] De notar, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF, declarou como não recepcionado pela Constituição da República de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. 3. Entretanto, a Constituição Federal assegura, no seu art. 5º, V, o direito de resposta, proporcional ao agravo, norma essa de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, conforme entendimento da Suprema Corte deste País.⁷

5 Art. 5º [...]]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

6 ADPF 130/DF, op. cit. p. 11.

7 Superior Tribunal de Justiça. EARESP 200400640659, Relator Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, p. 1-9, D. Je. 19/04/2010, p. 1. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita>>

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DE RESPOSTA. LEI DE IMPRENSA. ADPF Nº 130/STF. PREVISÃO NO ART. 14 DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE COLÉGIO RECURSAL. APLICAÇÃO, À ÉPOCA, DA SÚMULA 690/STF. *TEMPUS REGIT ACTUM*. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE REMESSA DOS AUTOS À CORTE COMPETENTE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não obstante o julgamento da ADF nº 130/STF, no sentido de que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela CF/88, tem-se que o Direito de Resposta continua a existir no ordenamento pátrio, por força do artigo 14 do Pacto de São José da Costa Rica.⁸

Assim, o direito de resposta pode ser utilizado como forma de se reparar o dano à imagem dos entes públicos causados pela atuação equivocada da imprensa, face à autoaplicabilidade do inciso V do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Cabe destacar que o Código de Ética do Jornalista prevê o dever do próprio jornalista conferir o direito de resposta em face de informações inverídicas, pois:

Art. 4º O compromisso fundamental do jornalista é com a verdade no relato dos fatos, deve pautar seu trabalho na precisa apuração dos acontecimentos e na sua correta divulgação.

De acordo com referido regramento, ainda:

Art. 12 O jornalista deve:

I – ressalvadas as especificidades da assessoria de imprensa, *ouvir sempre, antes da divulgação dos fatos, o maior número de pessoas e instituições envolvidas em uma cobertura jornalística, principalmente aquelas que são objeto de acusações não suficientemente demonstradas ou verificadas;*

asp?registro=200400640659&dt_publicacao=19/04/2010>. Acesso em: 21/10/2011.

8 Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 23.369 – SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Recorrente: Dario Eliseo Casas, Impetrado: Juiz de Direito Relator da Apelação NR 491/95 do Colégio Recursal Criminal de São Paulo – SP. p. 1-8, D. Je. 30/08/2010, p. 1. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22MARIA+THEREZA+DE+ASSIS+MOURA%22%29.min.&processo=200602838796&cb=ACOR>. Acesso em: 21/10/2011.

[...]

VI – promover a retificação das informações que se revelem falsas ou inexatas e *defender o direito de resposta às pessoas ou organizações envolvidas ou mencionadas em matérias de sua autoria ou por cuja publicação foi o responsável;* (grifo do autor)

A conduta esperada, assim, a fim de que se evitem danos à imagem das pessoas físicas ou jurídicas, de acordo com o próprio Código de Ética do Jornalista, é que se promova a oitiva prévia de todas as partes envolvidas em casos não suficientemente esclarecidos, bem como que se conceda o direito de resposta em matérias de sua autoria quando as informações forem incorretas.

Além disso, caso a própria imprensa não se incumba de garantir o direito de resposta, pode-se adentrar com uma ação judicial para a obtenção de referido direito, requerendo-o isoladamente ou cumulativamente com a reparação pecuniária pelo dano causado à honra e à imagem.

No caso de entidades públicas cujo êxito de sua função institucional é alcançado através do reconhecimento de sua credibilidade pelos mais diversos setores, o direito de resposta se demonstra até mais importante que a reparação pecuniária por dano a imagem, pois o produto de seu trabalho somente será reconhecido pela sociedade se a credibilidade da instituição for recuperada.

3 CASO PARADIGMÁTICO – MATÉRIA JORNALÍSTICA PUBLICADA SOBRE O INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA

De forma inédita, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, Fundação Pública Federal, por meio do seu representante judicial, vinculado à Advocacia-Geral da União (AGU), conseguiu obter judicialmente sentença favorável na ação ordinária n° 41191-93.2010.4.01.3400, ajuizada perante à Justiça Federal da Seção Judiciária de Brasília – DF, objetivando a publicação de resposta à reportagens jornalísticas desprovidas de consistência e verdade, veiculadas sem que a entidade tivesse sido ouvida previamente acerca dos fatos noticiados, o que gerou dano a sua imagem e reputação.

O IPEA alegou que as reportagens jornalísticas publicadas feriram a sua honra objetiva, pois colocaram em dúvida a sua credibilidade e

imparcialidade ao afirmarem que a entidade “transformou-se numa máquina de propagação do governo e braço de articulação de uma política externa movida pela ideologia, deixando em segundo plano sua missão primordial”.

As acusações agravam-se, pois o IPEA, entidade promotora de pesquisas e estudos sociais e econômicos, depende da sua credibilidade para cumprir a sua função institucional, mantendo, inclusive, acordos com diversas entidades nacionais, públicas e privadas, e internacionais, que confiam na seriedade do Instituto.

O Magistrado, utilizando-se da decisão proferida na ADPF 130, de Relatoria do Ministro Ayres Brito, em razão da sua importância histórica e dos diversos pontos abordados pelo Supremo Tribunal Constitucional na ocasião, considerou que, apesar da Lei de Imprensa não mais existir, normativo este em que o direito de resposta encontrava-se amplamente abrigado, “o direito de resposta insculpido na Constituição é norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, aplicando-se, ante o presente *vacum* legislativo as normas da legislação comum”.

Ademais, restou consignado que “*Inegável, crescente-se, que o direito de resposta também é conferido aos entes públicos*. Julgou-se procedente o pedido e afirmou-se que “o direito de resposta surge para o ente público quando a crítica, qualificada como ofensa, atinge a honra objetiva do órgão mediante a publicação de texto sem embasamento fático”. Assim, determinou ao réu que proceda à publicação da resposta do IPEA, nos mesmos dias e no mesmo formato das matérias reconhecidas pelo juiz como ofensivas à honra do Instituto.⁹

A única crítica que se faz em relação ao caso, foi de não ter sido concedida a antecipação de tutela requerida, de modo que, apesar de a entidade ter obtido ganho de causa na primeira instância, a resposta requerida só será publicada quando do trânsito em julgado, o que, como se sabe, pode levar anos, ou seja, a resposta somente será publicada quando ninguém mais se recordará da matéria jornalística que lhe deu causa.

Assim, a fim de se garantir efetividade ao direito de resposta, necessário que haja uma regulamentação específica, com a estipulação de um prazo razoável para seu atendimento, ou que, pelo menos, haja

9 BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal. 13ª Vara Federal. Ação Ordinária nº 41191-93.2010.4.01.3400. Juiz Federal Gustavo André Oliveira dos Santos, Autor: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Ré: Infoglobo Comunicação e Participações S.A (Sucursal DF).

o bom senso dos magistrados em conferir maior celeridade a esses julgamentos, sob pena de referido direito tornar-se ineficaz.

4 CONCLUSÃO

Atualmente, em face da normatização existente e, conforme o que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento Fundamental nº 130, a concessão do direito de resposta e a reparação pecuniária por dano à imagem são os instrumentos à disposição dos entes públicos em face de matéria jornalística caluniosa e desprovida de veracidade que lhe cause dano à imagem. A resposta, entretanto, deve ser publicada em um curto espaço de tempo, sendo necessária, assim, sua regulamentação. O Poder Judiciário, por sua vez, quando acionado para julgar este tipo de conflito deve atuar com rapidez, pois enquanto a verdade não é restabelecida a falsidade acaba por se perpetuar, de modo que, quando do julgamento final da ação a decisão não é mais eficaz e o dano torna-se irreversível.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organizada e atualizada por Cerdônio Quadros e Marcello Rodrigues Palmieri. 26 ed. julho/2007. São Paulo: NDJ, 2007.

BRASIL. *Decreto nº 7.142, de 29 de março de 2010*. Aprova o Estatuto e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, e dá outras Providências.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF*, Relator Ministro Carlos Britto, p. 1-334, D. J. 6.11.2009, p. 8. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 20/10/2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EARESP 200400640659*, Relator Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, p. 1-9, D. Je. 19/04/2010, p. 1. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400640659&dt_publicacao=19/04/2010 . Acesso em: 21/10/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Mandado de Segurança nº 23.369 – SP*, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Recorrente: Dario Eliseo Casas, Impetrado: Juiz de Direito Relator da Apelação NR 491/95 do Colégio Recursal Criminal de São Paulo – SP. p. 1-8, D. Je. 30/08/2010, p. 1. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22MARIA+THEREZA+DE+ASSIS+MOURA%22%29.min.&processo=200602838796&b=ACOR>. Acesso em: 21/10/2011.

BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal. 13ª Vara Federal. *Ação Ordinária nº 41191-93.2010.4.01.3400*. Juiz Federal Gustavo André Oliveira dos Santos, Autor: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Ré: Infoglobo Comunicação e Participações S.A (Sucursal DF).

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800
70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 8.000 exemplares