

REVISTA DA AGU

Colaboradores:

Institucional

- Fernando Luiz Albuquerque Faria

Artigos

- Brivaldo Pereira dos Santos Junior
- Diogo Melo de Oliveira
- Leonardo de Oliveira Gonçalves
- Leonardo Vizeu Figueiredo
- Nilma de Castro Abe
- Rommel Madeiro de Macedo Carneiro
- Solange de Holanda Rocha
- Shandor Portella Lourenço
- Victor Cesar Berland

Parecer

- José Affonso de Albuquerque Netto

Jurisprudência

- Luciano Marinho Filho

REVISTA DA
AGU

ANO VII N° 18 - Brasília-DF, out./dez. 2008

Revista da AGU

Escola da Advocacia Geral da União

SBN – Quadra 01 – Edifício Palácio do Desenvolvimento – 4º andar -
CEP 70057-900 – Brasília – DF Telefones (61) 3105-9970 e 3105-9968
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
Ministro José Antonio Dias Toffoli

DIRETOR DA ESCOLA DA AGU
Mauro Luciano Hauschild

COORDENADORA-GERAL
Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA REVISTA DA AGU
Mauro Luciano Hauschild
Juliana Sahione Mayrink Neiva

CONSELHO EDITORIAL

Membros Efetivos: Evandro Costa Gama - Substituto do AGU
Marcelo Siqueira Freitas - Procurador-Geral Federal
Luís Inácio Lucena Adams - Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior - Consultor-Geral da União
Aldemário Araújo Castro - Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça - Secretária-Geral de Contencioso
Mauro Luciano Hauschild - Diretor da Escola da AGU.

Membros Executivos: Arnaldo Godoy, Antônio de Moura Borges, Denise Lucena Cavalcante, Fabiano André de Souza Mendonça, Regina Linden Ruaro, José Tadeu Neves Xavier, Fernando Boiteux, Francisco Humberto Cunha Filho, Sérgio Augusto Zampol Pavani, Clarissa Sampaio Silva, Marcelo Andrade Ferés, Maria Rosa Guimarães Loula.

Membros Eletivos - Alexandre Bernardino Costa, Carlos José de Souza Guimarães, Daniela Ferreira Marques, Kaline Davi e Sueli Valentin Moro Miguel

Secretaria Editorial

Antonio Barbosa da Silva
Niuza Gomes Barbosa de Lima

Diagramação/ABNT(ADAPTAÇÃO)
Capa

Niuza Gomes Barbosa de Lima
Fabiana Marangoni Costa do Amaral

Revista da AGU – Advocacia-Geral da União
Ano VII – Número 18 - Brasília-DF, out./dez. 2008
Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035

1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05
CDU 342(05)

SUMÁRIO

Apresentação5

Editorial.....7

INSTITUCIONAL

A Procuradoria-Geral da União, os Interesses Primários e Secundários do Estado e a Atuação Proativa em Defesa do Estado Democrático de Direito e da Proibidade Administrativa
Fernando Luiz Albuquerque Faria.....9

ARTIGOS

Natureza Substancial ou Procedimental do Lançamento Tributário
Brivaldo Pereira dos Santos Junior29

Da Oponibilidade, Perante os Adquirentes do Imóvel, do Crédito Hipotecário Decorrente do Financiamento para a Construção de Imóveis, desde que Anterior à Promessa de Compra e Venda
Diogo Melo de Oliveira.....55

Ponderações sobre a Necessidade de a Administração Pública Divulgar, nos Editais Licitatórios, Orçamento Estimado do Objeto que se Pretende Contratar.
Leonardo de Oliveira Gonçalves.....81

O Sistema Financeiro Nacional na República Federativa do Brasil e a Atualização Monetária
Leonardo Vizeu Figueiredo95

Notas Sobre A Inaplicabilidade da Função Social à Propriedade Pública
Nilma de Castro Abe.....137

Fundamentos Jurídicos e Pedagógicos do Estado Democrático-Participativo e da Globalização Política
Rommel Madeiro de Macedo Carneiro.....163

Aspectos Relevantes da Hermenêutica Constitucional.
Solange de Holanda Rocha.....197

O Abuso do Direito e a Função de Controle da Boa-Fé Objetiva
Shandor Portella Lourenço.....229

| | |
|---|-----|
| Controle Concentrado de Constitucionalidade Mediante Recurso Extraordinário <i>Victor Cesar Berland</i> | 243 |
|---|-----|

PARECER

| | |
|--|-----|
| Avaliação da Existência de Interesse da União em Integrar no Pólo da Demanda José Affonso de Albuquerque Netto | 271 |
|--|-----|

JURISPRUDÊNCIA

| | |
|--|-----|
| Notas Preliminares de Repercussões da Súmula Vinculante que Limitará Competência da Justiça do Trabalho para Cobrança de Contribuição Previdenciária <i>Luciano Marinho Filho</i> | 281 |
|--|-----|

APRESENTAÇÃO

Chegamos a mais um final de ano. E, com ele, temos de fazer o necessário balanço do trabalho desempenhado pelas unidades da AGU e por nossa Instituição.

No caso da Escola da AGU, verifica-se um ano árduo, mas profícuo. Dentre os inúmeros cursos, seminários e palestras organizados ao longo do ano, pode-se destacar o Congresso Brasileiro das Carreiras Jurídicas de Estado, inovadora iniciativa da AGU em busca da troca de experiências entre os membros de diversas Carreiras Jurídicas, como Magistrados, Promotores, Defensores e Advogados Públicos.

Além disso, em 2008, a Escola capacitou cerca de 13.000 (treze mil) membros das Carreiras Jurídicas da AGU, bem como servidores administrativos, nos mais de 500 eventos promovidos ao longo do ano.

Como se não bastasse, paralelamente às edições da Revista impressa, 106 artigos foram publicados na Revista virtual, fazendo com que esse meio de comunicação seja a voz da Advocacia-Geral da União junto à sociedade, difundindo as teses jurídicas e as idéias de seus membros.

Neste número da revista impressa, no espaço institucional, consolidando a tradição de apresentar a AGU, de forma completa, à comunidade, apresento o brilhante trabalho desempenhado pela Procuradoria-Geral da União, com o nobre mister de defender o Estado brasileiro na via contenciosa. E, sempre relembrando: defender o Estado é defender toda a sociedade brasileira.

Com artigos rigorosamente selecionados, esperamos poder, além de fornecer profundas análises sobre o Direito, fazer deste nº 18 da revista impressa da AGU uma verdadeira prestação de contas a toda a sociedade brasileira do que vem fazendo a Advocacia Pública Federal.

Boa Leitura!

José Antonio Dias Toffoli
Advogado-Geral da União

EDITORIAL

A edição nº 18 da Revista impressa da AGU vem, mais uma vez, consolidar o objetivo de apresentar à comunidade o trabalho e as teses jurídicas defendidas por seus membros, com textos que possam contribuir para a melhor compreensão e aplicação diárias do Direito. E, sabemos, todos nós vivemos o Direito diariamente.

No intuito de contribuir com a comunidade acadêmica, a revista da AGU vem sendo distribuída para, além de órgãos do Poder Judiciário, Ministério Público e Universidades, também para Escolas de Governo, associações e sindicatos. O que demonstra que o que queremos, verdadeiramente, é difundir o conhecimento capaz de contribuir com a plena justiça social em nosso país.

Nesta edição, trazemos discussões sobre o lançamento tributário, sobre o conteúdo dos editais de licitação, sobre o sistema financeiro nacional, sobre a função social aplicável aos bens públicos, sobre a globalização e o Estado democrático-participativo, sobre hermenêutica constitucional, sobre a boa-fé aplicável aos contratos e sobre o controle concentrado aplicável ao recurso extraordinário. Além disso, trazemos importantes questões sobre Direito imobiliário, de lavra de colega, ainda que não da Carreira da AGU, também defensor do interesse público, posto Advogado de uma empresa pública: a Caixa Econômica Federal.

Pela pletera de assuntos, vê-se quão generosa é a matéria-prima da Ciência Jurídica: tentar apreender de tal maneira os problemas sociais de modo a poder solucioná-los da melhor maneira possível, com a importância que o interesse público merece; contudo, tendo a dignidade da pessoa como centro de toda a preocupação jurídica.

Além disso, a análise da jurisprudência tem sido mantida pela sua conectividade com o Direito aplicado no dia-a-dia, ao qual devemos nos aproximar cada vez mais.

Do espaço que dedicamos aos Pareceres, trazemos a análise consultiva da necessidade de participação da União em processo no qual se discute tema de extrema relevância social: Saúde Pública. Demonstre-se, com isso, o papel da AGU como defensora de direitos coletivos.

Com essas contribuições, esperamos alavancar ações cada vez mais concretas na defesa do Estado e contribuir com progresso contínuo da sociedade brasileira.

Muito obrigado e Feliz 2009!

A PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO, OS INTERESSES PRIMÁRIOS E SECUNDÁRIOS DO ESTADO E A ATUAÇÃO PROATIVA EM DEFESA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

*Fernando Luiz Albuquerque Faria
Procurador-Geral da União Interino*

Sumário: 1 Introdução – A criação da Advocacia-Geral da União e a previsão da Procuradoria-Geral da União; 2 A natureza jurídica da Procuradoria-Geral da União, sua localização na estrutura organizacional da Advocacia-Geral da União, sua missão institucional e competências; 3 A distinção entre interesse primário e secundário do Estado e sua influência para a representação judicial da União; 4 Outras competências da Procuradoria-Geral da União relacionadas à sua atuação proativa e de controle estatal; 5 A atuação proativa da Procuradoria-Geral da União em defesa do Estado Democrático de Direito e da probidade administrativa; 6 Conclusão; 7 Referências.

RESUMO: Trata o presente artigo da Procuradoria-Geral da União (PGU), perpassando, primeiramente, por um breve relato de como era feita a representação judicial da União, das críticas a esta e da criação da Advocacia-Geral da União (AGU), para em seguida apontar a natureza jurídica da PGU, sua localização na estrutura organizacional da AGU, sua missão institucional e competências.

Sob o enfoque da análise da missão e competências da PGU, examina-se a distinção feita pela doutrina italiana entre interesses primários e secundários do Estado, sua consequência para a atuação da AGU, inclusive diante das influências do princípio constitucional estruturante do Estado Democrático de Direito, para, em seguida, abordar a atuação proativa dos Advogados Públicos Federais de propor ações civis públicas e de improbidade administrativa, de compor o pólo ativo ou passivo de ações populares, de defesa judicial de agentes públicos - quando presente o interesse público - e de intervenção em processos judiciais de interesse da União.

Ao final, conclui-se que a atitude dos Advogados Públicos Federais responsáveis pela área do contencioso da Advocacia-Geral União, quando antecipatória a futuros problemas, a necessidades de defesa ou a mudança de rumos jurídicos, ou seja, quando proativa, é capaz de mudar eventos em vez de simplesmente reagir a eles, fazendo com que sejam observados os ditames do Estado Democrático de Direito e o princípio da probidade administrativa.

PALAVRAS-CHAVES: Administração Pública Federal. Advocacia-Geral da União. Estrutura organizacional. Procuradoria-Geral da União. Natureza jurídica. Missão institucional. Competências. Interesse primário e secundário do Estado. Defesa judicial. Atuação proativa. Proposição. Ação de Civil Pública. Ação de Improbidade Administrativa. Ação Popular. Pólo ativo e passivo. Intervenção em processos judiciais. Estado Democrático de Direito. Probidade Administrativa.

1 INTRODUÇÃO – A CRIAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E A PREVISÃO DA PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO

Enquanto não entrou em vigor a atual ordem constitucional, trazida pela Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 e que é conhecida como a Constituição Cidadã, não havia a previsão de uma organização ou instituição específica responsável pela representação judicial e extrajudicial da União, bem como pelo assessoramento e consultoria jurídicos do Poder Executivo federal.

Desde a Constituição Federal de 1946, estava a cargo do Ministério Público Federal, por meio de seus Procuradores da República, representar a União nos diversos juízos e tribunais, podendo, porém, esta ser representada nas comarcas do interior pelo Ministério Público estadual¹; de outro lado, as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo federal eram de competência da Advocacia Consultiva da União, que tinha como instância máxima a Consultoria-Geral da República, e como instâncias superiores das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, no contexto dos respectivos Ministérios ou órgãos integrantes da Presidência da República, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no Ministério da Fazenda, e as Consultorias Jurídicas dos demais Ministérios, do Estado Maior das Forças Armadas, da Secretaria de Planejamento da Presidência da República e da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República².

Contudo, no que concerne à representação judicial da União que era conferida aos Procuradores da República, alegava-se que ela criava uma incongruência em si decorrente da necessidade de distinguir as atribuições de defesa do Estado e do exercício da advocacia pública daquelas de defesa da sociedade e de fiscalização do cumprimento da lei, concentradas unicamente no *Parquet* federal.

A esse respeito, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, que fora membro do Ministério Público Federal e chefe desta Instituição, ou seja, Procurador-Geral da República, analisando as atribuições de então dos Procuradores da República, comenta que:

1 Vide parágrafo único do art. 126 da Constituição Federal de 1946, § 2º do art. 138 da Constituição Federal de 1967, e § 2º do art. 95 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

2 Vide Decreto nº 93.237, de 8 de setembro de 1986.

Aos poucos, foi-se gerando uma longa corrente contrária a essa equívocidade da posição do Ministério Público que se, de um lado, queria imparcial, independente, desvinculado e de outro, se punha como representante judicial das entidades de Direito Público, envolvendo uma necessária, uma inevitável relação de confiança com o Executivo, com o responsável pela administração da coisa pública.

É que qualquer proposição de um estatuto de independência do Procurador-Geral em relação ao Executivo levaria consigo a impossibilidade da manutenção dessa dupla função. Na medida em que, exatamente por responsável político pela administração pública e pelo patrimônio público, ao Chefe do Poder Executivo não se podia jamais negar uma relação de estrita confiança com quem fosse o Chefe da Advocacia da União³.

Foi, assim, em face dessa incômoda circunstância do Ministério Público e da necessidade de se concentrar as atividades jurídicas da União em uma única organização, para uma melhor uniformização e orientação de entendimentos jurídicos e de procedimentos judiciais, que o Poder Constituinte de 1988 decidiu prever, no art. 131 da Lei Maior, a Advocacia-Geral da União (AGU) como:

a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Além de criar essa Instituição destinada a agrupar toda a atividade de advocacia pública federal, o Constituinte de 1988 optou por prevê-la sob o manto do Título IV que trata da “Organização dos Poderes”, sem, todavia, incluí-la nos Capítulos I, II e III, referentes aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e sim fazendo constá-la dentro do Capítulo IV denominado de “Funções Essenciais à Justiça”, junto com o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Privada, na Seção II relativa à “Advocacia Pública”.

Esse fato, conforme a ilustre Procuradora Federal Maria Jovita Wolney Valente, não teria a intenção de estabelecer um “quarto poder”,

3 PERTENCE, Sepúlveda. O Ministério Público in **A Constituição Brasileira 1988**: interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. p. 265-266.

mas sim para que a Advocacia-Geral da União pudesse atender, com independência, aos três Poderes, tendo presente que, quando a Carta Magna fala em representação judicial da União se refere a todos eles⁴ e, inclusive, por decorrência lógica, às instituições públicas federais consideradas também funções essenciais à justiça (Ministério Público da União e Defensoria Pública da União) e que também fazem parte da entidade denominada “União”.

Contudo, tomando a cautela de não atribuir, de pronto, o exercício de competências a uma Instituição que ainda não estivesse em funcionamento e organizada, resolveu o Constituinte de 1988, por meio do art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição de 1988, determinar que, enquanto não aprovada a “Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União”, a representação judicial da União manteria afeta ao Ministério Público Federal, com exceção daquela referente às causas de natureza fiscal, que passaram à antiga e já estruturada Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desde a promulgação da Carta Política.

Foi, então, com a edição da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que, ao dispor sobre a organização e funcionamento da Advocacia-Geral da União (“Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União”), se instalou esta Instituição e se tratou de cuidar de forma mais pormenorizada do seu braço contencioso, isto é, da estrutura organizacional responsável pela representação judicial da União, uma vez que, consoante visto, ao contrário desta, já existia em organização sistêmica a Advocacia Consultiva da União.

Assim, a Lei Complementar nº 73, de 1993, em conformidade com o disposto no art. 131 da Lei Maior, deixou claro que a Advocacia-Geral da União é constituída, em linhas gerais, por dois ramos de atuação: o de consultoria e o de contencioso judicial. A área consultiva da AGU restou formada pela Consultoria-Geral da União (CGU) e seus órgãos subordinados, enquanto a área contenciosa exercida pela Procuradoria-Geral da União (PGU) e seus órgãos subordinados, exceto no que diz respeito à representação perante o Supremo Tribunal Federal, feita diretamente pelo Advogado-Geral da União, com a assessoria de seu gabinete e da Secretaria-Geral de Contencioso, e à representação

4 Vide capítulo intitulado “Histórico e Evolução da AGU”, constante do Caderno 1 da Legislação da Advocacia-Geral da União, atualizado até 21 de novembro de 2008, pág. XXIII, disponível em: <<http://www.agu.gov.br/download/publicacoes/Caderno1.doc>>.

da União nas causas de natureza fiscal, que continuou atribuída à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Entretanto, não se deve olvidar o fato histórico de que, enquanto não realizado o primeiro concurso para a Carreira de Advogado da União em 2000, utilizou-se da faculdade prevista no art. 69 da Lei Complementar nº 73, de 1993, para designar, excepcional e provisoriamente, como representantes judiciais da União, titulares de cargos de Procurador da Fazenda Nacional e de Assistente Jurídico, então existentes, e que estes foram auxiliados por Procuradores de autarquias e fundações públicas federais, advogados de empresas públicas e sociedades de economia mista, e outros bacharéis em Direito, detentores de cargos em comissão na AGU.

2 A NATUREZA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO, SUA LOCALIZAÇÃO NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, SUA MISSÃO INSTITUCIONAL E COMPETÊNCIAS

Na estrutura organizacional da Advocacia-Geral da União, a Lei Complementar nº 73, de 1993, fez constar a Procuradoria-Geral da União como um dos órgãos de direção superior da Advocacia-Geral da União, juntamente com o Advogado-Geral da União, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Consultoria-Geral da União, o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União e a Corregedoria-Geral da Advocacia da União⁵.

Além disso, deixou explícito tratar-se a Procuradoria-Geral da União de órgão subordinado direta e imediatamente ao Advogado-Geral da União, incumbido de representar, judicialmente, a União perante os tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Superior Eleitoral) e a primeira e segunda instâncias da Justiça Federal ou Estadual, comum e especializada (militar, trabalhista e eleitoral)⁶, e ainda com a competência de abordar qualquer assunto judicial, desde que não tenha natureza fiscal⁷, pois de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

⁵ Art. 2º, inciso I, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

⁶ Art. 9º da Lei Complementar nº 73, de 1993.

⁷ Conforme o parágrafo único do art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 1993, são consideradas causas de natureza fiscal as relativas a: (i) tributos de competência da União, inclusive infrações à legislação tributária; (ii) empréstimos compulsórios; (iii) apreensão de mercadorias, nacionais ou estrangeiras; (iv) decisões de órgãos do contencioso administrativo fiscal; (v) benefícios e isenções fiscais; (vi) créditos e

Claro que a atividade de representação judicial da União não se concentra única e exclusivamente no órgão de direção superior denominado Procuradoria-Geral da União, mas também nos seus órgãos subordinados. Nos termos do art. 9º da Lei Complementar nº 73, de 1993, ao Procurador-Geral da União compete representar a União junto aos tribunais superiores, às Procuradorias-Regionais da União cabe sua representação perante os demais tribunais e às Procuradorias da União organizadas em cada Estado e no Distrito Federal incumbe representá-la junto à primeira instância da Justiça Federal, comum e especializada. No entanto, o Procurador-Geral da União poderá também atuar perante os órgãos judiciais de segunda e primeira instâncias, e os Procuradores Regionais da União junto à primeira instância.

Além disso, o Advogado-Geral da União, utilizando-se da prerrogativa que lhe é prevista nos arts. 4º, inciso XIV, e 45 da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, editou o Ato Regimental nº 5, de 19 de junho de 2002, dispondo sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Procuradoria-Geral da União, bem como as atribuições de seu titular e demais dirigentes.

O referido ato regimental não só previu como órgãos de execução da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da União as Procuradorias Regionais da União, que funcionam nas cinco regiões do País que possuem Tribunais Regionais Federais, e as Procuradorias da União estabelecidas nos Estados e no Distrito Federal⁸, mas também as Procuradorias Seccionais da União, não previstas na Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e sim na Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995⁹, visando acompanhar a interiorização da Justiça Federal em Municípios onde há varas federais e demanda de representação da União.

estímulos fiscais à exportação; (vii) responsabilidade tributária de transportadores e agentes marítimos; e (viii) incidentes processuais suscitados em ações de natureza fiscal.

8 Nos termos do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, o Advogado-Geral da União, com o objetivo de racionalizar os serviços, poderá desativar Procuradoria da União situada em Capital de Unidade da Federação onde esteja instalada Procuradoria Regional, hipótese em que esta absorverá as atribuições daquela.

9 Conforme o art. 8º da Lei nº 9.028, de 1995, foram criadas quarenta e uma Procuradorias Seccionais da União, a serem implantadas, conforme a necessidade do serviço, nas cidades onde estejam instaladas varas da Justiça Federal. Todavia, nos termos do § 3º do art. 3º da Lei nº 9.028, de 1995, com a mesma finalidade de racionalização de serviços, fica o Advogado-Geral da União igualmente autorizado a desativar ou deixar de instalar Procuradoria Seccional da União. De modo que tem o Advogado-Geral da União desativado e reativado as Procuradorias Seccionais criadas pela referida Lei.

Ainda, naquele ato foram estabelecidas as seguintes competências para a Procuradoria-Geral da União:¹⁰

- i) promover a defesa da União perante os tribunais superiores;
- ii) supervisionar, orientar e acompanhar a atuação das Procuradorias Regionais, das Procuradorias da União nos Estados e no Distrito Federal, e das Procuradorias Seccionais da União¹¹;
- iii) assistir o Advogado-Geral da União nas causas de interesse da União, em qualquer juízo ou tribunal, fornecendo-lhe os subsídios necessários à sua intervenção em feitos judiciais;
- iv) oferecer ao Advogado-Geral da União subsídios para a formulação de políticas e diretrizes da Instituição;
- v) acompanhar e opinar sobre a atuação contenciosa dos órgãos jurídicos das autarquias e fundações públicas;
- vi) avaliar a conveniência e, se for o caso, sugerir a assunção da representação judicial de autarquias e fundações públicas, fornecendo ao Advogado-Geral da União as informações necessárias à tomada de decisões; e
- vii) promover o acompanhamento especial de processos considerados relevantes para a União, desenvolvendo estudos para definição de estratégias e ações a serem implementadas.

10 Art. 2º do Ato Regimental nº 5, de 2002.

11 Nos termos do Ato Regimental nº 5, de 19 de junho de 2002, as Procuradorias Regionais da União e as Procuradorias da União nos Estados e Distrito Federal são órgãos de execução da Advocacia-Geral da União, integrantes da estrutura da Procuradoria-Geral da União, subordinados diretamente ao Procurador-Geral da União, e as Procuradorias Seccionais da União, são também órgãos de execução da Advocacia-Geral da União, mas integrantes das Procuradorias da União nos Estados e Distrito Federal e a elas subordinadas diretamente. Além disso, apesar da subordinação direta das Procuradorias da União à Procuradoria-Geral da União, aquelas tem suas atividades coordenadas pela Procuradoria Regional da União respectiva, em face do disposto no art. 3º da Lei nº 9.028, de 1995.

Aqui, cabe observar que a mencionada competência regimental de avaliar a conveniência e, se for o caso, sugerir a representação judicial extraordinária de autarquias ou fundações públicas federais pelo órgão de direção superior ou órgãos de execução da Procuradoria-Geral da União decorre do disposto no art. 11-A da Lei nº 9.028, de 1995, e no § 8º do art. 10 da Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002¹², e será aplicada enquanto não instaladas as Procuradorias Federais não especializadas e as Procuradorias Seccionais Federais, ou houver ausência de procurador ou impedimento dos integrantes do órgão jurídico das autarquias ou fundações públicas federais.

Já as Procuradorias Regionais da União, as Procuradorias da União nos Estados e no Distrito Federal, e as Procuradorias Seccionais da União tiveram as suas respectivas competências delineadas pelo referido ato regimental¹³ da seguinte forma:

I - às Procuradorias Regionais da União foram atribuídas as competências de:

- a) exercer a representação judicial da União perante os Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunal Regional Eleitoral e Tribunais de Justiça, ou em qualquer outro juízo de grau inferior, na forma da lei;
- b) supervisionar, orientar e acompanhar a atuação processual nas Procuradorias da União sob a sua coordenação;
- c) assistir o Procurador-Geral da União nas causas de interesse da União, fornecendo-lhe subsídios necessários à sua intervenção em feitos;
- d) oferecer ao Procurador-Geral da União subsídios para a formulação de políticas e diretrizes da Instituição;
- e) quando for o caso, acompanhar e opinar sobre a atuação contenciosa dos órgãos jurídicos das autarquias e fundações públicas; e

12 A Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, criou, em seu art. 9º, a Procuradoria-Geral Federal, a qual compete, nos termos do seu art. 10, “a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial”.

13 Arts. 10, 13 e 16 do Ato Regimental nº 5, de 2002.

- f) promover o acompanhamento especial de processos considerados relevantes para a União, desenvolvendo estudos para definição de estratégias e ações a serem implementadas;

II - às Procuradorias da União nos Estados e no Distrito Federal compete:

- a) promover a representação judicial da União perante a primeira instância da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral e da Justiça Estadual, bem como perante os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais do Trabalho, sediados em sua área de atuação;
- b) supervisionar, orientar e acompanhar a atuação processual de suas Procuradorias Seccionais;
- c) assistir o Procurador-Geral da União nas causas de interesse da União, fornecendo-lhe subsídios necessários à sua intervenção em feitos judiciais;
- d) oferecer ao Procurador-Geral da União subsídios para a formulação de políticas e diretrizes da Instituição;
- e) quando for o caso, acompanhar e opinar sobre a atuação contenciosa dos órgãos jurídicos das autarquias e fundações públicas; e
- f) promover o acompanhamento especial de processos considerados relevantes para a União, desenvolvendo estudos para definição de estratégias e ações a serem implementadas;

III - às Procuradorias Seccionais da União foram atribuídas as competências de:

- a) promover a representação judicial da União perante a primeira instância da Justiça Federal, comum, especializada e Justiça Estadual, e, quando for o caso, no Tribunal Regional do Trabalho, nos termos da lei;
- b) supervisionar, orientar e acompanhar a atuação processual na Procuradoria;

- c) assistir o Procurador-Chefe da União nas causas de interesse da União, fornecendo-lhe subsídios necessários à sua intervenção em feitos judiciais;
- d) oferecer ao Procurador-Chefe da União subsídios para a formulação de políticas e diretrizes da Instituição;
- e) quando for o caso, acompanhar e opinar sobre a atuação contenciosa dos órgãos jurídicos das autarquias e fundações públicas;
- f) promover o acompanhamento especial de processos considerados relevantes para a União, desenvolvendo estudos para definição de estratégias e ações a serem implementadas; e
- g) elaborar relatórios de resultados, considerados os indicadores de desempenho estabelecidos, e submeter ao Procurador-Chefe.

Como se vê, a Procuradoria-Geral da União encontra-se razoavelmente estruturada e, em face de sua grande presença em diversas localidades do País e do fato que representa os três poderes da União, torna-a, atualmente, o órgão da advocacia pública federal de maior capilaridade.

Além das competências gerais da Procuradoria-Geral da União explicitadas na Lei Complementar nº 73, de 1993, e no Ato Regimental nº 5, de 2002, cabe, ainda, mencionar outras competências específicas dispostas em diversos atos legais. Antes, porém, de apontá-las, por estarem ligadas a uma atuação da advocacia pública federal muitas vezes com caráter de controle estatal e proativo, ou seja, não simplesmente de defesa e reação judicial, mas de ação antecipatória de problemas, mostra-se necessário analisar questão de grande importância para essa representação judicial da União, qual seja a distinção entre interesse primário e secundário do Estado.

3 A DISTINÇÃO ENTRE INTERESSE PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO DO ESTADO E SUA INFLUÊNCIA PARA A REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA UNIÃO

A distinção entre interesse primário e secundário do Estado trata-se de questão corrente da doutrina italiana, na qual se distingue entre interesses públicos propriamente ditos, denominados de interesses primários do Estado, que é o pertinente à coletividade como

um todo e inclui o interesse consagrado em leis e na Constituição e seus desdobramentos políticos, estabelecidos a título de bem curar a sociedade e que são entregues à compita do Estado, e interesses secundários, aqueles em que o Estado, pelo fato de ser sujeito de direitos, pode ter como qualquer outra pessoa, independentemente de sua qualidade de gestor dos interesses da sociedade¹⁴.

Em relação a essa distinção, questiona-se se poderia o Estado defender exclusivamente interesses apenas seus, enquanto pessoa e entidade animada de propósitos específicos, em detrimento dos interesses da coletividade como um todo, tal como, por exemplo, despende o mínimo de recursos para políticas sociais, independente da necessidade social, e abarrotar-se ao máximo deles, cobrando tributos ou tarifas exageradas.

A esse respeito, observa Celso Antônio Bandeira de Mello, que:

os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir¹⁵.

Ademais, a impossibilidade do Estado buscar a realização de interesses secundários quando não coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos, decorre da presença na Constituição Federal como princípio estruturante desta o Estado Democrático de Direito (art. 1º), segundo o qual a atuação do Estado brasileiro deve estar atrelada à observância dos princípios gerais da legalidade e da legitimidade ou da democracia, ou seja, a atuação estatal não pode fugir aos ditames da lei Inclusive, a respeito da expressão “democrático”, José Afonso da Silva observa que ela:

14 A respeito da distinção entre interesses primários e secundários vide Renato Alessi, na obra intitulada “Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano”, 3. ed., Milão, Giuffrè Editore, 1960, p. 197, apud Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, 13. ed. Malheiros, 2001, p. 32-33.

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 33.

qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e *terá que ajustar-se ao interesse coletivo*¹⁶ (grifo nosso).

Desta feita, consigna o Ilustre Procurador da Fazenda Nacional Aldemario Araujo Castro, com a ênfase devida, que a missão fundamental da Advocacia Pública é sustentar e aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito (interesse público primário), e que isso significa que a defesa do interesse público secundário, meramente patrimonial ou financeiro, pressupõe compatibilidade com o interesse público primário. Dessa forma - consoante observa o Procurador da Fazenda - o conflito inconciliável entre as duas manifestações do interesse público resolve-se com o afastamento do secundário em favor do primário¹⁷. Dessarte, verifica-se que não só a atuação do Estado, mas sua própria defesa judicial, deve pautar-se pela defesa do interesse público e não do interesse do organismo estatal e muito menos do interesse dos seus agentes. E é sob esse prisma que as competências, não só as já mencionadas, mas também as restantes da Procuradoria-Geral a União, que tem um caráter mais proativo, devem ser exercidas. Vejamos.

4 OUTRAS COMPETÊNCIAS DA PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO RELACIONADAS À SUA ATUAÇÃO PROATIVA E DE CONTROLE ESTATAL

Além das competências já vistas da Procuradoria-Geral da União, há a possibilidade dela e de seus órgãos de execução representar judicialmente não só os órgãos da Administração Federal direta dos três Poderes da União ou as instituições públicas federais caracterizadas como funções essenciais à justiça (Ministério Público da União e Defensoria Pública da União), mas também os seus agentes públicos¹⁸, caso estejam sendo processados ou respondendo a inquérito ou, ainda, sejam vítimas de crime, por força do art. 22 da Lei n° 9.028, de 1995¹⁹.

16 SILVA, José. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 123.

17 CASTRO, Aldemario Araujo. **A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10772>>.

18 Aqui se inclui os titulares dos Poderes da União, os ocupantes de cargos de natureza especial, de cargos em comissão e de cargos efetivos, sejam civis e militares.

19 Conforme redação dada pela Medida Provisória n° 2.216-37, de 31 de agosto de 2001.

Essa representação pode ser exercida não só pela defesa judicial de tais agentes, mas também pela propositura de ação penal privada e pela impetração de *habeas corpus* ou mandado de segurança em defesa do agente público. Essa atuação da AGU acaba tendo um caráter mais proativo na medida em que visa anteceder conseqüências que podem advir ao próprio Estado pela responsabilidade que tem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Contudo, nesses casos, a representação é, não só em virtude dos termos da já mencionada disposição legal (art. 9º da Lei nº 9.028, de 1995), mas também da impossibilidade da Advocacia-Geral da União defender interesses secundários do Estado em detrimento dos interesses primários, condicionada a que os atos ou fatos tenham sido praticados pelo agente público no estrito exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, e no interesse público.

Desse modo, diante dos mencionados requisitos, não é possível a representação judicial no caso de:

- i) não terem sido os atos praticados no estrito exercício das atribuições previstas na legislação;
- ii) ter o agente público agido com abuso ou desvio do poder, ilegalidade, improbidade ou imoralidade administrativa;
- iii) ter a autoria, materialidade ou responsabilidade feito coisa julgada em juízo cível ou criminal;
- iv) ter o agente público sido levado a juízo por requerimento da União, autarquia ou fundação pública federal, inclusive por força de intervenção de terceiros ou litisconsórcio necessário²⁰.

Além disso, também não se mostra condizente que haja representação judicial pela AGU quando o agente público esteja sendo patrocinado por advogado particular²¹; o que pode acontecer é de a União atuar como interveniente, quando se julgar necessário.

20 Nesse sentido, vide art. 4º da Ordem de Serviço nº 31, de 13 de junho de 1997, da Procuradoria-Geral da União.

21 Nesse sentido, vide o art. 4º, VII, da Ordem de Serviço PGU nº 31, de 1997.

E, para que eventual representação possa se concretizar, mostra-se também necessário que haja interesse do agente público para tal mister, o qual se tornará manifesto com o encaminhamento de pedido formal, cujo deferimento dependerá do atendimento mínimo de requisitos relacionados à previsão legal. Daí, ter a Procuradoria-Geral da União, justamente com a finalidade de trazer orientação acerca de tal pedido de representação, seus requisitos, limites e casos de não-cabimento, editado a Ordem de Serviço n° 31, de 13 de junho de 2008²².

Outras competências da Procuradoria-Geral da União que também não estão explicitadas na Lei Orgânica da AGU e no Ato Regimental da PGU são a de, representando a União, intervir nas causas em que figurarem como autoras ou rés autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais, e intervir nas causas cuja decisão possa ter reflexos de natureza econômica, ainda que indiretos, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.^{23 24}

Essa competência também se evidencia como proativa, pois trata de uma atuação que visa resolver, antes que eles ocorram, problemas ou conseqüências reflexas para a União que podem decorrer da condenação de um ente estatal (autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais) a ela vinculada, ou reflexos de natureza econômica, mesmo que indiretos, em processos de terceiros.

Também são competências da Procuradoria-Geral da União decorrentes do arcabouço normativo e que têm grande viés proativo

22 A AGU e PGF estão elaborando uma minuta de Portaria para o Advogado-Geral da União, a ser editada com base no disposto no § 2º do art. 22 da Lei n° 9.028, de 1995, que irá disciplinar a representação judicial de agentes públicos no âmbito de tais órgãos, incorporando diversas normas já previstas na Ordem de Serviço PGU n° 31, de 1997.

23 Vide art. 5º, caput e parágrafo único, da Lei n° 9.469, de 10 de julho de 1997.

24 Entendemos que a intervenções anômalas dispostas no caput e parágrafo único do art. 5º da Lei n° 9.469, de 1997, são diversas, pois uma se referente à intervenção decorrente de interesse jurídico consubstanciado do fato de que as autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas são entidades criadas pela União e a ela vinculadas, enquanto que a outra forma de intervenção se refere às causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, independentemente da demonstração de interesse jurídico.

as atividades de controle judicial, pois não basta que a Advocacia-Geral da União exerça o controle preventivo, fazendo a aferição de legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos, de uma forma geral, por meio de sua consultoria e assessoramento jurídicos; é de mesma importância que haja o combate judicial à corrupção, à improbidade e à prática de atos administrativos ilegais, imorais ou lesivos.

Para tanto, a Advocacia-Geral da União, por meio de sua Procuradoria-Geral da União, pode, representando a União, utilizar dos seguintes instrumentos de controle manuseados na atividade contenciosa:

- I - a ação de improbidade administrativa, prevista na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que pode ser proposta pela pessoa jurídica interessada (art. 17), incluindo a União como pessoa jurídica de direito público, e contra atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), que causam prejuízo ao Erário (art. 10) ou que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11), seja o ímprobo agente público ou não;
- II - a ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que prevê a União como legitimada à sua proposição (art. 5º, inciso III e § 2º) e que é passível de ser manejada para os fins de responsabilização por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, e à ordem urbanística; e
- III - a ação popular que visa anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, e cuja Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que a regulamente, prevê, no § 3º do seu art. 6º, que *“as pessoas jurídicas de direito público - que inclui a União - ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”*, além disso, entendemos que, como qualquer cidadão tem legitimidade para propor ação popular, poderia um membro da Advocacia-Geral da União

manejar tal medida judicial, ainda mais quando proposta contra pessoa de direito privado.

Com relação à ação de improbidade administrativa, cabe destacar que se trata de instrumento judicial que, ultimamente, tem sido amplamente utilizado pela Procuradoria-Geral da União, tanto que, recentemente, se constituiu, por meio da Portaria nº 21, de 8 de outubro de 2008, do Procurador-Geral da União, força tarefa destinada à preparação e à adoção de medidas judiciais visando o combate à corrupção e à improbidade, e, em 1º de janeiro de 2009, será, conforme a Portaria nº 15, de 25 de setembro de 2008, do Procurador-Geral da União, constituído um Grupo Permanente de Combate à Corrupção e à Improbidade Administrativa.

Além disso, a Procuradoria-Geral da União tem atuado em conjunto, não só com a Controladoria-Geral da União, que tem encaminhado os resultados de fiscalizações que indicam o mau uso de recursos federais por agentes públicos federais, estaduais ou municipais, ou terceiros à AGU, mas também com o Tribunal de Contas da União, o qual, tão logo verifica haver indícios de desvio de recursos públicos federais, encaminha a questão imediatamente à Procuradoria-Geral da União, para esta ajuizar ação cautelar visando o bloqueio de bens dos agentes ou terceiros envolvidos e, em seguida, propor ação principal de improbidade administrativa²⁵ contra esses.

5 A ATUAÇÃO PROATIVA DA PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO EM DEFESA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

As atuações da Procuradoria-Geral da União que têm caráter proativo e, por isso, não visam simplesmente à defesa e à reação judicial em favor da União, mas sim à ação antecipatória, acabam por ser de grande importância para a defesa do Estado Democrático de Direito e da probidade administrativa.

Assim, na medida em que a AGU não existe apenas para defender a União de forma reativa, mas também para tomar o pólo ativo e entrar na Justiça contra aqueles que causaram algum dano, algum prejuízo ao erário, ao Estado e ao interesse público que ele gere, sejam agentes

²⁵ A respeito da medida cautelar de seqüestro de bens e da proposição da ação principal de improbidade administrativa vide os art. 16 e 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

públicos ou não, ela busca a realização do Estado Democrático de Direito e o respeito ao princípio da probidade administrativa.

O pior que pode acontecer num Estado Democrático de Direito é o desrespeito aos deveres que decorrem desse princípio constitucional estruturante e dos princípios constitucionais gerais (princípio da legalidade e da democracia) e especiais (princípios administrativos da legalidade, da moralidade, da impessoalidade etc.) dele derivados, ou seja, dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, bem como a inação do Poder Público diante daqueles que violam tais deveres ou lapidam os cofres públicos, violando a própria preponderância que deve ter o interesse público sobre o privado e a sua indisponibilidade.

É que, quando não se combate e se tolera ilegalidades, abusos e desvios contra o interesse público, quebra-se a confiança dos eleitores nos eleitos, dos administrados nos administradores, dos destinatários de decisões e ações governamentais nos gestores públicos, e, por conseguinte, rui-se os próprios alicerces que dão sustentação ao Estado, que é a representatividade derivada daquele do qual emana todo o poder, ou seja, do povo, e se estabelece a ingovernabilidade, possibilitando as revoluções.

Destarte, a violação ao interesse público é um mal que deve ser não só prevenido, como combatido, através da mudança na passividade das instituições de controle, que incluem a Advocacia-Geral da União.

6 CONCLUSÃO

Assim, consoante visto no presente artigo, a Advocacia-Geral da União é uma instituição criada da necessidade de se concentrar as atividades jurídicas da União em uma única organização para uma melhor uniformização e orientação de entendimentos jurídicos e de procedimentos judiciais; além disso, como ela está inserida dentro do Estado Democrático de Direito, deve exercer suas competências na defesa e realização dos interesses públicos, sob os auspícios da constitucionalidade e legalidade, zelando pela concretização da representatividade da sociedade derivada do princípio da democracia.

Dessa forma, ela exerce o papel de uma advocacia de Estado e não de Governo, e não pode estar alheia a qualquer iniquidade contra o interesse público. A sua atividade deve estar direcionada a propiciar as condições jurídicas necessárias à implementação dos interesses

primários do Estado ao encargo dos órgãos e entes públicos, e não interesses meramente de governos e de autoridades governamentais, nem estar alheia às ações de particulares contra aqueles interesses.

Isso deve ocorrer não só com uma atitude de reação judicial e defesa do interesse primário do Estado, ou seja, do interesse público propriamente dito, mas também com uma atitude antecipatória a futuros problemas, a necessidades de defesa ou a mudança de rumos jurídicos, ou seja, proativa, sendo aquela que efetivamente é capaz de mudar eventos em vez de simplesmente reagir a eles, fazendo com que sejam observados os ditames do Estado Democrático de Direito e o princípio da probidade administrativa.

Portanto, a Advocacia-Geral da União deve ser uma combatente ferrenha de toda forma de iniquidade praticada contra o interesse público, sob pena de se tornarem cada vez mais reais as palavras do saudoso Rui Barbosa no sentido de que *“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, e rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto”*²⁶.

7 REFERÊNCIAS

CASTRO, Aldemario Araujo. **A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública.**

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10772>>.

CHINELATO, João Marcelo Torres. **Lei de Improbidade Administrativa: a atuação da advocacia pública no combate à corrupção.** Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_V_junho_2005/marcelo-corrupcao.pdf>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência.** 3. ed. São Paulo, Atlas, 2006.

²⁶ in Obras Completas, Rui Barbosa, volume 41, tomo 3, Senado Federal, Rio de Janeiro, 1914, p. 86.

PERTENCE, Sepúlveda. **A Constituição Brasileira 1988**: interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. **AGU Legislação, Caderno 1**. Atualizado até 21 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/download/publicacoes/Caderno1.doc>>.

NATUREZA SUBSTANCIAL OU PROCEDIMENTAL DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

Brivaldo Pereira dos Santos Junior
Advogado da União

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O Lançamento Tributário – Aspectos Gerais; 3 O Ato Administrativo; 4 O Procedimento Administrativo; 5 Teorias sobre o Caráter Substancial ou Procedimental do Lançamento; 6 Conclusões: Reconhecimento do Lançamento como um Ato Administrativo; 7 Referências.

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo discutir e se posicionar sobre uma das principais contradições engendradas a partir do texto do Código Tributário Nacional, notadamente a que versa sobre a natureza do lançamento tributário frente aos conceitos de ato administrativo e procedimento administrativo, com o exame das teorias denominadas de substancialista e procedimentalista.

Para tanto, incursiona-se pelos principais traços de ambas, fazendo preceder, entretanto um breve estudo sobre o fenômeno do lançamento e a sua razão de existir, analisando-o como uma específica categoria do direito tributário.

Ao mesmo tempo, dedicar-se-á algumas linhas ao estudo do ato e do procedimento administrativo, notadamente àquelas *nuances* que se mostram úteis à apreensão da discussão proposta.

PALAVRAS-CHAVE: Natureza Jurídica do Lançamento. Teorias Substancial e Procedimental. Caráter Constitutivo ou Declaratório do Lançamento Tributário. Direito Tributário.

1 INTRODUÇÃO

A recepção do Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – pela nova ordem constitucional inaugurada em 1988 intensificou o já vultoso conjunto de críticas doutrinárias aos seus dispositivos, notadamente àqueles disciplinadores do lançamento.

Esse movimento, entretanto, nem sempre encontrou eco nas decisões dos tribunais, talvez porque a convocação de seus integrantes para a aplicação das normas tributárias às situações concretas lhes exija um maior esforço interpretativo.

É que o desiderato perseguido pelos que desempenham a função jurisdicional lhes impôs a busca de alguma coerência sistêmica no seio do Código, tarefa certamente das mais árduas.

Na verdade, a confusa redação adotada pelo Código Tributário Nacional, mais que as próprias diferenças essenciais entre uma atividade concreta (julgar) e outra abstrata (doutrinar), parece ser o fator responsável pela acentuada dissociação entre a doutrina – ou parte dela – e a jurisprudência tributária.

Este trabalho visa elucidar uma das principais contradições engendradas a partir do texto do Código Tributário Nacional, notadamente a que versa sobre a natureza do lançamento tributário frente aos conceitos de ato administrativo e procedimento administrativo, com o exame das teorias denominadas por Souto Maior Borges de substancialista e procedimentalista¹.

Para tanto, incursiona-se pelos principais traços distintivos de ambas, fazendo preceder, entretanto um breve estudo sobre o fenômeno do lançamento e a sua razão de existir, analisando-o como uma categoria específica do direito tributário, reconhecida sua independência estrutural como uma categoria jurídico-dogmática.

1 BORGES, José Souto Maior. **Lançamento Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 103.

2 O LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO – ASPECTOS GERAIS

Os mecanismos de aplicação da legislação tributária contêm *nuances* que a diferenciam da forma usual pela qual a incidência das normas de outros campos do direito gera direitos e obrigações.

Talvez por isso o Código Tributário Nacional tenha avançado em seara usualmente laborada pela doutrina, adotando um conceito de lançamento, numa empreitada que não escapou imune às mais abalizadas opiniões:

[...] a definição de lançamento estabelecida no artigo 142 caput do Código Tributário Nacional não tem outro significado senão o de uma construção teórica do legislador que, subrogando-se autoritariamente no exercício de uma função doutrinária, pretende superar eventuais divergências teóricas sobre o conceito de lançamento com uma tomada de posição em termos de direito positivo. Ao invés de editar comando, avoca a definição de fenômeno regulado, uma forma atípica de exercício da função legislativa.²

Essa definição, cujo teor segue adiante transcrita, é contraditada pelo próprio Código, que remete ao lançamento como um ato administrativo em outro de seus artigos, notadamente o de número 150:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

Antes, porém, de ingressar no cerne da questão sobre a qual pretende este trabalho se debruçar, conveniente se mostra atentar para alguns aspectos relacionados ao estudo do lançamento levado a efeito pela doutrina pátria.

² BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: RT-EDUC, 1975. p. 99.

A Itália parece ser o berço que influenciou a maioria das construções doutrinárias sobre o lançamento, através do estudo sobre um ente equivalente, lá denominado de *accertamento*.

Naquele país vislumbra-se algumas das figuras que a nós são conhecidas, tais como o *autoaccertamenti* e o *accertamento* em sentido estrito, que é aquele realizado pela Administração em sua atividade fiscal.

Este último pode ainda ser subdividido em:

- a) *accertamento* oficioso, onde se dispensa qualquer colaboração do sujeito passivo; e
- b) *accertamento* misto, que pressupõe a atuação do contribuinte ou responsável.

Assim como em nossa doutrina, também o direito italiano experimenta tormentosas discussões sobre essa importante categoria do Direito Tributário:

[...] a expressão *accertamento*, mesmo tomada no sentido mais restrito que lhe cabe na doutrina tributária, designa uma pluralidade de situações jurídicas, de tal modo diversas, que não se exagerará afirmando representar a imprecisão terminológica uma das várias fontes de incompreensões e dissidências em que este terreno tem sido tão fértil.³

O termo “lançamento” deita profundas raízes na prática administrativa e na vida jurídica brasileiras. Contudo, enfermam essa denominação uma certa ambigüidade e a pluralidade dos significados de que a mesma se reveste. Etimologicamente o verbo “lançar” corresponde a “avaliar”, “calcular”. Identifica-se, pois, com uma operação lógica, uma operação intelectual.

[...].

Na terminologia da doutrina do Direito Tributário, tampouco o vocábulo é inequívoco. Ao contrário, reveste-se, geralmente, de mais de um significado, sendo utilizado para designar realidades jurídicas distintas.⁴

3 XAVIER, Alberto. **Do Lançamento no Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 29.

4 BORGES, op., cit. 1999. p. 84-85.

Fixado esse ponto, importa tecer algumas considerações acerca do lançamento tributário, começando pela razão de sua existência no âmbito do Direito Tributário.

Isso se deve ao fato de que a relação tributária (obrigação tributária), embora já constituída por força da concretização do fato gerador, está a depender da efetivação do lançamento para a constituição do crédito tributário.

Essa peculiaridade se justifica pelo fato de que, ao contrário das relações jurídicas engendradas por força das normas dos diversos ramos do direito, as relações jurídicas tributárias não nascem com seu conteúdo jurídico máximo.⁵

Dessa forma, o lançamento encontraria sua razão de ser na necessidade de se acrescentar à obrigação tributária elementos que permitam o alcance dos efeitos desejados pela norma tributária, notadamente o pagamento do tributo devido.

É bem verdade que tal assertiva não passaria incólume perante a insistente discussão acerca do caráter declaratório ou constitutivo do lançamento, mas o fato é que mesmos os adeptos da primeira corrente não escapam ao reconhecimento de que algum tipo de efeito substancial é introduzido pelo mesmo na relação tributária,⁶ nem que seja apenas para afastar a dúvida a respeito da sua existência.⁷

Importa consignar que os defensores do caráter simplesmente declaratório do lançamento invocam os dispositivos do Código Civil de 1916 atinentes ao conceito de ato constitutivo, ponderando que o lançamento não tem por fim imediato adquirir, modificar ou extinguir direito.⁸

A rigor, a idéia de o lançamento possuir uma natureza híbrida tem arregimentado boa parte da doutrina e, sobretudo, conquistado adeptos entre os diversos tribunais e juízos monocráticos do país.

5 BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 323.

6 AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 326.

7 FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato Gerador da Obrigação Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 101.

8 BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 782.

Desta feita, comum afirmar que o lançamento é declaratório da obrigação tributária e constitutivo do crédito tributário, tendo como principal argumento os dizeres do Código Tributário Nacional.

Discussão mais profícua para a explicação da existência, da razão de ser do lançamento talvez seja a que gire em torno do elemento que realmente estaria sendo acrescido à relação jurídica tributária pelo lançamento, ou seja, que efeitos este busca produzir.

Segundo o Código Tributário Nacional, o lançamento destina-se a verificar a ocorrência de um fato gerador de obrigação tributária, bem como determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo, identificar o sujeito passivo e propor a penalidade pertinente, desde que o contribuinte tenha incidido em alguma falta.

À luz desse dispositivo, pontifica-se que o lançamento se prestaria a individualizar, qualitativa e quantitativamente, a obrigação tributária.

Menciona-se também que do lançamento decorreria a configuração formal do crédito, a qual seria condição de validade e eficácia material para este.

Mas tais efeitos não se sustentam diante do lançamento por homologação (autolancamento, para alguns), hipótese em que o pagamento e, por conseqüência a quantificação do débito, é efetivado sem que haja o lançamento.

Alguns autores passaram a diferenciar os efeitos decorrentes do lançamento de ofício e do lançamento por declaração daqueles produzidos pelo lançamento por homologação.

Essa classificação apega-se aos diferentes graus de participação do contribuinte na formação do lançamento, sendo oportuno diferenciar as categorias dela derivadas.

O lançamento de ofício ocorre sem que haja a participação do contribuinte, sendo de responsabilidade do Fisco a identificação do fato gerador, a apuração do montante devido e a notificação para o pagamento.

Já o lançamento por declaração tem vez quando o contribuinte científica o fisco da ocorrência do fato gerador, o qual operará o lançamento,⁹ fixando o *quantum* devido.

9 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 211.

Por fim, o lançamento por homologação se verifica quando a legislação tributária atribui ao contribuinte a responsabilidade pelo pagamento antecipado do tributo, sem que haja o exame prévio da autoridade administrativa.¹⁰

Nesse último caso, o lançamento ocorrerá quando a autoridade administrativa, tomando conhecimento da conduta do contribuinte, verifica-lhe a adequação e expressamente a homologa.

Mas o Código Tributário Nacional, através do artigo 150, § 4º, também aponta a realização do lançamento por homologação quando, passado um prazo determinado pela legislação – ou, em caso de omissão, cinco anos – sem que haja a manifestação do fisco, considera-se extinto o crédito tributário.

Nessa última modalidade de lançamento, seus efeitos são apontados como homologatório-extintivos, pois consistem na confirmação das operações realizadas pelo particular e na extinção do crédito tributário.¹¹

Já no que remete aos dois primeiros tipos de lançamento, este servirá para formar o título executivo extrajudicial, razão pela qual teria como consequência conferir à obrigação tributária a liquidez e a exigibilidade indispensáveis ao ajuizamento da execução judicial.

Entretanto, essa bipartição de efeitos não pode prosperar, vez que não se pode admitir o lançamento como extintivo da obrigação tributária.

Nem mesmo a leitura do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional permite tal ilação, vez que é o decurso do prazo para a realização do lançamento, e não o lançamento em si – que não ocorreu, o responsável pela extinção da obrigação tributária.

Sendo assim, não se pode emprestar efeitos extintivos ao lançamento.

Linha doutrinária mais promissora para a elucidação dos verdadeiros efeitos do lançamento é aquela que afasta a imprescindibilidade do lançamento na totalidade das relações jurídicas tributárias.

10 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 124.

11 BALEEIRO, op., cit. p. 787.

É preciso se desapegar da idéia de que o lançamento é indispensável, pois se está diante de uma ficção do Código Tributário Nacional que, para reforçá-la, criou o lançamento por homologação.

Aliás, pode-se afirmar que boa parte das dificuldades encontradas no texto do Código Tributário Nacional surge a partir do recorrente apego ao lançamento como instrumento indispensável do mecanismo posto a trabalhar após a concretização do fato gerador.

Fixado isso, pode-se avançar no sentido de firmar a seguinte assertiva: o lançamento somente se justifica quando sua presença é requerida pela lei, sendo que o lançamento por homologação é um artifício equivocado do Código Tributário Nacional.

Na verdade, o entendimento da razão de ser do lançamento passa necessariamente pela idéia de que o mesmo não é imprescindível, como quer o Código Tributário Nacional, pois em alguns casos a lei o dispensa, adotando o que se convencionou chamar de lançamento por homologação.

E se a lei dispensa o lançamento, quando o contribuinte o faz sem a participação do fisco, resta comprovado que não é o lançamento destinado a emprestar certeza ou liquidez à obrigação tributária.

O que ele faz mesmo é emprestar exigibilidade ao tributo, sempre que a lei o exija para o pagamento do mesmo, permitindo ao fisco, na hipótese de inadimplemento, a inscrição na dívida ativa.

Nessa última fase, é agregada à obrigação tributária a executoriedade. Isso está de acordo com o fato de, entre os atributos do lançamento mencionados pela doutrina, não está a auto-executoriedade, e sim a presunção de legitimidade.

É este o ponto em que se faz necessário o exame dos institutos do ato administrativo e procedimento administrativo, apenas naqueles aspectos que se façam relevantes ao desenvolvimento do tema, a fim de se vislumbrar onde se enquadra o lançamento.

3 O ATO ADMINISTRATIVO

A noção de ato administrativo está intimamente associada à idéia de função administrativa do Estado, em oposição à legislativa e à judiciária.

Partindo-se dessa distinção, conceitua-se ato administrativo como aquele praticado pelo Estado ou por alguém em seu nome que tenha sido praticado à guisa de exercício da função administrativa.

Essa função dá-se sempre que o Estado atua no sentido de dar cumprimento à lei, no uso de suas prerrogativas públicas, emitindo uma declaração sempre subordinada ao controle da via judicial.¹²

Mas tal assertiva não é suficiente para diferenciar a atividade administrativa frente à jurisdicional, não sendo possível dispensar a referência a outras características da primeira, tais como a busca pelo provimento imediato e concreto das necessidades da coletividade e a parcialidade.¹³

Tomadas tais referências, convém sublinhar alguns traços relevantes da natureza do ato administrativo, sempre como forma de clarificar a existência de subsunção da figura do lançamento aos contornos do ato administrativo.

O primeiro desses traços diz respeito aos elementos (ou requisitos) dos atos administrativos.

Passando ao largo da polêmica sobre a adequação do termo adotado, o fato é que a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, tratou de explicitar a competência, a forma, o objeto, o motivo e a finalidade como itens cuja ausência acarreta a nulidade de atos.

A competência pode ser definida como a linha que circunscreve, que delimita a área dentro da qual pode o agente administrativo atuar de forma legítima.¹⁴

Por vezes, a competência é substituída pelo termo sujeito, ponderando-se que no direito civil a capacidade é requisito para o exercício de atos ao passo em que no direito administrativo, além da capacidade é exigida a competência.

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 271.

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 186.

14 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 66.

O objeto do ato administrativo corresponde ao efeito jurídico imediato que dele deriva,¹⁵ confundindo-se com a própria essência do ato.¹⁶

A forma apresenta-se como um dos aspectos mais importantes do ato administrativo na medida em que o diferencia daquele plexo de atos praticados no mundo privado aos quais a liberdade de forma é deferida.

Apontado como um requisito de validade, a forma se reveste de natureza garantidora do particular e da própria administração, na medida em que se traduz em previsibilidade, dando origem a um elemento que permite a aferição da validade do ato pelos particulares, pela Administração Pública e pelo próprio Judiciário.

Não se pode esquecer, porém, que a forma não pode ser tomada como um fim em si mesma, sendo salutar o caminho percorrido pela doutrina mais moderna no sentido de flexibilizá-la, sempre que isso não implique lesão a direito.

Já o motivo pode ser tomado como o suporte fático que ensejou a prática do ato administrativo, ou seja, a situação que exigiu a movimentação da Administração Pública.

Pode ser previsto em lei, mas em muitos casos é deixada ao arbítrio do agente a eleição dos motivos autorizadores da adoção de determinada providência, embora se saiba que sua liberdade está circunscrita pelos princípios administrativos e não escapa ao controle judicial. Claro que o Judiciário não pode ingressar no mérito administrativo.

Menciona-se ainda a finalidade, confundindo-se esta com o próprio resultado desejado pelo Estado no exercício da função administrativa.

Outro ponto relevante acerca dos atos administrativos, e que tem sido mencionado no trato doutrinário do lançamento, é o que versa sobre os seus atributos.

Atributos são as características do ato administrativo que têm sido ordinariamente apresentados pela doutrina como prova da sujeição do ato administrativo a um regime jurídico diferenciado, notadamente o

15 DI PIETRO, op., cit. p. 199.

16 MELLO, op., cit. p. 277.

regime jurídico administrativo, que é de direito público. O primeiro dos quais concerne à presunção de legitimidade.

Trata-se de premissa segundo a qual, de regra, o ato administrativo nasce em conformidade com o ordenamento jurídico, o que somente pode ser desmentido através da apresentação de prova em sentido contrário.

Essa característica decorre da própria natureza dos atos administrativos e do regime jurídico em que os mesmos se inserem. Justifica-se pela premência em se imprimir celeridade ao cumprimento dos atos administrativos, permitindo-se o atendimento do interesse público.

Por fim, consigne-se que se trata de atributo presente em todos os atos administrativos, ao contrário de alguns dos demais, que por vezes não se fazem presentes.

Outro atributo é a imperatividade, a qual permite a imposição dos atos administrativos aos particulares, prescindindo-se de sua concordância. Aqui, a Administração Pública interfere na esfera de direitos dos cidadãos unilateralmente.

Só se faz presente nos atos administrativos que imponham obrigações, vez que não é encontrado nos atos em que se confere um direito ao administrado ou naqueles de efeitos meramente enunciativos.¹⁷

A auto-executoriedade, outro dos atributos do ato administrativo, faculta a execução imediata do mesmo, dispensando-se o apelo ao Poder Judiciário.

Assim como a imperatividade, a auto-executoriedade não é atributo de todos os atos administrativos, somente se justificando nos casos de urgência ou quando a lei expressamente confira essa qualidade ao ato.

Não pode haver auto-executoriedade, por exemplo, na cobrança de um tributo ou de uma multa.

Além desses três atributos, referidos pela grande maioria dos doutrinadores, podemos distinguir dois menos difundidos, quais sejam, a exigibilidade e a tipicidade.

17 DI PIETRO, op., cit. p. 193.

Exigibilidade é atributo por meio do qual a Administração pode exigir do particular o atendimento às obrigações por ela imposta.

Não se confunde com a imperatividade, que apenas trata da constituição da obrigação, e nem com a auto-executoriedade, que permite a coação material.¹⁸

Já a tipicidade se reveste de conteúdo semelhante ao conceito amplamente difundido no âmbito da ciência criminal, determinando que o ato administrativo deve corresponder a tipos, figuras definidas previamente em lei.

Surge a partir da idéia de que à Administração somente é permitido fazer o que estiver determinado pela lei, ao contrário do que ocorre no mundo dos particulares, onde grassa a autonomia da vontade.

Com o exame dos aspectos do ato administrativo acima expostos, suficiente para a elucidação da natureza do lançamento, passa-se ao trato do procedimento administrativo.

4 O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Afastando-se da renitente controvérsia acerca das diferenças entre processo e procedimento, impende advertir que a definição de procedimento administrativo não é pacífica.

Ora se apresenta o procedimento administrativo como uma sucessão encadeada de eventos através dos quais se atinge um ato administrativo, ora como um conjunto de atos administrativos que se sucedem para alcançar um ato final.

A questão parece residir no fato de ser possível ou não admitir que o procedimento administrativo encerra apenas a idéia de um caminho a ser observado para a prática de um ato de que é o resultado, ou se ele próprio é um conjunto de atos dos quais resulta um outro, mais importante.

Na verdade, o exame da realidade administrativa, ao menos brasileira, permite concluir que as duas correntes podem ser admitidas, vez que apenas emprestam o mesmo nome a dois entes que, essencialmente, pouco diferem.

¹⁸ MELLO, op., cit. p. 298.

Um conjunto de atos imprescindíveis ao alcance de um ato final pode ser apontado como o caminho a ser percorrido pelo agente para se chegar a este.¹⁹

O que não se pode ignorar é que é grande a diversidade de procedimentos administrativos requeridos pelo amplo leque de situações para as quais a Administração Pública é convocada atualmente.

Assim, por vezes o procedimento administrativo é dotado de uma maior complexidade e tem de ser formado por um conjunto de atos intermediários, aos quais são exigidos os elementos (ou requisitos) dos atos administrativos, sobre a eles ser deferido alguns dos atributos mencionados acima.

Outras hipóteses existem, porém, nas quais a produção do ato administrativo, por deter este um caráter mais singelo ou por ainda não estar presente uma controvérsia, dispensa a intermediação de outros atos administrativos, sendo suficiente a execução de meros atos materiais, aos quais não se pode atribuir características de ato administrativo.

Traço que merece registro é o relativo a dependência de cada um dos atos administrativos em relação aos que o sucederam, sendo possível que o vício de algum dos atos intermediários contamine a validade do ato final.

De qualquer sorte, o que se deve fixar para os fins aos quais se propõe o presente trabalho é que o procedimento administrativo pode ser tomado como o caminho a ser tomado por um agente público para a realização de um ato administrativo ou como um conjunto de atos concatenados para a produção de um outro ato administrativo.

5 TEORIAS SOBRE O CARÁTER SUBSTANCIAL OU PROCEDIMENTAL DO LANÇAMENTO

Nesse momento, já é possível contar com os elementos necessários ao exame das teorias que se propõem a demonstrar a adequação do lançamento aos conceitos de ato administrativo ou procedimento administrativo.

19 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 139.

A leitura do excerto doutrinário delimita bem os contornos da discussão que se apresenta:

Com efeito, ora o lançamento tributário é tido como um procedimento, ou seja, é considerado como uma seqüência de atos regrados tendentes à realização do iter procedimental; ora pretende-se seja o lançamento um ato complexo; ora é ele visualizado como um ato administrativo ou, simultaneamente, como um ato ou uma série de atos e, mesmo, como uma *fattispecie* de formação sucessiva. Sob esse aspecto, o conceito de lançamento não se revela unívoco – antes, sendo característica que vem marcando o seu estudo, no campo do Direito Tributário, uma certa equivocidade que resulta prejudicial ao conhecimento científico.²⁰

Tampouco o conceito legal de lançamento é unívoco. Antes se caracteriza por uma pluralidade de significados, decorrente da formulação com que o Código Tributário Nacional estruturou essa categoria jurídica. Assim é que o lançamento ora é definido como um “procedimento” (art. 142, caput), ora é tido como uma “atividade” (art. 142, parágrafo único), ora, finalmente, como um “ato” administrativo (art. 150, caput).

O dado jurídico-positivo está caracterizado, na hipótese, por uma diversidade de sentidos que dificulta seu tratamento doutrinário e, pois, a construção de uma teoria jurídica do lançamento harmônica e coerente.²¹

Como já mencionado, a teoria que defende a inclusão do lançamento na categoria dos procedimentos administrativos é chamada procedimentalista e tem como principal trunfo a definição emprestada ao instituto pelo Código Tributário Nacional.

Não obstante, a teoria que a ela se opõe – denominada substancialista – busca demonstrar o desacerto da definição abraçada pelo Código Tributário Nacional, referindo, outrossim, a existência de uma remissão, no texto do mesmo diploma legal, que aponta o lançamento como um ato.

20 BORGES, op., cit. 1999. p. 85-86.

21 *Ibid.*, p. 99.

Merecerá menção ainda, a opinião abalizada de José Souto Maior Borges sobre a matéria em discussão, já que o mesmo é autor de posicionamento que busca conciliar ambas as teorias – ao qual poderia ser dada a denominação de teoria mista.

A doutrina que segue refuta, com acerto, a teoria procedimentalista:

Se o procedimento se consubstancia numa série de atos que se conjugam, objetivamente, formando um todo unitário para a consecução de um fim determinado, salta aos olhos que, ou escolhemos o ato final da série, resultado do procedimento, para identificar a existência da entidade, ou haveremos de reconhecê-lo, assim que instalado o procedimento, com a celebração dos primeiros atos. Parece óbvio que não basta existir procedimento, para que haja lançamento. Ainda mais, pode haver lançamento sem qualquer procedimento que o anteceda, porque aquele nada mais é que um ato jurídico administrativo, [...].²²

Mas não somente por isso faz-se mister afastar do lançamento qualquer tentativa de associá-lo à idéia de procedimento.

Na verdade, o lançamento é o ato administrativo que conclui um procedimento.

Tanto isso é verdade que, por vezes, a existência de um procedimento, mesmo que singelo, não é requisito inarredável do lançamento, podendo o mesmo dele prescindir:

Conforme atrás já se deixou sublinhado, o artigo 142 do Código Tributário Nacional incorre em sério equívoco ao caracterizar o lançamento como procedimento administrativo, quando na realidade este instituto assume o caráter de um ato jurídico, mais precisamente o ato administrativo que aquele procedimento visa preparar.

Cumpre, porém, salientar que o Código não se manteve coerente com a posição assim adotada, posto que noutros preceitos acolheu a expressão lançamento com o significado de ato jurídico e não de procedimento: é, por exemplo, o que se passa com o artigo 149, ao

²² CARVALHO, Paulo de Barros. Decadência e Prescrição. *Caderno de Pesquisas Tributárias*. n. 1. vol. 1. São Paulo: Resenha Tributária, 1976. p. 39.

referir-se à revisão do lançamento, de vez que objeto de revisão só podem ser atos, não procedimentos.²³

Mas o questionamento do caráter procedimentalista do lançamento passa, necessariamente, pela análise daquilo que seria as supostas fases procedimentais previstas no artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Para isso, resta imperioso reconhecer que a aplicação da norma tributaria, diante de sua estrutura notoriamente complexa, nem sempre se dá uma única vez, sendo que, por vezes, a própria lei determina que essa aplicação ocorre através de momentos lógicos separados, muitas vezes intercalados por uma atividade instrutória necessária ao conhecimento de fatos relevantes.

Essas operações lógicas são justamente aquelas visualizadas na dicção do artigo 142 do Código Tributário Nacional, quais sejam, a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação; a fixação da matéria tributável; o cálculo do montante do tributo devido; a identificação do sujeito passivo e a proposição da penalidade eventualmente cabível.

Seria esta, no dizer de Alberto Xavier, “uma enumeração exemplificativa de operações lógicas que se englobam no processo subsuntivo de aplicação da lei tributária aos fatos concretos”.²⁴

Ou, dito de outra forma, as operações lógicas por meio das quais se verifica a aplicação da lei tributária, com a aproximação da norma abstrata ao caso concreto, são:

a interpretação do tipo legal; a caracterização da situação da vida nele abstratamente descrita; a subsunção da situação já caracterizada no tipo, ou seja, a qualificação dessa situação como fato tributário; e ainda a aplicação do chamado ‘direito de aplicação’ (Rechtsanwendungsrecht) do Direito Tributário, nos seus aspectos temporal e espacial.²⁵

²³ XAVIER, op., cit. p. 44.

²⁴ Ibid., p. 25.

²⁵ Ibid., p. 51.

É bom que se ressalve que cada um desses eventos não são atos administrativos, pois não produzem cada um deles efeitos diversos daqueles observados ao final do lançamento, nem tampouco caracterizam uma conduta.

O fato é que, embora mencione o termo “procedimento” ao definir o lançamento tributário, o Código Tributário Nacional não aponta qualquer indício de quais seriam os atos a serem concatenados para a produção de seu objetivo, nem mesmo indica um trâmite a ser observado ou fases a serem cumpridas.

Como se vê, o lançamento é o ato jurídico conclusivo do procedimento,²⁶ destinado a aplicar a norma tributária ao caso concreto, diferenciando-se da atividade praticada pelo Poder Judiciário na medida em que é praticado por órgãos que integram a Administração, consubstanciando um ato organicamente administrativo.

Alberto Xavier ensina que o lançamento particulariza-se por objetivar a aplicação de normas tributárias materiais e não instrumentais ou penais, concluindo ter o lançamento por objeto o direito à prestação patrimonial.²⁷

E ainda:

Ora, como se disse, a especificidade do lançamento, como espécie do gênero ato tributário, reside em que ele declara o direito do ente público à prestação tributária, na sua existência e quantitativo.

[...] definindo-o como o ‘ato administrativo de aplicação da norma tributária material que se traduz na declaração da existência e quantitativo da prestação tributária e na sua conseqüente exigência.’²⁸

Opiniões doutrinárias das mais respeitáveis, entretanto, questionam o caráter auto-excludente das teorias:

Mas tanto a visão procedimentalista quanto a visão substancialista do lançamento pecam pela sua unilateralidade. Não correspondem,

26 XAVIER, op., cit. p. 32.

27 Ibid., p. 66.

28 Ibid., p. 67.

a rigor, a um equívoco científico, senão a uma verdade incompleta, vale dizer, a uma meia-verdade. A visão de um aspecto parcial toldou a compreensão de um fenômeno só apreensível, no seu todo, com o instrumental das categorias da Teoria Geral do Direito, relacionadas com o processo dinâmico de formação e aplicação do Direito.²⁹

Ao lume dos critérios tradicionalmente propostos para a formulação de proposições de ciência do Direito Tributário que descrevam o lançamento, a irredutibilidade das posições antagônicas coloca o problema em termos insolúveis. E assim o é precisamente porque o Código Tributário Nacional, ao contrário do que se supõe, não adota posição excludente da caracterização simultânea do lançamento como procedimento e ato administrativos. Até mesmo a doutrina não ortodoxamente normativista distingue, com a maior clareza, no lançamento, ato jurídico tributário, os aspectos da formação (dinâmico), conteúdo (estático) e eficácia (dinâmico), inconfundíveis entre si, mas integrantes de uma complexa realidade normativa unitária.³⁰

A partir dessa constatação, José Souto Maior Borges diferencia os conceitos lógico-jurídicos dos jurídico-positivos indicando que as dificuldades decorrentes da conceituação prevista no artigo 142 do Código Tributário Nacional somente podem ser sanadas a partir do reconhecimento desse conceito como um de natureza jurídico-positiva, ou seja, um conceito construído pelo ordenamento positivo brasileiro, obtida *a posteriori*, somente apreensível a partir do conhecimento de um determinado direito positivo.³¹

Já os conceitos lógico-jurídicos, obtidos *a priori*, não variam a partir do direito positivo, pois detém validade permanente e constante, apontando o mesmo autor como exemplo, os conceitos de direito subjetivo e de relação jurídica.³²

Segundo o mencionado professor, o conceito de lançamento corresponde a um conceito jurídico-positivo e não lógico-jurídico.³³

29 BORGES, op., cit. 1999. p. 103.

30 Ibid., p. 101.

31 Ibid., p. 94.

32 Ibid., p. 94.

33 Ibid., 117-118.

Ensina ainda o referido doutrinador que:

Para a aplicação do Direito impõe-se estabelecer se concretamente ocorre um determinado fato – o fato jurídico tributário. Nisso consiste, em parte, a função concretizadora da norma individual posta pelo ato administrativo de lançamento. À verificação da ocorrência do fato jurídico tributário (CTN, art. 113, §1º) segue-se um ato administrativo concreto – o lançamento (CTN, art. 142, caput). O lançamento, enquanto ato administrativo individual, é, inclusive no procedimento de sua criação, abstratamente determinado pelas normas tributárias de caráter geral (leis complementares, leis ordinárias, regulamentos, etc.). Conseqüentemente, a produção do lançamento implica a individualização ou concretização das normas gerais a aplicar.³⁴

Reconhecida a finalidade do lançamento como instrumento de aplicação do direito, argumenta José Souto Maior Borges que a mesma passa necessariamente por aspectos relacionados ao direito tributário material (“tendente a constituir o crédito tributário, ou seja, a aplicar a norma tributária material ao caso concreto”) e ao direito tributário formal (“um procedimento administrativo [...] de competência privativa da autoridade administrativa”).

Ao assim se posicionar, pavimenta o autor o caminho que trilhará para caracterizar o lançamento como um ato administrativo e, ao mesmo tempo, como um procedimento administrativo.

Os trechos a seguir elucidam com maestria o pensamento defendido pelo doutrinador em comento:

Por conseguinte, há sempre duas espécies de normas implicadas no lançamento: 1ª espécie, as normas tributárias formais, que estabelecem o órgão competente para lançar o tributo e o procedimento de lançamento tributário; 2ª espécie, as normas tributárias materiais, que determinam em parte o conteúdo do lançamento [...].³⁵

A aplicação das normas de Direito Tributário Material na hipótese de aplicação pelo ato de lançamento não é possível sem a aplicação das normas de Direito Tributário Formal, especificamente das

34 BORGES, op., cit. 1999. p. 82.

35 Ibid., p. 83.

normas sobre o procedimento administrativo de lançamento. Trata-se, pois, de categorias normativas inseparáveis, na sua conexão intra-sistemática.³⁶

Que o lançamento não é apenas o procedimento comprova-o o art. 150, caput, do CTN, dispositivo que expressamente se refere ao ato de lançamento.³⁷

Mas basta uma só observação para demonstrar que o lançamento, mesmo na definição do art. 142, caput, do CTN, não pode ser havido apenas e ingenuamente como um procedimento administrativo. Até uma interpretação pedestremente literal desse dispositivo o evidencia. O lançamento não é só constituído pelo procedimento administrativo, dado que o dispositivo expressamente se refere à função meramente “tendencial”, vale dizer, instrumental, desse procedimento. Noutras palavras, e mais precisamente, o lançamento é procedimento administrativo “tendente” a algo, na formulação literal do art. 142, caput, do CTN. Esse algo nada mais é do que o ato que consiste na verificação da ocorrência do fato jurídico tributário, determinação da base tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e, sendo o caso, propositura da penalidade cabível.³⁸

Ao final dessas considerações, sugere o autor que o lançamento é tanto um ato administrativo como um procedimento:

A atividade administrativa de lançamento resolve-se num agir (conduta especificamente normada) no qual se distingue um *feri* (o procedimento de lançamento) e um *factum* (o ato de lançamento). Os atos administrativos – e, pois, o lançamento – são metas que se não podem de ordinário alcançar senão por determinados caminhos, os procedimentos administrativos.³⁹

E arremata:

O procedimento administrativo de lançamento é, em tal sentido, o caminho juridicamente condicionado por meio do qual certa

³⁶ BORGES, op., cit. 1999. p. 84.

³⁷ *Ibid.*, p. 83.

³⁸ *Ibid.*, p. 102.

³⁹ *Ibid.*, p. 120.

manifestação jurídica de plano superior – a legislação – produz manifestação jurídica de plano inferior – o ato administrativo de lançamento. [...]

No Código Tributário Nacional o fim ou a meta – o ato administrativo de lançamento – está regulado com maior amplitude do que os caminhos – o procedimento – para a sua persecução. Mas essa circunstância, o maior grau de indeterminação legislativa do procedimento, não autoriza a conclusão de que o lançamento é só o ato administrativo, como pretende equivocadamente determinada doutrina.⁴⁰

Trazido à baila este último posicionamento, mostra-se possível avançar no estudo da matéria, já que evidenciados os principais argumentos em favor de cada uma das teses postas em debate.

6 CONCLUSÕES: RECONHECIMENTO DO LANÇAMENTO COMO UM ATO ADMINISTRATIVO

O lançamento tributário foi conceituado pelo Código Tributário Nacional, ocasião em que foi enquadrado expressamente na categoria de procedimento administrativo, embora tenha em outros artigos sido reportado como um ato administrativo.

Posta a contradição pela própria dicção legal, passou-se à análise, no decorrer deste trabalho, da adequação do lançamento aos conceitos de ato e procedimento administrativo.

Com fulcro no que restou elucidado acerca do procedimento administrativo, pode-se de logo afastar qualquer vínculo entre a idéia de lançamento e uma das acepções daquele, qual seja, a de rito, de percurso destinado à produção de um ato administrativo.

Resta a dúvida sobre a pertinência entre o lançamento e a definição de lançamento como conjunto de atos administrativos intermediários destinados a engendrar um novo ato administrativo.

Aqui vale relembrar os eventos mencionados no conceito de lançamento previsto no Código Tributário Nacional: verificação do fato gerador da obrigação, identificação do sujeito passivo, determinação da matéria tributável e cálculo do montante devido.

⁴⁰ BORGES, op., cit. 1999. p. 120.

Não parece acertado admitir que ao examinar tais eventos se esteja diante de um conjunto concatenado de atos administrativos intermediários.

Isso porque nesse conjunto de atividades não se enxerga fases pré-dispostas nas quais cada ato depende de um outro que lhe é anterior.

Em verdade, a verificação do fato gerador pode ser feita de forma simultânea ou anteriormente à identificação do sujeito passivo. Ao mesmo tempo, o cálculo do montante devido pode ser feito sem que se tenha evidenciado quem é o sujeito passivo.

Ademais, no lançamento por homologação, no qual realmente não há lançamento, mas apenas o simples decurso do prazo, e no lançamento por declaração são os cidadãos que reconhecem a existência do fato gerador e o seu enquadramento na situação de sujeito passivo.

E, especialmente no lançamento por homologação, é o contribuinte quem procede ao cálculo do montante devido.

Ora, nessas situações, não se pode admitir que os contribuintes estejam praticando atos administrativos, pois lhes falta competência, item essencial aos atos administrativos.

Sobre tal fato, padecem tais atos da ausência dos atributos arrolados pela doutrina tais como a auto-executoriedade e a imperatividade, seque gozando de presunção de legitimidade, a qual, como visto, é inerente a *todos* os atos administrativos.

Desta feita, resulta equivocado equiparar o lançamento a um procedimento administrativo.

No que remete à teoria que aponta o caráter dúplice do lançamento, cumpre invocar, ao lado dos argumentos já expostos acerca da impossibilidade de se admitir o lançamento como um procedimento, a mais abalizada doutrina para afastar seu acerto, em que pesem os argumentos de respeito já analisados:

E ainda que a utilização do mesmo termo – lançamento – para designar ambas as realidades, o procedimento e o ato, ora um, ora outro, exprime manifesto desrespeito pelas regras de rigor

metodológico científico e tem sido causa de graves perplexidades em diversos domínios, especialmente nos da decadência e prescrição.⁴¹

Ultrapassada essa discussão, observa-se que o lançamento pode sem maiores questionamentos subsumir-se à idéia de uma declaração da vontade estatal, através da qual se dá cumprimento a uma norma no uso de prerrogativas inerentes ao regime jurídico de direito público.

Além disso, não se admite oposição séria à assertiva de que o lançamento está sujeito ao controle judicial.

O lançamento dispõe, ainda, dos elementos inerentes a todo ato administrativo, pois sua validade condiciona-se a um sujeito legalmente competente – geralmente um agente do Fisco, que age com fulcro num motivo (fato gerador), tendo um objeto (constituição do crédito tributário), observando uma forma legalmente prevista e direcionada a uma finalidade (pagamento do tributo).

Ainda que suficiente tais argumentos, não é ocioso lembrar que a presunção de legitimidade é aceita por todos como atributo do lançamento e como tal é apontada mesmo pelos doutrinadores que insistem em qualificá-lo como um procedimento administrativo.

Por todas essas razões, impõe-se o reconhecimento do lançamento tributário como um ato administrativo.

7 REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1972.

41 XAVIER, op., cit. p. 24.

BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: RT-EDUC, 1975.

_____. **Lançamento Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. Decadência e prescrição. **Caderno de Pesquisas Tributárias**, n. 1, vol 1. São Paulo: Resenha Tributária/Centro de Estudo de Extensão Universitária, 1976.

CARVALHO FILHO, José do Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato Gerador da Obrigação Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

XAVIER, Alberto. **Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

**DA Oponibilidade, perante os Adquirentes
do Imóvel, do Crédito Hipotecário
Decorrente do Financiamento para a
Construção de Imóveis, desde que anterior
à promessa de compra e venda**

*Diogo Melo de Oliveira
Advogado da Caixa Econômica Federal
Pós-graduação em Direito Civil e Empresarial
pela Universidade Federal de Pernambuco*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Da Colisão entre os Direitos do Promissário Comprador e os do Credor Hipotecário Nos Contratos De Incorporação Imobiliária; 3 A Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça e as Motivações que levaram à sua edição; 4 conclusão: a impropriedade da súmula 308; 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A atividade empresarial de incorporação imobiliária é uma atividade complexa, no bojo da qual são firmados vários contratos das mais diversas naturezas, cujos objetivos vão desde a captação dos recursos necessários à construção de unidades imobiliárias até a venda das referidas unidades.

Esses contratos são autônomos, porém intrincados, na medida em que viabilizam a execução uns dos outros. Natural que haja colisão de interesses entre as partes envolvidas, ainda que muitas vezes uma não possua relação obrigacional alguma com a outra.

O presente trabalho tem a pretensão de estudar apenas um dos problemas oriundos da atividade de incorporação imobiliária, em que pese a grande diversidade de temas que a mesma suscita ao debate. Pretende-se analisar a colisão dos direitos do adquirente do imóvel com os do agente financiador do empreendimento, à luz das soluções dadas pela jurisprudência pátria e apresentando críticas fundadas no ordenamento jurídico vigente e na própria essência dos institutos jurídicos envolvidos.

Buscar-se-á o cumprimento do objetivo exposto a partir da exposição do problema, contextualizando-o perante as práticas empresariais correntes no Brasil, posterior apresentação da solução dada pelo Superior Tribunal de Justiça, consolidado pela edição da súmula 308 – não sem demonstrar seus fundamentos – e concluindo com uma análise crítica da solução posta.

Analisar-se-ão os precedentes que culminaram com a edição da súmula 308 por parte do tribunal de uniformização de jurisprudência, buscando encontrar as razões para o entendimento nela contido para que se possa analisá-las e criticá-las.

A análise crítica fundar-se-á nos postulados dos princípios envolvidos e invocados pelas diversas correntes jurisprudenciais, bem como na interpretação dos dispositivos legais regentes dos institutos envolvidos e nos ensinamentos fornecidos pela doutrina.

2 DA COLISÃO ENTRE OS DIREITOS DO PROMISSÁRIO COMPRADOR E OS DO CREDOR HIPOTECÁRIO NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

2.1 DOS DIREITOS DO AGENTE FINANCEIRO DECORRENTES DO FINANCIAMENTO PARA A CONSTRUÇÃO DE IMÓVEIS COM GARANTIA HIPOTECÁRIA

A incorporação imobiliária é a atividade empreendedora pela qual se mobilizam fatores de produção para construir e, durante a construção, vender unidades imobiliárias em edificações coletivas, a partir da articulação de medidas que viabilizem a conclusão da construção do edifício, individualizando-se as unidades imobiliárias no Registro de Imóveis¹.

A fim de angariar recursos financeiros é comum que o incorporador busque financiamento junto às instituições financeiras, constituindo a hipoteca sobre o imóvel como garantia da dívida. Consoante o asseverado, noticia-se que:

Nas incorporações imobiliárias é comum a contratação de hipoteca para garantia de financiamento destinado à construção do edifício, sendo usual, também, sua constituição para garantia de mútuo concedido para aquisição de imóvel. No primeiro caso, *o incorporador, tendo tomado financiamento para construir o edifício, constitui em favor da entidade financeira a hipoteca do terreno objeto da incorporação*, sendo certo que a garantia hipotecária abrangerá os terrenos e as acessões que a ele se vincularem, que constituirão o edifício e suas unidades imobiliárias autônomas; em regra, se contrata a hipoteca no mesmo instrumento pelo qual se contrata o financiamento².

Importa, pois, verificar quais as conseqüências jurídicas que advêm da constituição da hipoteca incidente sobre o terreno que servirá à construção das unidades imobiliárias que poderão ser objeto de contratos de promessa e compra e venda.

A hipoteca é um direito real acessório de garantia. Desta forma, a partir do seu registro imobiliário, o seu titular adquire um direito

1 CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 10-11.

2 Ibid, p. 204.

que adere ao bem, de modo a permitir-lhe opor tal direito a terceiros (eficácia *erga omnes*) e lhe confere o direito de seqüela, sobre o qual é válido lembrar lição:

O chamado direito de seqüela é corolário do caráter absoluto do direito real: seu titular pode perseguir, ir buscar o objeto de seu direito com quem que esteja. [...] Por igual razão, *o credor hipotecário pode continuar na execução do bem hipotecado, objeto de sua garantia, independentemente de não mais pertencer ao primitivo titular que constituiu a hipoteca*³.

Diz-se, ainda, que é um direito acessório porque não se admite a hipoteca existente por si só, independente de qualquer crédito⁴.

Pelo brevemente exposto, pode-se perceber que a hipoteca, direito real que é, adere à coisa, conferindo ao seu titular um direito oponível contra todos, não havendo, ao menos em princípio, óbice ao seu exercício contra o terceiro adquirente do imóvel objeto do empreendimento.

Confere ao seu titular, ainda, o direito de seqüela, pelo qual pode perseguir o bem esteja onde e com quem estiver.

2.2 DOS DIREITOS DO PROMISSÁRIO COMPRADOR DECORRENTES DO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA FIRMADO COM O INCORPORADOR

Consoante se pode extrair do já apresentado conceito de incorporação imobiliária, deve o incorporador, durante a construção do imóvel, providenciar a venda das unidades autônomas.

A modalidade contratual mais usual para a efetivação das vendas das unidades é a promessa de compra e venda⁵. Importa, portanto, verificar os contornos do contrato em questão, dando ênfase aos direitos dele originados em favor do adquirente.

O contrato de promessa de compra e venda pode ser conceituado como o contrato pelo qual o promitente vendedor se obriga a vender

3 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. (coleção direito civil; v. 5), p. 22.

4 Ibid, p. 516.

5 CHALHUB, op. cit., p. 156

determinado imóvel ao promitente comprador, pelo preço, condições e modos acordados, outorgando-lhe escritura definitiva tão logo ocorra o adimplemento da obrigação.

Arnaldo Rizzardo entende que o referido contrato constitui direito obrigacional, pois dá origem a uma obrigação de fazer⁶. Uma vez registrado, todavia, confere ao promissário comprador um direito de natureza real à aquisição do bem⁷.

Destarte, confere ao promissário comprador, após pago o preço e satisfeitas todas as condições do contrato, um direito real sobre o imóvel, podendo pedir a outorga da escritura definitiva ou, havendo recusa por parte do promitente vendedor, a sua adjudicação compulsória.

Possui o promissário comprador, então, dois direitos distintos e inconfundíveis: com a averbação do contrato no Registro de Imóveis, adquire direito real oponível a terceiro (art. 5º do Decreto-lei n.º 58) e, com o pagamento integral do preço, adquire direito pessoal à transferência do domínio⁸.

O promissário comprador possui um direito real sobre coisa alheia, conforme se extrai do ensino:

É evidente que, não sendo o promissário comprador dono da coisa, cujo domínio remanesce em mãos do promitente vendedor, o direito real a ele conferido não recai sobre a coisa própria, mas sim sobre coisa alheia. Trata-se, portanto, de direito real sobre coisa alheia. [...] Parece-me indiscutível ter a promessa irretroatável de venda o caráter de direito real de gozo, pois que visou o legislador não foi afetar a coisa ao pagamento preferencial do credor, mas, sim, conferir ao promissário comprador uma prerrogativa sobre a coisa vendida⁹.

6 RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano**: Lei 6.766/79. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 88.

7 AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. **Compromisso de compra e venda**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 61.

8 BESSONE, Darcy. **Da compra e venda**: promessa, reserva de domínio e alienação em garantia. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 137.

9 RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, v. 5. Direitos das coisas. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 314.

O código civil vigente disciplina a matéria nos seus artigos 1.417, que assegura a eficácia real da promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, e 1.418, que confere ao promitente comprador o direito de seqüela e à adjudicação compulsória.

2.3 DA PRETENSÃO DE OPOSIÇÃO DO CRÉDITO HIPOTECÁRIO CONTRA O PROMISSÁRIO COMPRADOR

A colisão entre os interesses e direitos do promissário comprador e os do credor hipotecário foi muito bem sintetizada nos seguintes termos:

Celebrado instrumento particular de compromisso de compra e venda de unidade autônoma em construção, passado algum tempo, mercê do adimplemento das parcelas, deixa de existir qualquer pendência obrigacional de parte do adquirente que impeça a outorga da escritura definitiva pela vendedora. É nesse momento que se aturdem os adquirentes, com a ciência da existência de hipoteca e a recusa da Instituição Financeira, beneficiária do Sistema Financeiro de Habitação (*SFH*), credora hipotecária em decorrência de pacto ajustado com a vendedora - empreendedora, em proceder ao necessário cancelamento desse gravame. Ato contínuo, a vendedora declara-se impossibilitada de outorgar a escritura, pois esta não teria nenhuma eficácia prática, em razão do gravame que incide sobre o imóvel, apontada a intransigência da Instituição Financeira em levantar a comentada hipoteca. Ou se muito, dispõe-se a empreendedora à outorga, mas não ao cancelamento da hipoteca, fora de seu alcance, exceto de liquidado o mútuo garantido. Em suma: o adquirente paga o preço ajustado, a vendedora entrega o imóvel, mas não se transmite a propriedade com a imaginada e esperável regularidade. É nessa situação que se indaga: cabe ação judicial para a liberação da hipoteca e a outorga da escritura definitiva de venda e compra?¹⁰

A lide reside no choque de interesses, ambos, aparentemente, agasalhados pelo direito. Aparentemente porque na prática um exclui o outro. O exercício de um impede o do outro. A questão posta, então, é saber qual o direito deve prevalecer. O direito real hipotecário em favor

10 BUSHATSKY, Jaques. Ação judicial para liberação de hipoteca e obtenção de escritura definitiva. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 826, 7 out. 2005.

do agente financeiro ou o direito real oriundo da promessa de compra e venda em favor do adquirente.

O perigo de lesão, quando não a lesão em si mesma, é evidente. Prevalecendo a hipoteca, o promissário comprador, mesmo pagando todo o preço do imóvel, não poderá transcrevê-lo ao seu nome, pois sobre ele incidiria ônus real em favor de terceiro, ficando, destarte, impedido de exercer com plenitude a propriedade. A prevalecer o contrário, ficará o credor hipotecário impedido de exercer o direito de garantia que lhe foi conferido, o que quase sempre representará a própria insatisfação do crédito.

A hipoteca é constituída como garantia de um contrato de financiamento celebrado pela incorporadora com uma instituição financeira. A constituição do referido ônus pode ocorrer em dois momentos distintos: antes ou após a celebração do contrato de compra e venda. Neste último caso, de regra, lastreia-se em autorização dada pelo promissário comprador ao promitente vendedor, através de cláusula inserta no contrato de promessa de compra e venda, para que este grave o imóvel com o ônus hipotecário em favor do agente financeiro.

Ocorrendo o adimplemento dos débitos do incorporador (em favor do agente financeiro) e do promissário comprador (em favor do incorporador), não haverá problemas a dirimir: proceder-se-á à liberação do gravame.

Porém, a conjugação da satisfação do débito por parte do adquirente com o inadimplemento do crédito hipotecário por parte do promitente vendedor gera o impasse do qual nos ocupamos: a aparentemente legítima pretensão do adquirente de ver o imóvel pelo qual pagou todo o preço livre de quaisquer ônus frente à igualmente legítima pretensão do agente financeiro de ver satisfeito seu crédito, o qual, registre-se, possui garantia real incidente sobre o imóvel objeto da pretensão do adquirente.

3 A SOLUÇÃO DADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - A SÚMULA 308

3.1 DA PROTEÇÃO AO PROMISSÁRIO COMPRADOR COMO CONSUMIDOR

É sedutora a tese de que se deve dar primazia ao consumidor (promissário comprador), ante a evidente posição de privilégio em que

se encontram os agentes financeiros, devido à sua força econômica, bem como ante a proteção que o ordenamento jurídico confere à boa-fé que geralmente acompanha os adquirentes dos imóveis hipotecados sob as condições aqui expostas.

Neste sentido:

[...] é fácil a verificação de que estipulação da ordem da que é tratada, irrita enorme rol de dispositivos protetivos presentes na legislação do consumo, colocando o consumidor em risco desmesurado, restringindo-lhe direitos, impondo-lhe excesso, o que, se de um lado erege o direito do adquirente à liberação da hipoteca, a patamar de indiscutibilidade (sob o prisma legal), evidentemente sugere futuras discussões acerca dos mecanismos legais que poderão emprestar viabilidade a empreendimentos imobiliários que dependam de financiamento¹¹.

Lembrando a boa-fé com a qual o promissário comprador, via de regra, adquire o imóvel, importa trazer para análise uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual se afirma que, no caso concreto,

[...] os autores, na melhor da boa-fé, adquiriram o apartamento que retrata a exordial, com os respectivos estacionamentos, adimpliram o preço e, de modo imoral e ilícito, visando resguardar interesses econômicos de uma grande instituição bancária e as falcaturas de uma grande construtora, hoje falida, vêem-se na iminência de perderem verdadeiro bem de família, já que nele é que residem os autores e um filho¹².

A tendência de prestigiar a boa-fé dos adquirentes justifica-se porque, a se prestigiar a hipoteca, estar-se-á deixando recair nefastas conseqüências sobre os promissários compradores, hipossuficientes nesta intrincada relação. Basta perceber que, em regra, objetivando realizar o sonho da casa própria, o adquirente destina grande parte do orçamento familiar, resultado de anos de trabalho e sacrifício, àquele negócio jurídico.

11 BUSHATSKY, op. cit.

12 TJRS. 19ª Câmara. Apelação Cível n. 70003385168, relator Desembargador Guinter Spode, Porto Alegre, 02.04.2002, RDI 53/292.

Fica evidenciado, neste quadro, que o adquirente é quem tem mais a perder, pois tem mais dificuldade para suportar as conseqüências. A uma, por ser o participante mais fraco economicamente e, a duas, porque, em regra, participa do negócio com a única intenção de comprar um imóvel e, se cumprir com a parte que lhe cabe na avença, não parece justo lhe fazer sofrer as já apontadas conseqüências em detrimento à boa-fé demonstrada.

A defesa da proteção ao adquirente de boa-fé encontra respaldo no artigo 422 do Código Civil, que estabelece a obrigação dos contratantes de agirem com boa-fé – entendida como exigência de um comportamento leal. Aduz-se que, “salvo em situações específicas, dar um imóvel compromissado à venda em garantia de um débito da incorporadora não é um comportamento leal¹³”.

Ademais, se a hipoteca foi constituída posteriormente à celebração do contrato de promessa de compra e venda, com base na já mencionada cláusula que a autoriza, entende-se que deve ser considerada abusiva e, portanto, nula a cláusula contratual que permite gravar com o referido ônus uma unidade já comprometida à venda, consoante artigos 39, V e 51, IV, todos do Código do Consumidor¹⁴.

Dispõem esses dispositivos legais que é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva e que são nulas as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

A aplicação dessas regras torna sustentável juridicamente a declaração da nulidade da cláusula contratual que autoriza a constituição da hipoteca, pois a mesma coloca o adquirente em desvantagem excessiva, o que a torna abusiva e, logo, nula de pleno direito.

Conseqüentemente, sendo posterior à promessa de compra e venda, a hipoteca não deve prevalecer, mas por ter sido constituída com supedâneo em cláusula contratual cuja nulidade encontra respaldo legal.

13 BUSHATSKY, op. cit.

14 Ibidem.

Acrescente-se o entendimento jurisprudencial que entende correto o afastamento do crédito hipotecário, privilegiando o consumidor adquirente, ao menos quanto aos financiamentos do Sistema Financeiro de Habitação, por reconhecer que as financiadoras “sabem que as unidades a ser construídas serão alienadas a terceiros”, pondo à disposição do financiador o “recebimento do que for devido pelo adquirente final, mas não a excussão da hipoteca”, porque “o princípio da boa-fé objetiva impõe ao financiador[...] precatar-se para receber seu crédito da sua devedora”¹⁵.

O entendimento sinteticamente delineado acima foi exposto pelo Superior Tribunal de Justiça em um dos julgados que precederam e justificaram edição da súmula 308, segundo a qual “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

Frise-se, apenas por precaução, que o posicionamento contido na súmula, que consolidou o entendimento daquele tribunal superior acerca da questão, lastreou-se não apenas no reconhecimento da hipossuficiência do adquirente e sua conseqüente proteção enquanto consumidor e na proteção à boa-fé, mas também nos argumentos adiante expostos.

3.2 DA PREVISÃO LEGAL DE GARANTIA ATRAVÉS DE CAUÇÃO, CESSÃO PARCIAL OU CESSÃO FIDUCIÁRIA NOS FINANCIAMENTOS PARA CONSTRUÇÃO OU VENDA DE IMÓVEIS, CUJOS VALORES SEJAM ORIUNDOS DO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO

Extrai-se dos precedentes que geraram o posicionamento consolidado na súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça o juízo de que os financiamentos para construção ou venda dos imóveis, cujos valores sejam oriundos do Sistema Financeiro de Habitação, somente poderão ser garantidos pela caução, cessão parcial ou cessão fiduciária dos direitos provenientes da alienação das unidades habitacionais¹⁶.

15 STJ. 3ª Turma. Recurso Especial nº 316.640-PR. Relatora Nancy Andrighi. Decisão unânime, Brasília, 18.05.2004. DJ de 07.06.2004.

16 STJ. 3ª Turma. Recurso Especial nº 851.125-RJ. Relator Carlos Alberto Menezes Direito. Decisão unânime, Brasília, 02.09.2004. DJ de 11.10.2004.

Inporta ressaltar que tal entendimento não está contido no enunciado da súmula, mas foi importante argumento utilizado com fundamento às decisões que precederam e consolidaram a posição ali consubstanciada.

Lastreado neste juízo, entendeu-se que a hipoteca, dada em garantia de financiamento oriundo do Sistema Financeiro de Habitação, não é válida, uma vez que, segundo entendimento delineado nos referidos precedentes, a hipoteca não está inclusa entre as garantias autorizadas pela lei nº 4864/1965.

No sentido exposto:

[...] sobretudo se considerado que os financiamentos para construção ou venda dos imóveis, cujos valores sejam oriundos do *SFHH*, somente poderão ser garantidos pela caução, cessão parcial ou cessão fiduciária dos direitos provenientes da alienação das unidades habitacionais. *O regário não contempla a hipoteca, portanto*¹⁷.

Imprescindível notar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como o entendimento doutrinário acima transcrito, considera não ser possível a constituição da hipoteca como garantia ao financiamento para construção de imóveis cujos valores sejam oriundos do Sistema Financeiro de Habitação a partir de uma interpretação restritiva do artigo 22 da lei nº 4864/1965, pois considera que esse dispositivo legal limita as opções de garantia àquelas nele previstas.

CONCLUSÃO: A IMPROPRIEDADE DA SÚMULA 308

4.1 PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGACIONAL DOS CONTRATOS VERSUS PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E À BOA-FÉ

O princípio *pacta sunt servanda* (“os pactos devem ser cumpridos” ou “princípio da força obrigacional dos contratos”) preceitua a força vinculante dos pactos. Segundo esse princípio, o contrato faz lei entre as partes e, portanto, deve ser cumprido conforme o avençado, livre de sofrer mutações, principalmente porque originado da vontade livre e desimpedida do contratante (princípio da autonomia da vontade).

17 BUSHATSKY, op. cit.

O moderno direito obrigacional, todavia, tem relativizado a obrigatoriedade dos contratos, possibilitando sua revisão, mormente nas relações de consumo, inclusive com a anulação de cláusulas abusivas.

É possível, portanto, a intervenção do Poder Judiciário na autonomia da vontade a fim de restaurar a legalidade, dar primazia à boa-fé e reduzir as desigualdades entre os contratantes.

Nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis objetos de incorporação imobiliária é comum que o promitente comprador concorde, mediante cláusula inserta no instrumento contratual, que o imóvel a si prometido à venda seja hipotecado para garantia de financiamento a ser obtido pela incorporadora.

Com base na possibilidade de intervenção do Judiciário na autonomia da vontade – pacificamente aceita pela jurisprudência, pela doutrina e por determinados dispositivos legais – tem se defendido a nulidade da referida cláusula, protegendo a boa-fé do adquirente, consumidor hipossuficiente que é.

Objetiva-se, com isso, proteger os interesses daquele que, após quitar perante o incorporador todo o valor do imóvel, tem negado o pedido de baixa da hipoteca.

Fiquemos, por ora, com a hipótese em que a hipoteca foi constituída de forma isenta de dolo ou simulação; de boa-fé, portanto. Conforme aduzido acima, é possível a um terceiro (comprador do imóvel) garantir dívida de outrem (incorporadora), desde que manifeste sua concordância. Ressalta-se que inexistente lei proibindo compradores de autorizar a hipoteca dos seus imóveis.

O ato de garantia, a princípio, é válido, ante a ausência de vedação legal. O fundamento para a anulação da cláusula é, pois, a proteção ao consumidor, não se podendo, entretanto, daí extrair qualquer conduta temerária por parte do agente financeiro.

Esse ponto é, portanto, fundamental. Está de boa-fé o agente financeiro que aceite, como garantia para financiar a atividade da incorporadora, a hipoteca de um imóvel de terceiro ou prometido à venda, com expressa autorização do proprietário ou promitente comprador. Afinal, “quem concorda em garantir uma dívida de terceiro, mediante

hipoteca do imóvel, deve estar preparado para, eventualmente, responder por essa obrigação. Há uma expressa assunção desse risco”¹⁸.

Acrescente-se que:

Com a admissão do princípio da boa-fé objetiva, é sempre protegido o interesse da pessoa zelosa, que deve, por esta sua característica, ser premiada. Já o interesse do incauto deve ser sacrificado, se oposto ao da pessoa zelosa. A justiça será feita no caso concreto sim e, o que é melhor: sem violar qualquer norma jurídica e contribuindo para a certeza e previsibilidade do direito¹⁹.

É possível, ainda, encontrar decisões judiciais que corroboram com o acima exposto, nada obstante o enunciado da indigitada súmula 308. Neste sentido, a Juíza Federal Ana Carolina Marozowski, substituta da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba, julgou uma lide, cujo pedido e cuja causa de pedir em tudo se assemelhavam à situação ora em estudo, através da prolação de uma sentença, consoante o entendimento aqui propugnado:

Não se pode imputar negligência à CEF, do que decorre que *a hipoteca não pode sofrer qualquer abalo até que as construtoras rés paguem a ela o que lhe é devido pela unidade*. Dessa forma, as construtoras são responsáveis pela situação em que se encontra o autor, uma vez que desobedeceram o disposto no contrato celebrado com a CEF, receberam o valor da promessa de compra e venda do autor e não o repassaram àquela. Por outro lado, percebe-se que o autor também concorreu para o acontecimento, porquanto não foi diligente no sentido de verificar no registro de imóveis em nome de quem a unidade adquirida estava. [...] *o autor não pode negar conhecimento da hipoteca, pois ela estava devidamente registrada na matrícula do imóvel. [...] caberá ao autor, querendo, intentar ação de reparação de danos contra as construtoras rés para reaver o que foi pago pelo imóvel*²⁰.

18 SILVA, Bruno de Matos e. Da validade da hipoteca de unidade adquirida em incorporação imobiliária: a questão da boa-fé objetiva. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000.

19 Ibidem.

20 JUÍZO DA 6ª VARA FEDERAL DE CURITIBA. Seção Judiciária do Paraná. Ação Ordinária nº 2004.70.00.006528-2/PR. Juíza Federal Substituta Ana Carolina Morozowski. Curitiba, 27.09.2006. Sentença publicada no DJE nº 7218 do dia 05.10.2006.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, já se manifestou a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em acórdão proferido anteriormente à edição da súmula 308, cuja relatoria coube ao Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, que muito bem tratou a questão ao proferir seu voto nos seguintes termos:

Não é possível compreender que o descumprimento de cláusula contratual da promessa de compra e venda, por parte da construtora, alcancem terceiro, no caso, a CEF, que não participou da avença. A instituição financeira, por seu turno, ao firmar o mútuo com a construtora, recebeu em garantia o terreno onde seria construído o edifício. No caso, *os contratos são absolutamente independentes* [...] Fato é que a CEF tem a hipoteca em seu favor, e não pode ser alcançada por descumprimento do contrato do qual não participara. A hipoteca não pôde ser levantada, ao que dos autos consta, porque a construtora não adimplira suas prestações junto à instituição financeira. Se a construtora não entrega os imóveis livres e desembaraçados aos adquirentes, responde perante estes [...] O que não é possível é reputar atingida a hipoteca incidente sobre os imóveis e que decorra de outro contrato o de mútuo, firmado entre a CEF e a construtora. O mesmo argumento acerca da força obrigacional dos contratos, com o qual os autores apelados buscam emprestar robustez à sua pretensão, serve, antes, a justificar a resistência manifestada pela CEF e que deve ser chancelada pelo Estado-Juiz. “*Pacta sunt servanda*”²¹.

Não parece lícito interferir na vontade daquele que agiu, ou deveria agir, ciente dos riscos que corria. Em verdade, dar-se-ia primazia à boa-fé na medida em que se protegesse aquele que agiu com mais cautela, sem descuidar da probidade que deve nortear a contratação.

Quer-se dizer, portanto, que, diante do quadro acima delineado, não nos parece crível afastar a força vinculante do pactuado – embora, frise-se, reconheçamos a valia da relativização do princípio *pacta sunt servanda* –, ante a desídia do consumidor, ainda que hipossuficiente e de boa-fé.

Outra deve ser a ótica, entretanto, quando a garantia hipotecária é posterior à promessa de compra e venda. Neste caso, é válida a construção jurisprudencial que anula a cláusula através da qual o promitente comprador autoriza a constituição do ônus

21 TRF DA 5ª REGIÃO. 2ª Turma. Apelação Cível nº 341.073 – PE, Relator Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima. Decisão unânime, Recife, 19.10.2004, DJ de 30.11.2004.

hipotecário posteriormente, uma vez que a mesma está inclusa em um contrato de adesão, cuja existência e conseqüências sequer são, em regra, objeto de discussão.

Considere-se, ainda, a fim de sustentar a nulidade da autorização, que, tratando-se de contrato de adesão, o consumidor-adquirente se vê levado a aceitar os termos da avença, sem medir as conseqüências daí originadas, sobretudo porque o avençado está na praxe do negócio.

Torna-se, portanto, lícita e sustentável a defesa da boa-fé daquele que adquiriu imóvel livre do ônus, autorizando sua constituição mediante cláusula inserta em contrato de adesão e que de boa-fé adimpliu sua obrigação.

Aliás, consoante já explanamos, esse entendimento encontra respaldo legal nos artigos 39, V e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor.

Situação diversa, todavia, é a daquele que adquire imóvel já anteriormente hipotecado, cujo ônus se encontre devidamente registrado no cartório competente, pois esse não pode se socorrer dos mesmos argumentos de proteção, uma vez que está ciente do ônus que recai sobre o imóvel desde o início da avença.

Ainda acerca da boa-fé, insta analisar outro argumento corrente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, aqui já exposto, e que, por certo, influenciou a consolidação do entendimento consolidado na indigitada súmula.

O Eminentíssimo Ministro Castro Filho, em um dos precedentes da referida súmula, afirmou em seu voto-vista que “a mesma construtora que vendeu e recebeu o preço dá o empreendimento ou suas unidades autônomas em hipoteca ao banco. Este, por sua vez, sabe que os imóveis são destinados à venda”²², pretendendo com isso justificar o afastamento da garantia hipotecária.

No mesmo sentido, outro precedente do mesmo tribunal superior, relatado pelo Ministro Ruy Rosado Aguiar, afirmou que:

Regras gerais sobre hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema

²² STJ. 1ª Turma. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 187.940-SP. Relator Antônio de Pádua Ribeiro. Decisão unânime, Brasília, 22.09.2004. DJ de 29.11.2004

financeiro de habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora²³.

Não há como prosperar, entretanto, o argumento aduzido. Afinal, se é verdade que o agente financeiro tem consciência da destinação que será dada ao empreendimento, qual seja, a venda a terceiros, sabe ele igualmente que lhe assiste – ou deveria lhe assistir – o direito de opor seu crédito perante esse terceiro adquirente. Nada há de ilícito ou imoral nessa conduta.

O fato de o agente financeiro saber que o imóvel será adquirido por terceiro apenas reafirma a necessidade de garantir seu crédito.

Outro argumento para a não admissão do raciocínio defendido pelos precedentes acima mencionados segue transcrito:

Esse fundamento, *data venia*, não pode ser aceito, pois a hipoteca é um direito real e, como direito real, é oponível contra todos (*erga omnes*), inclusive contra o comprador (se não for assim, não é hipoteca!), inexistindo qualquer lei a dizer que a hipoteca não âmbito de financiamento imobiliário não é direito real ou não é oponível contra o comprador²⁴.

Nada obstante esse argumento ter sido utilizado pelo autor para justificar a não aceitação do fundamento de que o fato de o agente financeiro conhecer a destinação do imóvel justificaria o afastamento da hipoteca, serve ele para rechaçar outros fundamentos das decisões que originaram a súmula, constituindo uma apertada síntese das razões pelas quais combatemos a súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça.

4.2 DA AUSÊNCIA DE ESPECIFICIDADE DA SÚMULA 308 ACERCA DA ORIGEM DO FINANCIAMENTO, BEM COMO ACERCA DO MOMENTO DA CONSTITUIÇÃO DA GARANTIA HIPOTECÁRIA

A súmula 308 enuncia que a hipoteca é firmada entre a construtora e o agente financeiro. Todavia, a existência da construtora

23 STJ. 4ª Turma. Recurso Especial 187.940/SP. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, decisão unânime, Brasília, 18.02.1999, DJ 21.06.1999.

24 SILVA, Bruno Mattos e. Compra de imóveis, aspectos jurídicos, cautelas devidas e análises de riscos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 191.

nas incorporações imobiliárias é meramente accidental, não lhes sendo elemento essencial. Daí a impropriedade da redação da súmula, que deveria se referir às incorporadoras, e não às construtoras.

Apontado esse pequeno equívoco, cuja superação pode resultar da inteligência do intérprete, insta perceber que vários julgados afirmaram – e acabaram influenciando no próprio enunciado do verbete – que até mesmo a hipoteca *anterior* ao compromisso de compra e venda não teria eficácia perante os adquirentes do imóvel.

Insustentável a proteção do comprador que adquire imóvel já hipotecado, não sendo suficientes as alegações de boa-fé e de proteção ao consumidor hipossuficiente. Afinal, “uma situação é a pessoa que adquire um imóvel já hipotecado; outra é a situação da pessoa que adquire um imóvel que, posteriormente, vem a ser hipotecado com fundamento em uma cláusula contratual manifestamente nula”²⁵.

Originalmente, a idéia de ineficácia da hipoteca cingia-se às hipóteses em que a mesma fosse constituída após a celebração da promessa de compra e venda e às hipóteses em que o financiamento fosse feito com recursos oriundos do Sistema Financeiro de Habitação.

Quanto à segunda situação, nem mesmo a idéia original é defensável. Não importa a origem dos recursos, pois não há restrição legal à constituição de hipoteca, ainda que o financiamento se dê com recursos do Sistema Financeiro de Habitação.

Nada obstante, os precedentes que levaram à edição da súmula 308 faziam essa diferenciação, sob o fundamento de que, sendo os recursos do financiamento oriundos do Sistema Financeiro de Habitação, “os créditos outorgados pelo agente financeiro somente poderão ser garantidos por caução, cessão parcial ou cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado”²⁶.

25 SILVA, Bruno Mattos e. Análise crítica da Súmula 308 do STJ: alcance, conclusões e perspectivas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 705, 10 jun. 2005.

26 STJ. 3ª Turma. Agravo Regimental no Agravo de Intrumento nº 522.731-GO. Relator Carlos Alberto Menezes Direito. Decisão unânime, Brasília, 02.09.2004. DJ de 17.12.2004.

Insubsistente, todavia, tal exegese, na medida em que não se encontra respaldo legal para tanto. Com efeito, o dispositivo legal invocado, qual seja, o artigo 22 da Lei 4.864/65, assim dispõe:

os créditos abertos nos termos do artigo anterior pelas Caixas Econômicas, bem como pelas sociedades de crédito imobiliário, poderão ser garantidos pela caução, a cessão parcial ou a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado.

A simples leitura do dispositivo em confronto com a afirmação pretoriana é suficiente para perceber o equívoco da interpretação conferida ao mesmo. A lei utilizou o termo “poderão”, o que denota uma nítida autorização legislativa. No afã de justificar a construção jurisprudencial mais favorável ao adquirente, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que os financiamentos “somente poderão” ser garantidos pelas modalidades ali elencadas.

Fácil perceber a distinção entre uma simples autorização e a interpretação dada pelo tribunal superior, acrescentando indevidamente a expressão “somente”, de modo a excluir a possibilidade de garantia hipotecária, numa interpretação, a toda evidência, insustentável.

Ainda que se pretenda defender a tese de que o artigo 22 da Lei nº 4.864/1965 impediria a constituição da hipoteca, insta perceber que a mesma só se refere aos empreendimentos realizados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação. Desta percepção, emerge mais uma impropriedade da súmula guerreada: ela não faz distinção quanto à origem dos recursos do financiamento. Destarte, a aplicação da súmula leva ao absurdo de não se opor a hipoteca ao adquirente (promissário comprador), ainda que os recursos não tenham origem no Sistema Financeiro de Habitação.

Quanto à primeira hipótese, porém, merecia acolhida a idéia originária. Primeiramente, porque o contrato de promessa de compra e venda, desde que devidamente registrado, como visto, confere ao promitente comprador um direito real oponível contra todos. Sendo este direito real constituído anteriormente à hipoteca, pode-se tranqüilamente defender a ineficácia desta. Ademais, é sustentável, conforme já explicitado, a tese de que a cláusula que autoriza a constituição da hipoteca deve ser anulada a fim de proteger os interesses do adquirente enquanto consumidor hipossuficiente e de boa-fé.

Situação diversa, todavia, é a daquele que adquire imóvel já anteriormente hipotecado, cujo ônus se encontre devidamente registrado no cartório competente.

Ocorre que a súmula 308 extrapolou os limites de ambas as idéias restritivas, ampliando a ineficácia da hipoteca independentemente da origem dos recursos do financiamento e do momento de sua constituição, residindo aí seu equívoco fatal.

A impropriedade da súmula, então, ficou evidente na medida em que indevidamente torna ineficaz a hipoteca independentemente da origem do valor financiado e, ainda, por ter alargado a ineficácia também àqueles ônus constituídos anteriormente à celebração do contrato de promessa de compra e venda.

A hipoteca posteriormente firmada se baseia, geralmente, em autorização contratual. Nesse caso, portanto, é razoável que prevaleça a promessa de compra e venda, a uma, por ser anterior à hipoteca, caso em que, desde que registrada, confere ao promitente comprador um direito real oponível a terceiros e, a duas, porque há respaldo legal no Código de Defesa do Consumidor (artigos 39, V e 51, IV) para se considerar nula por abusividade a cláusula contratual que estipula a referida autorização.

A prevalência da promessa de compra e venda sobre a hipoteca não se sustenta, todavia, na situação em que esta foi firmada anteriormente àquela. Nesse caso, é forçoso reconhecer a primazia do direito que socorre ao credor hipotecário de opor seu crédito perante terceiros. Direito esse corolário da natureza real da hipoteca, consoante copiosamente debatido.

Defendendo exatamente o que aqui se expõe:

A hipoteca consiste em destinar um bem para garantia de uma dívida. A eficácia da hipoteca surge com seu registro no cartório imobiliário, ficando, assim, vinculado o bem à dívida. [...] Havendo hipoteca, caso a dívida não seja paga pelo devedor, o credor poderá cobrá-la pelas vias judiciais e o bem hipotecado poderá vir a responder pela dívida, ainda que tenha sido vendido a terceiro de boa-fé que desconhecia a existência da hipoteca registrada. Ocorre que a hipoteca não impede a venda do imóvel. Contudo, o pagamento da dívida ou obrigação que ela garante terá prioridade sobre a compra eventualmente efetuada, caso a hipoteca tenha sido registrada antes da escritura de compra e venda²⁷.

27 - SILVA, 2006, op.cit., p. 17-18.

Ademais, não há cláusula contratual alguma cuja nulidade se possa perquirir, diferentemente do que ocorre na situação em que a gravação do ônus hipotecário se dá após a celebração do contrato de promessa de compra e venda.

Essa distinção é de suma importância. Defender a nulidade da cláusula que autoriza a constituição da hipoteca encontra respaldo legal e se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, defender a pura e simples ineficácia da hipoteca perante terceiros viola a própria natureza do instituto.

4.3 DA INEXISTÊNCIA DE RESPALDO LEGAL À PRETERIÇÃO DO DIREITO REAL

Afirmar, como o faz a súmula objeto do debate, que a hipoteca firmada entre o agente financeiro e a construtora (ou incorporadora, mais precisamente) é ineficaz perante o adquirente do imóvel equivale a afastar uma premissa básica daquele instituto: sua oponibilidade a terceiros.

Não há, todavia, como sustentar referida solução. A hipoteca é um direito real, logo adere à coisa, perseguindo-a onde e com quem estiver. Aí reside o direito de seqüela.

Inexiste respaldo legal ao afastamento da eficácia real do referido instituto. Reafirme-se, por oportuno, que a possibilidade de constituição de outras garantias não inquina a licitude nem a validade da garantia hipotecária, consoante demonstrado na seção anterior.

O que a súmula 308 está a afirmar é que a eficácia *erga omnes* e o direito de seqüela, características essenciais da hipoteca, não se aplicam ao adquirente. Assim o fazendo, está desfigurando o instituto, o que equivale a dizer que o que se está chamando de hipoteca, na verdade não é hipoteca. Ora, se não se opõe a terceiros não é hipoteca²⁸.

Brunno Mattos e Silva, analisando um julgamento que afastou a eficácia da hipoteca perante os adquirentes do imóvel, asseverou que:

O que o julgamento em questão fez foi afirmar que a hipoteca de imóveis, ocorrida no âmbito do SFH, não é eficaz contra os compradores. Ou seja, afirmou o julgado que essa

²⁸ SILVA, 2006, op. cit., p. 191.

“hipoteca” não é *erga omnes*, mas sim direito pessoal contra a incorporadora, por ser apenas válida enquanto o imóvel permanecer na propriedade da incorporadora²⁹.

Irrepreensíveis as afirmações acima transcritas. Com efeito, retirada da hipoteca sua oponibilidade *erga omnes* e seu direito de seqüela, desnatura-se o instituto a tal ponto que ao mesmo não se pode conferir o caráter real. Ora, só se podendo opor a garantia à incorporadora, estaremos diante de mero direito obrigacional.

O Código Civil brasileiro, ao tratar da hipoteca, afirma em seu artigo 1.419 que “nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”.

Imprescindível perceber que a eficácia real da hipoteca é expressamente prevista pela lei, não podendo ser afastada, mormente diante da inexistência de exceção legal.

As conseqüências da eficácia real de um direito já foram suficientemente debatidas. A própria lei concede a eficácia real à hipoteca e não prevê a exceção que a súmula vergastada quer fazer prevalecer.

A ineficácia da hipoteca firmada posteriormente à promessa de compra e venda se sustenta pela nulidade da cláusula contratual que autoriza sua constituição. Quanto à hipoteca firmada anteriormente àquele contrato igual razão não existe.

Resta aos defensores da tese contida na indigitada súmula a alegação de que o artigo 22 da lei nº 4864/1965 restringe às garantias possíveis de serem dadas no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação àquelas ali elencadas.

Já se demonstrou ser insustentável tal argumento. Pretende-se nesse instante apenas lembrar que a lei concede a eficácia real à hipoteca e não autoriza o afastamento da oponibilidade perante terceiros, como que fazer a jurisprudência aqui combatida.

A verdade é que nem a lei nº 4.864/1965 impede a constituição da hipoteca e nem qualquer outro dispositivo legal autoriza o afastamento da eficácia real desse instituto.

²⁹ Silva, op. cit., 2000.

Assim, o enunciado da súmula 308, além de não encontrar sustentação diante de todos os argumentos a si contrários já expostos, merece reflexão e revisão por estabelecer regra que colide frontalmente com a lei.

5 REFERÊNCIAS

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. **Compromisso de compra e venda**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

BESSONE, Darcy. **Da compra e venda**: promessa, reserva de domínio e alienação em garantia. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUSHATSKY, Jaques. Ação judicial para liberação de hipoteca e obtenção de escritura definitiva. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 826, 7 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7395>>. Acesso em: 02 mai. 2006.

CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

JUÍZO DA 6ª VARA FEDERAL DE CURITIBA. Seção Judiciária do Paraná. Ação Ordinária nº 2004.70.00.006528-2/PR. Juíza Federal Substituta Ana Carolina Morozowski. Curitiba, 27.09.2006. Sentença publicada no DJE nº 7218 do dia 05.10.2006. Disponível em: <<http://gedpro.jfpr.gov.br/visualizarDocumentosInternet.asp?codigoDocumento=951068>>. Acesso em: 25.abr.2007.

POZZA, Pedro Luiz. **Negócio Preliminar de Compra e Venda de Bens Imóveis e seus Efeitos**: Uma Passagem do Direito Obrigacional para o Direito Real. Disponível em: http://www.tj.rs.gov.br/institu/c_estudos/doutrina/negocio_preliminar_compra_e_venda.doc. Acesso em: 02 mai. 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano**: Lei 6.766/79. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, v. 5**. Direitos das coisas. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Bruno Mattos e. **Compra de imóveis, aspectos jurídicos, cautelas devidas e análises de riscos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Análise crítica da Súmula 308 do STJ:** alcance, conclusões e perspectivas. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 705, 10 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6869>>. Acesso em: 27 nov. 2006.

_____. **População pagará a conta da nova Súmula do STJ**, 27 mai. 2005. Disponível em: http://www.abmh.org.br/opiniao_a.asp?v_id_opiniao=54. Acesso em: 02 mai. 2006.

_____. **Da validade da hipoteca de unidade adquirida em incorporação imobiliária: a questão da boa-fé objetiva.** Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=581>>. Acesso em: 27 nov. 2006.

SILVA, Clóvis Veríssimo Couto e. **Obrigação como processo.** São Paulo: José Bushatsky, 1976.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. Recurso Especial 187.940/SP. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, decisão unânime, Brasília, 18.02.1999, DJ 21.06.1999 p. 164. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199800662022&data=21/06/1999>>. Acesso em 01.jan.2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Recurso Especial nº 316.640-PR. Relatora Nancy Andriighi. Decisão unânime, Brasília, 18.05.2004. DJ de 07.06.2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp>>. Acesso em: 03.jan. 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Recurso Especial nº 851.125-RJ. Relator Carlos Alberto Menezes Direito. Decisão unânime, Brasília, 02.09.2004. DJ de 11.10.2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp>>. Acesso em: 01.jan. 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 187.940-SP. Relator Antônio de Pádua Ribeiro. Decisão unânime, Brasília, 22.09.2004. DJ de 29.11.2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp>>. Acesso em: 01.jan. 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 522.731-GO. Relator Carlos Alberto Menezes Direito. Decisão unânime, Brasília, 02.09.2004. DJ de 17.12.2004. Disponível

em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp>>. Acesso em: 01.jan. 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 19ª Câmara. Apelação Cível n. 70003385168, relator Desembargador Guinter Spode, Porto Alegre, 02.04.2002, RDI 53/292.

TRIBUNAL REGIONAL DA 5ª REGIÃO. 2ª Turma. Apelação Cível nº 341.073 – PE, Relator Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima. Decisão unânime, Recife, 19.10.2004, DJ de 30.11.2004. disponível em: <http://200.199.20.194/archive/2004/11/200283000139266_20041130.pdf>. Acesso em: 17.abr.2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** : direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. (coleção direito civil; v. 5).

PONDERAÇÕES SOBRE A NECESSIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIVULGAR, NOS EDITAIS LICITATÓRIOS, ORÇAMENTO ESTIMADO DO OBJETO QUE SE PRETENDE CONTRATAR

*Leonardo de Oliveira Gonçalves
Procurador do Banco Central em Brasília (DF);
Pós-graduado em Direito Tributário.*

SUMÁRIO: 1 Exposição do problema; 2 Posicionamento (não-pacífico) do Tribunal de Contas da União (TCU); 3 Inexistência do dever de publicar a estimativa de custos nas licitações do tipo menor preço; 4 Inteligência do art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666, de 1993; 5 Conclusões; 6 Referências.

RESUMO: O art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, dispõe que o orçamento estimado pela Administração Pública deve constituir anexo do edital, dele fazendo parte integrante, nas modalidades de licitação previstas no referido diploma legal. Há decisões do Tribunal de Contas da União (TCU), corroboradas por parte da doutrina, que abraçam o entendimento de que a divulgação da estimativa de custos, nas competições públicas do tipo *menor preço*, mitiga a competitividade do certame e prejudica o interesse público, haja vista que nem sempre se chegará à escolha da proposta efetivamente mais vantajosa. Ademais, a não publicação do orçamento estimado não afronta qualquer direito ou garantia dos licitantes, vez que os custos são calculados pela entidade administrativa com base nos preços de mercado, aos quais os participantes do certame possuem amplo acesso. A par do caráter relativo das normas principiológicas (o que inclui o princípio da publicidade), a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito afasta, no que diz respeito às licitações do tipo *menor preço*, a interpretação literal do art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666, de 1993.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Orçamento Estimado. Divulgação. Princípios da Publicidade e da Escolha da Proposta mais Vantajosa. Proporcionalidade em Sentido Estrito.

1 EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA.

O presente estudo tem como objetivo discutir se a Administração Pública está obrigada a fazer constar dos editais licitatórios a estimativa de custos, em obediência ao conteúdo normativo do princípio da publicidade.

É patente a controvérsia de cunho doutrinário-jurisprudencial que cerca e permeia o tema, conforme se verá no decorrer deste artigo.

Desde logo, cumpre pontuar que o assunto recebeu regulamentação pelo direito positivo brasileiro por meio do art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, *verbis*:

Art. 40. (omissis).

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

[...]

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

Pela só leitura da citada norma, poder-se-ia inferir que a Lei nº 8.666, de 1993, previu como dever inarredável da Administração Pública a publicação do “*orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários*”.

A divulgação do orçamento, argumentam alguns, configura aplicação direta e concreta do princípio da publicidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), assim definido por Hely Lopes Meirelles:

A publicidade dos atos da licitação é outro princípio dominante neste procedimento administrativo. Não há, nem pode haver, licitação sigilosa. Se seu objeto exigir sigilo em prol da segurança nacional, será contratado com dispensa da licitação. Nunca, porém, haverá licitação secreta, porque é da sua natureza a divulgação de todos os seus atos e a possibilidade do conhecimento de todas as propostas abertas e de seu julgamento, como prescreve o § 3º do art. 3º da Lei 8.666, de 1993.

A publicidade da licitação abrange desde a divulgação do aviso de sua abertura até o conhecimento do edital e de todos os seus anexos,

o exame da documentação e das propostas pelos interessados e o fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres ou decisões relacionados com o processo licitatório, desde que solicitados em forma legal e por quem tenha legitimidade para pedi-los. Essa publicidade se fará, conforme o caso, pela afixação do edital em recinto aberto ao público, pelas publicações no órgão oficial, pela divulgação na imprensa particular e pelos demais meios de comunicação de massa (rádio, televisão, anúncios em revistas técnicas e comerciais, cinemas etc.), conforme a modalidade e a importância da licitação.¹

De outra banda, não se mostra absurdo proclamar que a publicidade, a par de não proteger o caso em questão, dá lugar a outra norma principiológica vigente nas competições públicas, qual seja, a da proposta mais vantajosa (art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993). Bem a propósito, vale transcrever oportunos comentários exarados por Luiz Alberto Blanchet:

[...] a publicidade do orçamento não é imprescindível para que os interessados possam elaborar suas propostas, pois se fosse, a Lei nº 8.666/93 não teria abolido o tipo de licitação “preço base”. A publicação dos orçamentos distorce os preços a serem propostos porque o proponente deixará de calcular os seus próprios custos para se basear no orçamento da Administração (é mais cômodo e ele sabe que os demais também o farão!). A prática tem demonstrado que quando não se dá publicidade ao orçamento, a variação dos preços é maior, tornando maior a competitividade e a vantagem para o interesse público.²

2 POSICIONAMENTO (NÃO-PACÍFICO) DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU).

O TCU possui julgados que seguem a trilha perfilhada por Blanchet. Veja-se, por exemplo, o que restou assentado na Decisão 97/1997 – Plenário, em que licitante impugnou edital de determinada concorrência por falta de publicação da estimativa de orçamento:

Além do mais, os preços contratados situaram-se em cerca de 59% (cinquenta e nove por cento) inferiores aos valores orçados,

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 32-34.

2 BLANCHET, Luiz Alberto. *Roteiro prático das licitações*. Curitiba: Juruá, 1994. p. 55.

tipificando, pois, uma situação vantajosa para o Erário. 4. Aliás, esse é um dos objetivos da licitação, consoante o disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94. [...]

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: [...] 2. no mérito, considerá-la [a representação] *improcedente*, uma vez que não restou caracterizado o descumprimento da Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94 [...]. (grifo nosso).

Ocorre que há diversas decisões proferidas pela Corte de Contas que vão de encontro à orientação mencionada. Por todos os precedentes, transcreva-se a ementa do Acórdão 114/2007 – Plenário:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. MODALIDADE PREGÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DE LICITAÇÕES. POSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS COM ALIENAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE ENTRE DISPOSITIVOS DO EDITAL. CONTRATO. EXECUÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES.

1. Na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo.

2. *A Lei 8.666/93 somente é aplicável aos pregões de forma subsidiária.*

3. Comprovadas as vantagens para a Administração, e tendo em vista os princípios da economicidade e da eficiência, admite-se a combinação de aquisição de serviços com alienação em um único procedimento licitatório.

4. Constatada incompatibilidade entre dispositivos do edital de licitação, impõe-se sua adequação e divulgação da retificação pelos mesmos meios utilizados para publicidade do texto original e a reabertura do prazo inicialmente estabelecido.

5. Peculiaridades inerentes ao objeto licitado podem justificar a exigência da Administração em acompanhar a fase inicial de execução do contrato. Não há se falar em limitação à competitividade ou violação da igualdade entre os licitantes visto tratar-se de medida que visa o atendimento e a satisfação do interesse da Administração. (grifo nosso).

Eis o raciocínio desenvolvido pela Corte de Contas: nas licitações que tenham como modalidade o pregão (regido pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002), “*o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital*”, haja vista que a Lei nº 8.666, de 1993, incide apenas subsidiariamente. Significa, *a contrario sensu*, que, nos editais das modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666, de 1993, deve haver o orçamento estimado pela Administração Pública.

Certo é, porém, que a matéria continua acendendo amplos debates no próprio TCU, que ainda possui jurisprudência vacilante sobre o assunto. Estude-se, por exemplo, o recente Acórdão 354/2008 – Plenário, que tratou de concorrência do tipo menor preço global, promovida pelo Serviço Social do Comércio no Acre (Sesc/AC).

O edital da referida competição não contemplou o orçamento estimativo dos preços unitários, ocorrência que recebeu a seguinte análise da área técnica do TCU:

Considerando a jurisprudência desta Corte, que em recente aresto decidiu ser regular a inserção, no edital de pregões, de planilhas de quantitativos em que não foram preenchidos os valores unitários, eis que a norma específica do pregão não exige o detalhamento do orçamento em planilha de custos unitários, como faz a Lei 8.666/1993 (Acórdão 114/2007 – Plenário); e considerando que a Resolução/Sesc 1.102/2006 tampouco exige tal detalhamento, acatamos, no ponto, as razões apresentadas.

Note-se que a área técnica não aplicou bem os precedentes da Corte, haja vista que fez incidir o regramento previsto para o pregão sobre licitação na modalidade concorrência, a demonstrar, no mínimo, a confusão que o assunto ainda enseja no Tribunal.

O Ministro Relator Augusto Nardes, em seu voto, percebeu o equívoco e, ainda assim, *acatou os argumentos expendidos pelo Sesc/AC*,

contrariando, por consequência, o que ficou decidido no Acórdão 114/2007 – Plenário e demais precedentes. Observe-se:

Em sua instrução final, a Secex/AC considera esclarecidas apenas duas das oito irregularidades que encontrou no procedimento licitatório objeto deste processo. Entendeu [...] que, no tocante ao sigilo dos preços unitários constantes do orçamento estimativo do objeto, há precedente desta Corte admitindo o procedimento.

2. Acompanhamento o juízo expressado pela Unidade quanto a essas ocorrências, ressaltando apenas que o aludido precedente desta Corte acerca do sigilo dos preços unitários aplica-se a licitações na modalidade Pregão, enquanto que a modalidade tratada neste processo é a Concorrência. A Lei 8.666/93 impede qualquer forma de sigilo nas licitações por ela reguladas, a não ser o sigilo das propostas até a data da abertura dos envelopes (art. 3º, § 3º, e 44, § 1º, da Lei 8.666/1993). No entanto, as considerações que faço a seguir acerca de ocorrência tratada no tópico seguinte, tendente a mostrar que os preços unitários nas licitações do tipo Menor Preço Global têm valor essencialmente instrumental, servirão para corroborar a elisão da irregularidade, tal como pretende a Secex/AC. (grifo nosso).

Ao considerar que “os preços unitários nas licitações do tipo menor preço global têm valor essencialmente instrumental”, o Ministro Relator terminou por aplicar o entendimento consolidado em relação ao pregão também para as modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666, de 1993.

Vê-se, portanto, que a temática ainda clama por um posicionamento seguro e definitivo do TCU.

3 INEXISTÊNCIA DO DEVER DE PUBLICAR A ESTIMATIVA DE CUSTOS NAS LICITAÇÕES DO TIPO MENOR PREÇO.

Costuma-se traçar dois argumentos favoráveis à divulgação do orçamento previsto pela entidade licitante: (i) conforme já assentado quando se tratou do princípio da publicidade, não há sigilo no procedimento licitatório, salvo no que diz respeito ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura (art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993); (ii) o licitante tem interesse em saber o valor orçado pela Administração, haja vista que constitui critério de julgamento de inexequibilidade das propostas (art. 48, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993).

Tais ponderações não sobrevivem a uma análise mais acurada.

De fato, como regra geral, não há sigilo no procedimento licitatório (salvo no que pertine às propostas até a respectiva abertura, consoante realçado). O motivo é simples: resguardar o julgamento objetivo da competição e evitar a utilização de critérios obscuros que implique desigualdade de tratamento aos licitantes. É o que está estampado no art. 40, VII, e no art. 44, *caput* e § 1º, ambos da Lei nº 8.666, de 1993:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

.....

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.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

A vedação ao sigilo não foi instituída por capricho, mas para atender a uma finalidade clara: os licitantes devem saber (i) quais os critérios de julgamento, bem como (ii) as especificações do objeto que será contratado, haja vista que tanto um quanto outro são imprescindíveis para a adequada *elaboração das respectivas propostas*.

Pergunta-se, por oportuno: estando o objeto da licitação devidamente especificado, a divulgação do orçamento previsto se afigura imprescindível para a elaboração da proposta? Decerto que não, com

base em motivo simples: a Administração estima o preço com base no *mercado*, cujas regras os próprios licitantes conhecem muito bem (mais até do que os órgãos e entidades estatais). Não há qualquer mistério no *custo* de determinado serviço, tendo em vista que os preços, insista-se, são buscados pelos órgãos administrativos no próprio mercado.

Por outro lado, a divulgação do orçamento pode comprometer o objetivo máximo e a razão de ser do procedimento licitatório, qual seja, a seleção da *proposta mais vantajosa* (art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993). Rememore-se que o próprio TCU reconheceu essa possibilidade, o que o levou a *aprovar* o sigilo de determinado orçamento quando da prolação da Decisão nº 97/1997, em que deixou consignado que “*os preços contratados situaram-se em cerca de 59% - cinquenta e nove por cento – inferiores aos valores orçados, tipificando, pois, uma situação vantajosa para o Erário.*”

Ante o quadro apresentado, afigura-se imprescindível proceder à ponderação de valores (princípio da proporcionalidade em sentido estrito)³:

- (i) institui o art. 3º do Estatuto das Licitações e dos Contratos Administrativos que a “*licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração*”;
- (ii) de um lado, portanto, aos participantes deve ser dispensado tratamento igual e impessoal, ao passo que o desejo da Administração é selecionar a proposta mais vantajosa;
- (iii) as regras que regem o procedimento licitatório, dessa forma, devem atender *ao máximo possível* ambos os princípios, *concomitantemente*;
- (iv) já restou demonstrado que a falta de divulgação do orçamento estimado *não* interfere na elaboração das propostas e *não* malfere o *princípio constitucional da isonomia*

3 “Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 30).

(tendo em mente que os preços cotados estão no mercado, a que os próprios licitantes gozam de amplo acesso);

- (v) a publicação do orçamento, entretanto, compromete a possibilidade de haver a seleção da proposta efetivamente mais vantajosa para a Administração, consoante já admitiu o TCU no julgado acima referido; (vi) a concretização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no caso em apreço, só se dá com a manutenção em sigilo do preço cotado.

Quanto aos critérios de inexeqüibilidade das propostas, impende transcrever o art. 48, II, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993:

Art. 48. Serão desclassificadas:

[...]

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexeqüíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

- a) *média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou*
- b) *valor orçado pela administração.*

Diz-se costumeiramente que, se o “*valor orçado pela administração*” constitui um dos parâmetros de aferição de inexeqüibilidade das propostas, deve ser divulgado aos licitantes.

Ocorre que o precitado art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993, tem como evidente destinatário não os licitantes, mas a Comissão de Licitação, que precisa de critérios claros e objetivos para concluir eventualmente pela impraticabilidade das propostas.

Tanto é verdade que, além do “*valor orçado pela administração*”, também é critério de inexecutabilidade a “*média aritmética das propostas*” (art. 48, § 1º, “a”) – e, no entanto, as propostas dos licitantes são sigilosas por expressa determinação do § 3º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, consoante já delineado.

Dito de outro modo, quisesse o legislador que o art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993, se destinasse aos licitantes (e não única e exclusivamente à Comissão de Licitação), deveria haver ampla publicidade não só do “*valor orçado pela administração*”, mas também dos valores das propostas de todos os concorrentes, o que seria no mínimo absurdo.

A propósito, cumpre indagar por que razão o art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993, previu o sigilo do “*conteúdo das propostas*”. Fácil: para resguardar o interesse da Administração à seleção da “*proposta mais vantajosa*”. Note-se, assim, que é perfeitamente lícito o sigilo quando, a par de não comprometer a igualdade e a transparência do certame, visa a escolher a melhor proposta e, principalmente, a economizar dinheiro público.

Ademais, o art. 48, II, do diploma legal em estudo, deixa claro que os licitantes devem ter como parâmetro de executabilidade o valor de mercado, haja vista que serão consideradas inexecutáveis as propostas “*que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado [...]*.” E pelo mercado, reitere-se, os licitantes transitam com indubitosa facilidade.

4 INTELIGÊNCIA DO ART. 40, § 2º, II, DA LEI Nº 8.666, DE 1993.

Tendo em mente que a tese aqui defendida conduz à conclusão de que a entidade licitante não está impelida a divulgar o orçamento estimado, importa perquirir a razão e a finalidade do art. 40, § 2º, II, do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos.

Primeiramente, cumpre notar que o mencionado dispositivo legal não consagrou qualquer expressão cogente que sugira a

obrigatoriedade da publicação da estimativa de custos. Dispõe a norma em questão, simplesmente, que “*constitui anexo do edital, dele fazendo parte integrante, orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.*” Isso significa que, nas licitações do tipo menor preço, caso a Administração decida divulgar o orçamento previsto, será este anexo do edital, dele fazendo parte integrante.

Outra não é a conclusão a que se chega mediante interpretação sistemática da Lei nº 8.666, de 1993. Observe-se: o inciso V do art. 40, por exemplo, dispõe que o edital deve indicar, *obrigatoriamente*, “*se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital [...].*” O inciso I do § 2º do art. 40, por sua vez, preceitua que “*constitui anexo do edital, dele fazendo parte integrante, o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos.*”

Questiona-se: é obrigatória a publicação do projeto executivo? Não. Obrigatória é apenas a informação sobre a existência ou não dele (inciso V do art. 40). Caso, porém, a Administração decida publicá-lo junto com o edital, deste será parte integrante (inciso I do § 2º do art. 40).

Não se pode extrair comando cogente do inciso I do § 2º do art. 40 porque há casos em que inexistente projeto executivo. Seria um contrassenso, assim, pretender que a lei tenha reputado obrigatória, *em todos os casos*, a publicação de projeto executivo, tendo em vista que em algumas hipóteses sequer existe projeto de tal natureza.

Dessa maneira, está implícita no § 2º do art. 40 a expressão “*no que couber*”, devendo o referido dispositivo ser lido como se dele constasse a seguinte redação: “*constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante, no que couber.*”

Posto isso, o inciso II do § 2º do art. 40 do Estatuto das Licitações não pode ser divorciado do § 1º do art. 46 da Lei nº 8.666, de 1993, segundo o qual, nas licitações do tipo *melhor técnica*, o edital deve “*fixar o preço máximo que a Administração se propõe a pagar*”, o que, dito em palavras outras, significa a obrigatoriedade de divulgação do orçamento estimado – mas apenas nas licitações do tipo *melhor técnica*, não nas do tipo *menor preço*.

A diferença de tratamento é justificada pelo fato de, nas competições do tipo *melhor técnica*, não ser o preço o único critério de julgamento das propostas. Assim, o argumento referente à busca da proposta mais vantajosa,

expendido para embasar a não-obrigatoriedade da publicação do orçamento nas licitações do tipo *menor preço*, não possui aqui plena adequação.

5 CONCLUSÕES.

As vozes dissonantes que ecoam na doutrina brasileira e no TCU revelam que o tema, patentemente tormentoso, não merece ser abordado apenas sob a ótica do princípio da publicidade.

Nesse diapasão, restou demonstrado que a falta de divulgação da estimativa de custos, nas licitações do tipo *menor preço*, ao tempo em que se harmoniza com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (confrontadas as normas da publicidade e da escolha da proposta mais vantajosa), serve à nobre finalidade de contenção de gastos públicos, sem que, para tanto, haja investida contra qualquer direito ou garantia dos licitantes.

6 REFERÊNCIAS.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Roteiro prático das licitações**. Curitiba: Juruá, 1994.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <www.tcu.gov.br>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA

Leonardo Vizeu Figueiredo

Procurador Federal

*Professor de Direito Econômico e de Processo
Constitucional da Universidade Santa Úrsula/RJ;*

Professor de Direito Constitucional da EMERJ;

Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá/RJ;

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Evolução no Direito constitucional; 3 Do sistema financeiro na CRFB; 4 Objetivo e finalidade do Sistema Financeiro Nacional; 5 Entidades Financeiras e congêneres; 6 Composição do Sistema Financeiro Nacional; 7 Correção e Atualização Monetária; 8 Conclusão; 9 Referências.

RESUMO: O presente artigo objetiva apresentar, de forma didática e acadêmica, uma visão global, normativa e estrutural do Sistema Financeiro Nacional.

Assim, pretende-se dar ao leitor uma idéia da evolução histórica, bem como do atual tratamento jurídico, dispensado pela República Federativa do Brasil à atividade pública de regulação das instituições e entidades congêneres que se dedicam à relocação de recursos e créditos na sociedade, permitindo o acesso ao mesmo, mediante pagamento de juros.

Outrossim, pretende-se estudar a sistemática de correção monetária em nosso atual ordenamento jurídico, a fim de estabelecer as principais diferenças entre esta e a atividade de remuneração via juros.

1 INTRODUÇÃO

A primeira tentativa histórica em se implementar um sistema financeiro no Brasil data da época colonial. Como marco inicial das instituições financeiras, podemos destacar a criação do primeiro Banco do Brasil, com a vinda da Corte portuguesa para a então colônia, o qual faliu quando do retorno de D. João VI para Portugal, ocasião em que levou todo o lastro de ouro da instituição.

Com a independência e a separação da colônia, houve a fundação de um novo Banco do Brasil em 1845, em que pese diversas províncias já terem fundado suas próprias instituições financeiras, a exemplo do Banco do Ceará, fundado em 1836.

A partir desta época, o Império do Brasil abriu seu mercado financeiro para a instalação de instituições financeiras estrangeiras, aumentando a circulação e a intermediação financeira em território nacional.

A primeira metade do Século XX destacou-se pelo grande aumento de matrizes e agências bancárias em todo o país, aumentando sobejamente a atividade de captação de recursos e concessão de empréstimos a juros remuneratórios.

Por sua vez, a partir do término da segunda guerra mundial (1945), o Estado brasileiro deu início a seu processo de regulação normativa e fomento oficial de seu sistema financeiro nacional.

O primeiro passo foi a criação de um órgão normativo de assessoria, controle e fiscalização das instituições financeira, a Superintendência da Moeda e do Crédito – SUMOC, predecessor do Conselho Monetário Nacional. Além disso, o Poder Público criou uma instituição de fomento oficial, de âmbito nacional, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE (posteriormente denominado de Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES), a fim de suprir a demanda por crédito a longo prazo, essencial para financiamento de grandes operações. Outrossim, foram criadas diversas outras instituições financeiras de âmbito regional, destinadas a dar apoio e suporte econômico a regiões carentes do país, a saber, o Banco do Nordeste do Brasil, o Banco de Crédito da Amazônia e o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo-Sul.

Por sua vez, a partir de 1964, o Brasil deu início ao processo de modernização jurídica de seu sistema financeiro nacional, promulgando relevantes ordenamentos jurídicos, de aplicação tanto para o setor privado quanto para o setor público, dentre os quais merece destaque a Lei nº 4.320/64, que estatuiu normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal; a Lei nº 4.380/64, que instituiu a correção monetária nos contratos imobiliária de interesse social e institucionalizou o Sistema Financeiro da Habitação, criando o Banco Nacional de Habitação; a Lei nº 4.595/64, que foi a base de uma verdadeira reforma bancária, criando o Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional; bem como a Lei nº 4.728/65, que disciplinou o funcionamento do mercado de capitais e estabeleceu medidas para seu desenvolvimento.

Tais leis implementaram modificações substanciais e essenciais no sistema financeiro nacional, ampliando e diversificando o número de intermediários financeiros, com áreas de atuação específicas e pré-determinadas.

2 EVOLUÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL

Nossas duas primeiras constituições, a imperial de 1824 e a republicana de 1891, não tratavam especificamente sobre ordem econômica e social, e, por corolário, eram silentes em relação ao sistema financeiro, suas instituições e à atividade de economia popular.

A Constituição de 1934 estabelecia como competência concorrente da Câmara de Deputados e do Presidente da República a iniciativa de leis sobre matéria financeira (art. 41, §1º). Outrossim, o art. 5º, XIX, i, estabelecia competência legislativa da União para normatizar o comércio exterior e interestadual, instituições de crédito; câmbio e transferência de valores para fora do País; normas gerais sobre o trabalho, a produção e o consumo, podendo estabelecer limitações exigidas pelo bem público. Sob a égide da Carta de 1934, o constitucionalismo pátrio modernizou-se, estabelecendo um capítulo próprio para a Ordem Econômica (arts. 115 a 143). Destaque-se a disposição do art. 117 e parágrafo único, a seguir transcrito, o qual foi nossa primeira norma constitucional a se dirigir especificamente às instituições financeiras:

Art 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos

bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

Parágrafo único - É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.

A Constituição polaca de 1937 igualmente estabelecia competência legislativa da União para tratar sobre as questões relativas às finanças federais, às questões de moeda, de crédito, de bolsa e de banco (art. 16, VI). Outrossim, esta Carta criou o Conselho de Economia Nacional (art. 57), com representatividade de vários segmentos sociais e competência para promover a organização corporativa da economia nacional. Em relação à Ordem Econômica, esta passou a ser trata nos arts. 135 e seg., merecendo destaque a dicção do art. 141, específica sobre a atividade de economia popular, a seguir transcrito:

Art 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

Por sua vez, a Constituição de 1946 estabelecia competência legislativa da União sobre matérias de comércio exterior e interestadual; instituições de crédito, câmbio e transferência de valores para fora do País (art. 5º, XV, k). Outrossim, estabelecia competência executiva da União para fiscalizar as operações de estabelecimentos de crédito, de capitalização e de seguro (art. 5º, IX).

A Constituição da 1967 manteve a competência executiva da União para fiscalização das operações de crédito (art. 8º, IX), bem como para legislar sobre política de crédito, câmbio, comércio exterior e interestadual; transferência de valores para fora do País (art. 8º, XVII, k). Merece destaque a extinção do Conselho de Economia Nacional (art. 181), sendo a Ordem Econômica tratada nos arts. 157 e seg, não tratando, todavia, sobre as atividades financeiras e de economia popular.

3 DO SISTEMA FINANCEIRO NA CRFB

Da leitura da Constituição de 1988, depreende-se que, atualmente, co-existem dois grandes sistemas financeiros disciplinados no texto

constitucional. O primeiro encontra-se tratado Título VI, Capítulo II – Das finanças públicas (art. 163 a 169), cuja matéria é afeta ao Direito Financeiro, sendo inerente ao disciplinamento e organização das despesas e receitas do Poder Público. Por sua vez, o segundo sistema financeiro é inerente ao setor privado, estando disciplinado no art. 192 da CRFB, a seguir transcrito, com redação atualmente dada pela Emenda Constitucional nº 40/2003.

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Por sistema financeiro nacional, podemos conceber todo o disciplinamento jurídico inerente a reger e regular as instituições financeiras de crédito, públicas ou privadas, bem como todas as entidades congêneres que atuam na economia popular, tais como seguradoras, entes de previdência privadas e de capitalização, por exemplo. Por economia popular podemos entender o conjunto de interesses econômicos do povo, sob o jugo e proteção jurídica do Estado.

Vale ressaltar que, a redação original do art. 192¹, antes da alteração perpetrada pela Emenda Constitucional nº 40/03, dava a

1 Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

I - a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso;

II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador;

III - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador.

III - as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente:

a) os interesses nacionais;

b) os acordos internacionais

IV - a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas;

uma série de regras aplicáveis às entidades financeiras força de norma constitucional, ainda que em caráter meramente formal.

Tal constitucionalização foi alvo de uma série de críticas e debates, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, até que, por força da referida emenda, seu disciplinamento passou a ser delegado, tão-somente, ao legislador infraconstitucional, ainda que pelo quorum qualificado da lei complementar, restando, hoje, em grande parte, superados.

4 OBJETIVO E FINALIDADE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

O sistema financeiro nacional encontra-se disciplinado na Lei nº 4.595/64, que dispôs sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, criou o conselho monetário nacional, entre outras providências. Outrossim, foi recepcionada pela Constituição de outubro de 1988 como lei complementar, o que vale dizer que somente poderá ser alterada por ato legislativo *stricto sensu* de quorum constitucionalmente qualificado.

Por sua vez, o mercado de capitais encontra-se disciplinado pela Lei nº 4.728/65 e pela Lei nº 6.385/76, que estabelece o conjunto de normas a serem observadas para seu desenvolvimento. Outrossim, diversos outros diplomas legais tratam da atividade financeira, conforme já visto.

V - os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo;

VI - a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União;

VII - os critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento;

VIII - o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras.

§ 1º - A autorização a que se referem os incisos I e II será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento.

§ 2º - Os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, serão depositados em suas instituições regionais de crédito e por elas aplicados.

§ 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

Em que pese não ser norma materialmente constitucional, o legislador constituinte positivou o sistema financeiro nacional na Carta Política de outubro de 1988, em caráter formalmente constitucional, estabelecendo objetivos a serem observados por todas as entidades que o integram, a saber, promoção do desenvolvimento equilibrado do País e subserviência aos interesses da coletividade (art. 192, *caput*). Observe-se que os objetivos fundamentais da República encontram-se positivados nos incisos do art. 3º da CRFB, cujo texto engloba, em última análise, os objetivos delineados no art. 192.

Assim, uma exegese sistemática e extensiva do art. 3º combinado com o art. 192, nos remete que, na consecução de suas atividades, toda a atuação das entidades financeiras e congêneres deverão atender a um plano maior de políticas públicas estabelecidas pelo legislador, seja constituinte, seja ordinário, conciliando-se a obtenção de lucro, fim maior e precípua de toda entidade empresarial, com a persecução dos interesses da coletividade e o atingimento do desenvolvimento racional e sustentável da Nação.

Nessa linha, podemos conceber que as políticas públicas voltadas para o sistema financeiro nacional devem traduzir, por meio de uma leitura sistêmica e extensiva do texto constitucional, a consecução dos próprios objetivos fundamentais da República, materializados nos incisos do art. 3º, devendo toda a atividade financeira exercida pelo particular ser orientada em um planejamento econômico voltado para: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos.

A finalidade maior das atividades executadas pelas instituições financeiras se trata exatamente da captação de recursos entre os agentes mais abastados e a relocação destes, mediante concessão de créditos, a quem quer que se encontre interessado, sendo remunerados mediante cobrança de juros.

Observe-se que nos Estados que se organizam em torno de sistemas econômicos descentralizados, baseados em valores de livre iniciativa e liberdade de concorrência, como é o caso da República Federativa do Brasil², o sistema financeiro nacional assume um inegável papel de ente garantidor do desenvolvimento sócio-econômico da Nação.

2 Neste sentido, uma exegese sistemática dos seguintes artigos da Constituição da República deixa claro que o Estado brasileiro organiza-se em torno de uma economia de mercado:

Para tanto, mister se faz garantir que as relações de trocas realizadas no mercado financeiro sejam efetuadas de forma clara e transparente, garantindo-se uma alocação eficiente de recursos para as diversas atividades econômicas, tais como a bancária e a industrial, aliada ao retorno e pagamento do capital aplicado pelos respectivos investidores.

Na lição de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi:

Não há um país desenvolvido sem um bom sistema financeiro, o que implica também que não há país nessa situação sem um bom sistema legal e judicial, pois a intermediação financeira não pode se desenvolver sem uma base jurídica adequada. As transações realizadas no mercado financeiro são estruturadas contratualmente e têm, nas suas duas pontas, agentes que raramente se conhecem. Ao contrário da maioria das atividades comerciais, em que as duas partes cumprem suas obrigações (quase) simultaneamente, no mercado financeiro o descompasso temporal está na essência da transação: toma-se recursos hoje para serem pagos de volta no futuro. A fidúcia é fundamental. E na presença de oportunismo, muitas operações financeiras seriam inviáveis sem a sustentação de um bom aparato jurídico. A regulação de instituições financeiras se justifica tanto por objetivos macro como micro econômicos. Os primeiros estão relacionados à capacidade de os bancos criarem moeda (escritural) e ao papel de desempenharem como canais de transmissão da política monetária [...] A justificativa microeconômica para regular o mercado financeiro é duas: por um lado, buscar a eficiência, a equidade do sistema; por outro lado, evitar crises, ou seja, atingir certo equilíbrio. Para tanto, são estabelecidas normas indicativas, baseadas em três objetivos de política legislativa: estabilidade, eficiência e equidade. [...] A motivação e a natureza da regulação microeconômica do mercado financeiro são razoavelmente diferentes, dependendo se a intermediação é indireta ou

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência;

[...]

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

direta. No primeiro caso, o intermediário financeiro decide onde e como aplicar os recursos e, portanto, assume o risco da operação. Do ponto de vista do regulador, o desafio é dosar o risco que o intermediário assume ao fazer isso, para, de um lado, estimular operações arriscadas, mas socialmente desejáveis, e, de outro, garantir a sua solvência e, dessa forma, que os recursos aplicados pelos poupadores serão devolvidos. Chamamos esse tipo de regulação de prudencial. Na aplicação direta, por outro lado, a decisão e o risco são do poupador. Nesse caso, o papel principal da regulação é garantir que o poupador tenha acesso a informações em quantidade e qualidade suficientes para poder tomar uma decisão correta e monitorar o risco de sua aplicação. Esse tipo de regulação é chamado de informacional. A motivação para a regulação informacional resulta diretamente da assimetria de informação existente entre os controladores das empresas, que são as maiores tomadoras de recursos no mercado de capitais, e os investidores externos (credores e acionistas minoritários).³ (grifo nosso)

Tal processo de movimentação de recursos é fundamental para dar acesso à grande parcela da população a linhas de crédito, de modo a promover e estimular investimentos para diversos setores da nossa economia, aquecer as relações de consumo de bens e as trocas comerciais, garantindo-se, assim, o desenvolvimento da Nação e da população brasileira.

Portanto, podemos dizer, conforme leciona José Afonso da Silva⁴, que as entidades financeiras e congêneres têm uma função social bem delineada pelo legislador constituinte.

5 ENTIDADES FINANCEIRAS E CONGÊNERES

Por instituições (ou entidades) financeiras pode-se entender toda pessoa jurídica, seja pública, seja privada, constituída em torno da persecução do seguinte objeto social: coleta de recursos financeiros, próprios ou de terceiros investidores ou poupadores, efetuando sua respectiva intermediação ou aplicação, em moeda corrente ou estrangeira, bem como a custódia de valores de terceiros proprietários.

As instituições públicas devem ter sua instituição autorizada por lei (art. 37, XIX c/c art. 173, ambos da CRFB), devendo ser constituídas

³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2006. p. 449 - 450.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 802.

sob a forma de empresas públicas ou sociedades de economia mistas. Por sua vez, as instituições privadas deverão ser, via de regra, constituídas sob a forma de sociedades anônimas.

Em que pese a Constituição da República Federativa do Brasil não fazer menção expressa, no *caput* do art. 192, as entidades que compõem e fazem parte do sistema financeiro nacional, são consideradas entidades congêneres às instituições financeiras, uma vez que igualmente são subordinadas as normas, princípios e regras do sistema financeiro nacional: as bolsas de valores; as empresas de seguro, de previdência e de capitalização; as cooperativas de crédito (estas com menção expressa no art. 192, CRFB); as sociedades distribuidoras de prêmios, sejam em espécie, móveis ou imóveis; bem como as entidades, físicas ou jurídicas, que objetivam a compra e venda de ações e títulos mobiliários.

Feitas essas breves considerações, passemos à análise perfunctória de algumas das principais entidades públicas que atuam no sistema financeiro nacional.

6 COMPOSIÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

O art. 1º da Lei nº 4.595/64, expressamente prevê que o Sistema Financeiro Nacional será constituído pelos seguintes órgãos e entidades: Conselho Monetário Nacional; Banco Central do Brasil; Banco do Brasil S/A; do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; e pelas demais instituições financeiras públicas e privadas.

Vale observar que, a atual composição do Sistema Financeiro Nacional é basicamente estruturada no mosaico concebido em 1964, o qual não sofreu grandes alterações pelo legislador constituinte de 1988. Observe-se que, em que pese existirem diversos projetos de lei tramitando no legislativo com o objetivo de alterar nosso atual sistema de finanças privadas, até hoje ainda são objeto de bastante discussão no Congresso.

Para fins didáticos, podemos estruturar o Sistema Financeiro Nacional em órgãos normativos, entidades supervisoras e operadores.

Aos órgãos normativos compete disciplinar, regulamentar e estabelecer as políticas públicas para o setor. Por sua vez, às entidades supervisoras compete a fiscalização dos entes operadores, conforme passamos a delinear.

6.1 ÓRGÃOS NORMATIVOS

São centros de competência despersonalizados, responsáveis por estabelecer e disciplinar as políticas públicas referentes ao Sistema Financeiro Nacional, sem quaisquer funções executivas:

6.1.1 CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL - CMN

Instituído pela Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, é o órgão normativo responsável por expedir diretrizes gerais para o bom funcionamento do SFN, criado em substituição ao extinto Conselho da atual Superintendência da Moeda e do Crédito. É composto por três membros, a saber, o Ministro da Fazenda (Presidente), Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão e o Presidente do Banco Central do Brasil.

Dentre suas funções e atribuições legais (arts. 3º e 4º da Lei nº 4.595/64) estão: adaptar o volume dos meios de pagamento às reais necessidades da economia; regular o valor interno e externo da moeda e o equilíbrio do balanço de pagamentos; orientar a aplicação dos recursos das instituições financeiras; propiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros; zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras; coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária e da dívida pública interna e externa.

6.1.2 CONSELHO NACIONAL DE SEGUROS PRIVADOS - CNSP

É órgão responsável por fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados. Sua composição é feita pelo Ministro da Fazenda (Presidente), por um representante do Ministério da Justiça, por um representante do Ministério da Previdência Social, pelo Superintendente da Superintendência de Seguros Privados, por um representante do Banco Central do Brasil, bem como por um representante da Comissão de Valores Mobiliários.

Dentre as atribuições do CNSP merece destaque: regular a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos que entidades que exercem atividades subordinadas ao SUSEP, bem como a aplicação das penalidades previstas; fixar as características gerais dos contratos de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro; estabelecer as diretrizes gerais das operações de resseguro; prescrever os critérios de constituição das Sociedades Seguradoras, de Capitalização,

Entidades de Previdência Privada Aberta e Resseguradores, com fixação dos limites legais e técnicos das respectivas operações e disciplinar a corretagem de seguros e a profissão de corretor.

6.1.3 CONSELHO DE GESTÃO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - CGPC

Trata-se de órgão colegiado, de funções normatizadoras e judicantes, integrante da estrutura do Ministério da Previdência Social, cuja competência é regular, normatizar e coordenar as atividades das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (fundos de pensão). Cabe, outrossim, ao CGPC julgar, em última instância, os recursos interpostos contra as decisões da Secretaria de Previdência Complementar.

6.2 ENTIDADES SUPERVISORAS

São as entidades e os órgãos administrativos encarregados de realizar e executar as atividades de regulação estatal do sistema financeiro nacional. Em que pese atuarem precipuamente em atividades executivas de fiscalização, são dotadas de certo grau competência normativa, a fim de poderem exercer suas funções de reguladores de mercado:

6.2.1 BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN

Trata-se de autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, criada pela Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Atualmente, é o principal executor das orientações do Conselho Monetário Nacional, sendo entidade responsável por garantir o poder de compra da moeda nacional. Suas principais missões institucionais são: zelar pela adequada liquidez da economia; manter as reservas internacionais em nível adequado; estimular a formação de poupança; zelar pela estabilidade e promover o permanente aperfeiçoamento do sistema financeiro.

Outrossim, dentre suas atribuições funcionais estão: emitir papel-moeda e moeda metálica; executar os serviços do meio circulante; receber recolhimentos compulsórios e voluntários das instituições financeiras e bancárias; realizar operações de redesconto e empréstimo às instituições financeiras; regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis; efetuar operações de compra e venda de títulos públicos federais; exercer o controle de crédito; exercer a fiscalização das instituições financeiras; autorizar o funcionamento das instituições financeiras; estabelecer as condições para o exercício

de quaisquer cargos de direção nas instituições financeiras; vigiar a interferência de outras empresas nos mercados financeiros e de capitais e controlar o fluxo de capitais estrangeiros no país.

6.2.2 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM

Trata-se de entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, instituída sob a forma de autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, pela Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976. Tem por atribuições funcionais promover a regulamentação, desenvolvimento, controle e fiscalização do mercado de valores mobiliários do país.

Para consecução de tais responsabilidades, exerce as funções a seguir listadas: assegura o funcionamento eficiente e regular dos mercados de bolsa e de balcão; proteção aos titulares de valores mobiliários; evita ou coíbe modalidades de fraude ou manipulação no mercado; assegura o acesso do público a informações sobre valores mobiliários negociados e sobre as companhias que os tenham emitido; assegura a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários; estimula a formação de poupança e sua aplicação em valores mobiliários; promove a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações, além de estimular as aplicações permanentes em ações do capital social das companhias abertas.

6.2.2 SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS - SUSEP

Trata-se de pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Pública indireta, instituída sob a forma de autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda. Tem por atribuição institucional exercer o controle e a fiscalização do mercado de seguro, previdência privada aberta e capitalização.

Dentre suas principais competências legais, merecem destaque: a fiscalização da constituição, organização, funcionamento e operação das Sociedades Seguradoras, de Capitalização, Entidades de Previdência Privada Aberta e Resseguradores, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP; a proteção à captação de poupança popular que se efetua através das operações de seguro, previdência privada aberta, de capitalização e resseguro; o zelo pela defesa dos interesses dos consumidores dos mercados supervisionados; a promoção do aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos operacionais a eles vinculados; a promoção da estabilidade dos mercados sob sua jurisdição; o zelo pela liquidez e

solvência das sociedades que integram o mercado; o disciplinamento e o acompanhamento dos investimentos daquelas entidades, em especial os efetuados em bens garantidores de provisões técnicas; a execução e a garantia de cumprimento das deliberações do CNSP, bem como o exercício das atividades que por este forem delegadas; e a promoção dos serviços de Secretaria Executiva do CNSP.

6.2.3 INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL - IRB

Trata-se de entidade empresarial estatal integrante da Administração Pública Federal indireta, com criação autorizada em lei, sendo constituída sob a forma de sociedade de economia mista com controle acionário da União, vinculada ao Ministério da Fazenda.

Sua principal atribuição é regular o cosseguro, o resseguro e a retrocessão, além de promover o desenvolvimento das operações de seguros no País.

6.2.4 SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - SPC

Trata-se de centro de competência despersonalizado, integrante da Administração Pública Federal direta, sendo órgão desconcentrado do Ministério da Previdência Social. Sua principal competência se traduz na fiscalização das atividades das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (fundos de pensão).

A SPC se relaciona com os órgãos normativos do sistema financeiro na observação das exigências legais de aplicação das reservas técnicas, fundos especiais e provisões que as entidades, sob seu campo de atuação, são obrigadas a constituir e que tem diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Suas principais atribuições legais são: propor as diretrizes básicas para o Sistema de Previdência Complementar; harmonizar as atividades das entidades fechadas de previdência privada com as políticas de desenvolvimento social e econômico-financeira do Governo; fiscalizar, supervisionar, coordenar, orientar e controlar as atividades relacionadas com a previdência complementar fechada; analisar e aprovar os pedidos de autorização para constituição, funcionamento, fusão, incorporação, grupamento, transferência de controle das entidades fechadas de previdência complementar, bem como examinar e aprovar os estatutos das referidas

entidades, os regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações; examinar e aprovar os convênios de adesão celebrados por patrocinadores e por instituidores, bem como autorizar a retirada de patrocínio e decretar a administração especial em planos de benefícios operados pelas entidades fechadas de previdência complementar, bem como propor ao Ministro a decretação de intervenção ou liquidação das referidas entidades.

6.3 OPERADORES

São todas as entidades privadas que atuam no sistema financeiro nacional, ficando sob o jugo da regulação e da fiscalização exercida pelos órgãos normativos e pelas entidades supervisoras:

6.3.1 BOLSAS DE VALORES

São pessoas jurídicas de direito privado, constituídas sob a forma de associações civis, sem fim lucrativo, conforme previsões contidas na Resolução CMN nº 2.690/00.

Tem por objeto social a manutenção de local próprio para o encontro de seus membros, propiciando, assim, a realização, entre eles, de transações de compra e venda de títulos e valores mobiliários pertencentes a pessoas jurídicas públicas e privadas, em mercado livre e aberto, especialmente organizado e fiscalizado por seus membros e pela Comissão de Valores Mobiliários. Para tanto, gozam de autonomia financeira, patrimonial e administrativa.

6.3.2 BOLSAS DE MERCADORIAS E FUTUROS

Trata-se de pessoas jurídicas de direito privado, constituídas sob a forma de associações civis, sem fim lucrativo. Tem por objeto social efetuar o registro, a compensação e a liquidação, física e financeira, das operações realizadas em pregão ou em sistema eletrônico.

Para tanto, possuem autonomia financeira, patrimonial e administrativa, estando sob a regulação e o poder de polícia administrativa da Comissão de Valores Mobiliários.

6.3.3 SOCIEDADES SEGURADORAS

São pessoas jurídicas, constituídas sob a forma de sociedades anônimas, especializadas em pactuar contrato securitário, de caráter

oneroso, bilateral, aleatório e por prazo determinado, por meio do qual assumem a obrigação de pagar ao contratante (segurado), ou a quem este designar, uma indenização, no caso em que advenha o risco indicado e temido, recebendo, para isso, o prêmio estabelecido.

6.3.4 SOCIEDADES DE CAPITALIZAÇÃO

São pessoas jurídicas, constituídas sob a forma de sociedades anônimas, que negociam contratos específicos, denominados títulos de capitalização.

Seu objeto social traduz-se na persecução do depósito periódico de prestações pecuniárias pelo contratante, o qual terá, depois de cumprido o prazo contratado, o direito de resgatar parte dos valores depositados corrigidos por uma taxa de juros estabelecida contratualmente; conferindo, ainda, quando previsto, o direito de concorrer a sorteios de prêmios em dinheiro.

6.3.5 ENTIDADES ABERTAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Tem seu regramento e disciplinamento previsto no Decreto-Lei nº 73/66, bem como na Lei Complementar nº 109/01. Trata-se de pessoas jurídicas, constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas. Outrossim, seu objeto social traduz-se na instituição e operação de planos de benefícios, de caráter previdenciário, concedidos em forma de renda pecuniária continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas integrantes.

São reguladas e fiscalizadas pelo Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), os quais atuam, inclusive, com poder de polícia administrativa.

6.3.6 ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

São regidas pela Resolução nº 3.121/03, no que tange à aplicação dos recursos dos planos de benefícios, sendo igualmente disciplinadas pela Lei Complementar nº 109/01. São popularmente denominados de fundos de pensão.

Trata-se de pessoas jurídicas constituídas sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, sendo acessíveis, em caráter único e exclusivo, tão-somente, aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas.

Outrossim, podem ser instituídas para acesso exclusivo dos servidores dos entes estatais (União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), sendo estes entes denominados patrocinadores, ou aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.

6.3.7 INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS CAPTADORAS DE DEPÓSITOS À VISTA

Compõe-se das seguintes entidades privadas:

6.3.7.1 BANCOS MÚLTIPLOS

São instituições financeiras privadas ou públicas que realizam as operações ativas, passivas e acessórias das diversas instituições financeiras, por intermédio das seguintes carteiras: comercial, de investimento e/ou de desenvolvimento, de crédito imobiliário, de arrendamento mercantil e de crédito, financiamento e investimento.

6.3.7.2 BANCOS COMERCIAIS

São instituições financeiras privadas ou públicas que têm como objetivo principal proporcionar suprimento de recursos necessários para financiar, a curto e a médio prazo, o comércio, a indústria, as empresas prestadoras de serviços, as pessoas físicas e terceiros em geral.

6.3.7.3 CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Trata-se de instituição financeira oficial, assemelhada aos bancos comerciais, podendo captar depósitos à vista, realizar operações ativas e efetuar prestação de serviços. Distingue-se pela finalidade social que possui, atuando como entidade executora das políticas públicas de planejamento econômico, priorizando a concessão de empréstimos e financiamentos a programas e projetos nas áreas de assistência social, saúde, educação, trabalho, transportes urbanos e esporte. Tem o monopólio do empréstimo sob penhor de bens pessoais e sob consignação, bem como o monopólio da venda de bilhetes de loteria

federal. Centraliza, outrossim, o recolhimento e posterior aplicação de todos os recursos oriundos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), integra o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE) e o Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

6.3.7.4 COOPERATIVAS DE CRÉDITO

São disciplinadas pela Resolução CMN 3.106, de 2003, que devem observar, além da legislação e normas do sistema financeiro nacional, a Lei do cooperativismo - Lei nº 5.764/71, estando autorizadas a realizar operações de captação por meio de depósitos à vista e a prazo somente de associados, de empréstimos, repasses e refinanciamentos de outras entidades financeiras, e de doações).

Outrossim, atuam no sistema financeiro nacional, na qualidade de operadores, as Agências de Fomento, as Associações de Poupança e Empréstimo, os Bancos de Desenvolvimento e de Investimento, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), as Companhias Hipotecárias, as Cooperativas Centrais de Crédito, bem como as Sociedades Crédito, Financiamento e Investimento, de Crédito Imobiliário e de Crédito ao Microempreendedor. Por fim, são considerados, ainda, operadores, como intermediário financeiros as Administradoras de Consórcio, bem como as seguintes sociedades: de arrendamento mercantil, corretoras de câmbio, corretoras de títulos e valores mobiliários, de crédito imobiliário e distribuidoras de títulos e valores mobiliários.

7 CORREÇÃO E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA

Segundo Pedro Frederico Caldas (*in* As instituições financeiras e a taxa de juros. Revista de Direito Mercantil. nº 101, São Paulo: RT, p. 76-86, janeiro de 1996), a origem da indexação de valores data de 1575, na Inglaterra, em virtude do *Act for maintenance of th Collges in the Universities and of Winchester and Eaton*, norma segundo a qual as referidas escolas deveriam pagar o arrendamento pelo valor atualizado da melhor cotação do trigo e do malte no mercado de Cambridge, sendo instituto do direito comparado anglo-saxão.

Para entendermos o instituto da correção monetária, mister se faz estudarmos a origem da desvalorização da moeda. Por moeda, entende-se todo o instrumento de trocas indiretas socialmente aceito e legitimado pelo Poder Público, como unidade de conta que se presta

para medir ou comparar o valor real dos bens, produtos e serviços colocados em circulação para consumo⁵.

O processo de desvalorização da moeda na história e no direito comparado lusitano remonta à guerra de restauração portuguesa, cujos vultosos gastos levaram diversos Soberanos da Casa de Bragança a determinar a redução no peso de suas moedas, de maneira a obter metal para cunhagem de um maior numerário a fim de colocá-lo em circulação. Tal prática oficial foi imediatamente incorporada pelos súditos e colonos que adulteravam as moedas de ouro e prata oficialmente cunhadas pela Coroa, mediante raspagem de suas bordas, reduzindo-se, assim, seu valor real, em que pese manterem, aparentemente, seu valor nominal.

Com a independência da colônia brasileira, passamos a cunhar nossa própria moeda, fato até então defeso pelo Coroa lusitana, sendo a primeira o real, substituída pelo mil-réis (*Rs*) pela Lei nº 59, de 08 de outubro de 1833. Com a queda do Império e a proclamação da República, passamos a adotar uma política econômica denominada “encilhamento” que visava aumentar a arrecadação financeira do Estado, mediante a emissão de papel moeda e sua imediata circulação no mercado (Decretos nº 164 e 165, ambos de 17 de janeiro de 1890). Neste processo o Estado endividava-se para proporcionar que as instituições financeiras pudessem financiar o desenvolvimento econômico da Nação, havendo um risco duplo de endividamento público e privado, este em virtude do inadimplemento dos particulares mutuários. Tal política de expansão econômica não alcançou os patamares desejados, criando uma brutal crise cambiária. *A posteriori*, com a implantação do Estado Novo, Vargas integrou a República brasileira em um regime de intervenção estatal na economia, garantido certa estabilidade ao mil-réis, até sua substituição pelo cruzeiro (*Cr\$*) por meio do Decreto-lei nº 4.791, de 05 de outubro de 1942, como forma de mascarar a perda do valor real de compra da moeda brasileira, procurando-se manter seu valor nominal.

Em virtude desta política pública de troca de unidade monetária como forma de se mascarar o câmbio, mantendo-se um valor nominal fictício, em que pese a desvalorização constante de seu valor real, a qual foi uma constante no cenário público do Estado brasileiro praticamente durante toda a segunda metade do Século XX, foi criada a atualização ou correção monetária, como forma de se efetivar a modernização

5 Neste sentido: OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. **Moeda, Juros e Instituições Financeiras – Regime Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 113 e segs.

jurídica da economia nacional, que se fez mediante a edição de diversos institutos jurídicos, tais como a Lei de Orçamentos Públicos (nº 4.320, de 1964), Lei de Reforma Bancária (nº 4.595, de 1964) e a Lei do Sistema Financeiro da Habitação (nº 4.380, de 1964), por exemplo.

Destarte, como forma de se recompor o valor nominal da moeda com seu respectivo valor real, o Estado brasileiro passou a adotar o instituto da correção monetária, sendo esta a recomposição do valor real da moeda, adequando-o ao seu valor nominal.

Assim, a introdução no direito brasileiro do sistema de atualização monetária se deu em virtude do crescimento do processo inflacionário, resultante do endividamento público, agravado na década de 1960, mormente em virtude dos vultosos gastos que envolveram a construção de Brasília.

Vale ressaltar que, outros diversos fatores contribuem para a gradual perda de poder aquisitivo da unidade monetária, fato que leva à adoção de índices para indexar a economia e recompor o valor real desta. Dentre estes, destacamos:

- a) dificuldade para obtenção de empréstimos públicos, especialmente os de longo prazo;
- b) necessidade de alongamento de prazo para pagamento de dívida pública mobiliária;
- c) política econômica baseada em aplicação de capital especulativo para abertura de linhas de créditos remunerados via juros bancários.

Por atualização monetária, entende-se, portanto, a reposição do poder aquisitivo da moeda, em virtude de sua desvalorização decorrente do processo inflacionário.

Consoante entendimento consolidado pela Superior Corte de Justiça:

[...] a correção monetária não se constitui em um 'plus', senão em uma mera atualização da moeda, aviltada pela inflação, impondo-se como um imperativo da ordem jurídica, econômica e ética. Jurídica, porque o credor tem o direito tanto de ser integralmente ressarcido dos prejuízos da inadimplência, como o de ter por satisfeito, em

toda a sua inteireza, o seu crédito pago com atraso. Econômica, porque a correção nada mais significa senão um mero instrumento de preservação do valor do crédito. Ética, porque o crédito pago sem correção importa em um verdadeiro enriquecimento sem causa do devedor, e a ninguém é lícito tirar proveito de sua própria inadimplência. (Revista do STJ 74/387).

Neste sentido, ainda, cumpre destacar elucidativa lição sobre o tema, a qual citamos por intermédio de voto vista, exarado pelo Exmo. Ministro Marco Aurélio, nos autos do RE nº 234.003-6

[...] tenho as colocações feitas pelo tributarias Alcides Jorge Costa como irrefutáveis. Correção Monetária não é plus, não é acréscimo, é simplesmente a manutenção de um quadro financeiro, manutenção do poder aquisitivo da moeda, e lembra o Parecerista que a correção monetária surgiu, no Brasil, em 1964, inclusive para corrigir créditos da própria Fazenda Nacional. (folha 584).

7.1 EVOLUÇÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

A Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, foi o primeiro ordenamento jurídico a fazer menção à atualização de valores no Brasil.

Consoante expressa previsão constante em seu art. 3º, os valores expressos em cruzeiros, na legislação do imposto de renda, “serão atualizados anualmente em função de coeficientes de correção monetária estabelecida pelo Conselho Nacional de Economia, desde que os índices gerais de preços se elevem acima de 10% ao ano ou de 15% em um triênio”.

Todavia, podemos definir como marco legal que deu início à correção monetária no Brasil, a disposição contida no art. 7º da Lei nº 4.357/64, que expressamente determinava que:

Art 7º Os débitos fiscais, decorrentes de não-recolhimento, na data devida, de tributos, adicionais ou penalidades, que não forem efetivamente liquidados no trimestre civil em que deveriam ter sido pagos, terão o seu valor atualizado monetariamente em função das variações no poder aquisitivo da moeda nacional.

A posteriori, tais disposições foram incorporadas no texto da Lei nº 4.320/64, com a redação que foi dada ao art. 39, § 4º, a seguir

transcrito, pelo Decreto-lei nº 1.735/79, as quais se encontram vigentes para todos os fins e efeitos de direito:

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias.

[...]

§4º - A receita da Dívida Ativa abrange os créditos mencionados nos parágrafos anteriores, bem como *os valores correspondentes à respectiva atualização monetária*, à multa e juros de mora e ao encargo de que tratam o art. 1º do Decreto-lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969, e o art. 3º do Decreto-lei nº 1.645, de 11 de dezembro de 1978. (grifo nosso)

Observe-se que, a correção monetária, em seus primeiros anos de vigência, abrangia, tão-somente, a dívida pública mobiliária, isto é, as Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN. Em relação aos créditos tributários, teve a seguinte evolução: a) passou a ser obrigatória sua incidência sobre o valor original dos bens do ativo imobilizado das pessoas jurídicas, bem como sobre débitos fiscais decorrentes de não-recolhimento na data de vencimento, inclusive contribuições previdenciárias, adicionais ou penalidades, que não fossem efetivamente liquidados no trimestre civil em que deveriam ter sido pagos (Lei nº 4.357, de 1964, arts. 7º e 8º); e b) permitida sobre o custo de aquisição de imóvel, na venda por pessoa física (Lei nº 4.357, de 1964, art. 3º).

Outrossim, em virtude do crescente processo inflacionário, o instituto da correção monetária foi estendido a diversos outros setores da economia brasileira, sendo, durante os anos de 1970 e 1980, praticamente incorporados ao cotidiano do cidadão brasileiro.

Merece destaque a Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1965, que, em seu art. 5º, previa a incidência de correção monetária nas prestações e na dívida provenientes de contratos de vendas ou construção de habitações ou de empréstimo para aquisição ou construção de habitações.

A aplicação da correção monetária era tão arraigada no consciente coletivo do Brasil que o Judiciário, na década de 1970, endossou a tese de que, em toda e qualquer decisão judicial de cunho patrimonial deveriam ser aplicados os indexadores oficiais, sob pena de enriquecimento sem

causa. Na década de 1980, foi editada a Lei nº 6.899, de 08 de abril de 1981, que determinava a incidência de correção monetária sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.

Com o processo de retorno ao Comércio Internacional, o Brasil teve que adequar sua economia interna às regras impostas pela OMC e pelo FMI, tendo que garantir a fixidez de sua taxa de câmbio, aliada à manutenção paritária de sua unidade monetária com o dólar norte-americano. Destarte, a partir do Plano Real, em 1994, iniciou-se o processo de desindexação da economia, de estabilidade da moeda e de contenção da inflação, em níveis reduzidos e declinantes, permitindo que tanto os títulos da dívida mobiliária interna da União, quanto os valores previstos na legislação tributária federal, inclusive créditos tributários recebidos com atraso, deixassem de ser corrigidos monetariamente.

Observe-se que, a Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, que dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, é expressa ao determinar que:

Art. 3º O Banco Central do Brasil emitirá o REAL mediante a prévia vinculação de reservas internacionais em valor equivalente, observado o disposto no art. 4º desta Lei.

§1º As reservas internacionais passíveis de utilização para composição do lastro para emissão do REAL são os ativos de liquidez internacional denominados ou conversíveis em dólares dos Estados Unidos da América.

§2º A paridade a ser obedecida, para fins da equivalência a que se refere o caput deste artigo, será de um dólar dos Estados Unidos da América para cada REAL emitido". (grifo nosso)

No que tange aos débitos oriundos da Dívida Pública Federal, a correção monetária foi praticamente extinta. Isto porque, a desindexação da economia objetivada pela implementação do Plano Real era incompatível com uma política de fluidez e incerteza em nossa economia, fazendo-se mister estabelecer uma política sólida e fixa para tanto.

Uma leitura da exposição de motivos da Medida Provisória nº 1.027, de 20 de junho de 1995, que originou o Plano Real, ilustra o objetivo do Estado Brasileiro:

E.M. Interministerial N° 250/MF/SEPLAN/MTb/MPS

Brasília, 01 de julho de 1995

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

As propostas contidas no anexo projeto de Medida Provisória visam consolidar importantes avanços no programa de estabilização iniciado por Vossa Excelência durante o Governo do Presidente Itamar Franco.

Como passo importante desse programa, reportamo-nos à Exposição de Motivos nº 395, de 7 de dezembro de 1993, de autoria de Vossa Excelência, que definiu as respectivas linhas gerais. Outro passo decisivo foi a edição da Medida Provisória nº 434, de 28 de fevereiro de 1994, posteriormente convertida na Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994, que criou a Unidade Real de Valor - URV e previu sua posterior transformação no Real. Finalmente, a reforma monetária de 1º de julho de 1994, consubstanciada inicialmente na Medida Provisória nº 542, convertida na Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, introduziu o Real e deflagrou um processo firme e consistente de redução da inflação. [...] Nossa meta, no momento em que ocorre o primeiro aniversário do Real, é fixar as bases para a estabilização definitiva da economia, de modo a trazer a inflação para a casa de um dígito ao ano. Essa meta exige reafirmar o nominalismo como princípio do ordenamento monetário nacional. Pretende-se, como objetivo último, que todas as estipulações de pagamentos em dinheiro sejam feitas exclusivamente em termos da unidade monetária nacional, o Real, *mantendo-se a vedação de estipulações expressas em moeda estrangeira ou ouro e em unidades de conta de qualquer natureza, bem como agregando vedações genéricas a estipulações vinculadas a cláusulas de correção monetária ou reajuste por índices de preços, gerais ou setoriais.* Este é mais um passo necessário para se atingir a estabilização duradoura dos preços e a simultânea restauração do padrão monetário do País. É preciso desmontar o perverso mecanismo da indexação, que permite ao passado condenar o futuro, ou seja, a inflação de amanhã ser causada pela inflação de hoje, e a de hoje pela de ontem. [...] São

também feitas vedações genéricas às estipulações de cláusulas de reajuste de valores ou de correção monetária. São estipulações de pagamentos que extinguem obrigações mediante valores diferentes dos valores nominais originalmente acordados. No momento atual, que é de transição para a estabilidade, será necessário admitir cláusulas de correção monetária ou reajuste por índices de preços em contratos de prazo de duração superior a um ano. Ao mesmo tempo, ficam vedadas, mesmo para esses contratos, as estipulações de cláusulas de reajuste ou correção com periodicidade inferior a um ano. O princípio da periodicidade mínima anual para qualquer reajuste ou correção é uma importante peça do esforço de estabilização realizado até agora. Proíbe-se, no mesmo sentido, quaisquer expedientes que produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajustes de periodicidade menor do que a anual. É importante esclarecer que a estipulação de cláusulas de correção monetária ou reajuste por índices de preços foi praticamente vedada para o setor financeiro na Lei do Real. De fato, o atual ordenamento legal da área financeira já está assentado em bases consistentes com o princípio norteador do nominalismo, circunstância que facilita a tarefa de desindexação da economia. [...] A prática da correção monetária e reajustes por índice de preços nesse sistema já é limitada pela legislação em vigor, que admite a remuneração da poupança financeira nacional segundo taxas de juros, como é o caso da atual Taxa Referencial - TR, que expressa uma taxa média de captação, líquida de impostos e diminuída do juro real pela aplicação de um redutor. Embora se tenha procurado associar a TR ao conceito de remuneração a ser utilizada em produtos financeiros, na prática ela se tornou mais próxima de uma projeção da inflação futura, passando a desempenhar, também, o papel de indexador. Tal duplicidade tem provocado, com razão, crescentes questionamentos sobre a utilização da TR.

Observe-se que, em virtude do acima expostos, a correção monetária, paulatinamente, deixou de ser aplicável aos débitos de tributos federais pagos com atraso (art. 36 da Lei nº 9.069/95 e art. 30 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995), bem como à Dívida Pública Mobiliária Federal interna, representada pelas Letras Financeiras do Tesouro - LFT (Decreto nº 3.540, de 11 de julho de 2000, art. 2º, que regulamenta a Medida Provisória nº 1.974-81, de 29 de junho de 2000, e a Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998). Ressalve-se, todavia, nos dois casos (dívidas e haveres da União), o acréscimo de juros, equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos públicos federais.

É de se ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se consolidando no sentido de admitir a incidência da correção monetária, inclusive em débitos da Fazenda Pública, quando houver específica e expressa disposição legal neste sentido.

Neste sentido, destacamos o ementário a seguir transcrito, uma vez que ilustra com precisão o posicionamento jurisprudencial relativo à necessidade de base legal para se autorizar a atualização monetária, delegando-se sua regulamentação à normatização infralegal:

TRIBUTÁRIO. ICMS. CORREÇÃO MONETÁRIA. CONVERSÃO DO DÉBITO EM UNIDADES FISCAIS (UFESP). ART. 109 DA LEI PAULISTA N. 6.374/89 E DECRETOS Nº.S 30.356/89 E 30.524/89 QUE A REGULAMENTARAM. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELA SUA CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PELAS LETRAS A E C. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA VEDAÇÃO DE PODERES LEGISLATIVOS E DA NÃO-CUMULATIVIDADE. Alegação descabida. *Prevista, no dispositivo legal sob enfoque, a atualização monetária dos débitos de ICMS, não há como se falar, no caso, em ofensa ao princípio da legalidade. De outra parte, não se compreendendo no campo reservado a lei, pelo Texto Fundamental, a definição do vencimento e do modo pelo qual se procederá a atualização monetária das obrigações tributárias, também não se pode ter por configurada delegação de poderes no cometimento de tais encargos, pelo legislador ordinário, ao Poder regulamentar.* De considerar-se, por fim, que o princípio da não-cumulatividade não é infringido pelo fato de vir a ser recolhido, por valor corrigido, o imposto apurado, na época própria, pela diferença entre créditos e débitos efetuados pelos respectivos valores singelos, já que da correção do tributo não resulta acréscimo, mas simples atualização monetária do quantum devido. Inconstitucionalidades não configuradas. Recurso conhecido, mas improvido”.(Supremo Tribunal Federal; RE 172394 / SP - SÃO PAULO; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO; Rel. Acórdão Min. ILMAR GALVÃO; Julgamento: 21/06/1995; Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO; Publicação: DJ DATA-15-09-1995; PP-29549, EMENT VOL-01800-12, PP-02317, RTJ VOL00176-002, PG-00894).

Por oportuno, merece realce a transcrição de elucidativos trechos do voto exarado pelo Exmo. Ministro Ilmar Galvão, nos autos do

Recurso Extraordinário acima (RE 172.394/SP - folhas 2328 e 2330), ante a clareza de conceitos em que o mesmo discorre:

A questão posta neste recurso, como se viu, dia com a fixação do momento a partir de quando incide a correção monetária sobre o débito fiscal relativo ao ICMS, no Estado de São Paulo. A matéria, na mencionada unidade federada, foi regulada pela Lei nº 6.374/89 que, no caput do art. 97, estabeleceu, como regra geral, verbis: Art. 97. O débito fiscal, não liquidado nas épocas próprias, fica sujeito à correção monetária no seu valor. [...] Invoca-se, contra a referida decisão, em primeiro lugar, a jurisprudência do STF segundo a qual não se pode exigir correção monetária sem autorização legal e que, no presente caso, o decreto mencionado, ao prover, na forma do art. 109 da citada Lei nº 6.374/89, a atualização do ICMS a partir do 10º dia subsequente ao de sua apuração, contrariou o art. 97 do mesmo diploma legal que, acertadamente, teria sujeitado a correção monetária tão-somente o débito fiscal não pago nas épocas próprias. Trata-se de argumentos insubsistentes. Com efeito, não se pode falar, neste caso, em correção monetária sem autorização legal, dado que ela está prevista na própria Lei nº 6.374/89, justamente nos artigos 97 e 109 acima mencionados. [...] Assim, quando o legislador facultou ao poder regulamentar a instituição do critério de reajustamento monetário preconizado no art. 109, na verdade, não lhe delegou competência para modificar a lei, mas simplesmente o autorizou a regulamentar o assunto de modo diverso do que lhe havia preconizado nos dispositivos acima transcritos, isto é, desvinculando do vencimento da obrigação o termo inicial de incidência de correção monetária. *Vale dizer que, depois de indicar ao regulamento um complexo sistema de fixação das épocas próprias de pagamento do ICMS, em face da poliforme técnica de apuração do tributo, ofereceu à discricção do Poder Regulamentar um critério uniforme para disciplina do reajustamento monetário dos débitos, como alternativa para a complexa solução alvitrada no art. 97. Não há falar-se, portanto, em afronta ao princípio da legalidade.* (grifo nosso)

Assim, em que pese ter tido sua aplicabilidade quase que esgotada no Direito brasileiro, a correção monetária ainda é instituto que pode ser utilizado em praticamente todos os negócios jurídicos da vida civil, sendo instituto consagrado e ainda em pleno uso.

Vale ressaltar que, a Lei nº 9.069/95, resultante da conversão da MP acima mencionada, foi expressa ao determinar que:

Art. 27. A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária contraída a partir de 1º de julho de 1994, inclusive, somente poderá dar-se pela variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor, Série r - IPC-r.

§1º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às operações e contratos de que tratam o Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e o art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994;

II - aos contratos pelos quais a empresa se obrigue a vender bens para entrega futura, prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, cujo preço poderá ser reajustado em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados;

III - às hipóteses tratadas em lei especial.

§2º Considerar-se-á de nenhum efeito a estipulação, a partir de 1º de julho de 1994, de correção monetária em desacordo com o estabelecido neste artigo.

[...]

Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

§1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano”.

Some-se a isso que, no tocante à aplicação de juros e atualização monetária, o Novo Código Civil expressamente estabelece:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e *atualização monetária* segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

[...]

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convenccionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. (grifo nosso)

Isto porque o direito positivo brasileiro adota o princípio do nominalismo, segundo o qual o montante da prestação pecuniária deve permanecer imutável entre o momento da sua constituição e o da sua liquidação, ainda que tenha sido alterado o valor de troca da moeda.

Tal princípio encontra-se expresso no art. 315 do Código Civil que determina que “[...] as dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal”.

No magistério de Marcos Cavalcante de Oliveira “[...] o nominalismo no direito brasileiro é formulado nos seguintes termos: a prestação pecuniária que tenha de ser executada no território nacional deve ser paga no vencimento em reais e pelo seu valor nominal⁶”.

Todavia, há que se ter em mente que, no direito brasileiro, o princípio do nominalismo é mitigado pelo princípio da legalidade, presente no art. 318, in fine, do Código Civil, a seguir transcrito:

Art. 318. São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial.

Corroborando o entendimento acima, colaciona-se a lição de Marcos Cavalcante de Oliveira:

Registre-se, entretanto, que no *sistema constitucional brasileiro a correção monetária está sujeita ao princípio da legalidade estrita, constituindo seu primeiro pressuposto a existência de lei formal que a institua*. O direito comum é o princípio do nominalismo monetário, estabelecendo o valor legal da moeda. Por isso, *é juridicamente*

6 OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. **Moeda, Juros e Instituições Financeiras – Regime Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 296.

inadmissível que as prestações pecuniárias tenham sua expressão monetária alterada, a menos que exista uma expressa autorização legal. Só a lei é o instrumento adequado para instituir a correção monetária. Daí por que as exceções ao regime do nominalismo podem ser até abundantes na legislação, mas não podem ser ampliadas por interpretação – doutrinária ou jurisprudencial – sem que exista expresso dispositivo legal que a suporte. (grifo nosso)

Destarte, ante todo o exposto, não há que se falar na total abolição da correção monetária do direito brasileiro havendo, contudo, necessidade de específica e prévia de previsão legal para tanto, reduzindo-se, por óbvio, seu campo de incidência.

7.2 DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDAÇÃO E DE CUSTÓDIA - SELIC

O Sistema Especial de Liquidação e Custódia, mais conhecido pela sigla SELIC, é uma base de dados informatizada destinada à guarda dos títulos escriturais de emissão do Tesouro Nacional e do Banco central do Brasil, bem como ao registro e à liquidação de operações com os referidos títulos, sendo, as mesmas, liquidadas em tempo real, por seus valores brutos.

O Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC foi criado em 1979, sendo concebido para o registro de títulos e de depósitos interfinanceiros por meio de sistema eletrônico de teleprocessamento, em contas gráficas abertas em nome de seus participantes, bem como ao processamento, utilizando-se o mesmo mecanismo, de operações de movimentação, resgate, ofertas públicas e respectivas liquidações financeiras. Trata-se de uma rede informatizada que se destina à custódia de títulos escriturais de emissão do Tesouro Nacional e do Banco Central, bem como ao registro e à liquidação de operações com os referidos títulos. A administração do SELIC e de seus módulos complementares é de competência exclusiva do Departamento de Operações do Mercado Aberto do Banco Central do Brasil.

Além do BACEN e do Tesouro Nacional, são integrantes do SELIC as instituições financeiras e entidades de distribuição de títulos e valores mobiliários devidamente autorizadas pelo BACEN, os fundos, entidades abertas e fechadas de previdência complementar, sociedades seguradoras, resseguradoras locais, operadoras de planos privados de

assistência à saúde, sociedades de capitalização, bem como quaisquer outras, a critério do administrador do SELIC⁷.

Outrossim, por força da disposição contida no art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, o SELIC passou a ser utilizado como base de cálculo para a remuneração de juros para títulos federais, sendo criada, então a taxa SELIC.

Assim, os juros, calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, passaram a ser aplicáveis, a partir de 1º de abril de 1995, aos tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária, inclusive no caso de parcelamento de débitos, bem como às contribuições sociais arrecadadas pelo INSS e, ainda, aos débitos para com o patrimônio imobiliário, quando em mora, isto é, não recolhidos nos prazos previstos na legislação específica.

Exigia-se, até ao advento da taxa SELIC, juros de mora equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna (art. 84, I, da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995).

A implementação do SELIC como base para o cálculo dos juros dos créditos públicos inadimplidos teve por fim coibir práticas especulativas de investidores que preferiam aplicar no mercado, a arcar com suas obrigações tributárias perante o fisco.

Nos termos do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, as repetições de indébito e compensações de valores, a partir de 1º de janeiro de 1996, correspondentes a impostos, taxas, contribuições federais e receitas patrimoniais passaram a ser acrescidas de juros equivalentes à taxa SELIC acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior, consagrando-se, assim, a isonomia de tratamento entre Fisco e contribuinte.

Com a Lei nº 10.522/02, consagrou a aplicação da Taxa SELIC como juros moratórios em decorrência, no que se refere aos créditos da Fazenda Pública Federal:

7 Vide: OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. **Moeda, Juros e Instituições Financeiras – Regime Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 442- 443.

Art. 30. Em relação aos débitos referidos no art. 29, bem como aos inscritos em Dívida Ativa da União, passam a incidir, a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês de pagamento.

Outrossim, cumpre analisar a natureza jurídica da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC. Isto porque, a taxa SELIC é constante alvo de discussões sobre sua constitucionalidade, dividindo tanto doutrina, quanto jurisprudência, fato que enseja exame do tema.

Para tanto, mister se faz analisar sua forma de cálculo da taxa SELIC, que foi instituída pela Resolução nº 1.124 do Conselho Monetário Nacional.

Conforme já visto, por força da disposição contida no art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, o SELIC passou a ser utilizado como base de cálculo para a remuneração de juros para títulos federais, sendo criada, então a taxa referencial SELIC, sendo apurada, nos termos da Resolução nº 1.693, de 1990, do Conselho Monetário Nacional, do Decreto nº 2.701, de 1998, Comunicado nº 2.302, de 04 de fevereiro de 1991, e das Circulares nº 2.761, de 1997, e nº 3.237, de 2004, todos do BACEN, mediante o cálculo da taxa média ponderada e ajustada das operações de financiamento por um dia, lastradas em títulos públicos federais e cursadas no referido Sistema na forma de operações compromissadas⁸.

Destarte, segundo os referidos atos normativos, a taxa SELIC é o rendimento definido pela taxa média ajustada dos financiamentos apurados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia, calculado sobre o valor nominal e pago no resgate do título. Observe-se que, em 1999, o Banco Central, através de Circulares de número 2.868/99 e 2.900/99, definiu a referida taxa como sendo a *“média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia para título federais”*.

8 Cumpre frisar que a regulamentação do BACEN para o SELIC considera três tipos de operações com títulos públicos: a) **operação compromissada**: aquela em que a compra e venda de títulos é feita com compromisso de revenda assumido pelo comprador conjugado com o compromisso de recompra assumido pelo vendedor; b) **recompra ou revenda**: operação na qual a compra e venda de títulos decorre dos compromissos assumidos na operação compromissada; c) **operação definitiva**: aquela na qual a compra e venda de títulos ocorre sem assunção dos compromissos anteriormente mencionados.

Assim, a taxa SELIC se trata do resultado do valor mensal dos juros pagos na negociação dos títulos emitidos pelo Estado e negociados por instituições financeiras, sendo a taxa remuneratória do capital que financiará o déficit estatal. Isto é, a taxa SELIC é, *a priori*, um instrumento de remuneração do capital, tendo, portanto, natureza típica dos juros⁹.

Para sua aferição, portanto, há que ser considerada a correção monetária do período em que seu percentual está sendo apurado, razão pela qual sua aplicação afasta a cumulação de qualquer outro índice de atualização da moeda. Por sua vez, com relação aos juros de mora, é certo que toda a taxa de juros tem natureza remuneratória, na medida em que visa remunerar o capital indevidamente retido pelo devedor, representando um acréscimo legal ao valor devido. A incidência de juros de mora sobre o crédito fiscal, além de constituir uma indenização paga pelo devedor ao Estado pela privação do capital aos cofres públicos, é instrumento de dissuasão da inadimplência e da impontualidade fiscais.

Neste sentido, traz-se aos autos o magistério de Marcos Cavalcante de Oliveira que, em elucidativa lição, afirma que a taxa SELIC “ [...] *Trata-se, portanto, de taxa de juros compensatórios, e não de correção monetária*”¹⁰.

Some-se a isso a lição de Luiz Antônio Scavone Júnior:

Resta evidente, de sua conformação, que a taxa SELIC não representa, no seu todo, correção monetária. Trata-se, em verdade, de taxa de juros, não espelhando os aumentos e diminuições de preços da economia, nada obstante esses elementos possam influir na sua fixação pelo Copom. Todavia, *a simples influência da perspectiva futura e de elementos passados dos aumentos e diminuições de preços na economia não possui o condão de atribuir natureza de correção monetária à taxa Selic* [...] A taxa SELIC, em verdade, possui natureza de

9 Para elucidar melhor a questão, deve-se ter em mente que os juros se tratam da remuneração advinda pela aplicação do capital, podendo ser classificados em três espécies:

- a) remuneratórios: oriundos de convenção, lei ou sentença, a título de rendimento do capital ou do bem;
- b) compensatórios: decorrentes do dever de indenização de danos ocasionados pelo devedor no caso de apropriação compulsória de bens;
- c) moratórios: devidos em virtude do atraso culposo do devedor ao cumprimento de obrigação.

10 OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. op. cit. p. 443.

juro, mormente ante toda a sistemática de sua fixação, como fica amplamente demonstrado nas atas de reunião do Copom. Pouco importa, no caso, se a taxa é aplicada a título de juros compensatórios ou moratórios ou se contém, como elementos de sua fixação, expectativa de inflação e se destine a neutralizar seus efeitos. *O que importa é que sua natureza jurídica é de juro, vedada, portanto, sua utilização como mecanismo de atualização.*¹¹. (grifo nosso)

Contra a taxa SELIC argumenta-se, com freqüência, que por ter sido instituída por ato normativo infralegal, esta não poderia ser aplicada para fins tributários, sendo válida, tão-somente, para o mercado financeiro, em face do princípio da legalidade. Nessa linha, vale citar o posicionamento de Ives Gandra Martins¹²:

Meu entendimento é o mesmo, admirando a precisão de S. Exa. Em, à luz do direito, exclusivamente, sem desconhecer o viés econômico, ter conformado o perfil da taxa Selic, que, à falta de sustentação legal, representa violação formal do princípio da estrita legalidade exposto na C.F. Subscrevo, por inteiro, como modesto estudioso de direito tributário, há 42 anos, os fundamentos e as conclusões do voto do eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

De acordo com o entendimento que vem se consolidando no Supremo Tribunal Federal, a taxa SELIC possui conteúdo misto, uma vez que abrange *taxa de juros de mora e índice de atualização monetária*. Corroborando este entendimento, colacionamos aos autos recente decisão da Egrégia Suprema Corte Constitucional, consoante veiculado em seu Informativo nº 368 (RE nº 407.190/RS, relatoria do Ministro Marco Aurélio):

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIO-GERENTE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. LIMITES. ATOS DOLOSOS OU CULPOSOS. INADIMPLEMENTO DE TRIBUTO. AUSÊNCIA DE ÍNDOLE INFRACIONAL. MULTA. REDUÇÃO. ART. 106, INC. II, ALÍNEA “C”, CTN. RETROATIVIDADE DA LEI MENOS GRAVOSA. ART. 35 DA LEI Nº 8.212/91. REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.528/97. TAXA SELIC. LEI Nº 9.065/95, ART. 13. CF/88, ART. 192, §3º. CTN, ART. 161, §1º. TR/TRD. [...] 3. *A taxa*

11 SACAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Juros no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 317.

12 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ilegalidade e inconstitucionalidade da taxa selic para correção de débitos tributário in **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 58, p. 54-56.

SELIC, que possui natureza mista, englobando correção monetária e juros, tem incidência sobre os débitos em execução fiscal, por força de expressa disposição legal – Lei nº 9.065/95, art. 13. Sua aplicação não constitui afronta ao art. 192, § 3º, da CF/88, o qual não é auto-aplicável, segundo decisão do Supremo Tribunal Federal, dirigindo-se ao mercado financeiro e não aos débitos fiscais.” (grifo nosso)

Por sua vez, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tende a admitir a aplicação da taxa SELIC, desde que não cumulada com juros ou qualquer outro índice de correção monetária. Veja-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. OCORRÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. Verifica-se a ocorrência de omissão no acórdão embargado referente à ausência de análise do pedido, formulado desde a inicial e reiterado no recurso de apelação e no recurso especial, de incidência, na espécie, da taxa SELIC, por força do § 4º do artigo 39 da Lei n. 9.250/95. A Primeira Seção deste egrégio Superior Tribunal de Justiça, na assentada de 14.5.2003, consolidou o entendimento no sentido da aplicação da Taxa SELIC na restituição/compensação de tributos a partir na data da entrada em vigor da lei que determinou sua incidência no campo tributário, conforme dispõe o artigo 39 da Lei n. 9.250/95 (EREsp 399.497/SC, Relator Ministro Luiz Fux). A aludida Taxa não pode ser cumulada com outros índices de correção monetária ou juros moratórios. A Taxa SELIC ora tem a conotação de juros moratórios, ora de remuneratórios, a par de neutralizar os efeitos da inflação, constituindo-se em correção monetária por vias oblíquas, ressalvado o entendimento deste magistrado no sentido de sua inconstitucionalidade e ilegalidade. Embargos de declaração acolhidos, a fim de sanar a omissão apontada e determinar, por conseguinte, a incidência da Taxa SELIC, na forma acima explicitada”. (Superior Tribunal de Justiça; 2ª Turma; EDcl no REsp 624547 / PE ; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2003/0213821-1; Relator Ministro FRANCIULLI NETTO; DJ 05.09.2005 p. 356 (grifo nosso)

Por sua vez, o Exmo. Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (STJ), em reiterados e respeitáveis votos vencidos, tem negado aplicação da taxa SELIC em ações de repetição de indébito em matéria tributária, sob o fundamento de inexistir disposição legal para criação da mesma, sendo oriundo de resoluções e circulares do Banco Central.

Tal entendimento é consubstanciado no posicionamento que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já consolidou, quando da apreciação da taxa ANDIB/CETIP na Súmula 176 (“*É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor a taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP*”), que é similar e análoga à SELIC.

7.3 DA TAXA REFERENCIAL

Objeto de substancial debate no meio acadêmico e jurisprudencial, a taxa referencial têm natureza jurídica de juros, não se prestando, a princípio, para fins de correção monetária. A referida taxa foi criada no Plano Collor II com a intenção de ser uma taxa básica referencial dos juros a serem praticados no mês. Em 1990 foi usada como índice econômico de correção monetária, o que gerou protestos e ações na Justiça. Durante a fase mais aguda da Inflação Brasileira, havia ainda a TRD - Taxa Referencial Diária.

Todavia, com o advento da Lei nº 8.177, de 1991, a taxa referencial foi oficializada como fator de correção monetária, dando-lhe natureza dúplice. Por sua vez, a partir da vigência da dita lei, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a taxa referencial poderia ser aplicada como fator de indexação, a partir da entrada em vigor da referida norma.

Observe-se que a manifestação do Pretório Excelso limitou-se a vetar a aplicação da taxa referencial e da taxa referencial diária aos contratos celebrados anteriormente à sua lei instituidora, alterando as cláusulas de correção já pactuadas, não havendo qualquer óbice em se aplicá-la nas obrigações pecuniárias posteriores à entrada em vigência da norma, como fator de atualização monetária.

Neste sentido, confirmam-se as seguintes ementas:

EMENTA: 1. Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento dos dispositivos constitucionais tidos como violados, exigência que se faz ainda que a violação à Constituição tenha surgido no acórdão recorrido: incidência das Súmulas 282 e 356. 2. Correção monetária: decidiu o Supremo Tribunal na ADIn 493, *Moreira Alves*, RTJ 143/724, que a inconstitucionalidade da aplicação da TR (ou TRD) como índice de indexação é relativa apenas aos contratos anteriores à L. 8.177/91. (AI-AgR 556169 / GO – GOIÁS; AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO; Relator(a): Min.

SEPÚLVEDA PERTENCE; Julgamento: 09/05/2006; Órgão Julgador: Primeira Turma). (grifo nosso)

EMENTA: - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 8.177, de 1./03/1991 - inciso II e paragrafo único do art. 6., artigos 16 e 22. Art. 5., XXXVI da C.F. (ato jurídico perfeito). Medida Cautelar. I - Contratos em geral. T.R. (Taxa Referencial). B.T.N. (Bonus do Tesouro Nacional). T.R.D. (Taxa Referencial Diaria). B.T.N.F. (B.T.N. Fiscal). U.P.C. (Unidade Padrao de Capital). II - Contratos de financiamento rural (celebrados com recursos de depósitos de poupanca rural). 1. *Ao julgar a ADIn n. 493, o S.T.F. concluiu não ser a T.R. “índice de correção monetária, pois, refletindo as variações de custo primario de captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda”.* 2. *E por isso declarou inconstitucionais varios dispositivos da Lei n. 8.177, de 1./03/1991, que visaram a substituição de indices de correção monetária, pela T.R. Para assim concluir, a Corte considerou violado, por tais dispositivos, o princípio constitucional que protege o ato jurídico perfeito (art. 5., inciso XXXVI, da C.F), porque alteraram “o critério de reajuste das prestações, nos contratos anteriormente celebrados pelo sistema do Plano de Equivalencia Salarial por Categoria Profissional” (P.E.S./C.P).* 3. Em face desse precedente (ADIn 493) e de outro (ADIn 768), e de ser considerada juridicamente relevante a alegação de que o inciso II e o paragrafo único do art. 6. da mesma Lei (n. 8.177, de 1./03/1991), ofendem o mesmo princípio tutelar do ato jurídico perfeito, ao substituirem pela T.R. e T.R.D., nos contratos anteriormente celebrados, os indices neles previstos (B.T.N. e B.T.N. Fiscal). 4. Pela mesma razão, e de ser qualificada como relevante a arguição de inconstitucionalidade dos artigos 15 e 16 de tal diploma, por substituirem, pela T.R., nos contratos anteriores a este, os indices previstos para a correção monetária - U.P.C. (Unidade Padrao de Capital). 5. Caracterizados os requisitos da plausibilidade jurídica da ação, a Corte, por maioria, defere medida cautelar, para suspender, a partir da data do deferimento, até o julgamento final da ação, a eficacia dos referidos dispositivos (inciso II e paragrafo único do art. 6., artigos 15 e 16 da Lei n. 8.177, de 1./03/1991). 6. Quanto ao art. 22 da Lei, referente aos contratos de financiamento rural, o Tribunal indefere a medida cautelar de sua suspensão, por entender, “prima facie”, que tal dispositivo não inova, quanto aos indices de correção monetária, pois a atualização continua sendo feita segundo a remuneração basica aplicada aos

depósitos de poupança, não vislumbrando, nesse ponto, violação de ato jurídico perfeito. Decisão, também, por maioria. (ADI-MC 959 / DF - DISTRITO FEDERAL; MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE; Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES; Julgamento: 16/03/1994; Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO) (grifo nosso)

Ação direta de inconstitucionalidade. - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que e um ato ou fato ocorrido no passado. - O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F. - Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não e índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna. - Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, “caput” e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991. (ADI 493 / DF - DISTRITO FEDERAL; AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE; Relator(a): Min. MOREIRA ALVES; Julgamento: 25/06/1992; Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO). (grifo nosso)

Assim, desde que expressa e previamente estipulado em cláusula contratual ou, ainda, em ato normativo próprio, não há óbice legal para a utilização da taxa referencial, originariamente criada como taxa de juros, como fator de correção monetária, tendo base legal para tanto dentro do ordenamento jurídico pátrio e a jurisprudência da Excelsa Corte reconhecido a juridicidade do ato.

8 CONCLUSÃO

Ante todo o trabalho desenvolvido, depreende-se que o Sistema Financeiro Nacional tem um papel fundamental no desenvolvimento sócio-econômico da República Federativa do Brasil, conforme expressamente previsto em nosso atual ordenamento constitucional.

Para tanto, a atividade de regulação da economia popular torna-se imprescindível para se garantir que a relocação de recursos financeiros alcance patamares de otimização e eficiência, permitindo o acesso ao crédito, mediante política de juros remuneratórios satisfatória e justa.

Outrossim, a atividade de correção monetária é essencial para se garantir o equilíbrio nas relações de trocas comerciais desenvolvidas, permitindo que a equivalência econômico-financeira seja devidamente mantida. Assim, evita-se que pela perda do poder aquisitivo da moeda, haja prejuízos indesejáveis para as partes envolvidas.

Para tanto, mister se ter em mente que a política de juros remuneratórios não pode ser confundida com a atualização monetária, sob pena de desvirtuamento de ambos os institutos jurídicos.

9 REFERÊNCIAS

BALEIRO, Aliomar (1905-1978). **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. atualizada por Djalma de Campos, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BANDEIRA DE MELO, Osvaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. *V. I e II*. Rio de Janeiro, 1969/1974.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Ribeiro editor, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

BUENO, Eduardo. **Brasil: Uma História - A Incrível Saga de um País**, 2. ed. São Paulo: Ática, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Vítor Fernandes. A Análise Econômica da Responsabilidade Civil Extracontratual. In **Revista Forense**, vol. 357.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KEYNES, John Maynard. **Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Atlas, 1982.

LAUBAUDÈRE, André de, Droit public économique, 1979, by JURISPRUDENCE GENERALE DALLOZ, PARIS; Tradução e notas de Maria Teresa Costa revista por Evaristo Mendes; *Direito Público Econômico* (título nos países de língua portuguesa); Coimbra: Almedina, 1985.

MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas. 2002.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**, 3. Ed.. Portugal: Coimbra. 2000.

MONTEBELLO, Mariana. O princípio da subsidiariedade e a Constituição da República de 1988. in, **Os princípios da Constituição de 1988**, organizadores: Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Direito Regulatório. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas do estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação Profissional e Administração Pública**; Coimbra: Almedina. 1997.

MUKAI, Toshio. **Participação do Estado na atividade econômica**: limites jurídicos. São Paulo: revista dos Tribunais, 1980.

PATRÍCIO, J. Simões. **Curso de Direito Econômico**, 2. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa. 1981.

SAMUELSON, Paul A. e NORDHAUS, William D. **Economia**. Rio de Janeiro: Mcgraw-Hill, 1999.

SANTOS, Antônio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Econômico**, 4. ed. Coimbra: Almedina, Portugal. 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações**, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19. ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações, Investigação sobre sua Natureza e Causas**. São Paulo: Abril, 1983.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Econômico Brasileiro**, 1. ed. 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.

VAZ, Manoel Afonso. **Direito econômico**: a ordem econômica portuguesa. Coimbra: Coimbra, 1985.

NOTAS SOBRE A INAPLICABILIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL À PROPRIEDADE PÚBLICA

Nilma de Castro Abe

Advogada da União em São Paulo,

Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Católica de São Paulo (PUC-SP),

*Professora Assistente da Especialização em Direito Administrativo da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Direito de Propriedade Privada; Direito de Propriedade Pública; 3 Função Social da Propriedade Privada; Inaplicabilidade do Instituto à Propriedade Pública; 4 Conclusão; 5 Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo tecer considerações, sem a pretensão de esgotar o tema, sobre a impossibilidade de ampliação da noção de função social, para abranger a propriedade pública.

Tem como ponto de partida a noção da propriedade privada no Direito e sua configuração hoje no Brasil após a consagração, pela Constituição de 1988, do instituto da função social (arts. 5.º, XXXIII, 170, III, 182 e 186), também adotado pelo Código Civil de 2002 (arts. 421, 1.228, 1.239, 1.240).

Em seguida, pretende apontar que a noção de “propriedade pública” não foi suficientemente desenvolvida pela doutrina pátria, inviabilizando a equiparação entre os dois conceitos, propriedade privada e propriedade pública, de modo que se conclui que a aplicação do instituto da função social à propriedade pública esbarra em diversos óbices, neste ensaio abordados, revelando-se incompatível com o regime de Direito Público, pois a sua incidência implicaria num afastamento e enfraquecimento injustificados do regime jurídico público (princípio federativo, autonomia de administração dos entes federados, obediência à lei orçamentária, imunidade tributária, indisponibilidade do interesse público), o que não se coaduna com uma leitura sistemática dos ditames da Constituição Federal que regem a gestão dos bens públicos no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: Função Social. Propriedade Pública. Gestão dos Bens Públicos.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo tecer considerações, sem a pretensão de esgotar o tema, sobre a impossibilidade de ampliação da noção de função social, para abranger a propriedade pública. Em outras palavras, procurar-se-á questionar a existência de uma “função social da propriedade pública”

Num primeiro momento, se faz necessário, ainda que em breves linhas, apontar como se forjou a idéia do direito de propriedade privada no Direito e, como se configura hoje o direito de propriedade privada no Brasil, após a consagração, pela Constituição de 1988, do instituto da função social (arts. 5.º, XXXIII, 170, III, 182 e 186), também adotado pelo Código Civil de 2002 (arts. 421, 1.228, 1.239, 1.240).

Em seguida, procura-se apontar que a noção de “propriedade pública” não foi suficientemente desenvolvida pela doutrina pátria, existindo alguns óbices para a equiparação entre os dois conceitos: propriedade privada e propriedade pública. Neste passo, por consequência, surgem os obstáculos para a construção de uma “função social da propriedade pública” e para a aplicação ao Poder Público das mesmas sanções jurídicas imputáveis aos proprietários particulares quando descumpridores da função social.

Por fim, busca-se apontar que às condutas omissivas do Estado em relação ao seu patrimônio deverá incidir o regime jurídico de Direito Público, incluindo a responsabilização do Estado por omissão.

2 DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA. DIREITO DE PROPRIEDADE PÚBLICA.

Segundo José Reinaldo Lima Lopes¹, o direito de propriedade privada, enquanto um direito unitário e individualista, é uma criação dos civilistas modernos, desenvolvida entre o final do século XVIII e o século XIX, pois no período medieval, era comum o exercício, sobre o mesmo bem, de diversos direitos por diferentes sujeitos, tanto que quase não havia distinção entre propriedade, soberania e posse².

A construção do direito de propriedade em seu sentido moderno passou pela unificação de diversos poderes em torno de um titular de direitos, que seria o proprietário, conforme esclarece José Reinaldo Lima Lopes³:

A noção moderna começa a modificar a antiga. Ela tenderá para o exclusivismo: a propriedade aos poucos passará a ser a soma de todos os direitos anteriormente dispersos entre os vários detentores. Em resumo, no período medieval, a detenção, a posse, as diferentes rendas devidas e recebidas convivem lado a lado. Não lhes parece natural que um só senhor tenha todos estes direitos: cada um, desde o lavrador até o rei tem, sobre a mesma terra, direitos próprios, embora distintos. Assim como a soberania é uma constelação de poderes partilhada entre muitos, a propriedade era uma constelação de poderes partilhada entre vários titulares de direitos, privilégios, posses e detenções distintas.

Para forjar um conceito unitário de propriedade, foi preciso ignorar a diferença essencial existente entre as diversas espécies de bens: a terra, os bens de produção, os bens móveis, os bens consumíveis, pois “a teoria jurídica ignora solenemente a diferença que os antigos conheciam entre bens consumíveis e bens não consumíveis e trata todas as categorias de bens com o mesmo critério abstrato”⁴.

1 LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História**: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 404.

2 José Reinaldo Lima Lopes esclarece que “se o domínio é um poder, pode-se, sobre a mesma coisa exercer outro poder, que não domínio: o domínio pode ser um composto de vários poderes, que se podem dividir. E de fato, assim foi durante o período medieval. O senhorio, ou o domínio, no período medieval também era entendido como um poder de direção (político) ligado à terra. O senhor detinha, junto com direitos sobre os frutos da terra, rendas ou serviços, uma jurisdição, isto é, certa competência normativa.”. Op. Cit. p.402-403.

3 LOPES, op. cit., p.405.

4 Ibid., p. 408 .

Dessa forma, o direito de propriedade privada, tal como introduzido no Brasil pelo Código Civil de 1916, traduziu um feixe poderes sobre um bem, especificamente os poderes de usar, gozar, dispor e de perseguir o bem onde quer que ele esteja (direito de seqüela), apresentava como características primordiais, ser um direito absoluto, unitário, exclusivo, ilimitado e perpétuo.

Constituía um direito unitário porque formava uma coletividade de direitos, que se unificam e sintetizam no direito de propriedade⁵. Absoluto porque oponível *erga omnes*, constituindo-se no mais extenso e completo de todos os direitos reais⁶. Era exclusivo porque excluía de terceiros o direito de exercer sobre a coisa qualquer dominação⁷, segundo prescrevia o art. 527 do Código Civil de 1916, “o domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova e contrário”. Era ilimitado porque o titular exercia o direito de propriedade sem limites, podendo exaurir a coisa tirando-lhe todos os serviços e benefícios sem restrições. Era irrevogável ou perpétuo⁸, no sentido de que subsistia independentemente de exercício, enquanto não sobreviesse causa legal extintiva. Não se extinguia pelo não uso, ainda que o proprietário nunca usasse a coisa, a propriedade permaneceria.

Alerte-se que no âmbito público, não houve este esforço para construir um direito de propriedade pública unitário, absoluto, exclusivo, ilimitado e irrevogável, lembrando que os fundamentos do direito de propriedade privada e da propriedade pública são distintos. O fundamento do direito de propriedade privada consiste em garantir aos particulares poderes sobre bens que assegurem sua vida, existência, conforto, mobilidade, garantindo a circulação de riquezas e o comércio jurídico. O fundamento do direito de propriedade pública é assegurar, aos Estados, bens que constituam os meios ou instrumentos de atuação estatal para cumprimento do interesse da coletividade, de modo que o regime especial a que se submetem os bens públicos (inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade) constitui mero instrumento normativo para atender aos interesses da coletividade.

5 ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 1996.p.75.

6 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. vol. I. Rio de Janeiro: Aide, 1991.p.287

7 ANDRADE, op. cit., p.77.

8 Ibid., p. 76.

Tanto é assim que Bartolomé Fiorini⁹ alerta que o direito de propriedade pública excede o conceito do exercício do direito subjetivo e individual sobre uma coisa, que é o direito exclusivo do senhor sobre um bem, pois é o direito de todos para todos e por isso mesmo o seu regime deve ser distinto do da propriedade civil.

Acredita-se que a tentativa de construção de um direito de propriedade pública equivalente ou comparável ao direito de propriedade privada, esbarraria em diversos óbices. O primeiro deles seria o fato de o Estado manter vínculo de propriedade com diversos bens, submetidos a regimes jurídicos diversos, porque tais bens possuem natureza jurídica diversa e exigem regimes jurídicos diversificados¹⁰.

Neste sentido esclarece Bartolomé Fiorini¹¹:

La forma de manifestarse la potestad Del Estado sobre ellos es diversa, según la forma y extensión de sus beneficios públicos, pues no hay un régimen jurídico exclusivo de dominio estatal, aunque todos integren el instituto único de propiedad del estado o dominio estatal. Este debe ser el concepto fundamental que debe aplicarse a la cuestión; y es sustancialmente jurídico.

No Brasil, dentro da própria categoria dos imóveis públicos, existem diversas categorias jurídicas (terras indígenas, terras devolutas, terrenos de marinha, praias, imóveis urbanos, imóveis rurais, próprios nacionais, praças, ruas, parques, etc.), sujeitas a regimes diferenciados, pois cada categoria de imóvel pode atender a diversos fins públicos simultaneamente, embora alguns tenham a destinação prevista em lei ou na própria Constituição.

Mesmo os imóveis dominicais (art. 99, III, CC/2002), que não estão afetados a um uso público concreto, possuem destinação legal¹²,

9 FIORINI, Bartolomé A. **Derecho Administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p.353.

10 “Labor esclarecedora será – después Del método expuesto – demostrar lãs diferencias que incierran estas distintas clases de bienes que tiene el Estado. No existe una sola clase de bien estatal; hay varios e reglados por distintos regímenes.” Bartolomé A. Fiorini. **Derecho Administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 300.

11 FIORINI, op. cit., p. 302.

12 A autora adota a noção de afetação em sentido estrito, enquanto ato concreto e individual, de natureza constitutiva, que cria uma situação nova para o bem, que é alçado à categoria de bem de uso comum ou de uso especial. Embora a Constituição de 1988 enumere nos seus arts. 20 e 26 as espécies de bens

isto é, a lei se encarrega de prever os usos públicos possíveis a que se destinam os imóveis públicos no Brasil, lembrando que os usos administrativos devem atender aos fins públicos, previstos em lei e no Texto Constitucional, inclusive como decorrência do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, CF/88) e dos objetivos constitucionais previstos no art. 3.º da Constituição.

O Autor inclusive aponta um outro obstáculo, qual seja, a impossibilidade do uso exclusivo (exclusividade) pelo titular da propriedade pública, no caso o Estado, porque uma parte dos bens públicos são vocacionados para o uso direto (bem de uso comum do povo) ou indireto (bem de uso especial) da coletividade.

Isso porque no fenômeno da propriedade pública ocorre a distinção entre o titular do bem (que seria a pessoa jurídica de Direito Público: União, Estados, Distrito Federal Municípios, autarquias e fundações), o administrador do bem (agentes públicos) e o beneficiário do bem (a coletividade).

Novamente convém citar a importante lição de Bartolomé Fiorini¹³ sobre este tema:

El derecho de propiedad privada pertenece a un sujeto, quien es a su vez titular, dueño y beneficiario. Hay identidad entre dueño, titular y beneficiario; realmente esto es el derecho de propiedad, perpetuo, exclusivo y absoluto, pero para el derecho público tal unidad no se presenta, pues el titular está separado del bien y este lo es en beneficio de quienes integran a un órgano estatal, que es quien ejerce el derecho de dominio público, pero el goce del bien pertenece

públicos da União e dos Estados, não define todos os usos a que se destinam cada uma das espécies mencionadas. Caberá à legislação ordinária definir quais os usos a que se destina dado bem público, bem como os fins que se pretenderá alcançar com essas destinações, tocando à Administração Pública emitir atos de afetação, complementares à lei, individualizando o bem, o uso a que se destina e os fins públicos a que visa atender. Veja-se um exemplo. O Decreto-lei 2.398, de 21.12.1997, prevê que um ato, no caso uma Portaria, designará o imóvel público de interesse do serviço público necessário ao desenvolvimento de projetos públicos, sociais ou econômicos de interesse nacional, à preservação ambiental e à defesa nacional. Quando essa portaria for expedida, terá a natureza de um ato administrativo de afetação porque individualizará o imóvel público que será destinado a um uso público, entre os usos públicos mencionados. Os usos públicos possíveis aos quais podem ser afetados os bens públicos variam conforme a categoria jurídica a que pertencem, as suas características físicas e, ainda, a utilidade que podem gerar para a sociedade brasileira em determinado contexto histórico.

13 FIORINI, op. cit. p.300-301.

a la colectividad. La titularidad que concede el señorío es totalmente relativa. La Administración sobre estas cosas estatales se realiza por normas que establecen o delegan los órganos que representan la voluntad popular; y esta administración adquiere mayor relevancia que la disposición. [...] Estos bienes del Estado separan en forma total al titular del ejercicio de derecho de disposición, al titular de su administración y a los titulares de sus beneficios.

Portanto, admite-se que a propriedade pública é categoria distinta da propriedade privada:

- i) pela inexistência de um regime jurídico unívoco de propriedade pública, equivalente ao da propriedade privada, tendo em vista a diversidade de categorias de bens públicos que ensejam a adoção de regimes jurídicos diversos, decorrentes da natureza do bem e do interesse jurídico a ser protegido;
- ii) pela impossibilidade do uso exclusivo (exclusividade) pelo titular da propriedade pública, no caso, o Estado, porque uma parte dos bens públicos são vocacionados para o uso direto (bem de uso comum do povo) ou indireto (bem de uso especial) da coletividade;
- iii) pela distinção entre o titular do bem (ente público), o administrador do bem (agente públicos) e o beneficiário do bem (a coletividade);
- iv) pela impossibilidade de se retirar do campo do Direito Público a disciplina dos vínculos jurídicos existentes entre o Estado e as diversas categorias de seus bens;
- v) pela indisponibilidade dos interesses públicos postos na esfera de cada ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios);
- vi) pela vigência plena, na atividade estatal, do caráter funcional desta, que abole qualquer possibilidade de se falar em autonomia privada ou regime de direito privado, mormente quanto aos bens públicos.

A concepção de função administrativa¹⁴, enquanto conjunto de deveres jurídicos a serem cumpridos pela Administração Pública e poderes instrumentais a serem manejados a fim de bem atender aos interesses da coletividade, é consentânea com o Estado Democrático, no qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1.º, parágrafo único, CF/88). Isto porque no Estado Democrático, todo exercício de poder só se justifica se for em nome da coletividade e para atender seus interesses, logo, toda a atividade estatal, inclusive a gestão de bens públicos, só poderá ser compreendida a partir da noção de função administrativa, a qual está vinculada aos interesses da coletividade.

A história da propriedade privada moderna evolui da concepção de um *feixe de poderes absolutos* que o particular titulariza em oposição a todos (*erga omnes*) para a o surgimento de um *conjunto de deveres jurídicos*, que flexibilizam e limitam simultaneamente este conjunto de poderes. Já a propriedade pública, concebida no Estado de Direito, e ainda mais no Brasil, onde a Constituição Federal consagra o Estado Democrático de Direito (art. 1º), já nasce como um conjunto de deveres jurídicos vinculantes para a Administração Pública, cujos poderes são meramente instrumentais e só poderão ser manejados para atender interesses da coletividade, indisponíveis e irrenunciáveis para o administrador público.

3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PRIVADA. INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO À PROPRIEDADE PÚBLICA.

É inegável que a construção da doutrina da função social da propriedade teve como ponto de partida o direito de propriedade privada tal como traçado pelos civilistas modernos e objetivou a flexibilização de tal concepção absolutista de propriedade, tendo como pressuposto a noção de que o titular privado do direito de propriedade, é, ao mesmo tempo, o administrador e beneficiário de tal direito, o que torna uma tarefa árdua a transferência desta doutrina para o âmbito publicístico, e assim, conseqüentemente, a configuração de uma “função social da propriedade pública”.

14 Celso Antônio Bandeira de Mello explica que “a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os utiliza, maneja na verdade ‘deveres-poderes’, no interesse alheio”. Curso de direito administrativo, p. 62.

Inicialmente, o direito de propriedade tinha sido forjado como um direito absoluto em face do Estado, um direito intangível, constituindo a proteção do indivíduo em face do Estado – tal como foi previsto no Código Civil Brasileiro de 1916 –, mas, com o decorrer do tempo, essa noção é desafiada pela necessidade progressiva e impostergável de criação de normas que protejam efetivamente interesses da coletividade, em face do interesse do indivíduo, impondo uma flexibilização na sua disciplina jurídica.

A Carta de 1934 (art. 113, n. 17) prescrevia que “é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo”, desaparecendo esta redação na de 1937, para ressurgir novamente na de 1946, “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social” (art. 147).

Na esteira da Constituição de 1946, a Emenda Constitucional 10/64 refere-se à função social da propriedade, repetida na Constituição de 1967, por fim consagrada na Constituição de 1988 em diversos dispositivos (art. 5º, XXIII, art. 170, III, art. 182, § 2º, art. 184, *caput*, art. 185, art. 186). Para José Afonso da Silva, “a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade”¹⁵, e conclui que:

enfim, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.¹⁶

Não resta dúvida de que a Constituição Federal de 1988 abraçou o instituto da função social da propriedade, de modo que se pode afirmar que a função social da propriedade possui uma configuração constitucional, embora venha a ser detalhada pela legislação infraconstitucional.

A partir da noção de função social ocorreu a reconfiguração do direito de propriedade na medida em que o uso deve ser exercido a fim de atender não apenas os interesses do proprietário (interesse individual), mas também os interesses coletivos¹⁷. O não exercício do direito de uso

15 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 284-285.

16 *Ibid.*, p. 287.

17 TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. **Revista de Direito Comparado**. V. 12, n. 2, mar. 1998. p. 253.

nesses termos pode levar à perda da propriedade pela desapropriação (arts. 182, § 2º, e 184 da CF/88).

Consiste a função social da propriedade no dever de cumprir um destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer às necessidades sociais preenchíveis pela espécie do bem (ou pelo menos não poderá ser utilizada de modo a contraditar esses interesses), de modo que o bem deve cumprir a exata *funcionalidade* que dele se espera em proveito da coletividade.

Gustavo Tepedino defende que:

a propriedade, todavia, na forma como foi concebida pelo Código Civil, simplesmente desapareceu do sistema constitucional brasileiro, a partir da Constituição de 1988. A substituição da idéia de aproveitamento pelo conceito de função de caráter social provoca uma linha de ruptura (*linea di frattura*).¹⁸

Este entendimento parece correto, pois em contraposição ao conjunto de direitos (poderes) sobre os bens, surgem um conjunto de deveres jurídicos para os proprietários.

Acolhemos o entendimento de Fabio Konder Comparato¹⁹, para quem a função social é um dever fundamental, cujo descumprimento significa violação ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido pelo sistema constitucional (arts. 183 e 191, CF/88). A função social não é mera recomendação ao legislador, trata-se de vinculação jurídica efetiva para os particulares.

Trata-se de dever fundamental imposto ao particular, titular do direito de propriedade privada, de modo que pode-se dizer que, atualmente, no Brasil, o direito de propriedade privada consiste num conjunto de direitos e deveres, concomitantemente. Permanece como um direito absoluto, oponível a todos, desde que o titular cumpra o conjunto de deveres. Já não é mais ilimitado, pois o uso não pode ser irrestrito porque deve atender simultaneamente diversos interesses coletivos e difusos, tais como: preservar o meio ambiente, manter o

18 TEPEDINO, op. cit., p. 251.

19 COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: Juvelino Strozake (coord.), **A Questão Agrária e a Justiça**. São Paulo: RT, 2000. p. 145.

potencial produtivo da terra, realizar uso adequado conforme o plano urbanístico da cidade, etc.

Ainda é um direito exclusivo, porque o proprietário pode excluir a posse de outros sobre o bem, mas tem o dever de cumprir o conjunto de deveres, sob pena deste direito ser considerado como abuso de direito, nos termos do art. 187 do Novo Código Civil.

Não é mais irrevogável ou perpétuo, pois não possui mais o direito de não usar (não-fruição) a terra, considerando que, em regra, o não-uso caracteriza descumprimento da função social, acarretando algumas sanções jurídicas.

Convém mencionar que o Novo Código Civil proíbe o abuso de direito, isto é, o exercício de qualquer direito que transborde dos limites traçados no ordenamento jurídico, prevendo expressamente, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187). De fato, mantendo a coerência com esta linha de pensamento, o Novo Código Civil também abraçou a concepção da função social, inclusive estendendo-a para outros aspectos da vida civil, como é o caso da função social do contrato (art. 421).

Alerte-se que a Constituição Federal prevê expressamente a função social da propriedade urbana (art. 182) e a função social da propriedade agrária (art. 186), havendo dispositivos constitucionais que traçam o perfil de cada uma, embora, ambas venham a ser detalhadas no plano infraconstitucional.

O art. 182, §4.º, da Constituição Federal, prevê que o imóvel urbano cumpre a função social quando atende as exigências da ordenação da cidade previstas no plano diretor. Ou seja, compete ao plano diretor, que é uma lei municipal, definir a função social urbana que se traduz na indicação do uso adequado do solo urbano definido dentro do planejamento urbano da cidade.

Compete ao Município exigir, do proprietário de imóvel urbano não edificado, nos termos do plano diretor, que promova o adequado aproveitamento, sob pena de vir sofrer sucessivamente as seguintes consequências jurídicas: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no

tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública. A regulamentação é disciplinada na Lei 10.257, de 10.07.2001 – Estatuto da Cidade (arts. 5.º a 8.º).

Observa-se que, enquanto dever fundamental, a função social da propriedade, previsto no art. 5.º, XXIII, da Constituição Federal, deve ser atendida por todos os particulares e, não pelo Estado, pois as sanções jurídicas previstas para o descumprimento da função social da propriedade urbana são imputáveis apenas aos particulares, sendo inadequadas para punir os entes públicos (União, Estados, DF, Municípios) pelo descumprimento deste dever.

Imagine-se que a União é titular de imóveis em certo Município. Este, verificando o descumprimento da função social por parte daquela, porque não atendem às exigências do Plano diretor, decide aplicar as sanções cabíveis, quais sejam: parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação (arts. 5º a 8.º da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade).

De início, o Município não poderia ordenar o parcelamento e edificação de imóveis públicos, porque isso traduziria invasão na autonomia de outro ente federativo (art. 18, CF), que pelo pacto federativo, recebeu o poder de auto-administração de seus bens. Demais disso, a operação dependeria de previsão orçamentária e liberação da verba pelo ente público federal para implementação das referidas sanções jurídicas²⁰.

No mesmo passo, a desapropriação promovida pelo Município, de imóvel público urbano da União implicaria numa invasão na autonomia de outro ente federativo, porque neste caso ocorreria a incidência da desapropriação-sanção, como consequência jurídica pelo descumprimento do dever de atender à função social urbana²¹. Não há título constitucional para que o Município promova o sacrifício de direitos de outros entes, somente tendo por fundamento o descumprimento da função social.

20 Diógenes Gasparini defende que os entes públicos (Estados e a União) não seriam destintários dessas imposições, mesmo que seus imóveis estejam em área incluída no plano diretor e haja lei municipal disciplinando o seu parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios, porque seria uma intervenção de um ente federado em outro, e cada ente tem competência para usar, gozar e dispor de seus bens públicos urbanos segundo o interesse público que lhe compete perseguir. Estatuto da cidade. São Paulo: NDJ, 2002. p. 28.

21 O impedimento ventilado pela autora refere-se a desapropriação-sanção por descumprimento da função social.

Além de implicar ofensa à autonomia administrativa, sob o aspecto do princípio federativo, entender pela aplicação dos arts. 5.º a 8.º do Estatuto da Cidade aos imóveis públicos implica violação ao princípio da eficiência, uma vez que cabe à estrutura administrativa de cada ente público mobilizar seus recursos para fiscalizar o cumprimento dos fins coletivos que seus bens devem atender.

Quanto a possibilidade do Município cobrar IPTU progressivo, estaria vedada em face da imunidade constitucional (art. 150, VI, *a*).

Também não seria aplicável o princípio da função social urbana aos imóveis dos Estados, do Distrito Federal e dos próprios Municípios.

No tocante à propriedade rural, a Constituição Federal de 1988 definiu expressamente quando esta propriedade atenderá a função social rural, sendo que a Lei 8.629/93 apenas efetivou um detalhamento. A Constituição Federal prevê no art. 186 que:

a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, *simultaneamente*, segundo critérios e graus de exigências estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância dos dispositivos que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A Constituição considera que uma propriedade imobiliária agrária atende ao vetor da função social quando cumpre, simultaneamente, os requisitos da *produção* (uso racional e adequado), da *ecologia* (preservação e conservação dos recursos naturais) e *social* (respeito aos direitos trabalhistas e legislação de contratos agrários).

Benedito Marques²² comenta que no caso de trabalho escravo e do trabalho de menores há descumprimento da função social, sendo cabível a desapropriação. O autor entende que cabe ao INCRA expedir certidão afirmando que há cumprimento da função social quanto à produtividade, cabe ao IBAMA certificar o cumprimento do aspecto ecológico²³.

22 MARQUES, Benedito. **Direito Agrário Brasileiro**. Goiânia: AB, 1999. p. 57-58.

23 PORTARIA INCRA/P n.º 12, de 24 de janeiro de 2006: "Art. 1.º §5.º Constatada irregularidade quanto à utilização dos recursos naturais e preservação do meio ambiente e das disposições que regulam as

A propriedade rural que não cumprir a função social é passível de desapropriação, nos termos da Lei 8.629/93, respeitados os dispositivos constitucionais. Segundo a Lei 8.629/93, a função social é cumprida quando a propriedade rural atende simultaneamente, segundo grau e critérios estabelecidos nessa lei, os seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 9.º).

Considera-se *racional e adequado o aproveitamento* que atinja os graus de utilização e de eficiência na exploração (art. 6.º). O *grau de utilização da terra* deverá ser igual ou superior a 80% calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e área aproveitável total do imóvel (art. 6.º, §1.º). O *grau de eficiência na exploração* da terra deverá ser igual ou superior a 100% e será obtido de acordo com a seguinte sistemática (art. 6.º, §2.º):

- I - para os produtos vegetais, divide-se a quantidade colhida de cada produto pelos respectivo índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;
- II - para exploração pecuária, divide-se o número total de Unidades Animais do rebanho, pelo índice de lotação estabelecido pelo órgão competente do Poder executivo, em cada Microrregião Homogênea;
- III - a soma dos resultados obtidos na forma dos incisos I e II, dividida pela área efetivamente utilizada e multiplicada por 100, determina o grau de eficiência na exploração.

Considera-se *efetivamente utilizada*:

- I - as áreas plantadas com produtos vegetais;

II - as áreas de pastagens nativas e plantadas, observado o índice de lotação por zona de pecuária, fixado pelo Poder executivo;

III - as áreas de exploração extrativa vegetal ou florestal, observados os índices de rendimentos estabelecido pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada microrregião homogênea, e a legislação ambiental;

IV - as áreas de exploração de floresta nativa, de acordo com o plano de exploração e nas condições estabelecidas pelo órgão competente federal;

V - as áreas sob processo técnicos de formação ou recuperação de pastagens ou de culturas permanentes, tecnicamente conduzidas e devidamente comprovadas, mediante documentação e Anotação de Responsabilidade Técnica (art. 6º, §3º).

Ter-se-á como *racional e adequado* o aproveitamento do imóvel rural, quando esteja oficialmente destinado à execução de atividades de pesquisa e experimentação que objetivem o avanço tecnológico da agricultura (art. 8º).

Considera-se *adequada utilização dos recursos naturais* disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade (art. 9º, §2º).

Considera-se *preservação do meio ambiente* a manutenção das características próprias do meio ambiente e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas (art. 9º, §3º).

A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como as disposições que disciplinam os contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parcerias rurais (art.9º, §4º).

A exploração que favorece a o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos ou tensões sociais (art. 9º, §5º).

Considera-se propriedade produtiva aquela que explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente (art. 6º, *caput*).

Não perderá a qualificação de propriedade produtiva o imóvel que, por razões de força maior, caso fortuito ou de renovação de pastagens (passagens, erro na lei) tecnicamente conduzidas, devidamente comprovados pelo órgão competente, deixar de apresentar, no ano respectivo, os graus de eficiência na exploração, exigidos para a espécie (art. 6º, §7º).

Os parâmetros, índices e indicadores que informam o conceito de produtividade serão ajustados, periodicamente, de modo a levar em conta o progresso científico e tecnológico da agricultura e o desenvolvimento regional, pelos Ministros de Estado Extraordinário de Política Fundiário e da Agricultura e do Abastecimento, ouvido o Conselho nacional de Política Agrícola (art. 11).

A Constituição estabelece que, diante do descumprimento da função social da propriedade agrária, é cabível a desapropriação para fins de reforma agrária, com pagamento da indenização em títulos da dívida agrária (art. 184). Para Fábio Konder Comparato, aquele que não cumpre a função social perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço privado (art. 502, CC) imediato e as ações possessórias, e também a perda da exclusividade da propriedade²⁴.

24 Citam-se algumas decisões judiciais que sintonizam com este entendimento:

“EMENTA: Comarca de Presidente Médici – Decisão Monocrática – Reintegração de posse – Função social da propriedade rural – Posse – Bem-Estar – Produtividade – Meio Ambiente – Legislação trabalhista.

DECISÃO

[...] A promoção do bem-estar do povo passou a ser missão primordial do Poder Público, fazendo com que a propriedade perdesse seu marcante caráter de direito subjetivo para ser analisada sob o prisma da função social.

Não tendo ocorrido invasão da propriedade dos requerentes até a data do ajuizamento da ação; não tendo sido localizado os requerentes listados na inicial, tendo ficado demonstrado o desatendimento à função social da propriedade, julgo improcedente o pedido liminar, visando a expedição de reintegração de posse, determinado na forma do art. 930, do Código de Processo Civil, a citação dos requeridos para que contestem a ação. [...]

Presidente Médici, 01 de julho de 1996.

Cumpre frisar também que as sanções jurídicas impostas para o descumprimento do dever de cumprir a função social da propriedade (urbana e rural) são aplicáveis ao particular, o que é perfeitamente verificado pela inaplicabilidade jurídica de tais sanções contra o Poder Público. Isso porque o conjunto de deveres que caracteriza a função social, tal como traçado no Texto Constitucional, pressupõe que o proprietário é, simultaneamente o titular do direito, o administrador e o único beneficiário, ou seja, o proprietário é o titular dos direitos e deveres em relação ao imóvel. O art. 186 da Constituição, que define a função social rural e, os diversos dispositivos legais da Lei 8.629/93 pressupõe que o particular é, simultaneamente titular, administrador e beneficiário do imóvel rural e, por isso, deve realizar como atividade principal uma atividade agrária.

No meio rural, é patente a inaplicabilidade das sanções jurídicas previstas para o descumprimento da função social aos entes públicos. Veja-se. Compete à União fiscalizar, através do INCRA, se os imóveis cumprem a função social (art. 184, CF e art. 22, da Lei 4.504, de 30.11.1964 – Estatuto da Terra). Caso constate que os imóveis do Distrito Federal, do Estado e do Município, não esteja cumprindo a função social rural, cumpre indagar que sanções seriam cabíveis.

Em primeiro lugar, tais entes não estão obrigados a realizar prioritariamente uma atividade agrária, nos termos do art. 186 da Constituição e dos art.6.º, 7.º, 8.º e 9.º da Lei 8.629/93, pois eles têm o

Dr. Mário José Nilane e Silva

Juiz de Direito.” (grifo nosso)

“ACÓRDÃO

Agravo de Instrumento – Decisão Atacada: Liminar que concedeu a reintegração de posse da empresa arrendatária em detrimento dos ‘sem-terra’.

Ementa: Liminar deferida em primeiro grau suspensa através de despacho nos autos do agravo, pelo Desembargador de plantão.

[...] Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa e refúgio do cidadão.

Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a União. Imóvel penhorado ao INSS. [...]

(Décima Nona Câmara Cível – São Luiz Gonzaga – Agravo de Instrumento 598360402 – Agravantes: José Cenci e Aldair José Morais de Sousa – Agravados: Merlin S.A. Indústria e Comércio de Óleos Vegetais – Interessado: Movimento dos Sem Terra).” (grifos nossos)

dever-poder de decidir a que usos afetarão seus imóveis, tendo em vista as exigências dos diversos interesses titularizados pelos mesmos no exercício das respectivas competências administrativas, tais como construir escolas, presídios, hospitais, escolas técnicas agrícolas, alienar, doar, criar reserva ambiental, etc. O dever de destinar os imóveis rurais a atividade agrária produtiva (agricultura, pecuária, agroindústria, extrativismo), atender à legislação trabalhista, ao dever de preservar o meio ambiente e aos demais elementos que consubstanciem a função social, *é, pois, do particular*.

Acredita-se que os entes públicos se vêem obrigados a cumprir a Constituição Federal e a legislação infra-constitucional que prevê inúmeros usos de interesse público; devem simplesmente cumprir os deveres de boa gestão, que são inúmeros, conforme será adiante tratado.

A caracterização da função social como um dever jurídico a ser atendido pelo ente público, esbarraria na imposição de uma responsabilização ao ente público, lembrando que a responsabilização da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (titulares do direito sobre o imóvel público) não alcança efetivamente o agente público, que, via de regra, foi quem deixou de cumprir diversos deveres em relação à gestão do patrimônio imobiliária público.

Por exemplo, um determinado Município declarar desapropriado imóvel da União, porque este não atende ao plano diretor, logo, à função social da propriedade urbana e, a União por sua vez, declarar desapropriado imóvel rural de um Município que não realizou a atividade agrária produtiva nos termos do art. 186 da Constituição, portanto, descumpriu a sua função social. Ora, se a União já é titular de inúmeros imóveis que pode destinar para fins de reforma agrária, como prevê o art. 188 da Constituição, portanto, o que fará com o imóvel desapropriado do Município? Este imóvel integrará o seu patrimônio e, será mais um imóvel público, agora federal, que deverá ser bem administrado pela União, em relação ao qual os agentes administrativos do órgão competente terão inúmeros deveres de gestão a serem cumpridos.

Tendo em vista a idéia de que o imóvel público possui um titular (ente público) totalmente distinto do administrador (agente público) e do beneficiário (coletividade), deve-se em linha de princípio, identificar os deveres jurídicos existentes, as sanções jurídicas imputáveis aos administradores dos imóveis públicos, e fazer efetivamente incidir as conseqüências jurídicas decorrentes do descumprimento dos deveres de gestão.

Afastada a “função social” do regime de bens públicos, não significa que o Poder Público não tenha deveres jurídicos em relação ao seu patrimônio público, no que pertine ao atendimento dos interesses coletivos normativamente postos. Se o particular deve exercer o direito de propriedade atendendo à função social sob pena de vir a ser desapropriado ou mesmo sofrer a perda das garantias possessórias ou da própria propriedade, é incontestável que existe o dever do Poder Público, ao exercer o direito de propriedade pública, de atender aos interesses da coletividade. Do mesmo modo que o direito de propriedade privada deve ser exercido pelo particular em conformidade com os interesses da coletividade, *mutatis mutandi*, o Poder Público deve gerir os bens públicos a fim atender os interesses públicos. Todavia, este dever decorre do próprio regime de Direito Público, inerente ao exercício da função administrativa, e não das normas que resguardam a função social.

Convém registrar que, em sentido contrário, se manifestam Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵ e Sílvio Luis Ferreira da Rocha²⁶. Defendem que o fato do Poder Público ter o dever de afetar seus bens a fins de interesse da coletividade não exclui a incidência do princípio da função social da propriedade.

25 Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que “Com relação aos bens de uso comum do povo e bens de uso especial, afetados, respectivamente, ao uso coletivo e ao uso da própria Administração, a função social exige que ao uso principal a que se destina o bem sejam acrescentados outros usos, sejam públicos ou privados, desde que não prejudiquem a finalidade a que o bem está afetado. Com relação aos bens dominicais, a função social impõe ao poder público o dever de garantir a sua utilização por forma que atenda às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, dentro dos objetivos que a Constituição estabelece para a política de desenvolvimento urbano”. Função social da propriedade pública. Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 572.

26 “O fim obrigatório que informa o domínio público não acarreta sua imunização aos efeitos emanados do princípio da função social da propriedade, de modo que o princípio da função social da propriedade incide sobre o domínio público, embora haja a necessidade de harmonizar o referido princípio com outros.

O princípio da função social da propriedade incide sobre os bens de uso comum mediante paralisação da pretensão reintegratória do Poder Público, em razão de outros interesses juridicamente relevantes, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana; incide também sobre os bens de uso comum mediante paralisação da pretensão reivindicatória do Poder Público com fundamento no art. 1228, §4.º, do Código Civil.

O princípio da função social incide, também, sobre os bens de uso especial mediante submissão dos referidos bens aos preceitos que disciplinam a função social dos bens urbanos, especialmente ao atendimento da função social das cidades.

O princípio da função social incide, outrossim, sobre os bens dominicais conformando-os à função social das cidades e do campo e viabilizando a aquisição da propriedade dos referidos bens pela usucapião urbana, rural e coletiva.” Função social da propriedade pública. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 159-160.

Data vênia, a função social da propriedade caracteriza-se como um conjunto de deveres jurídicos impostos apenas ao proprietário particular por força do Texto Constitucional (arts. 5.º, XXXIII, 170, III, 182 e 186). O delineamento no Texto Constitucional não permite esta ampliação para alcançar a propriedade pública, pelos motivos já mencionados acima: i) pela inexistência de um regime jurídico unívoco de propriedade pública, equivalente ao da propriedade privada, tendo em vista a diversidade de categorias de bens públicos que ensejam a adoção de regimes jurídicos diversos, decorrentes da natureza do bem e do interesse jurídico a ser protegido; ii) pela impossibilidade do uso exclusivo (exclusividade) pelo titular da propriedade pública, no caso, o Estado, porque uma parte dos bens públicos são vocacionados para o uso direto (bem de uso comum do povo) ou indireto (bem de uso especial) da coletividade; iii) pela distinção entre o titular do bem (ente público), o administrador do bem (agente públicos) e o beneficiário do bem (a coletividade), de modo que as sanções jurídicas previstas no ordenamento jurídico pelo descumprimento da função social são inaplicáveis aos entes públicos, sob pena de afronta aos traços característicos do regime jurídico de Direito Público, tais como, o princípio da federação (art. 1º CF), da autonomia de administração dos entes federados (art. 18 CF), da previsão orçamentária (art. 167 CF), da imunidade tributária (art. 150, VI, CF), da indisponibilidade do interesse público; iv) pela impossibilidade de se retirar do campo do Direito Público a disciplina dos vínculos jurídicos existentes entre o Estado e as diversas categorias de bens, inclusive quanto à forma de sancionamento de ilícitos na gestão pública dominial; v) pela indisponibilidade dos interesses postos na esfera de cada ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); vi) pela vigência plena, na atividade estatal, do caráter funcional desta, que abole qualquer possibilidade de se falar em autonomia privada, mormente quanto aos bens públicos; vii) pela vinculação do Poder Público ao cumprimento dos diversos deveres de gestão de seus bens decorrentes de diversas normas constitucionais e normas infra-constitucionais, que não buscam fundamento direto ou indireto na função social da propriedade.

Ao nosso ver, está obrigado a afetar diretamente e prioritariamente a usos que atendam o interesse público primário²⁷, portanto, interesses

²⁷ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” Curso de direito administrativo, p.

53. Esclarece, outrossim, que a doutrina italiana faz distinção entre os interesses públicos ou interesses

da coletividade e, apenas subsidiariamente poderia atender ao interesse público secundário²⁸, por exemplo, a exploração econômica de um imóvel a fim de auferir renda.

Protegidos pela nota da indisponibilidade, há, pois, uma hierarquia de usos que decorre do próprio Texto Constitucional, especialmente dos art. 1.º e art. 3.º. Todas as categorias de bens públicos, inclusive os dominicais, devem ser vinculados prioritariamente a usos que atendam ao interesse da coletividade, por incidência do princípio democrático, de que todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, logo, em seu nome e em seu favor os bens públicos devem ser geridos.

Os bens dominicais são bens sem afetação porque a Administração Pública não cumpriu na atividade administrativa concreta os ditames constitucionais e não por ausência ou inexistência de usos públicos que atendam ao interesse da coletividade.

Quando se afirma que o Poder Público deve afetar seus bens para atender aos interesses da coletividade, este dever decorre de diversos dispositivos presentes no Texto Constitucional e não do princípio da função social da propriedade, o qual, interpretado em sentido estrito, nos exatos termos da Constituição, ou seja, traduz um dever que tem o particular de realizar uma atividade agrária, se for imóvel rural (nos termos do art. 186 da Constituição e arts. 6.º, 7.º, 8.º, 9.º da Lei 8.629/93), e atender ao disposto no plano diretor, se for imóvel urbano (art. 182).

Apenas para citar um exemplo, quando o Poder público destina um imóvel público para a instalação de um hospital, ou uma escola, ou uma creche, ou uma instituição de atendimento aos idosos, às mães solteiras, aos deficientes físicos, às crianças desamparadas, está simplesmente cumprindo o disposto nos arts. 196 (*saúde é direito de todos e dever do*

primários, que são os interesses da coletividade, e os interesses secundários, "que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade". op. cit. p. 63.

28 Os interesses secundários só serão perseguidos quando coincidirem com os interesses primários, pois a Administração não tem a autonomia e a liberdade típicas de direito privado, porque exerce função. Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de direito administrativo, p. 57.

No âmbito do exercício da gestão de bens públicos, o Poder Público deve atender aos interesses públicos primários que se encontram previstos no ordenamento jurídico brasileiro, verificando-se que as leis apontam os usos públicos preferenciais para os imóveis públicos, mas deixam margem de liberdade de eleição para a Administração Pública. op. cit. p. 58.

Estado), 203 (*a assistência social será prestada a quem dela necessitar*), 205 (*a educação, direito de todos, dever do Estado e da família*) da Constituição Federal e, portanto, gerindo e afetando imóveis públicos segundo os objetivos do Texto Constitucional.

Não está na dicção da Constituição que a função social da propriedade é sinônimo de atendimento de qualquer interesse público ou de qualquer objetivo constitucional, por isso, o conjunto de deveres de gestão do patrimônio público imobiliário, imputáveis ao Poder Público, não decorre do instituto da função social da propriedade e sim de diversos dispositivos constitucionais e legais, especialmente dos arts. 1.º e 3.º que protegem os valores sociais do trabalho, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, etc.

A gestão do patrimônio público imobiliário engloba diversos deveres, tais como: os deveres de utilização e conservação dos bens, o dever de destinação, o dever de delimitação de imóveis públicos (que se desdobra, no âmbito federal, no dever de discriminar terras devolutas, dever de demarcar terras de marinha, terrenos marginais e terras de interiores) e o dever de fiscalização sobre imóveis públicos (que se desdobra nos deveres zelo, guarda, conservação, regularização, recuperação de imóveis sob a ocupação de terceiros e, de arrecadação de receita patrimonial).

O descumprimento dos deveres de gestão origina a responsabilidade do Estado e dos agentes públicos nos termos do ordenamento jurídico pátrio. A responsabilidade por comissão é objetiva, ou seja, basta a comprovação do ato estatal, do dano e do nexos causal. A existência de dolo ou culpa é indiferente para gerar o efeito de reparar o dano, tornando-se questão subsidiária, cujos únicos efeitos jurídicos são o direito de regresso do Estado em relação ao agente público e as punições administrativas (art. 37, §6.º, CF).

Quanto à responsabilidade por omissão, há divergência doutrinária quanto a sua natureza, subjetiva ou objetiva. A doutrina majoritária entende que é subjetiva, ou seja, haverá responsabilidade por comportamentos omissivos, quando houver dolo ou culpa dos agentes públicos, originando o dever de reparação pelo dano causado e, ainda diversas sanções de natureza política e administrativa previstas na Lei 8.429/92 – Lei da Improbidade Administrativa, bem como a responsabilidade administrativa do agente público, nos termos da Lei 8.112/91.

Todavia, a maior parte da jurisprudência aderiu à natureza objetiva da responsabilidade por comportamentos omissivos do Estado e, inclusive, em inúmeros casos, consagra a teoria do risco administrativo para responsabilizar o Estado por omissão, independentemente de culpa ou dolo dos agentes públicos, impondo ao Estado, o dever de indenizar os prejuízos causados. No caso de culpa anônima, se não ocorreu o dano a alguém, mas tão-somente o descumprimento dos deveres de gestão, os quais violam interesses coletivos protegidos pela ordem jurídica, a responsabilidade estatal resume-se ao dever de realizar obrigação de fazer, como decorrência do ajuizamento de ação civil pública apenas para obrigar o Estado ao cumprimento de tais deveres.

4 CONCLUSÃO

É inegável que a construção da doutrina da função social da propriedade teve como ponto de partida o direito de propriedade privada tal como traçado pelos civilistas modernos e objetivou a flexibilização de tal concepção absolutista de propriedade, tendo como pressuposto a noção de que o titular privado do direito de propriedade, é, ao mesmo tempo, o administrador e beneficiário de tal direito, de modo que a história da propriedade privada moderna evolui da concepção de um *feixe de poderes absolutos* que o particular titulariza em oposição a todos (*erga omnes*) para a o surgimento de um *conjunto de deveres jurídicos*, que flexibilizam e limitam simultaneamente este conjunto de poderes.

Já a propriedade pública, no Estado de Direito, e ainda mais no Brasil, onde a Constituição Federal consagra o Estado Democrático de Direito (art. 1º), nasce como um conjunto de deveres jurídicos vinculantes para a Administração Pública, cujos poderes são meramente instrumentais e só poderão ser manejados para atender interesses da coletividade, indisponíveis e irrenunciáveis para o administrador público.

A aplicação do instituto da função social à propriedade pública esbarra em diversos óbices, neste ensaio abordados, revelando-se incompatível com o regime de Direito Público, de modo que a sua incidência implica num afastamento e enfraquecimento injustificados do regime jurídico público (princípio federativo, autonomia de administração dos entes federados, obediência à lei orçamentária, imunidade tributária, indisponibilidade do interesse público), o que não se coaduna com uma leitura sistemática dos ditames da Constituição Federal que regem a gestão dos bens públicos no Brasil.

5 REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. ref., amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: Juvelino Strozake (coord.), **A Questão Agrária e a Justiça**. São Paulo: RT, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. **Direito público**: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 572.

FIORINI, Bartolomé A. **Derecho administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

GASPARINI, Diógenes. **Estatuto da cidade**. São Paulo: NDJ, 2002.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O direito na história – lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MARQUES, Benedito. **Direito Agrário Brasileiro**. Goiânia: AB, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Vol I. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. **Revista de Direito Comparado**. v. 12, n. 2, mar. 1998.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS E PEDAGÓGICOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO-PARTICIPATIVO E DA GLOBALIZAÇÃO POLÍTICA

Rommel Madeiro de Macedo Carneiro
Advogado da União e Mestre em Direito e Políticas Públicas
pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Estado democrático-participativo e globalização política; 2.1 O Estado-nação em face da globalização econômica neoliberal; 2.1.1 Breve análise da concepção de Estado-nação; 2.1.2 A globalização econômica neoliberal e seu influxo sobre o Estado-nação; 2.2 O Estado Democrático de Direito frente à globalização econômica neoliberal; 3 A emersão do estado democrático-participativo e da globalização política; 4 Globalização política e universalidade dos direitos humanos; 5 Educação democrática – o caminho para a globalização política; 6 Conclusão; 7 Referências

RESUMO: O processo de globalização econômica, por desafiar as atuais concepções calcadas no Estado-nação e na democracia representativa, tem suscitado a emergência de novos paradigmas no pensamento jurídico. Neste contexto, buscando uma verdadeira repolitização da legitimidade, Paulo Bonavides defende a prática da democracia participativa e a inserção popular num processo de globalização política, calcado nas diversas dimensões de direitos humanos. Para que se alcance, todavia, uma verdadeira globalização política, que consagre a universalidade dos direitos humanos, é necessária a adoção de métodos educacionais de natureza democrática, que conduzam à formação cidadã. Constituem, portanto, objeto deste artigo, os fundamentos, tanto jurídicos, como educacionais, do Estado democrático-participativo e da globalização política.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização Econômica Neoliberal. Estado Democrático-Participativo. Globalização Política. Educação.

1 INTRODUÇÃO

Em acurada análise acerca da globalização econômica, Abili Lázaro Castro de Lima a conceitua como “uma crescente interconexão em vários níveis da vida cotidiana em diversos lugares longínquos do mundo”¹. Trata-se de um processo com forte viés econômico, marcado por uma complexa rede de relações entre empresas, no que se configura uma verdadeira transnacionalização dos mercados.²

No presente artigo, analisar-se-á o influxo exercido pela hodierna globalização econômica – calcada no pensamento neoliberal – sobre o Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição Federal de 1988. Tal análise terá por fio condutor o pensamento juspolítico de Paulo Bonavides, sem se relegarem, por óbvio, as idéias de outros destacados autores acerca do tema. Será, outrossim, estudada a pregação do referido doutrinador em prol do Estado democrático-participativo e da globalização política, instrumentos de resistência à globalização econômica neoliberal.

A primeira parte deste estudo tratará da contraposição entre globalização econômica neoliberal e Estado Democrático de Direito. Partindo de noções introdutórias acerca do Estado-nação e adentrando aos influxos por este sofrido no bojo do referido processo de globalização, serão traçadas as bases para a etapa seguinte deste artigo, na qual se analisará a globalização política como movimento calcado numa concepção participativa de democracia.

Numa terceira parte deste artigo, será abordada a intrínseca relação entre a globalização política e universalidade dos direitos humanos, analisando-se, em seguida, a essencialidade de uma educação democrática e voltada para o exercício da cidadania nos diversos níveis de participação política (do local ao supranacional).

1 LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito** – Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 127.

2 Neste sentido, consultar: FÁRIA, José Eduardo Machado de. **O Direito da economia globalizada**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, passim.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO-PARTICIPATIVO E GLOBALIZAÇÃO POLÍTICA

2.1 O ESTADO-NAÇÃO EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA NEOLIBERAL

2.1.1 BREVE ANÁLISE DA CONCEPÇÃO DE ESTADO-NAÇÃO

Segundo Bonavides, nação não é apenas raça, religião, idioma, sendo conceito sobretudo de ordem moral, cultural e psicológica, em que se somam todos estes fatores, “podendo cada um deles entrar ou deixar de entrar em seu teor constitutivo. A nação existirá sempre que tivermos síntese espiritual ou psicológica, concentrando os sobreditos fatores, ainda que falte um ou outro dentre os mesmos”.³

A idéia de Estado-nação, num sentido político, surge justamente quando o “grupo nacional busca seu coroamento no princípio da autodeterminação, organizando-se sob a forma de ordenamento estatal”⁴. O Estado, assim, converte-se numa “organização jurídica da nação”, numa concepção que se desenvolve desde a Revolução Francesa até a atualidade. É, por sinal, no mencionado período revolucionário que emerge a doutrina da “soberania nacional, que postulava a origem de todo o poder na nação, única fonte capaz de legitimar o exercício da autoridade política”.⁵

Como bem expõe Abili Lázaro Castro de Lima:

Tendo como pano de fundo a nação, os Estados passam, sobretudo a partir da Revolução Francesa, a defender os valores, costumes e interesses próprios, não admitindo que sejam objeto de agressão, utilizando a soberania como argumento legitimador para consolidar sua autodeterminação em relação às outras nações. O espaço físico para a proteção será o definido pelos limites do território onde se encontra a nação.⁶

Partindo da concepção de Estado como organização jurídica da nação, chega-se à idéia de soberania estatal. Conforme exara Bonavides,

3 BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 82.

4 *Ibid.*, p. 86.

5 *Ibid.*, p. 86.

6 LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito** – Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 77-78.

a soberania “exprime o mais alto poder do Estado, a qualidade de poder supremo (*suprema potestas*)”⁷. Pode ser entendida tanto enquanto soberania externa (independência do poder de um Estado frente aos demais), como enquanto soberania interna (império do Estado sobre o seu território e sua população, assim como um poder político estatal superior aos demais poderes sociais, os quais se sujeitam ao império do Estado).

Acerca da concepção soberana de Estado, comenta Bobbio:

Do ponto de vista de uma definição formal e instrumental, condição necessária e suficiente para que exista um Estado é que sobre um determinado território se tenha formado um poder em condição de tomar decisões e emanar os comandos correspondentes, vinculatórios para todos aqueles que vivem naquele território e efetivamente cumpridos pela grande maioria dos destinatários na maior parte dos casos em que a obediência é requisitada. *Sejam quais forem as decisões*⁸ (grifo nosso).

Conforme explicita Dallari, a concepção de Estado Moderno parte justamente da “busca da unidade, que afinal se concretiza com a afirmação de um poder soberano, no sentido de supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimitação territorial”.⁹

Neste estudo, adotar-se-á justamente o conceito de Estado como organização jurídica da nação (ou seja, a concepção de Estado-nação), tendo por elementos constitutivos o povo, o território e um poder soberano. Sobre esta concepção de Estado é que se analisarão, a seguir, de forma sucinta, os principais influxos econômicos, políticos e jurídicos exercidos pela globalização econômica.

2.1.2 A GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA NEOLIBERAL E SEU INFLUXO SOBRE O ESTADO-NAÇÃO

Segundo observa Bonavides, houve, na história da humanidade, vários processos de globalização. Como exemplos mais notórios, podem-se elencar: os impérios orientais, os povos helênicos, o Império Romano, a expansão do

7 BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 110.

8 BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003. p. 95.

9 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 60.

cristianismo (globalização do monoteísmo hebraico) e o colonialismo¹⁰. O que estes processos têm de diferente, tanto entre si, como em relação ao atual processo de globalização, é o modelo de globalização que foi utilizado.

Hodiernamente, observa-se um processo de globalização econômica, calcada na ideologia neoliberal - cujos expoentes, Friedrich Hayek¹¹ e Milton Friedman¹², pregam a redução das funções do Estado, devendo este proteger o livre mercado¹³. Com a transnacionalização da economia, tem sido abalada a existência do Estado-nação, o qual tem seu poder crescentemente tolhido pela influência dos mercados. Conforme acentua Bonavides, a atual globalização tem provocado, nos países subdesenvolvidos, a gradativa perda da soberania e da identidade nacional, a recessão econômica, a diminuição do Estado por intermédio de privatizações, enormes desigualdades sociais e um expressivo aumento da dívida externa.

Similar constatação é feita por José Eduardo Faria¹⁴, para quem a transnacionalização dos mercados tem provocado uma desconstitucionalização dos direitos individuais, dos direitos políticos e dos direitos sociais; têm-se, ademais, posto em xeque princípios como soberania, separação dos poderes e coisa julgada, num contexto em que o econômico se sobrepõe ao político e no qual os Estados perdem a autoridade substancial sobre seus territórios, mantendo uma autoridade meramente formal (condicionada aos ditames de um mercado transnacionalizado). Segundo Faria, a hodierna globalização

10 BONAVIDES, Paulo. **Do País constitucional ao País neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 15.

11 HAYEK, Friedrich August Von. **O Caminho da Servidão**. 2. ed. Trad. Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1977. Nesta obra, o autor consagrou a valorização da liberdade e da concorrência, contrariamente à planificação estatal.

12 FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade de escolher**. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Record, 1980. Neste livro, defende-se que a liberdade política está condicionada à liberdade econômica, adotando-se uma posição favorável ao comércio internacional, como fator de paz e harmonia, e contrária aos programas de bem-estar, considerados uma tutela estatal sobre os cidadãos.

13 Segundo Bonavides, o discurso político neoliberal prega o fim das ideologias e da história. Com o neoliberalismo, as sociedades se contraem nos países em desenvolvimento e o Estado, por omissão, deixa de cumprir o programa social dos direitos fundamentais, não se havendo falar num verdadeiro Estado de Direito. O discurso político neoliberal se mostra, assim, radicalmente contrário às noções de Estado, nação e soberania.

14 FARIA, José Eduardo Machado de. **O Direito da economia globalizada**. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, passim.

econômica se tem caracterizado pela “crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subsequente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional”.¹⁵

No mesmo sentido, Celso Furtado ressalta que a globalização tem debilitado os sistemas econômicos nacionais, de modo que as atividades estatais tendem a se circunscrever às áreas sociais e culturais. A esfera econômica vem sendo crescentemente dominada pelas empresas internacionalizadas, as quais balizarão o espaço a ser ocupado por atividades de âmbito local e/ou informais. A importância relativa dessas últimas definirá o grau de subdesenvolvimento de cada região: áreas desenvolvidas e subdesenvolvidas estarão assim estruturalmente imbricadas numa compartimentação do espaço político que cristaliza as desigualdades sociais.¹⁶ Neste cenário, as economias latino-americanas têm sido submetidas a pressões crescentes para desregular seus mercados, o que acarretará efeitos diversos, devido à grande heterogeneidade entre elas.

15 FARIA, José Eduardo Machado de. **O Direito da economia globalizada**. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 52.

16 FURTADO, Celso. **O capitalismo global**. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, passim. Segundo este autor, a estrutura internacional de poder evolui para assumir a forma de grandes blocos de nações sedes de empresas transnacionais que dispõem de rico acervo de conhecimentos e de pessoal capacitado. O intercâmbio internacional de serviços, particularmente os financeiros e tecnológicos, cresce em detrimento do de bens tradicionais. Tende a manter-se o dualismo desenvolvimento/subdesenvolvimento, o que requer dos países subdesenvolvidos uma vontade política fundada no consenso social com condições objetivas que poucos países subdesenvolvidos reúnem atualmente. Para Furtado, deter o processo de concentração de renda e de exclusão social é um imperativo para países como Brasil e México, sob pena de as tensões sociais os conduzirem à ingovernabilidade. O aludido autor elenca ainda algumas outras mudanças de maior relevo na configuração do quadro global, ocorridas nos últimos tempos:

1) a busca das indústrias estadunidenses por novos mercados, mediante, por exemplo, a zona de livre comércio México-EUA-Canadá (NAFTA);

2) o surgimento da União Européia;

3) o processo de conversão à economia de mercado e de democratização dos países do Leste europeu, que se tem revelado mais traumático do que se cogitava;

4) as grandes transformações sofridas pelas nações asiático-orientais, em particular a China, as quais possuem uma grande disciplina social, forte investimento no fator humano e formidáveis reservas de mão-de-obra, tendo um crescente peso nos mercados mundiais. Nesses países, a regulação dos salários tem por base as exigências do mercado internacional.

Boaventura de Sousa Santos, por sua vez, aduz que o atual capitalismo global, na medida em que desestrutura os espaços nacionais de conflito e negociação, acaba por minar a capacidade financeira e reguladora do Estado, fazendo-as ultrapassar os limiares de uma gestão nacional viável.¹⁷ A sobreposição dos interesses do mercado aos interesses do Estado e da comunidade (melhor seria empregar a expressão “sociedade”) é igualmente criticada por Amatai Etzioni, em sua concepção de terceira via¹⁸. Ainda contra esta absoluta liberdade do mercado, insurge-se Amartya Sen, para quem “os abrangentes poderes do mecanismo de mercado têm que ser suplementados com a criação de oportunidades sociais básicas para a equidade e a justiça social”.¹⁹

Conforme aduz Bonavides, com a atual globalização neoliberal, os povos dos países subdesenvolvidos têm perdido sua identidade enquanto nação (concebida como uma “síntese espiritual”²⁰), dissipando-se sua soberania. Tal globalização tem, portanto, representado uma verdadeira recolonização dos países subdesenvolvidos, na medida em que se calca no menosprezo ao sentimento nacional, na extirpação das raízes culturais, na materialização dos valores, na submissão dos povos à tirania do lucro das bolsas de valores e na dissolução das resistências espirituais.²¹

Em suma, pode-se dizer que a globalização econômica neoliberal, ao subjugar o Estado ao mercado, ao sobrepor o econômico ao político, tem abalado a tradicional concepção de Estado-nação, provocando severas críticas por parte daqueles que, como Bonavides, consagram o princípio da soberania popular e a primazia dos direitos fundamentais, tão afrontados no atual cenário global.

17 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: **Sociedade e Estado em transformação**. PEREIRA, Luiz Carlos; Wilhelm, Jorge; SOLA, Lourdes (organizadores). São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999. p. 243-271.

18 Propondo um equilíbrio entre o governo, o setor privado e a comunidade, afirma Etzioni: “The good society is a partnership of three sector – government, private sector, and community. Each one reflects and server a distinct facet of our humanity. Only by serving all three, rather than fragmenting them or setting one against the other, can we achieve a society that encompasses the whole person, essential for their being treated as ends in themselves” (ETZIONI, Amatai. **The third way to a good society**. Londres: Redwood books, 2000. p. 41).

19 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 170.

20 BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 82.

21 BONAVIDES, Paulo. **Do País constitucional ao País neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, passim.

2.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO FRENTE À GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA NEOLIBERAL

Segundo a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. Deste modo, percebe-se que a Norma Ápice não consagrou apenas um Estado de Direito, indo além para a este incorporar o princípio democrático.

Para Bonavides, o Estado de Direito não é forma de Estado nem forma de governo. Trata-se, em verdade, “de um status quo institucional, que reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas liberdades fundamentais”.²² Segundo o referido autor, em épocas pretéritas o Estado concedia aos cidadãos direitos fundamentais e se autolimitava. Hoje, os direitos fundamentais se expandem e, onde há democracia e Estado de Direito, eles tendem a submeter o Estado ao seu império. Portanto, não há Estado de Direito sem a observância dos direitos fundamentais.

Del Vecchio diferentemente de Kant (para quem o Estado tem por fim exclusivo a custódia do Direito) remete-se à expressão Estado de Direito num sentido diverso, querendo dizer “que o Estado deve operar fundado no Direito e na forma do Direito. Pode e deve o Estado submeter a si qualquer atividade; pode e deve promover universalmente o Bem. Contudo só pode e deve fazê-lo na forma do Direito; e de tal sorte que cada um dos seus atos tenha sempre por fundamento a lei como manifestação da vontade geral”.²³

Segado, por sua vez, entende que o Estado de Direito se assenta sobre um conjunto de valores, sobre uma ordem axiológica determinada, sendo seu elemento nuclear a garantia da liberdade e da segurança individuais. Ele reconhece a consagração da pessoa e de sua dignidade (ou seja, a dignidade da pessoa humana) como o fundamento de toda a ordem jurídica e também princípio vetor supremo do ordenamento jurídico.²⁴

²² Idem. **Constituinte e Constituição, a democracia, o federalismo e a crise contemporânea**. 2.ed. Fortaleza: Edições Imprensa Oficial do Ceará, 1987. p. 250.

²³ DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5.ed. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado - Editor, Sucessor, 1979. p. 500.

²⁴ SEGADO, Francisco Fernandez. **El sistema constitucional español**. Madrid, Dykinson, 1992. p. 114-115.

Bonavides adota a concepção de democracia consagrada por Lincoln, como sendo um governo do povo, pelo povo e para o povo. Percebe-se, portanto, que a noção de democracia defendida pelo constitucionalista brasileiro está umbilicalmente ligada à idéia de soberania popular²⁵. Para ele, a democracia é “o mais valioso dos direitos fundamentais”, na medida em que incorpora os princípios da igualdade e da liberdade, abraçados ao dogma da justiça, constituindo – ao lado do direito à informação e do direito ao pluralismo – um direito fundamental de quarta dimensão²⁶.

Ao abordar o Estado Democrático, Segado adota, assim como Bonavides, a concepção de governo democrático consagrada por Lincoln, como sendo governo do povo, pelo povo e para o povo. O cerne desta definição se encontra, para Segado, na expressão “pelo povo”, que designa uma forma democrática de atuação. Outrossim, para que exista um Estado Democrático se fazem necessários: um modo específico e peculiar de se conceber o poder, uma estrutura social e a mesma dinâmica do sistema político, além do que se mostra imperiosa uma democracia enquanto norma, enquanto princípio de convivência.²⁷

Consoante afirma Carlos Britto, trata-se a democracia de um “megaprincípio”, vez que repassa sua materialidade sobre os demais princípios constitucionais, encontrando-se, destarte, na ontologia destes princípios. Com efeito, traduz-se a democracia tanto nos fundamentos da República Federativa do Brasil – insertos no art. 1º da Norma Ápice, como também nas cláusulas pétreas explícitas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988.²⁸

Para José Afonso da Silva, a Constituição de 1988, ao consagrar um Estado Democrático de Direito, possibilita “concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”.²⁹ Segundo o mencionado autor, “todas as normas e princípios constitucionais têm uma única direção qual seja a de garantir

25 Segundo o mencionado autor, o termo povo, em sua acepção jurídica, “exprime o conjunto de pessoas vinculadas de forma institucional e estável a um determinado ordenamento jurídico” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 76).

26 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 525.

27 SEGADO, Francisco Fernandez. *El sistema constitucional español*. Madrid, Dykinson, 1992. p. 114-115.

28 BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 183.

29 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 124.

o primado da dignidade da pessoa humana, que, por seu lado, resume todas as manifestações dos direitos humanos”. A dignidade da pessoa humana “não é apenas princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”³⁰

A dignidade da pessoa humana é também considerada por Eros Grau como núcleo essencial dos direitos humanos e princípio impositivo, com base no qual se deve dinamizar a ordem econômica traçada pela Constituição de 1988³¹, caracterizada por um modelo de bem-estar³². Já para Bonavides, o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta a “totalidade dos direitos humanos positivados como direitos fundamentais no ordenamento jurídico-constitucional”. É o referido princípio “o espírito mesmo da Constituição, feita primacialmente para o homem e não para quem governa”; é ele “o valor dos valores na sociedade democrática e participativa”, consubstanciando “por inteiro o teor axiológico e principiológico dos direitos fundamentais das quatro dimensões”.³³

30 BONAVIDES, Paulo. Interpretação da Constituição e democracia. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. **Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 446.

31 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 179-182. Este autor explana acerca de dois sentidos que pode assumir a expressão “ordem econômica”: a) primeiro significando o conjunto de relações econômicas (“mundo do ser”); b) segundo como sendo uma parcela da ordem jurídica (“mundo do dever-ser”), que é a ordem econômica da qual cogita o autor, representando o conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica. Promovendo uma interpretação principiológica do texto constitucional, conclui Eros Grau que a ordem econômica na Constituição de 1988 define a opção por um sistema econômico, o sistema capitalista.

32 Quanto ao modelo econômico adotado pela Norma Ápice, Eros Grau conclui que não se trata de um modelo acabado – que veicula uma ideologia fechada em si mesma – sendo, por outro lado, um modelo que apresenta apenas pontos de proteção contra modificações externas, conferindo, ao legislador ordinário, um largo campo para a tomada de decisões. Tal modelo é descrito pelo autor como sendo um modelo de bem-estar. Encontra-se no **interesse social** a base de toda a exposição proferida por Eros Grau, conforme ele mesmo aduz expressamente ao final de sua obra. Tal visão se harmoniza com a concepção de um Direito Econômico voltado à satisfação do interesse social. Acerca do modelo de bem-estar, importante consultar: ESPING-ANDERSEN, Gosta. **As três economias políticas do Welfare State**. In: Lua Nova. São Paulo: CEDEC, n. 24, set. 1991. p. 85-116. WITKER, Jorge. **Antología de estudios sobre Derecho Económico**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, passim. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico: aplicação e eficácia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001 passim. CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockman. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, passim.

33 BONAVIDES, Paulo. **Do País constitucional ao País neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 10.

Neste sentido, conforme demonstra Abili Lázaro Castro de Lima³⁴, com a democratização ocorrida nos séculos XIX e XX, a democracia se tornou fator de legitimação do governo, num cenário em que o nacionalismo emerge conjuntamente com a concepção de Estado-nação. Para Lima, na medida em que o espaço político vai sendo delimitado territorialmente com o Estado nacional, advém uma maior participação política e um conseqüente incremento na conquista e defesa dos direitos. Todavia, com a globalização econômica e a conseqüente transnacionalização do espaço político, tem ocorrido a perda de poder do Estado, na medida em que as decisões são tomadas no âmbito internacional, impostas por organismos como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial (BIRD).

Em tal contexto, diminui o poder local (desterritorialização) e os cidadãos se resumem à condição de meros consumidores, esquecidos da vida pública, despidos do sentimento de pertencerem à uma nação – dentro de um espaço territorial – e imersos num processo de grande apatia política. Tem a globalização econômica, assim, implicado uma crise da democracia representativa, atrelada à concepção de Estado-nação e calcada em um espaço de cidadania, nos termos do que também observa José Eduardo Faria³⁵. Matias Pereira, igualmente, constata que a globalização vem ameaçando os próprios processos democráticos, na medida em que tolhe o Estado nacional, no qual a autoridade política e a aplicação das decisões se concretizam.³⁶

Vê-se, portanto, que a globalização econômica neoliberal se tem revelado contrária à concepção de Estado Democrático de Direito consagrada pela Constituição Federal de 1988, na medida em que abala não somente o poder estatal, como também a participação política que, num contexto democrático, deve dar sustentação a esse poder. Desta constatação deriva toda a pregação de Bonavides em prol de um Estado democrático-participativo e de uma globalização política, que será posteriormente tratada neste artigo.

34 LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito – Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, passim.

35 FARIA, José Eduardo Machado de. **O Direito da economia globalizada**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, passim.

36 Para Matias Pereira, no contexto de mudanças provocado pela globalização, “fica evidente a necessidade de uma redefinição em nível mundial das regras que regem o relacionamento internacional, especialmente nas áreas econômica, financeira, política, trabalhista, social e ecológica” (MATIAS PEREIRA, José. **Finanças públicas: a política orçamentária no Brasil**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 25).

3 A EMERSÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO-PARTICIPATIVO E DA GLOBALIZAÇÃO POLÍTICA

Para Bonavides, como forma de resistir à globalização econômica neoliberal, mostram-se necessários:

- a) uma soberania legítima, sob a forma de soberania da Constituição;
- b) uma democracia popular, sob a forma de uma democracia participativa;
- c) um verdadeiro Estado de Direito, sob a forma de um Estado de Direito da proteção e da execução dos direitos fundamentais.

Deve-se observar que, bem antes de sua obra *Teoria constitucional da democracia participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*, Bonavides já identificava a crise do sistema representativo brasileiro. Tal sistema, a seu ver, tem implicado uma ruptura entre Estado e sociedade, entre o cidadão e seu representante, entre os governantes e os governados, entre legalidade e legitimidade.³⁷

O mencionado autor propõe, assim, a implementação de uma verdadeira democracia participativa (prevista no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal), cuja estrutura organizacional se assenta em quatro princípios cardeais³⁸:

- a) *dignidade da pessoa humana*: este é o “espírito da Constituição”, alicerçando a totalidade dos direitos fundamentais;
- b) *soberania popular*: fonte de todo poder que legitima a autoridade e que se exerce nos limites consensuais do contrato social;

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 25.

³⁸ Idem. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 10-12.

c) *soberania nacional*: consubstanciada na independência do Estado Brasileiro frente aos demais Estados;

d) *unidade da constituição*³⁹, compreendendo:

d.1) unidade lógica (formal): manifesta-se através de uma unidade de normas dispostas em seqüência hierárquica;

d.2) unidade axiológica (material): manifesta-se por meio de uma unidade material de valores e princípios, que são a essência da constituição.

A adoção de uma democracia participativa implica, portanto: a) um Direito Constitucional de liberdade e luta; b) uma repolitização da legitimidade⁴⁰, a qual não se calca em meras normas, mas em princípios; c) uma nova hermenêutica constitucional, na qual os juízes, legisladores de terceiro grau⁴¹, são a “boca da Constituição” e não a “boca da lei”, são os juízes da legitimidade e não os juízes da legalidade⁴².

39 Acerca deste princípio, exara Luís Roberto Barroso: “O ordenamento jurídico é um sistema, o que pressupõe unidade, equilíbrio e harmonia. Em um sistema, suas diversas partes devem conviver sem confrontos inarredáveis. (...) Na colisão de normas constitucionais, especialmente de princípios – mas também, eventualmente, entre princípios e regras e entre regras e regras – emprega-se a técnica da ponderação. Por força do princípio da unidade inexistente hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, *in concreto*, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Conceitos como ponderação e concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade, também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 372).

40 Bonavides atrela a legitimidade ao direito natural, ao poder constituinte e à soberania, crendo que a legitimidade deve ser analisada à luz de uma reflexão filosófica e sociológica. Para o referido autor, a legitimidade é inseparável da ideologia. Deste modo, “a legitimidade enquanto crença ou valor fundamental de sustentação do poder com base no consenso dos governados é conceito histórico, aberto, de conteúdo variável, dotado sempre de crucial atualização”. Segundo Bonavides, “a legitimidade, considerada pura legalidade ou pura aplicação procedimental, conforme defluiu respectivamente do decisionismo de Schmitt ou do formalismo processualista de Luhmann, seria incompatível com a concretização de uma ordem jurídica democrática, aberta, pluralista, atada a uma tábua consensual de valores, com variações alternativas ao exercício do poder por formações dispostas ao compromisso, ao respeito mútuo, à preservação da identidade do regime” (BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 31-49).

41 Observe-se que, segundo Bonavides, o constituinte é o legislador de primeiro grau, e o legislador ordinário é o legislador de segundo grau.

42 BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da**

A democracia participativa se opera por meio de mecanismos de exercício direto da vontade geral e democrática, vindo a restaurar e repolitizar a legitimidade do sistema⁴³. Acerca da noção de legitimidade, cumpre transcrever a elucidativa explanação de Duverger:

[...] todo poder repousa largamente sobre as crenças. Os governados acreditam que é preciso obedecer, e que é preciso obedecer aos governantes estabelecidos de uma certa forma. A noção de “legitimidade” é assim uma das chaves do problema do poder. Em um dado grupo social, a maior parte dos homens acredita que o poder deve ter uma certa natureza, repousar sobre certos princípios, revestir uma certa forma, fundar-se sobre uma certa origem; é legítimo o poder que corresponde a essa crença dominante. A legitimidade, tal como a entendemos, é uma noção sociológica, essencialmente relativa e contingente. Não existe uma legitimidade, mas várias legitimidades, segundo os grupos sociais, os países, as épocas, etc.⁴⁴

Assim, como aduz Duverger, “o poder legítimo não tem necessidade de força para se fazer obedecer. A força só intervém nos casos-limites [...]. Se a legitimidade é sólida, o poder pode ser suave e moderado”.⁴⁵

Como saída para um quadro em que impera uma democracia tão-somente formal, Bonavides propõe uma democracia direta, a qual não possui os mesmos contornos daquela que se fazia presente na Grécia. Trata-se, em verdade de uma democracia na qual o essencial é que:

[...] o povo tenha ao seu imediato dispor, para o desempenho de uma desembaraçada e efetiva e soberana participação, os instrumentos de controle dessa participação, sem o que ela poderá ser sempre

legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001. p. 21-22. Nesta obra, Bonavides prega uma atuação mais democrática do Poder Judiciário, desgarrada da dogmática jurídica tradicional, segundo a qual o juiz é um mero aplicador das leis. O referido autor defende uma atuação do Judiciário calcada num “legitimismo principiológico e material, onde o direito vivo, se a realidade e os princípios falarem mais alto, decreta sua prevalência sobre a regra oxidada do direito vigente de vestes formais”.

43 BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 22.

44 DUVERGER, Maurice. **Ciência Política - teoria e método**. Trad. Heloisa de Castro Lima. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976. p. 15.

45 DUVERGER, Maurice. **Ciência Política - teoria e método**. Trad. Heloisa de Castro Lima. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976. p. 15.

ilusória, e o é nas chamadas democracias representativas do Terceiro Mundo, onde representam o biombo atrás do qual se ocultam as mais opressivas ditaduras sociais de confisco da liberdade humana.⁴⁶

Deste modo, para Bonavides, não basta a mera adoção de um sistema democrático, devendo-se, também, dinamizar a democracia por meio dos mecanismos de participação popular. Como bem aduz esse doutrinador:

A participação é o lado dinâmico da democracia, a vontade atuante que, difusa ou organizada, conduz no pluralismo o processo político à racionalização, produz o consenso e permite concretizar, com legitimidade, uma política de superação e pacificação de conflitos. A participação é o diálogo do cidadão com o Poder, da Sociedade com o Estado, do homem com sua categoria política e social, contribuindo, direta ou indiretamente, para a formação da vontade governativa. Onde há participação e liberdade, há responsabilidade, há democracia. A participação é direito e dever, colaboração e solidariedade, sufrágio e representação.⁴⁷

Prega Bonavides, assim, um Estado democrático-participativo, dotado de efetiva legitimidade, no qual existam harmonia e equilíbrio entre os poderes, o Poder Judiciário venha a ser um democrático instrumento de defesa da Constituição e o povo chegue ao poder, “a sociedade à regeneração e o Estado e a Nação, abraçados com a cidadania, à execução e observância do contrato social”.⁴⁸ Tal Estado consagrará os princípios da liberdade⁴⁹ e da igualdade, com vistas à efetivação do valor supremo sobre o qual se assenta a Constituição: a dignidade da pessoa humana.

Bonavides enxerga no Estado democrático-participativo, portanto, um meio de consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana, uma forma de repolitizar o conceito de legitimidade, tão olvidado nestes

46 BONAVIDES, Paulo. *Os poderes desarmados - À margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História - Figuras do passado e do presente*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 27.

47 Idem. *Política e Constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 509-510.

48 Idem. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 23.

49 Um importante ensaio acerca da “liberdade”, encontramos em: MILL, John Stuart. *A liberdade; utilitarismo*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

tempos em que a lógica dos mercados se sobrepõe à vontade popular. Ao contrário da apatia, o legítimo exercício da vontade popular; ao contrário da sobreposição do Poder Executivo - cooptado pelos grupos dominantes - sobre os demais Poderes, observa-se o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes; ao contrário de um Estado fraco e sujeito aos ditames do mercado internacional, emerge, com a democracia participativa, um Estado que é o próprio povo organizado e soberano.

Com a democracia participativa, reforçam-se as instituições. Tal reforço tem sua origem no mais legítimo instrumento de que uma democracia dispõe: o livre exercício da vontade popular. E aqui Bonavides não deseja uma vontade sujeita aos desvios existentes no sistema representativo, mas sim uma vontade que ecoe de forma direta, base de um Estado democrático-participativo que “libertará povos da periferia, transformando-se em trincheira de sobrevivência, desafio e oposição às infiltrações letais da diátese globalizadora que mina o organismo das sociedades” dos países subdesenvolvidos.⁵⁰

Vê-se, pois, que Bonavides, embora partindo da realidade brasileira, formulou um pensamento acerca do Estado democrático-participativo que se aplica aos demais povos dos países subdesenvolvidos, os quais, cada qual a seu modo, vêm sofrendo os influxos do processo de globalização econômica neoliberal. Ao pregar o Estado democrático-participativo, o referido autor busca avançar um passo além na evolução dos direitos fundamentais, efetivando uma democracia realmente participativa e conduzindo, legitimamente, à supremacia dos princípios constitucionais. Como contraponto à supremacia dos mercados sobre o Estado, propõe-se a legitimação do Estado pelo exercício da soberania popular, repolitizando a legitimidade e fazendo emergir um Direito Constitucional de luta e resistência, bem como uma nova hermenêutica constitucional.

Indo além na sua humanística e libertária luta pela efetivação dos direitos fundamentais, Bonavides chega mesmo a pregar uma globalização política que se contraponha à globalização econômica (calcada na “perpetuidade do *status quo* de dominação”). Resistindo à globalização econômica, esta globalização política se assentará na teoria dos direitos fundamentais. Com efeito, “globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e

50 BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 20.

legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir”.⁵¹

Pode-se, em suma, afirmar que o pensamento de Bonavides - assentado que está na teoria dos direitos fundamentais e na soberania popular - projeta-se contra os abalos sofridos pelo Estado de Direito e pela democracia neste cenário de globalização econômica. Tendo a politização como maior arma, Bonavides resiste aos maléficos efeitos dessa globalização (em verdade, “recolonização”). O caminho para fugir a esta situação de dominação do povo, que não se resume apenas ao Brasil, é enxergando pelo referido doutrinador no Estado democrático-participativo e na globalização política, os quais ressoam como inequívocos instrumentos de repolitização, num cenário marcado pelo império do econômico sobre o político.

4 GLOBALIZAÇÃO POLÍTICA E UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Ao discorrer acerca da globalização, Carlos Alberto Torres demonstra que tal expressão assume diversas “formas”, cumprindo destacar, por serem mais pertinentes a este estudo, as seguintes:

Uma *primeira forma de globalização*, vista no geral como “globalização de cima”, está enquadrada por uma ideologia que *descrevemos como neoliberal*.

[...]

Uma *segunda forma de globalização* representa a *antítese da primeira*. Esta forma de globalização é normalmente descrita como *globalização de baixo ou antiglobalização*, designação que consideramos errônea dado que, de um modo geral, os distintos grupos e movimentos dirigidos a desafiar versões neoliberais da globalização não se opõem a uma maior integração. A *globalização de baixo* manifesta-se sobretudo na presença dos indivíduos, instituições e movimentos sociais ativamente opostos aquilo que é percebido como *globalismo corporativo*. Para estes indivíduos e grupos, o lema é: “não há globalização sem representação”. Nos distintos Institutos Paulo Freire decidimos impulsionar a noção de *planetarização* para designar

51 BONAVIDES, Paulo.. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 524.

este modelo de integração planetária que não está sob o controle das corporações, mas dos cidadãos do mundo.

[...]

Uma *quarta manifestação da globalização* que emerge da crescente integração internacional e que responde mais aos direitos das pessoas que aos mercados é a *globalização dos direitos humanos*. Com a crescente ideologia dos direitos humanos que se apoderam do sistema e da lei internacional, muitas práticas tradicionais endêmicas ao tecido das sociedades particulares ou às culturas (desde as práticas religiosas até às práticas esotéricas) estão a ser questionadas, desafiadas, esquecidas, ou até mesmo proibidas. A ascensão das democracias cosmopolitas e a cidadania plural é o tema desta versão da globalização⁵² (grifo nosso).

A globalização política de que fala Paulo Bonavides, além de calcar-se na evolução dos direitos humanos e em seu caráter universal, é também um contraponto à globalização econômica neoliberal. Tal noção, portanto, concilia os elementos que constituem tanto a “globalização de baixo” como a “globalização dos direitos humanos” às quais se refere Carlos Alberto Torres.

Como bem demonstra Fábio Konder Comparato⁵³, a evolução dos direitos humanos, a partir de 1945, foi marcada por importantes instrumentos, dos quais se destacam a Declaração Universal de Direitos Humanos (de 10 de dezembro de 1948) e a Convenção Internacional sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (aprovada em 09 de dezembro de 1948 no quadro da Organização das Nações Unidas). Tratam-se de verdadeiros marcos inaugurais de um período histórico caracterizado pela internacionalização dos direitos humanos. Além dos direitos individuais (de natureza civil e política) e dos direitos econômicos e sociais, novas espécies de direitos humanos passaram a ser consideradas, tais como os direitos dos povos e os direitos da humanidade.⁵⁴

52 TORRES, Carlos Alberto. **Globalização, cidadania multicultural e política**. Disponível em: <<http://www.isecure.com.br/anpae/61.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2008.

53 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

54 Como direitos reconhecidos neste novo período histórico, Comparato aponta os direitos à preservação de sítios e monumentos, considerados parte integrante do patrimônio mundial (Convenção relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972), à comunhão nas riquezas minerais do

Comparato foge à concepção positivista de que não há direito fora da organização estatal, ou do concerto de Estados no plano internacional.⁵⁵ Para o referido autor, deve-se encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal, fundamento este que “só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais”.⁵⁶ Entende Comparato que:

Surge agora à vista o termo final do longo processo de unificação da humanidade. E, com isso, abre-se a última grande encruzilhada da evolução histórica: ou a humanidade cederá à pressão conjugada da força militar e do poderio econômico-financeiro, fazendo prevalecer uma coesão puramente técnica entre os diferentes povos e Estados, ou construiremos enfim a civilização da cidadania mundial, com o respeito integral aos direitos humanos, segundo o princípio da solidariedade ética.⁵⁷

Trata-se da “cidadania universal, da qual emanam direitos e garantias internacionalmente assegurados”, no dizer de Flávia Piovesan.⁵⁸ O ser humano deixa de ser objeto para se tornar sujeito de direito internacional (posição antes ocupada apenas pelos Estados). Como bem demonstra tal doutrinadora, no caso de conflito entre regras internacionais e internas no campo dos direitos humanos, há uma tendência atual de fazer prevalecer aquela mais favorável ao sujeito de direito, vez que a proteção da dignidade da pessoa humana é o fim último e a razão de ser de todo o ordenamento jurídico.

No Brasil, um importante passo no sentido de proporcionar uma mais eficaz proteção aos direitos humanos, reconhecendo-lhes o caráter

subsolo marinho (Convenção sobre o Direito do Mar, de 1982) e à preservação do equilíbrio ecológico do planeta (Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 1992).

55 Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

56 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 59.

57 *Ibidem*. p. 57.

58 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006. p. XXIV.

internacional, foi o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a qual incluiu os seguintes parágrafos no art. 5º da Constituição de 1988:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.⁵⁹

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.⁶⁰

Vê-se, portanto, que a Constituição Brasileira, embora já reconhecesse, em seu art. 5º, § 2º, os direitos e garantias expressos em tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte, passou também a prever o *status formalmente* constitucional dos tratados aprovados, pelo Congresso Nacional, com quorum similar ao das emendas constitucionais.

Destarte, ao prever a sujeição do Brasil ao Tribunal Penal internacional, a Carta Magna dá um passo além no reconhecimento do caráter universal dos direitos humanos, cuja proteção deve ser assegurada da forma mais eficaz, em nível supranacional.

59 Com o advento do transcrito § 3º do art. 5º, Flávia Piovesan adota o entendimento de que surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais (é a regra válida para todos os tratados desta natureza), que são suscetíveis de denúncia por parte do Estado; b) os material e formalmente constitucionais (aqueles equivalentes às emendas constitucionais, aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros), que não são suscetíveis de denúncia (PIOVESAN, Flávia. *Reforma do Judiciário e direitos humanos*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 72-73).

60 O Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional (TPI), foi ratificado pelo Brasil em 20.06.2002. Não cabe ao Estado brasileiro afastar a jurisdição do TPI. O Estatuto de Roma se mostra consoante com o ordenamento jurídico interno brasileiro por ao menos três razões, elencadas por Flávia Piovesan: a) por adotar regras de direito material em parte já reconhecidas em outros tratados internacionais ratificados pelo Brasil (como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, dentre outros); b) o Estatuto dispõe acerca de um mecanismo internacional de proteção a direitos humanos que não é em todo diferente daquele previsto para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual já teve sua jurisdição reconhecida pelo Brasil; c) a Constituição de 1988, no art. 7º do ADCT, deixa claro que o Brasil envidará esforços no sentido de se criar um tribunal internacional de direitos humanos (PIOVESAN, Flávia. *Reforma do Judiciário e direitos humanos*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 76-77).

Em tal cenário, percebe-se o quão premente é a adoção de mecanismos efetivos de democracia participativa no Brasil, a fim de que o povo possa diretamente tomar as mais relevantes decisões políticas. Não se pode pretender que a universalidade dos direitos humanos seja uma realidade sentida por todos os cidadãos se a estes sequer é garantida uma maior participação na vida política de seu próprio País. Tal participação é condição inafastável para que haja uma verdadeira cidadania universal, na qual os seres humanos se respeitem mutuamente num espaço de convivência calcado nos direitos humanos, vez que de nada adianta pretender uma participação ativa do cidadão em escalada global se a este é negada a definição dos rumos do próprio local em que vive.

É preciso dotar de efetividade os conceitos ora analisados, algo apenas possível na medida em que a democracia deixe de ser vista como abstração e passe a ser encarada como uma *praxe*; é preciso que a democracia seja *praticada no cotidiano* dos indivíduos, constituindo um *hábito* na vida de todos e de todas, e não apenas um ideal; é preciso, numa visão interdisciplinar, que os juristas se conscientizem de que é chegada a hora de conferir um novo enfoque à abordagem da democracia, menos preocupado com seu acabamento teórico (já tão desenvolvido ao longo dos séculos) e mais voltado ao estudo das *condições necessárias à sua efetividade*.

De nada adianta pretender que as pessoas de comportem de forma democrática se a democracia não se encontra em suas consciências e não permeia seus ideais. E qual é o mais importante mecanismo de que dispõe a humanidade na formação de consciências e na propagação de ideais? De que modo os mais caros valores humanos são verdadeiramente assimilados? Como uma geração, pretendendo ver uma mais democrática realidade no futuro e uma efetiva integração entre os povos (mediante a globalização política), pode pretender que as gerações futuras concretizem tal ideal?

A resposta às indagações acima é encontrada na educação, mais eficaz meio de *difusão* e de *construção* de valores humanos. No capítulo que segue, será analisada a fundamental importância de um processo educacional democrático para a efetivação da democracia participativa e para o alcance de uma globalização verdadeiramente política.

5 EDUCAÇÃO DEMOCRÁTICA – O CAMINHO PARA A GLOBALIZAÇÃO POLÍTICA

Traçadas todas as considerações acima, deve-se frisar que de nada vale pregar a participação do indivíduo nas mais relevantes decisões políticas - mediante instrumentos de democracia direta - se tal participação não é fomentada pelos métodos educacionais, os quais devem construir o conhecimento por meio de relações dialéticas e não unilaterais.

Na complexa realidade global contemporânea, não se pode olvidar a importância do processo educacional em toda e qualquer teoria que vise ao desenvolvimento humano. Assim, doutrinas em prol da democracia participativa e de uma globalização de caráter humanístico e democrático (que se contraponha à globalização neoliberal) não podem relegar a importância da educação, sob pena de se tornarem discursos sem efetividade. Em tal contexto, o pensamento de Paulo Freire ganha relevo, tendo em vista sua pregação no sentido de que a ação do educador:

[...] identificando-se, desde logo, com a dos educandos, deve orientar-se no sentido da humanização de ambos. Do pensar autêntico e não no sentido da doação, da entrega do saber. Sua ação deve ser infundida na *profunda crença nos homens*. Crença no seu poder criador.

Isto tudo exige dele que seja companheiro dos educandos, em suas relações com estes⁶¹ (grifo nosso).

Neste cenário de profundas mudanças, a educação que conduz à democracia participativa e à globalização política deve ser assentada na liberdade, no diálogo, num aprendizado recíproco entre docentes e alunos, representando a harmonização entre a sede de mudanças das novas gerações e o conhecimento intelectual dos educadores. Verdadeira educação sem diálogo não há, e é do entendimento conjunto, do encontro de idéias e do respeito à divergência de opiniões que surge a verdadeira democracia. É deste processo que emergem os valores que formarão a dimensão axiológica do Direito, aqui encarado da forma tridimensional tão bem desenvolvida por Miguel Reale.⁶²

61 FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. p. 62.

62 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.

A máxima de Voltaire segundo a qual “posso até não concordar com nenhuma das palavras que dizes, mas defenderei até a morte teu direito de dizê-las” – frase esta que é símbolo da liberdade iluminista – é diariamente renegada pelo formalismo do ensino aplicado, na medida em que se relega a inteligência e a cognição do aluno a segundo plano. Por mais fundamentadas que sejam as palavras do docente e por mais democráticas que sejam as lições proferidas, esbarram estas no silêncio de quem apenas ouve, retirada que lhe foi a voz. Assim, num contexto que se diz democrático mas que não adota a democracia nos métodos de ensino, observa-se um paradoxo entre a liberdade na teoria e o autoritarismo na prática. O processo educacional, em vez que proporcionar o surgimento de novas idéias, torna-se sinônimo de continuísmo.

Para a emersão de uma verdadeira democracia participativa, deve-se ter em mente que não há leis sem homens que as formulem, não há prática que se firme sem idéias, não há fins sem princípios, não há oposição sem causa. A democracia não deve ser interpretada de forma legalista, espelhada na crença da norma como motor social. A força-motriz é, por outro lado, a participação popular, a qual somente será efetiva e transformadora na medida em que os componentes do grupo social tenham uma visão ativa de sua cidadania, enxergando-se como verdadeiros motores do desenvolvimento da sociedade e não como meros sujeitos passivos frente à ação estatal e dos grupos privados.

Assim, ao falar da educação para a cidadania num mundo globalizado, Dina Lida Kinoshita expõe uma gama de novas idéias e valores que põem em xeque conceitos tradicionais e que demonstram a inequívoca importância do processo educacional na contemporaneidade:

Observa-se, em muitas partes do mundo, uma busca de novos valores, novas visões e novos princípios de vida que vão se conformando nesse novo paradigma que pode ser caracterizado por:

- um reconhecimento crescente da integralidade e interdependência de todos os aspectos da realidade e da experiência;
- esforços no sentido de um desenvolvimento em consonância com os princípios ecológicos e limites ambientais;

- uma nova solidariedade com o abandono de abordagens baseadas na cobiça ou escassez em favor de elementos que levem em conta a suficiência de recursos e a preocupação com o outro;
- uma globalização da consciência e das comunicações através do desenvolvimento de redes de comunicações;
- uma descentralização do poder e novos modos de auto-organização de comunidades, que exige a revitalização da sociedade civil e instituições globais adequadas ao novo paradigma;
- substituição de um modelo de competição e confronto desenfreados por um regido pela cooperação e a parceria em todas as esferas da vida sócio-econômica e política;
- um despertar da espiritualidade e da consciência.⁶³

Para que o povo possa se inserir num verdadeiro processo de globalização política, calcado numa cidadania exercida em nível planetário (ou global, ou mundial, conforme a terminologia adotada por cada doutrinador), é necessário que haja, primeiramente, condições para o pleno exercício da cidadania no próprio Brasil. Neste sentido, sintomáticas são as palavras de Moacir Gadotti:

De toda maneira, diante deste cenário incerto, podemos apostar que a mundialização é mais provável do que a fragmentação, pois ela se configura como a tendência mais forte. Mas continua sendo a mesma aposta de tantos do passado. A diferença é que agora ela está sendo possibilitada pela tecnologia, embora acessível ainda a muito poucos. “A história é possibilidade e não fatalidade”, costumava nos dizer Paulo Freire.

À primeira vista parece que hoje a cidadania, a tecnologia e a globalização estão caminhando juntas. Contudo, precisamos distingui-las, analisando seus limites e possibilidades. Daí a nossa preocupação pedagógica em colocar aqui algumas questões finais para a reflexão:

63 KINOSHITA, Dina Lida. **Educação para a cidadania em um mundo globalizado**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/tematicas/educacao/basica/conceitosvalores/kinoshitaeducacaoparaacidadania.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2008.

1ª *Como construir uma cidadania planetária num país globalizado onde sequer foi ainda construída a cidadania nacional?* Essa não é apenas uma pergunta que deve ser dirigida aos educadores, mas também aos políticos, aos comunicadores etc.⁶⁴ (grifo nosso)

Neste contexto, elucidativas de mostram as palavras de Maria Victoria Benevides em defesa de uma educação para cidadania na democracia contemporânea:

Três elementos são indispensáveis e interdependentes para a compreensão da educação para a cidadania, ou para a democracia:

1. *a formação intelectual e a informação* - da antiguidade clássica aos nossos dias trata-se do desenvolvimento da capacidade de conhecer para melhor escolher. Para formar o cidadão é preciso começar por informá-lo e introduzi-lo às diferentes áreas do conhecimento, inclusive através da literatura e das artes em geral. A falta, ou insuficiência de informação reforça as desigualdades, fomenta injustiças e pode levar a uma verdadeira segregação. No Brasil, aqueles que não têm acesso ao ensino, à informação e às diversas expressões da cultura *lato sensu*, são, justamente, os mais marginalizados e “excluídos”. O direito à educação fundamental é um direito humano inalienável, de responsabilidade do Estado.

2. *a educação moral*, vinculada a uma didática dos valores republicanos e democráticos, que não se aprendem intelectualmente apenas, mas, sobretudo pela consciência ética, *que é formada tanto de sentimento quanto de razão*; é a conquista de corações e mentes.

3. *a educação do comportamento*, desde a escola primária, no sentido de enraizar hábitos de *tolerância* diante do diferente ou divergente, assim como o aprendizado da cooperação ativa e da subordinação do interesse pessoal ou de grupo ao interesse geral, ao *bem comum*. Sem participação dos interessados no estabelecimento de metas e em sua execução, como já afirmava Dewey, não existe possibilidade alguma de bem comum.

64 GADOTTI, Moacir. **Cidadania planetária**: pontos para reflexão. Disponível em: <http://www.paulofreire.org/twiki/pub/Institucional/MoacirGadottiArtigosIt0040/Cidadania_Plenataria_1998.pdf>. Acesso em: 08 set. 2008.

De maneira resumida, a educação do cidadão, na concepção democrática, exige conhecimentos básicos da vida social e uma correspondente formação ética.⁶⁵

Segundo Maria Victoria Benevides, tal educação para a cidadania (ou para a democracia) se deve assentar em: a) valores republicanos, englobando o respeito às leis e ao bem público (acima do interesse privado), bem como o sentido de responsabilidade no exercício do poder; b) valores democráticos, envolvendo o reconhecimento da igualdade, o respeito integral aos direitos humanos e o acatamento da vontade da maioria legitimamente formada (respeitados, por óbvio, os direitos das minorias). Destacam-se, em tal pregação, os seguintes valores: liberdade, igualdade e solidariedade.

A efetividade das normas que tratam dos direitos humanos, cujo caráter universal se tem firmado ao longo de sucessivos tratados internacionais, depende, fundamentalmente, de um processo educacional de natureza humanista, calcado na dignidade da pessoa humana. Não é por outra razão que o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, é claro ao exaltar a importância da educação no sentido de promover o respeito aos direitos e liberdades nela previstos.

6 CONCLUSÃO

A globalização econômica tem colocado em xeque concepções jurídicas tradicionais, como bem observa José Eduardo Faria⁶⁶, exigindo assim uma redefinição dos conceitos, premissas e categorias tradicionais do pensamento jurídico.

65 BENEVIDES, Maria Victoria. Educação para a cidadania na democracia contemporânea. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/iea/tematicas/educacao/basica/conceitosvalores/benevideseducacao_cidadania.pdf>. Acesso em: 09 set. 2008.

66 FARIA, José Eduardo Machado de. **O Direito da economia globalizada**. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, passim. Segundo Faria, a globalização econômica tem levado à erosão do monismo jurídico para dar lugar a um pluralismo, exigindo assim uma redefinição dos conceitos, premissas e categorias tradicionais do pensamento jurídico. Partindo do conceito de paradigma adotado por Kuhn, José Eduardo Faria observa a exaustão do paradigma da dogmática jurídica frente à atual globalização econômica. Diante desta realidade, o referido autor comenta as instituições, regulações e culturas jurídicas surgidas com a globalização. Dentre as linhas que apontam caminhos para o Direito, na perspectiva de interação entre sistemas auto-regulados ou cadeias produtivas autônomas, destacam-se os comentários desse autor acerca: a) do “direito reflexivo” e da “democracia organizacional”; b) do “direito social”.

Partindo da constatação de que a globalização econômica neoliberal tem afrontado a democracia e o Estado de Direito não somente no Brasil, Paulo Bonavides crê que se faz necessária a efetivação de um Estado democrático-participativo. Somente por meio do exercício da democracia participativa, o povo poderá recuperar sua soberania e resgatar a supremacia constitucional, do que emergirá um Estado de Direito revigorado, cuja legitimidade se assenta no princípio democrático, combatendo as mazelas ocasionadas pela referida globalização.

A globalização neoliberal, submetendo o político ao econômico, tolhe o poder estatal e diminui a participação popular. Neste cenário, em que o econômico se sobrepõe ao político, o que faz então Bonavides? Calcado numa longa evolução dos direitos fundamentais, em cuja última dimensão se encontra o direito à democracia, o referido doutrinador desenvolve toda uma pregação em prol de uma repolitização. É com base nisso que prega um Estado democrático-participativo; é com esse espírito que busca humanizar e legitimar o conceito de globalização, contrapondo-se aos maléficos efeitos da globalização econômica e propondo uma globalização política. Eis, em suma, a revigorada crença de que “todo poder emana do povo”, estampada numa inovadora concepção de Estado (o Estado democrático-participativo) e numa verdadeira universalização dos direitos fundamentais (insita à globalização política).

Todavia, inócua se mostra uma democracia que resida apenas nos diplomas normativos internos e nos tratados internacionais. Inócua uma globalização política situada apenas nos anseios legítimos dos que desejam uma cidadania em escala global, amparada na universalidade dos direitos humanos.

Não há como dotar de efetividade a democracia se esta não se revela nos métodos de ensino, se não é observada na realidade de quem educa, se não é despertada desde os primeiros anos de vida. Daí a pregação de Paulo Freire no sentido de que se faz necessário plantar a semente da educação para, no futuro, colher os frutos da cidadania.⁶⁷

67 Cf. FREIRE, Paulo. **Ação cultural para a liberdade e outros escritos**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

FREIRE, **A importância do ato de ler: em três artigos que se complementam**. São Paulo: Cortez, 1987.

Id., **Cartas a Guiné-Bissau**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

Id., **Pedagogia da autonomia – saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

Id., **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

Deve-se, portanto, compreender a educação como prática da liberdade e da igualdade inseridas num contexto dialogal, para que o Direito, sob o prisma normativo, não seja apenas princípio de uma democracia inerte, mas fruto de uma contínua democratização das relações sociais. Somente assim se concretizarão os ideais há tanto exaltados por filósofos como Ihering, para quem “não só o homem letrado, como também o homem do povo deveria ter oportunidade de perceber o que ambos, Estado e Direito, fazem por cada um”.⁶⁸

7 REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Maria Victoria. **Educação para a cidadania na democracia contemporânea**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/tematicas/educacao/basica/conceitosvalores/benevideseducacaocidadania.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Constituinte e Constituição, a democracia, o federalismo e a crise contemporânea**. 2.ed. Fortaleza: Edições Imprensa Oficial do Ceará, 1987.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Do País constitucional ao País neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

_____. Interpretação da Constituição e democracia. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. **Direito Constitucional**

FREIRE, Paulo. **Política e educação**. São Paulo: Cortez, 1993.

FREIRE, Paulo; GUIMARÃES, Sérgio. **Sobre educação** (diálogos). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

68 IHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, v. 1. p. 297.

contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. **Os poderes desarmados - À margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História - Figuras do passado e do presente.** São Paulo: Malheiros, 2002,

_____. **Política e Constituição: os caminhos da democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa** (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico: aplicação e eficácia.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockman. **Estudos de Direito Econômico.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do judiciário analisada e comentada.** São Paulo: Editora Método, 2005.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito.** 5.ed. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado - Editor, Sucessor, 1979.

DUVERGER, Maurice. **Ciência Política - teoria e método.** Trad. Heloísa de Castro Lima. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. **As três economias políticas do Welfare State.** In: Lua Nova. São Paulo: CEDEC, n. 24, set. 1991.

ETZIONI, Amatai. **The third way to a good society**. Londres: Redwood books, 2000.

FARIA, José Eduardo Machado de. **O Direito da economia globalizada**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

FREIRE, Paulo. **Ação cultural para a liberdade e outros escritos**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

_____. **A importância do ato de ler: em três artigos que se complementam**. São Paulo: Cortez, 1987.

_____. **Cartas a Guiné-Bissau**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

_____. **Pedagogia da autonomia – saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

_____. **Política e educação**. São Paulo: Cortez, 1993.

FREIRE, Paulo, GUIMARÃES, Sérgio. **Sobre educação** (diálogos). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade de escolher**. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro Record, 1980.

FURTADO, Celso. **O capitalismo global**. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

GADOTTI, Moacir. **Cidadania planetária**: pontos para reflexão. Disponível em: <http://www.paulofreire.org/twiki/pub/Institucional/MoacirGadottiArtigosIt0040/Cidadania_Plenataria_1998.pdf>. Acesso em: 08 set. 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HAYEK, Friedrich August Von. **O Caminho da Servidão**. 2. ed. Trad. Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1977.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

IHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. v. 1.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KINOSHITA, Dina Lida. **Educação para a cidadania em um mundo globalizado**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/tematicas/educacao/basica/conceitosvalores/kinoshitaeducacaoparaacidadania.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2008.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito – Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

MATIAS PEREIRA, José. **Finanças públicas: a política orçamentária no Brasil**. São Paulo: Atlas, 1999.

MILL, John Stuart. **A liberdade; utilitarismo**. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006,

_____. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Editora Método, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: **Sociedade e Estado em transformação**. PEREIRA, Luiz Carlos; Wilhelm, Jorge; SOLA, Lourdes (organizadores). São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999.

SEGADO, Francisco Fernandez. **El sistema constitucional español**. Madrid, Dykinson, 1992.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TORRES, Carlos Alberto. **Globalização, cidadania multicultural e política**. Disponível em: <<http://www.isecure.com.br/anpae/61.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2008.

WITKER, Jorge. **Antología de estudios sobre Derecho Económico**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.

ASPECTOS RELEVANTES DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Solange de Holanda Rocha
Procuradora Federal;

Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho - RJ;
Especialista em Direito Constitucional pela
Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso,
em convênio com a Fundação Escola Superior do MPU - RS

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A hermenêutica jurídica; 3 A hermenêutica constitucional; 4 A interpretação das normas constitucionais; 5 Conclusão; 6 Referências.

RESUMO: A hermenêutica é parte da ciência jurídica que estuda os processos de interpretação da lei (*lato sensu*). A interpretação, por sua vez, se desenvolve a partir da análise de determinado dispositivo legal com a aplicação dos princípios, instrumentos e fórmulas preconizados pela hermenêutica. A hermenêutica inicialmente evoluiu dentro de uma perspectiva do Direito Privado, e mais recentemente, a partir do século XX, tem ocupado a atenção dos estudiosos e operadores do Direito Público. Dentro desta nova perspectiva, tem-se prestigiado a doutrina e a jurisprudência desenvolvida em torno do tema relativo à interpretação constitucional, que constitui objeto de estudo da hermenêutica constitucional. As normas constitucionais têm funções precípuas de estruturar organicamente o Estado, regular os direitos fundamentais e as respectivas garantias e indicar os valores a serem preservados e os fins sociais a serem atingidos. A tarefa de interpretar a Constituição representa passar da leitura política, ideológica ou simplesmente empírica para a leitura jurídica do texto constitucional, com vistas a encontrar o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica e almejando sua plena eficácia. Não obstante as incertezas decorrentes da falta de uma teoria que dê sustentação e consistência na seleção dos métodos e princípios que organizem o acesso à Constituição, predomina a posição doutrinária que enaltece as virtudes dessa riqueza instrumental com o argumento de que, em face da extrema complexidade do trabalho hermenêutico, todo pluralismo é saudável, não se constituindo em obstáculo, antes colaborando, para o conhecimento da verdade, ampliando o horizonte de compreensão e facilitando a tarefa de aplicar do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica Jurídica. Interpretação. Constituição.

1 INTRODUÇÃO

A palavra intérprete tem origem latina – *interpres* – e designava o adivinho, aquele que descobria o futuro ou desentranhava o sentido de algo. O conteúdo jurídico assumido pelo termo – quem desentranha o significado das palavras da lei – pode representar a origem provável da hermenêutica como ciência da interpretação.

A interpretação é um discurso ou um processo complexo que incide sobre um enunciado lingüístico. Tem como objeto uma disposição, sendo o seu resultado uma norma. Trata-se de uma exigência inevitável do Direito, considerando que o ordenamento jurídico não é dotado de plenitude hermética e se vale de princípios e regras, que orientam o intérprete na árdua tarefa de aplicação das normas jurídicas aos casos concretos.

A hermenêutica inicialmente evoluiu dentro de uma perspectiva do Direito Privado, e mais recentemente, a partir do século XX, tem ocupado a atenção dos estudiosos e operadores do Direito Público. Dentro desta nova perspectiva, tem-se prestigiado a doutrina e a jurisprudência desenvolvida em torno do tema relativo à interpretação constitucional, que constitui objeto de estudo da hermenêutica constitucional.

Cotidianamente, o operador do direito se vê envolvido em questões que tratam da constitucionalidade de certa norma ou texto legal. Essa constitucionalidade é aferida, basicamente, ao se analisar as possibilidades de interpretação e aplicação dessa mesma norma. A atividade de interpretação, portanto, passa a ser inerente à própria atividade legiferante.

O estudo que aqui se empreende se volta, basicamente, para a atividade interpretativa especificamente constitucional, e procura apresentar os princípios, regras e métodos que nos dias atuais têm norteado referida atividade.

Neste sentido, examina-se, inicialmente, a hermenêutica jurídica clássica e seus métodos de interpretação. Mais adiante apresentam-se os traços distintivos entre a hermenêutica aplicada ao Direito Privado e ao Direito Público. Na seqüência, destaca-se a importância da hermenêutica constitucional e em seguida, percorre-se a interpretação constitucional propriamente dita.

Analisa-se, assim, o conceito, a problemática, os princípios, as regras ou diretrizes e os métodos de interpretação constitucional.

Finalmente, à guisa de conclusão, procura-se apresentar uma síntese das idéias expostas ao longo do trabalho.

2 A HERMENÊUTICA JURÍDICA

2.1 CONCEITUAÇÃO PRELIMINAR

Segundo a doutrina tradicional, a hermenêutica jurídica é parte da ciência jurídica que estuda os processos de interpretação da lei (*lato sensu*). Em sentido estrito, hermenêutica é sinônimo de interpretação. Como bem observa Vicente Ráo¹ em sua obra clássica, *O Direito e a Vida dos Direitos*, o que distingue a hermenêutica da interpretação e da aplicação é a diferença que vai da teoria científica à sua prática, vale dizer, a primeira é a ciência, as outras duas constituem a técnica. Sendo assim, a hermenêutica objetiva os princípios científicos que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação; já a interpretação, por meio de regras e processos especiais, procura realizar esses princípios na prática; e a aplicação, adaptar os preceitos, contidos na norma jurídica e interpretados, às situações de fatos que se lhes subordinam. A expressão restauração do conceito orgânico do direito refere-se à integração, ou seja, ao preenchimento das lacunas da lei. Com efeito, além da estrita aplicação e interpretação, compete à hermenêutica sistematizar os meios pelos quais se restaura a plenitude do ordenamento jurídico.

A hermenêutica não se refere somente à lei, mas ao direito contido na lei; o seu escopo é descobrir o direito, isto é, o conteúdo normativo nas formas de expressão do direito. Na concepção de Fernando Coelho, em *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*:

Podemos situar epistemologicamente a hermenêutica como parte da ciência do direito, cujo objeto é o estudo e a sistematização dos processos lógicos de interpretação, integração e aplicação do direito, correspondendo particularmente à dimensão dogmática do conhecimento jurídico.²

1 RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, v. 2, São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 542.

2 COELHO, Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 178.

Para explicar a diferença entre a hermenêutica e a interpretação, convém dizer que a hermenêutica trata de modo genérico, dos meios, critérios e métodos interpretativos, enquanto a interpretação se desenvolve a partir da análise de determinado dispositivo legal com a aplicação dos princípios, instrumentos e fórmulas preconizados pela hermenêutica.

Desse modo, a aplicação do direito pressupõe a interpretação, a qual há de ser entendida como atividade intelectual que se desenvolve a luz de princípios hermenêuticos, com a finalidade de construir o conteúdo, o sentido e o alcance das normas jurídicas.

Mas o que significa interpretar? Segundo o dicionário Globo³, interpretar é “*ajuizar da intenção, o sentido de*”, e ainda, “*explicar, esclarecer o sentido de*” palavra, texto ou lei. Na vida jurídica, interpretar é confrontar o texto frio da lei com os fatos e litígios a que tem de ser aplicada.

A interpretação jurídica extravasa, todavia, o campo da dogmática jurídica, podendo ser examinada sob diversos pontos de vista, dentre os quais a teoria científico-descritiva da interpretação e a teoria filosófica.

A teoria científica propõe estudar as técnicas possíveis de interpretação, a partir de um processo interpretativo que possibilita o alcance do sentido exato ou verdadeiro conteúdo da lei. Trata-se de corrente hermenêutica de cunho objetivista, pois pressupõe uma atividade interpretativa subordinada a um precedente, ou mesmo a uma interpretação ligada ao sentido atribuído pelo legislador. A exemplo do que ocorre no discurso jurídico-dogmático, esta teoria defende a busca dos valores do criador da norma, uma vez que a lei deve expressar a vontade do legislador.

A hermenêutica filosófica parte de uma concepção mais ampla, consoante o pensamento de Heidegger e de Gadamer, cujas obras são estudadas na doutrina pátria com bastante propriedade pelo professor Lenio Luiz Streck⁴. A visão filosófica, a qual pode ser denominada de ideologia da interpretação jurídica, objetiva dirigir a atividade

3 FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. **Dicionário Brasileiro Globo**. 56. ed. São Paulo: Globo, 2003.

4 COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leoneo Severo. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/orgs. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 137-180.

interpretativa, segundo os valores ou idéias a realizar. Neste contexto, a hermenêutica jurídica passa a ter novo significado e alcance, pois a tarefa de esclarecimento do sentido da lei depende essencialmente da ideologia do intérprete e da ideologia que a lei espelha. Segundo esta visão, interpretar é criar, produzir, elaborar sentido, diferentemente do que sempre proclamou a hermenêutica tradicional, em que os conteúdos dos textos legais eram procurados e encontrados mediante as chamadas técnicas interpretativas.

Para a hermenêutica tradicional, as normas jurídicas contêm certo grau de autonomia significativa, como se fosse possível descobrir um sentido preexistente, tal como a vontade do legislador, por exemplo, que seria reproduzida nas expressões normativas. Contra esse mito, a teoria crítica, inspiradora de reflexões filosóficas, assume que o trabalho de descoberta de um sentido representa, em verdade, uma atribuição de significado; ou seja, o intérprete não é nenhum autômato que, pelos procedimentos metodológicos, possa simplesmente descrever um significado autônomo e unívoco; ele é na verdade um criador de sentido e, como tal, consiste numa instância ideológica de atribuição de significados heterônomos.

Nas palavras de Fernando Coelho, “não é o sentido da norma que se impõe ao jurista, mas é o jurista que estabelece o sentido da norma de acordo com sua formação cultural e ideológica, de sorte que é o jurista a única e autêntica fonte do direito”⁵.

Destarte, a hermenêutica crítica não rejeita a ideologia e, neste aspecto, ela é decididamente antikelseniana; exige, porém, que a ideologia do direito não permaneça inconsciente e que, tornando-a consciente, possa estar o jurista em condições de questioná-la quanto aos seus efeitos na vida social, da própria ideologia e das normas que a pretendem dissimular.

2.2. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

Na Antigüidade, as fontes materiais do direito eram consideradas como de origem divina, de tal sorte que somente aos sacerdotes se permitia explicar esse direito revelado. Neste princípio, acreditou-se que, para interpretar a lei, antes de tudo, era necessário perquirir a vontade

⁵ COELHO, Fernando. op. cit., p. 182.

do legislador, daí por que o uso no Direito Romano da interpretação unicamente literal, restrita ao método gramatical.

A escola exegética cedeu espaço em virtude da própria dinâmica dos fatos sociais que reagem sobre o direito, bem como da evolução dos institutos, que exigiram a flexibilidade e o alcance da interpretação. Após a codificação napoleônica a questão dos métodos interpretativos começa a tornar-se tema de mais alta importância, surgindo os sistemas hermenêuticos modernos, que recebem diferentes classificações na doutrina jurídica.

Quanto aos órgãos de que emana, classifica-se a interpretação como *autêntica* quando emanada do próprio legislador. Assim, se o legislador a interpreta no próprio corpo da lei, tem-se a interpretação contextual e, se assim não o faz, ocorre a interpretação posterior. Pode ser ainda *judicial* quando feita por juízes ou tribunais, distinguindo-se da anterior (autêntica) por não ter caráter obrigatório. Tem-se ainda a *doutrinária* ou *doutrinal*, caracterizando-se por seu imenso prestígio, uma vez que realizada por escritores, juristas e estudiosos da matéria.

Quanto à maneira (ou técnica, processo, método), há diversas classificações que, entretanto, podem ser resumidas aos seguintes meios: gramatical (ou literal), *lógico* (ou científico), *sistemático*, *histórico*, *teleológico* e da *livre investigação*.

O método gramatical consiste na apuração da significação exata das palavras e da linguagem, utilizando os elementos puramente verbais, analisando-as individualmente e na sintaxe. Logo, completa-se com a análise do texto.

Já o lógico (ou científico) insere o intérprete nos meandros da mecânica social, na história da formação da lei e da evolução do direito, identificando-se com o espírito do legislador que a elaborou. Busca atingir o sentido e alcance da norma. Na lição de Carlos Maximiliano⁶ o método lógico de interpretação jurídica consiste diligenciar o intérprete no caminho de desvendar nos sentidos das expressões do direito, aplicando o conjunto das regras tradicionais e precisas da lógica formal.

6 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. p. 155-156.

A interpretação de maneira sistemática analisa a lei atendo-se ao fato de que o direito é organizado em princípios informadores e hierárquicos, que subordinam as leis em um conjunto harmônico. Para que sejam as leis por esse modo interpretadas, há que se examinar a sua relação com as demais leis que integram o ordenamento jurídico. O intérprete deve cotejar a regra com os demais comandos normativos que integram o sistema jurídico, de forma a sopesar os princípios, indagar os postulados que orientam a produção de normas jurídicas, perguntar das relações de subordinação e coordenação que governam a coexistência das regras. O método sistemático parte, portanto, de uma visão grandiosa do direito e intenta compreender a lei como algo impregnado de toda a força que a ordem jurídica ostenta.

No método histórico, a interpretação é feita através da perspectiva histórica da formação da lei, desde seu projeto, justificativa, exposição de motivos, emendas, aprovação e promulgação, assimilando-se os anseios da sociedade à época de sua criação e, ainda, sua evolução através do tempo para se chegar a uma justa aplicabilidade da norma. Objetiva apurar a vontade do legislador e os objetivos que a lei visava atingir (*ratio legis*). É hoje destituído de valor científico, uma vez que na interpretação, os trabalhos preparatórios e a discussão parlamentar são destituídos de valor, servindo apenas para indicar as condições históricas do povo e os impulsos, que determinaram a criação da lei, como remédio para atender as necessidades do momento.

O método teleológico tende acentuar a finalidade da norma, antevendo o exame da *ocasio legis* que teria o condão de indicar a direção finalística do comando normativo. Tem por objetivo adaptar o sentido ou finalidade da norma a novas exigências sociais, tal como recomendado no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que assim dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum”⁷.

Recomendou-se, enfim, o uso da livre investigação, pesquisa ou interpretação do direito.

Quanto ao resultado, a interpretação pode ser dividida em *declarativa* (ou estrita), *ampliativa* (ou extensiva) e *restritiva*, devendo-se ressaltar a posição doutrinária que não admite essa divisão, ao argumento de que toda interpretação é declarativa, não podendo ampliar ou restringir o conteúdo

7 Vade Mecum – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 165.

da lei. É declarativa, como induz o próprio nome, quando da interpretação da lei redundando o exato sentido que contém suas palavras, não acrescentando ou limitando os casos que não estão incluídos em seu sentido literal, o que resultaria numa interpretação ampliativa ou limitativa, respectivamente. Em outras palavras, quem interpreta literalmente por certo não amplia e não restringe o alcance do texto. Nem mais, nem menos. Fica no exato alcance que a expressão literal da norma permite.

A interpretação de toda norma jurídica pressupõe um conjunto de métodos desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas de ordem filosófica, metodológica, epistemológico, com a finalidade única de aplicação da norma jurídica aos fatos da vida real, do que decorre o caráter unitário da atividade interpretativa em todos os ramos do direito.

A propósito desse caráter unitário do trabalho hermenêutico, assinala Inocêncio Mártires Coelho, em valiosa obra sobre interpretação constitucional, que o processo de interpretação percorre distintas fases para alcançar uma unidade de compreensão, a qual exige que *“todos os instrumentos hermenêuticos sejam integrados na tarefa de atribuir sentido às normas sob interpretação, independentemente da sua natureza e posição hierárquica no âmbito do sistema jurídico”*⁸.

Observa-se, igualmente, que tais processos interpretativos não se excluem, mas, ao contrário, completam-se em um processo mental, para atingir um resultado final de interpretação mais seguro e que se aproxime do ideal de justiça. Por isso, não se cogita de hierarquia entre os diversos procedimentos interpretativos, os quais são aplicados em conjunto e complementarmente sob a idéia de que a decisão do caso concreto para se reputar jurídica, também deve ser correta e justa. Trata-se da perspectiva integradora da atividade hermenêutica, que se revela indispensável para o êxito da interpretação.

O desenvolvimento dos métodos de interpretação é uma conquista sobretudo do Direito Privado. Enquanto no Direito Privado ocorreu extraordinário desenvolvimento da metodologia interpretativa, este se deteve no domínio do Direito Público. A interpretação no Direito Privado atende à natureza contratual, a seu conteúdo patrimonialístico, a seu caráter volitivo. Trata-se de direito que, em grande parte, repousa no acordo, na convenção, no

8 COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**, 3. ed. Saraiva, 2007. p. 48.

contrato, vive sob o influxo das disponibilidades, isto é, da composição convencional, atendendo aos interesses das partes. São regras feitas a fim de permitirem a manifestação da vontade individual, com notáveis características do individualismo.

Embora se reconheça certa evolução no Direito Privado, através da eventual publicização de vários de seus institutos, como ocorre, por exemplo, no contrato de adesão, padronizadamente imposto à parte, ainda é dominante e inequívoco o seu caráter individualista, diferentemente do Direito Público.

Os métodos de interpretação refletem as concepções jurídicas e políticas do ordenamento no exame da atividade legislativa que inspirou a elaboração da lei, o que nos leva a crer que apesar do caráter unitário da atividade interpretativa, como mencionado, as peculiaridades atinentes ao Direito Público conduzem à elaboração de métodos e vias próprias para sua aplicação, notadamente para aplicação do direito constitucional, para o qual é dirigido o presente trabalho.

Desse modo, a interpretação constitucional não representa setor próprio e autônomo da hermenêutica jurídica, pois os princípios aplicados ao tema não escapam às regras gerais e classificações analisadas, mas merecem tratamento particularizado, com a agregação de normas específicas, que foram elaboradas para atender às especificidades desse campo do direito.

3 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

O trabalho hermenêutico deve considerar a destinação da norma jurídica a ser interpretada, sendo inegável que a norma de Direito Público não tem o mesmo escopo da norma de Direito Privado. A norma de Direito Público tem como finalidade a organização do Estado e suas relações com a sociedade e com os indivíduos que a compõem.

Enquanto a norma do Direito Privado é de coordenação e reconhece, em princípio, a paridade de situações subjetivas, a norma de Direito Público se dirige verticalmente. O conteúdo voluntarista, contratual, convencional, encontrado no Direito Privado, não tem relevância no domínio do Direito Público, porquanto este tem por fim integrar a ordem individual à estatal. Envolve comando, império, soberania, competência de órgãos estatais e a cogentividade de suas normas.

As questões da posição vertical, imposta pela relação jurídica das normas de Direito Público, e da posição horizontal, no Direito Privado, chegaram a determinar a discriminação de suas regras, na disputada dicotomia, atribuindo ao Direito Público normas imperativas, cogentes (*ius coges*) e ao Direito Privado, normas apenas dispositivas (*ius dispositivum*).

Neste diapasão, importante a ressalva feita por José Tarcízio de Almeida Melo:

É claro que, no Direito Público, se encontram normas bilaterais, chamadas estruturas antitéticas no domínio da tipicidade normativa das normas de subordinação. São casos anômalos, na estrutura no Direito Público, em que o Estado se despe de seu *ius imperii* e contrata com os particulares como se estivesse constantemente nas condições de um destes.⁹

No âmbito da hermenêutica no Direito Público, destaca-se a hermenêutica constitucional, que se encarrega do estudo da interpretação das normas constitucionais, bem como os instrumentos ou meios hermenêuticos aplicáveis ao processo interpretativo.

A hermenêutica constitucional tem funções importantíssimas na solução dos conflitos intersubjetivos. E esta não se vale de um único critério interpretativo. Muitos outros aspectos, pressupostos, elementos, princípios e regras devem concorrer para que a solução dos problemas jurídico-constitucionais seja a melhor possível e que reflita o verdadeiro intento do texto constitucional.

A hermenêutica constitucional, por conseguinte, é a ciência que cuida da sistematização das regras e princípios destinados ao processo que objetiva extrair o correto sentido e o alcance das normas constitucionais. O intérprete do texto constitucional vai utilizar as ferramentas que a hermenêutica constitucional fornece a fim de alcançar o que o legislador constituinte quis dizer ao construir a norma contida na Carta Magna. A atividade do intérprete da Constituição trilha caminho inverso do legislador constituinte. Este produz norma de alta abstração, enquanto aquele busca o preceito concreto da norma, atribuindo-lhe o seu específico e exato sentido.

9 MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional Brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 44.

Celso Ribeiro Bastos, em excelente obra sobre hermenêutica constitucional, ressalta a relevância dessa atividade interpretativa, como se infere do seguinte excerto:

É imprescindível deixar claro que o trabalho do intérprete não é gratuito, quer dizer sem causa. Pelo contrário esta atividade deve ser entendida como a necessidade de se aplicar a norma ao caso concreto. Entende-se como uma tarefa de concretização, na medida em que ela visa explicitar o sentido da norma, ou melhor dizendo, apurar o conteúdo da norma. Ademais não há aplicação de uma Constituição sem interpretação. A sua aplicação não pode permanecer no mesmo vácuo de abstração que se coloca a norma a ser interpretada. É necessário que ela incida no caso concreto.¹⁰

Inocêncio Mártires Coelho faz a ressalva de que a especificidade da interpretação constitucional, com métodos e critérios hermenêuticos próprios e distintos dos adotados para as leis em geral, se restringe à parte dogmática da Constituição, ou seja, à parte onde estão compendiados os direitos fundamentais, interpretando-se os demais preceitos constitucionais, a exemplo das normas de organização estatal e de atribuição de competências, de acordo com os métodos tradicionais. Textualmente diz o renomado doutrinador:

Isso nos permite concluir, em particular, que a tão decantada especificidade da interpretação constitucional, a rigor, é muito mais uma decorrência, talvez ainda não de todo conscientizada pelos constitucionalistas, de peculiar estrutura normativo-material e da natureza necessariamente aberta dos princípios, enquanto tais, do que do fato, significativo embora, de os direitos fundamentais, para serem operativos e permitirem os desenvolvimentos reclamados pelas transformações sociais, precisarem ser estruturados sob a forma de princípios, nisso diferindo significativamente das regras de direito ou, se preferirmos, das proposições jurídicas completas¹¹.

4 A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A interpretação constitucional busca compreender, investigar e revelar o conteúdo, o significado e o alcance das normas que integram

10 BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**, 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 38-40).

11 COELHO, Inocêncio Mártires. Op. cit., p. 11.

a Constituição. É uma atividade de mediação que torna possível concretizar, realizar e aplicar as normas constitucionais.

A Constituição há de sempre ser interpretada, pois somente através desta tarefa se passa da leitura política, ideológica ou simplesmente empírica para a leitura jurídica do texto constitucional, com vistas a encontrar o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica e almejando sua plena eficácia.

A consciência do interesse específico pela interpretação constitucional é relativamente recente, vez que não surgiu durante a maior parte do século XIX, só aparecendo mais tarde, quando se superou a crença liberal no imediatismo da Constituição formal e, para além da exegese e do positivismo, se avançou no esforço de construção dogmática dos sistemas constitucionais e se sentiram os progressos da teoria de interpretação jurídica aplicada ao Direito Constitucional.

Sobre a matéria, Paulo Bonavides assinala que *“a moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal que tanto prosperou na época do Estado liberal”*¹². Com efeito, até a Constituição de Weimar de 1919, vivia-se o período de ouro das constituições normativas, do formalismo jurídico, típico do Estado liberal, o que resultou em um Direito Constitucional fechado, sólido, estável, mais jurídico do que político, mais técnico do que ideológico, mais científico do que filosófico. Tal Direito Constitucional não conhecia crises nem se expunha às tensões e às graves tormentas provocadas pelo debate ideológico da idade contemporânea. Com o aparecimento do Estado Social, quando as Constituições assumem a forma de autênticos pactos reguladores de sociedades heterogêneas e pluralistas, arvoradas por grupos e classes com interesses antagônicos e contraditórios, surge uma nova interpretação constitucional, que:

Já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito clássico para se converter em Estado de justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social[...]¹³.

12 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 5. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 424.

13 Ibid.

Jorge Miranda adverte para as dificuldades inerentes à interpretação constitucional em virtude do que intitula “fatores de perturbação que se deparam aos seus operadores”¹⁴, são eles: a variedade de normas constitucionais quanto ao objeto e quanto à eficácia e a indeterminação de muitas normas ou da sua linguagem; a proximidade dos fatos políticos e a incompatibilidade destes perante os quadros puramente lógicos da hermenêutica; a influência ineliminável, senão da ideologia, pelos menos da pré-compreensão de cada intérprete; os diferentes critérios por que se movem os órgãos políticos, os órgãos administrativos e os órgãos jurisdicionais e as possíveis atitudes dos respectivos titulares; a origem compromissória de algumas Constituições, marcadas por princípios próprios e normas de caráter programático, a exemplo da Constituição portuguesa de 1976 e a brasileira de 1988.

Ressalta o autor português que a interpretação constitucional não é de natureza diferente da que se opera em outras áreas, eis que está estritamente conexas com a aplicação do Direito e destina-se à conformação da vida pela norma, como toda a interpretação jurídica. Todavia, comporta especialidades, devendo levar em conta condicionalismos e fins políticos inelutáveis e irredutíveis, mas sem perder de vista os preceitos e princípios jurídicos que lhes correspondem. Sobre o assunto, assim conclui:

[...] Tem de olhar para a realidade constitucional, mas tem de a saber tomar como sujeita ao influxo da norma e não como mera realidade de facto. Tem de racionalizar sem formalizar. Tem de estar atenta aos valores sem dissolver a lei constitucional no subjectivismo ou na emoção política. Tem de se fazer mediante a circulação norma - realidade constitucional – valor.¹⁵

Atualmente, existe o reconhecimento da importância da interpretação constitucional, mas existem, ao mesmo tempo, diferentes orientações acerca do alcance do trabalho interpretativo. Ordenamentos do tipo judicialista, como os anglo-saxônicos, ou Constituições com dispositivos amplos e elásticos prestam-se mais à elaboração jurisprudencial do que ordenamentos não judicialistas ou Constituições cujos preceitos não abrem espaço para regulamentação infraconstitucional. Uma atitude cognoscitiva ou uma atitude voluntarista sobre a Constituição em

14 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo II, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 255.

15 MIRANDA, op.cit., p. 257.

concreto projetam-se diferentemente nos resultados da interpretação. Do mesmo modo, o sistema de controle de constitucionalidade através da fiscalização jurisdicional, como ocorre no ordenamento brasileiro, torna a interpretação decisiva, pois o juízo sobre a norma ou o fato depende de prévio apuramento do sentido da regra constitucional a aplicar. Enfim, as posturas adotadas pela doutrina jurídica e filosófica são diversas, espelhando diferentes concepções dogmáticas e ideológicas a respeito da problemática geral da interpretação.

4.1 PRINCÍPIOS E REGRAS INTERPRETATIVAS DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Para facilitar a compreensão da interpretação constitucional e, de certa forma, a abordagem das normas constitucionais, renomados autores têm dissertado sobre princípios, regras e diretrizes que podem orientar o operador do direito no processo de interpretação das normas constitucionais.

Antes de apreciarmos cada um desses princípios e regras, crucial fazer alguns registros, a título de advertência, sobre as dificuldades em se dizer o que realmente eles significam; qual a sua função dogmática; como se desenvolve o jogo da sua aplicação; e, afinal, de que maneira podemos utilizá-los para equacionar concretamente os problemas da interpretação constitucional.

Nesse sentido, com apoio em Böckenförde 16, deve-se esclarecer, desde logo, que esses princípios não têm caráter normativo, o que significa dizer que eles não encerram interpretações de antemão obrigatórias, valendo apenas como simples tópicos (*topos*) ou pontos de vista interpretativos, que se manejam como argumentos sem gradação, nem limite para a solução dos problemas de interpretação, mas que não nos habilitam, enquanto tais, nem a valorar nem a eleger os argumentos utilizáveis em dada situação hermenêutica. Não por acaso, essa falta de um critério decisório para a escolha entre os tópicos em discussão é apontada por todos os seus críticos, inclusive pelos mais cautelosos, como sendo uma das carências básicas da tópica jurídica, cuja aplicação no direito constitucional apreciaremos mais adiante.

16 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Escritos de derechos fundamentales* (trad. por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 32.

Quanto à sua função dogmática, deve-se dizer que embora se apresentem como enunciados lógicos e, nessa condição, pareçam anteriores aos problemas hermenêuticos que, afinal, ajudam a resolver, em verdade e quase sempre os princípios da interpretação funcionam como fórmulas persuasivas, das quais se valem os aplicadores do direito para justificar pré-decisões que, mesmo necessárias ou convenientes, sem o apoio desses cânones interpretativos se mostrariam arbitrárias ou desprovidas de fundamento.

Não por acaso já se proclamou que essa disponibilidade de métodos e princípios potencializa a liberdade do juiz, a ponto de lhe permitir antecipar as decisões à luz da sua pré-compreensão sobre o que é justo em cada situação concreta e só depois buscar os fundamentos de que precisa para dar sustentação discursiva a essas soluções puramente intuitivas, num procedimento em que as conclusões escolhem as premissas e os resultados selecionam os meios.

Com efeito, se o legislador real é racional, inclusive e, sobretudo, o legislador constituinte, impõe-se a conclusão lógico-descritiva de que todo o ordenamento jurídico, que ele institui à sua imagem e semelhança, também ostenta esse predicado, com todas as suas benéficas conseqüências. Por isso, a título de exemplo, afirma-se categoricamente que no ordenamento não existem lacunas, nem redundâncias, nem contradições; que ele é preciso, finalista, operativo e dinâmico; e que, com isso tudo somado, o jurista tem condições de resolver os problemas de aplicação do direito dentro do próprio sistema jurídico e com os instrumentos de que este dispõe, sem necessidade de apelar para instâncias suprapositivas, como o desgastado direito natural ou a indefinível natureza das coisas, entre outras abstrações, que lhe permitem descobrir saídas na exata medida em que debilitam a força de persuasão das soluções inventadas.

A simples referência a qualquer dessas máximas de interpretação que são inferidas do postulado do *legislador racional*, mas se apresentam como proposições descritivas do próprio direito positivo parece suficiente para mostrar a fecundidade desse *topos* hermenêutico e o seu vínculo de paternidade com os chamados princípios da interpretação constitucional, os quais, em relação àquele postulado, podem ser considerados apenas subprincípios, em que pese uma que outra particularidade.

Quanto ao modo como se utilizam as regras da interpretação constitucional, também aqui se impõem algumas advertências de ordem

geral sobre os problemas relativos ao seu manejo, sobretudo naquelas situações hermenêuticas em que diferentes cânones interpretativos, à primeira vista, se mostrem igualmente aplicáveis, mas os respectivos resultados se evidenciem inconciliáveis. À luz do postulado do legislador racional, um legislador coerente não permite conflitos reais entre normas, qualquer disputa entre critérios interpretativos é também desqualificada, e desde logo, como um confronto meramente aparente, há de ser resolvido pelo aplicador do direito, de quem se esperam soluções igualmente racionais.

Noutro dizer, se o objeto a ser interpretado seja ele uma norma ou conjunto de normas é algo que se considera racional por definição, então essa mesma racionalidade há de presidir o manejo dos princípios que regulam a sua interpretação. Em suma, tal como na aplicação dos princípios constitucionais, também aqui e nisso há certa desconfiança nos predicados supremos do legislador racional, tem plena vigência a idéia de um jogo concertado, de restrições e complementações recíprocas, entre os diversos cânones interpretativos eventualmente concorrentes, do qual resulta, ao fim e ao cabo, a sua mútua e necessária conciliação.

Feitas tais considerações, vejamos os princípios enumerados por Canotilho, citado por Alexandre de Moraes¹⁷:

- a) *unidade da Constituição*: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas; em consonância com o cânone hermenêutico da unidade, há ser observado, igualmente, o princípio da *correção funcional* que tem por finalidade orientar os intérpretes da Constituição no sentido de que, instituindo a norma fundamental um sistema coerente e previamente ponderado de repartição de competências, não podem os seus aplicadores chegar a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido, como é o caso da separação dos poderes, cuja observância é consubstancial à própria idéia de Estado de Direito;
- b) *efeito integrador*: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política;

17 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 44.

- c) *máxima efetividade ou eficiência*: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;
- d) *justeza ou conformidade funcional*: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;
- e) *concordância prática ou harmonização*: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros;
- f) *força normativa da Constituição*: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.

Tais princípios são perfeitamente completados por algumas regras propostas por Jorge Miranda, também transcritas na obra de Alexandre de Moraes:¹⁸

- a) a *contradição dos princípios* deve ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios;
- b) deve-se fixar a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhes suprima ou diminua a finalidade;
- c) os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente, a fim de colher-se seu verdadeiro significado.

Outras regras gerais de interpretação são apresentadas por Canotilho e Vital Moreira¹⁹, em *Fundamentos da Constituição*, como se vê:

18 MORAES, op. cit., p. 45.

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**, Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 51-54.

- a) *interpretação objetiva*: o intérprete da Constituição deve adotar uma perspectiva objetivista, sendo de relevo secundário, a utilização de materiais históricos eventualmente reveladores do “espírito do legislador” e da vontade real ou hipotética do legislador constituinte histórico; o sentido da Constituição apurar-se-á tomando em conta, por um lado, o elemento literal da norma e as respectivas *conexões de sentido* sistemáticas e teleológicas, e, por outro lado, certos tópicos ou princípios que possam auxiliar o aplicador da Constituição na busca da solução para o caso concreto;
- b) *interpretação intrínseca*: as conexões de sentido devem ser buscadas dentro do próprio corpo da Constituição e não fora dela, via algum sistema ou ordem extra-normativa, a não ser quando a própria Constituição assim autorize expressamente e até imponha;
- c) *interpretação sistemática*: os preceitos constitucionais não devem ser considerados isoladamente, pois sendo a Constituição uma *unidade de sentido*, deve tomar-se em conta o seu *conteúdo global*, o que permite, designadamente, conferir o devido relevo, em sede interpretativa, aos princípios jurídicos e políticos fundamentais da Constituição;
- d) *inadmissibilidade de interpretação autêntica*: o legislador ordinário não pode arrogar-se o direito de fixar o sentido das normas constitucionais, pois ele não está em relação à Constituição na mesma posição que tem em relação às leis que dele emanam; a interpretação autêntica da Constituição somente é admitida, em sede de revisão constitucional, quando se procura precisar o sentido duvidoso de certa norma;
- e) *exclusão da interpretação conforme às leis*: o cânone interpretativo fundamental é o de que as leis devem ser interpretadas de acordo com a Constituição, e não o inverso.

Na doutrina pátria, referenciamos a lição de Machado Horta²⁰ que sem se valer de dogmatismo, insiste nas precauções que devem presidir o trabalho técnico da interpretação constitucional, principalmente tendo-se em vista o amplo e invulgar significado da Constituição no âmbito estatal:

20 HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 113.

- a) *fim supremo da Constituição*: no processo de interpretação constitucional, deve ser acentuado o caráter teleológico e finalístico da norma constitucional, a qual visa dois objetivos primaciais: a organização dos poderes e a garantia dos direitos individuais; a Constituição é o estudo do Poder; limita-o e, ao mesmo tempo, é o estatuto da liberdade;
- b) *interpretação ampla*: é recomendável que não se adote uma interpretação estritamente formal, dogmática, mas que se procure dar *sentido real* ao texto constitucional, a fim de promover a coexistência entre a norma e a realidade social e política; para tanto, deve a Constituição, dentro de sua rigidez característica, dispor de uma flexibilidade normativa;
- c) *Constituição, instrumento de governo*: embora seja tecnicamente dotada de permanência e estabilidade, a Constituição deve ser interpretada dinamicamente, evolutivamente, para que possa servir de instrumento de governo e oferecer soluções eficazes em condições novas; se não as oferecer, tem a Constituição uma técnica de correção, pela emenda ou pela revisão constitucional, que, muitas vezes, decorre da percepção de mudança, por um órgão modificador, que é o órgão da interpretação das realidades sociais e políticas do Estado; aos Tribunais, como órgãos de crítica autorizada, compete apontar as falhas que indicam a emenda ou revisão constitucional;
- d) *interpretação estrita*: a interpretação estrita não colide com a regra de interpretação ampla, sendo aquela recomendada para determinadas disposições e preceitos constitucionais, tais como os direitos e garantias fundamentais, enquanto a interpretação estrita se aplica as normas sobre organização, competência, exceção e direitos políticos, pois são textos dotados de maior rigidez;
- e) *presunção da constitucionalidade*: são presumidos constitucionais os atos do Poder Legislativo e do Poder Público em geral, enquanto for possível, através de uma interpretação razoável, conciliá-los com os termos da Constituição; tal regra reflete, em substância, uma cautela do órgão encarregado de declaração da inconstitucionalidade, importando em limitação

da própria técnica de declarar a inconstitucionalidade de leis em face da norma fundamental.

Assinala ainda o eminente constitucionalista que os aprimoramentos introduzidos na apresentação do texto constitucional de 1988, para conferir precedência aos Princípios Fundamentais da República Federativa e à enunciação dos Direitos e Garantias Fundamentais devem ser observados pelo intérprete da norma constitucional, dizendo que:

[...] É evidente que essa colocação não envolve o estabelecimento de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo a classificá-las em normas superiores e normas secundárias. Todas são normas fundamentais. A precedência serve à interpretação da Constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador.²¹

A aplicação dessas regras e princípios de interpretação deverá, em síntese, nas palavras de Alexandre de Moraes, “buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas”²².

4.2 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Os modernos métodos de interpretação constitucional caracterizam-se pelo abandono do formalismo clássico e pela construção de uma hermenêutica material da Constituição. Ensina Canotilho²³ que, atualmente, a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas filosóficas, metodológicas, epistemológicas diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares, o que confirma o caráter unitário da atividade interpretativa.

²¹ HORTA, op. cit., p. 239-240.

²² MORAES, op. cit., p. 45.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 1998. p. 1084.

Paulo Bonavides²⁴ destaca três métodos atuais de interpretação constitucional: a) método integrativo ou científico-espiritual; b) método tópico ou tópico-problemático; c) método concretista ou hermenêutico-concretizador.

Neste trabalho, buscaremos apresentar seus traços mais significativos, adiantando que todos eles, embora disponham de nomes próprios, a rigor não constituem abordagens hermenêuticas autônomas, mas simples concretizações ou especificações do método da *compreensão* como ato gnosiológico comum a todas as ciências do espírito.

4.2.1 MÉTODO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL

A corrente científico-espiritual tem como pressuposto determinada idéia de Constituição, um conceito que os seus adeptos adotam como fundamento e ponto de partida para definir o método que reputam adequado à interpretação constitucional.

Considera-se, precisamente, a idéia de Constituição como instrumento de integração, em sentido amplo, vale dizer, não apenas do ponto de vista jurídico-formal, enquanto norma-suporte e fundamento de validade de todo o ordenamento, segundo o entendimento kelseniano, por exemplo, mas também e, sobretudo, em perspectiva política e sociológica, como instrumento de regulação de conflitos e, por essa forma, de construção e preservação da unidade social.

Segundo Rudolf Smend²⁵, a mais expressiva figura da escola, a Constituição é a ordenação jurídica do Estado, ou da dinâmica vital em que se desenvolve a vida estatal, isto é, o travejamento normativo do seu processo de integração, muito embora, o Estado não limite a sua “vida” somente àqueles momentos da realidade que são contemplados pela Constituição. Sobre o pensamento de Smend, explica Inocência Mártires Coelho:

Nesse sentido - assim como existem espaços livres do direito e, igualmente, direito sem Estado -, haveria também espaços do Estado não alcançados pela normatividade constitucional, uma afirmação

24 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 434.

25 SMEND, Rudolf, apud. ENTERRÍA. Eduardo Garcia de. **Hermenêutica e supremacia constitucional**, RDP, v. 77, n 19, jan/mar/1986. p. 36-37.

no mínimo polêmica se considerarmos, como ensina Häberle²⁶, que se todo o poder do Estado provém dos cidadãos que se encontram na comunidade, não resta espaço para um poder estatal extra ou pré-constitucional, e a Constituição deve ser concebida como prévia ao Estado, apesar da importância que este possa ter ou conservar²⁷.

Inocência Mártires Coelho²⁸ assinala também que o Estado não pode ser reduzido a uma totalidade imóvel, cuja única expressão externa consista em promulgar leis, celebrar tratados, prolatar sentenças ou praticar atos administrativos, pois deve ser visto, igualmente, como um fenômeno espiritual em permanente configuração, no âmbito de um processo que pode ser valorado, indistintamente, como progresso ou deformação.

Noutras palavras, continua o renomado autor, o Estado é uma realidade e assim deve ser considerado e só existe e se desenvolve por conta dessa revivescência contínua, desse *plebiscito diário*, isto é, enquanto associação dos indivíduos que a ele se vinculam juridicamente, depende dessa eterna renovação de propósitos, desse permanente desejo de coesão.

Quanto à Constituição, observa Smend²⁹ que muito embora a sua peculiaridade jurídica resida, principalmente, na forma como articula os órgãos políticos do Estado, não é possível analisar tal peculiaridade apenas detalhando o seu catálogo de competências, tampouco avaliando, em perspectiva estritamente jurídico-formal, as relações que se estabelecem entre os diferentes órgãos da soberania. É necessário examinar, igualmente, o peso específico que a própria Constituição enquanto norma de caráter essencialmente político reconhece a cada um desses órgãos, com vistas ao processo global de integração, e não segundo as funções burocráticas que eventualmente eles possam desempenhar em determinado modelo de distribuição de competências.

Por tudo isso, conclui Smend³⁰, essa combinação específica dos órgãos não constitui uma simples repartição de poderes, de maior ou menor

26 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. p. 19-20.

27 COELHO, Inocência Mártires. Op. cit., p. 89.

28 Ibid.

29 SMEND, op. cit., p. 197.

30 SMEND, Rudolf, apud. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Hermenêutica e supremacia constitucional**, RDP, v. 77, n 19, jan/mar/1986. p. 197.

alcance, mas uma repartição de participações, de índole bem diferente, no âmbito do sistema integrativo em que, afinal, se constitui o Estado.

Por outro lado, sendo o direito constitucional uma positivação das possibilidades e funções próprias do mundo do espírito, um conjunto de normas que só se compreendem com referência a essas mesmas realidades espirituais, as quais, por seu turno, não se realizam, de forma plena e continuada, senão por força dessa positivação, que lhes confere normatividade, não deve o intérprete considerar a Constituição como um momento estático e permanente da vida do Estado, e sim como algo dinâmico, que se renova continuamente, a compasso das transformações, igualmente constantes, por que passa a própria realidade que as normas constitucionais intentam regular.

Sendo a Constituição, portanto, um instrumento ordenador da totalidade da vida do Estado, do seu processo de integração e, também, da própria dinâmica social, exige-se uma interpretação extensiva e flexível, em larga medida diferente das outras formas de interpretação jurídica, sem necessidade de que o seu texto contenha qualquer disposição nesse sentido.

Pelo contrário, é da natureza das constituições abarcarem o seu objeto de um modo simplesmente esquemático, deixando livre o caminho para que a própria experiência vá operando a integração dos variados impulsos e motivações sociais de que se nutre tanto a dinâmica política, quanto à dinâmica especificamente constitucional. Daí se caracterizarem as fórmulas constitucionais nisto, diferentemente dos textos legais, precisamente pela sua elasticidade e capacidade de autotransformação, regeneração e preenchimento das próprias lacunas.

Em síntese, para os adeptos do método científico-espiritual - que é o das ciências da cultura em geral -, tanto o direito, quanto o Estado e a Constituição, são vistos como fenômenos culturais ou fatos referidos a valores, a cuja realização eles servem de instrumento. Dentre tais valores, emerge a integração como fim supremo, a ser buscado por toda a comunidade, ainda que, ao limite, como advertem os seus críticos³¹, esse integracionismo absoluto possa degradar o indivíduo à triste condição de uma simples peça indiferenciada e sem relevo da gigantesca engrenagem social.

31 COELHO, Inocêncio Mártires. Op. cit., p. 91.

Destarte, os excessos integracionistas podem ser compensados com a reafirmação da dignidade humana como premissa antropológico-cultural do Estado de Direito e valor fundante de toda a experiência ética.

4.2.2 MÉTODO TÓPICO

Aceitando-se que, modernamente, a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, o que significa dizer que ela admite/exige distintas e cambiantes interpretações; que um problema é toda questão que, aparentemente, permite mais de uma resposta; e que, afinal, a tópica é a técnica do pensamento problemático, pode-se dizer que os instrumentos hermenêuticos tradicionais não resolvem as aporias emergentes da interpretação concretizadora desse modelo constitucional e que, por isso mesmo, o método tópico-problemático representa um recurso renovado a um método bastante antigo para chegar à Constituição.

Em palavras de Böckenförde, citado por Inocêncio Mártires Coelho ³², em face do caráter fragmentário e freqüentemente indeterminado da Constituição, é natural o recurso ao processo tópico orientado ao problema, para remediar a insuficiência das regras clássicas de interpretação e evitar o non liquet, que já não é possível pela existência da jurisdição constitucional.

Em outras palavras, a interpretação jurídica das normas constitucionais, cuja estrutura normativo-material é aberta, fragmentária e indeterminada, exige, necessariamente, o protagonismo dos aplicadores, o que transforma a leitura constitucional num processo aberto de argumentação, do qual participam, igualmente legitimados, os diversos operadores da Constituição.

Para os adeptos do presente método, quaisquer problemas de interpretação e aplicação seriam aqui situados diante de tópicos, lugares-comuns ou argumentos a extrair de princípios gerais, de decisões jurisprudenciais ou de crenças e opiniões comuns; e, em vez de se procurarem as soluções em abstrato através de um raciocínio dedutivo e sistemático sobre as normas, elas deveriam ser ensaiadas a partir dos próprios problemas em concreto nas circunstâncias em que surgem; a tópica é a técnica de pensar por problemas.

³² COELHO, Inocêncio Mártires. Op. cit., p. 91.

Mais uma vez, nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho:

Em suma, graças à abertura textual e material dos seus enunciados e ao pluralismo axiológico, que lhes é congênito, a Constituição - enquanto objeto hermenêutico - mostra-se muito mais problemática do que sistemática, o que aponta para a necessidade de interpretá-la dialogicamente e aceitar, como igualmente válidos, e até serem vencidos pelo melhor argumento, todos os *topoi* ou fórmulas de busca que, racionalmente, forem trazidas a confronto pela comunidade hermenêutica. Por esse caminho, ademais, as contendas políticas são absorvidas e transformadas em simples conflitos de interpretação, o que, tudo somado, significa resguardar-se a Constituição contra inconformismos ou surtos autoritários, pois todo aquele que participa do debate hermenêutico em torno da Constituição, ao menos moralmente fica obrigado a respeitar o seu resultado ao invés de se voltar contra o objeto da interpretação³³.

Neste sentido, o mencionado autor faz menção às idéias de Peter Häberle³⁴ que propõe a interpretação constitucional no âmbito de uma sociedade pluralista e aberta, como obra de todos os participantes, para que a Constituição seja também aberta e verdadeiramente democrática.

A orientação para o método tópico não parece que possa ser aceita senão com reservas e apenas para completar ou comprovar resultados adquiridos doutra forma. Nem tal recurso se encontra tão experimentado que justifique mais do que isso, nem se pode menosprezar o risco - no domínio constitucional, eventualmente, mais do que em qualquer outro - de ele conduzir a uma pluralidade de sentidos ou a uma casuística pouco fecunda.

Por isso, Gomes Canotilho³⁵, ao fazer o balanço crítico dessa proposta de hermenêutica, opõe-lhe a ressalva de que a concretização do texto constitucional a partir dos *topoi* pode conduzir a um casuísmo

33 COELHO, op. cit., p. 85.

34 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; El Estado constitucional*, p. 149-162.

35 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 476.

sem limites, uma vez que a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas.

Outra não é a visão de Böckenförde³⁶, quando afirma que se as palavras ainda devem conservar seu significado, o que Peter Häberle propõe já não é interpretação, mas uma permanente mutação constitucional, criadora de direito, sob o rótulo de interpretação.

Na doutrina pátria, Paulo Bonavides³⁷ defende que nas sociedades heterogêneas e pluralistas dos nossos dias a metodologia tem de ser substituída ou modificada por regras interpretativas correspondentes a concepções mais dinâmicas e que, ao mesmo tempo, reconheça que a invasão da Constituição pelos *topoi* e a conversão dos princípios constitucionais e das próprias bases da Constituição em pontos de vista à livre disposição do intérprete de certo modo enfraquecem o caráter normativo desses princípios.

4.2.3 MÉTODO CONCRETISTA

O ponto de partida dos que recomendam essa postura hermenêutica é a constatação de que a leitura de qualquer texto normativo, inclusive do texto constitucional, começa pela pré-compreensão do intérprete, a quem compete concretizar a norma a partir de uma dada situação histórica, ou seja, o ambiente em que o problema é posto a exame, para que o resolva à luz da Constituição e não segundo critérios pessoais de justiça. Neste ponto, o presente método distingue-se do método tópico, porque, embora se oriente por um pensamento voltado para o problema, nele existe o primado da norma constitucional sobre o problema e não o contrário. De resto, pouco difere do método tópico-problemático.

Destarte, embora prestigiando o procedimento tópico orientado ao problema, os adeptos do método concretista procuram alicerçar a interpretação no próprio texto constitucional como limite da concretização, mas sem perder de vista a realidade que o texto intenta regular e que, afinal, lhe esclarece o sentido, uma postura que, de resto, encontra apoio, dentre outras, nas seguintes *descobertas* hermenêuticas de Gadamer:

36 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Escritos de derechos fundamentales* (trad. por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 25.

37 BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 130-132.

Interpretar sempre foi, também, aplicar; aplicar o direito significa pensar, conjuntamente, o caso e a lei, de tal maneira que o direito propriamente dito se concretize; e, afinal, o sentido de algo geral, de uma norma, por exemplo, só pode ser justificado e determinado, realmente, na concretização e através dela.³⁸

A censura ao presente método é feita por Inocêncio Mártires Coelho, para quem:

Em que pese a importância desse suporte filosófico, impõe-se reconhecer a grande dificuldade em produzir resultados razoavelmente consistentes à base dessa proposta hermenêutica, porque a pré-compreensão do intérprete, enquanto tal, distorce desde logo não somente a realidade, que ele deve captar através da norma, mas também o próprio sentido da norma constitucional, já de si multívoco, que ele deve apurar naquele permanente ir e vir, entre o substrato e o sentido, que singulariza a dialética da compreensão³⁹.

Mesmo assim, defendem os adeptos desse método que se ele for utilizado corretamente ensinará concretizações minimamente controláveis, nas quais se evidenciem tanto as dimensões objetivas da atividade hermenêutica, emergentes do problema a resolver, quanto os seus aspectos subjetivos, traduzidos na pré-compreensão do intérprete sobre a norma e a situação normatizada.

Admite-se, por intermédio da exegese concretista, a mutação constitucional, ou melhor, a mudança ou atualização do sentido das normas constitucionais, sem necessidade de se percorrer o caminho da revisão formal. Na expressão esclarecedora de Gomes Canotilho⁴⁰ “*muda o sentido sem mudar o texto*”. No entanto, a barreira da permissão é a preservação do texto constitucional. Se o intérprete sobrepõe-se ao texto, rompe com a Constituição.

Como se pode depreender, a concretização equipara-se a processo de depuração, em que se vão filtrando todos os elementos dirigidos à

38 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método*, Antonio Osuna Fernández-Largo. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Valladolid, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, 1992. p. 107-108.

39 COELHO, Inocêncio Mártires. op. cit., p. 88.

40 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 231.

solução daquele problema epigrafado, até se alcançar o extrato final, que é a norma de solução a decidir o caso jurídico, esteja ele inserido no âmbito judicial, legislativo ou administrativo.

Em arremate, valemo-nos da lição de Inocêncio Mártires Coelho:

Como, entretanto, toda pré-compreensão, em certa medida, possui algo de irracional, pode-se dizer que, a despeito dos seus esforços, os que propugnam por esse método, assim como os defensores do procedimento tópico-problemático, ficam a dever aos seus críticos algum critério de verdade que lhes avalize as interpretações, de nada valendo, para quitar essa dívida, fazerem apelo a uma imprecisa e mal definida verdade hermenêutica, que pode ser muito atraente, como idéia, mas pouco nos diz sobre os alicerces dessa construção⁴¹.

5 CONCLUSÃO

Como visto a interpretação constitucional não é de natureza diferente da que se opera em outras áreas do direito. Entretanto, existem certas peculiaridades que singularizam as normas constitucionais, exigindo princípios e métodos específicos para sua interpretação.

Não se destinam as normas constitucionais a prescrever condutas de indivíduos ou de grupos sociais. Têm elas as funções precípuas de estruturar organicamente o Estado, regular os direitos fundamentais e as respectivas garantias e indicar os valores a serem preservados e os fins sociais a serem atingidos.

Ademais, a Constituição apresenta normas de *caráter político*, resultantes de um poder político fundamental, o Poder Constituinte originário, que visam jurisdicizar o fenômeno político e acarretam conseqüências para o conjunto de instituições e poderes (partidos políticos, grupos de interesses, categorias empresariais e trabalhistas, opinião pública, etc.) quando concretizadas e aplicadas. É, em suma, o estatuto jurídico-político do Estado.

Assim sendo, percebe-se no cenário atual, a difusão de uma variedade de meios hermenêuticos, que podem, de certo modo, tornar complexo o trabalho dos intérpretes da Constituição, ao se depararem, de um lado, com essa riqueza de possibilidades e, de outro, com a

41 COELHO, Inocêncio Mártires. op. cit., p. 88.

inexistência de critérios objetivos que possam validar a escolha dos seus instrumentos de trabalho e resolver os eventuais conflitos entre eles, seja em função dos casos a decidir, das normas a manejar ou, até mesmo, dos objetivos que pretendam alcançar em dada situação hermenêutica.

Não obstante as incertezas decorrentes da falta de uma teoria que dê sustentação e consistência na seleção dos métodos e princípios que organizem o acesso à Constituição, predomina a posição doutrinária que enaltece as virtudes dessa riqueza instrumental com o argumento de que, em face da extrema complexidade do trabalho hermenêutico, todo pluralismo é saudável, não se constituindo em obstáculo, antes colaborando, para o conhecimento da verdade, ampliando o horizonte de compreensão e facilitando a tarefa de aplicar do direito.

Podemos dizer, a título de conclusão pontual, que a moderna interpretação constitucional significa uma reação ao rígido formalismo jurídico, erigido no Estado Liberal em nome da idéia de justiça material e de segurança jurídica. Por força da evolução histórica, os modernos métodos e princípios que balizam essa importante atividade hermenêutica refletem a conexão recíproca e constante entre objeto e método, no caso, entre os diferentes métodos e princípios da hermenêutica constitucional, de um lado e, de outro, os diferentes conceitos e teorias da Constituição.

Devemos registrar, ainda, que tais princípios e métodos, assim como todos os instrumentos hermenêuticos, somente quando manejados à luz de casos concretos, revelarão o seu alcance para enfrentar os desafios que, a todo instante, são lançados aos aplicadores da Constituição por uma realidade social em permanente transformação. Ou seja, apenas quando aplicados à experiência jurídica em sentido amplo e, portanto, inseridos na concretização que assim necessariamente se processa, deles se poderá extrair todo seu conteúdo significativo para que cumpram a função de regular situações da vida.

Ao mesmo tempo, como bem assinalado em estudos de hermenêutica, em razão do seu próprio manejo, esses parâmetros se ampliam a cada utilização porque é precisamente no processo de concretização, mediante julgamento de casos, que as pautas hermenêuticas densificam o seu conteúdo e se habilitam a resolver novos problemas.

Noutras palavras, pode-se afirmar que esses instrumentos hermenêuticos se regeneram a partir de si mesmos, pois a cada situação resolvida amplia-se o seu âmbito de incidência, servindo o último caso resolvido de precedente e ponto de partida para enfrentar aos novos desafios, o que, tudo somado, confirma a sentença de Holmes de que a vida do Direito não tem sido lógica e sim experiência.

Enfim, o sistema constitucional sempre vai reclamar o emprego de métodos hermenêuticos que possam acompanhar as variações dinâmicas da Constituição, presos atentamente ao critério evolutivo, sempre de fundamental importância para a análise interpretativa do texto normativo em face da realidade que lhe serve de base – a chamada realidade constitucional, cuja mudança é, não raro, lenta e imperceptível ao observador comum.

6 REFERÊNCIAS

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

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Escritos de derechos fundamentales** (trad. por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. **Curso de Direito Constitucional**, 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

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

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

ANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra:Coimbra Editora, 1991.

COELHO, Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. Rio de Janeiro:Forense, 1981.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método*, Antonio Osuna Fernández-Largo. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**, Valladolid, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, 1992.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** (trad. Gilmar Ferreira Mendes), Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo II, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

RAO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**, v. 2, São Paulo: Max Limonad, 1952.

SMEND, Rudolf, apud. ENTERRÍA. Eduardo Garcia de. **Hermenêutica e supremacia constitucional**, RDP, v. 77, n 19, jan/mar/1986.

O ABUSO DO DIREITO E A FUNÇÃO DE CONTROLE DA BOA-FÉ OBJETIVA

Shandor Portella Lourenço
Bacharel em Direito pela UFMG
Mestrando em Direito Empresarial pela
Faculdade de Direito Milton Campos
Procurador Federal

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A constitucionalização do direito privado; 3 O princípio da boa-fé objetiva; 4 Função de controle da boa-fé objetiva; 5 Figuras decorrentes da função de controle da boa-fé objetiva; 5.1 Teoria dos atos próprios (*venire contra factum proprium*); 5.2 *Tu quoque*; 5.3 Inadimplemento mínimo. 5.4 *Verwirkung* (*supressio/ surrectio*); 6 Conclusão; 7 Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo a análise da figura do abuso do direito e sua estreita relação com a função de controle da boa-fé objetiva. Para tanto, partimos do exame do fenômeno da constitucionalização do direito, bem como da incorporação dos valores constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana como novo marco teórico das relações privadas contemporâneas. Conhecidos os elementos caracterizadores do ato abusivo, buscamos correlacioná-los sob a perspectiva da função de controle da boa-fé objetiva. Destacamos, nesse contexto, algumas figuras jurídicas oriundas do direito estrangeiro e incorporadas ao nosso ordenamento jurídico pela jurisprudência e doutrina. Ressaltamos, contudo, que nossa intenção é singela. Procuramos, nos limites da presente proposta de trabalho, apenas difundir as teorias do ato abusivo e da função de controle da boa-fé objetiva, bem como as principais construções teóricas citadas pela melhor jurisprudência dos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Abuso do Direito. Boa-Fé Objetiva. Função de Controle. Constitucionalização do Direito Privado.

1 INTRODUÇÃO

Hoje, não restam dúvidas sobre a importância da boa-fé objetiva como instrumento de controle dos abusos verificados nas relações jurídicas contemporâneas. A incorporação dos valores constitucionais às relações privadas tornou imperfeita toda e qualquer negociação que venha a desprezar o padrão ético e solidário existente na sociedade.

As diretrizes do direito privado foram, durante um longo período, inspiradas em normas de caráter eminentemente individualistas e patrimonialistas, inexoravelmente dissociadas dos modernos princípios constitucionais protetores da dignidade da pessoa humana e da solidariedade (art. 1º, III e art. 3º, III da CR/88).

A lenta e gradual evolução operada no direito privado tendeu, entretanto, a relativizar a autonomia da vontade, de modo a compatibilizá-la com os novos valores sociais e constitucionais. Esse fenômeno ficou conhecido no Brasil como a “constitucionalização do direito privado”.

É nesse contexto que a teoria do abuso do direito, intimamente relacionada e fundamentada na boa-fé objetiva, torna obsoleto o modelo jurídico individualista até então vigente. A partir desse novo modelo teórico, o direito subjetivo deixa de ser entendido como um poder ilimitado de expressão da liberdade e da autodeterminação do cidadão. Essa teoria resulta, pois, de uma concepção relativista de direitos individuais.

Para melhor compreensão do ato abusivo, valemo-nos da lapidar definição de Heloísa Carpena¹:

Aquele pelo qual o sujeito excede os limites de exercício do direito, sendo estes fixados por seu fundamento axiológico, ou seja, o abuso surge no interior do próprio direito, sempre que ocorra uma desconformidade com o sentido teleológico, em que se funda o direito subjetivo. O fim – social ou econômico – de um certo direito subjetivo não é estranho à sua estrutura, mas elemento de sua própria natureza.

1 CARPENNA, Heloísa. O abuso do direito no Código civil de 2002, in TEPEDINO, Gustavo (coord.), **A parte geral do novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 370.

Conforme dito anteriormente, o ato abusivo e o princípio da boa-fé objetiva são institutos intimamente vinculados.

O abuso do direito é constatado a partir do momento em que se verifica a violação do elemento axiológico da norma. Instala-se, a partir daí, a contrariedade entre o comportamento comissivo do indivíduo e o fundamento valorativo-material do preceito. Indaga-se, nesse sentido, se é possível mensurar o que pode ou não ser considerado exercício admissível de determinada posição jurídica. Parece-nos que a resposta se situa justamente nos termos do art. 187 do Código Civil. O essencial do abuso do direito será dado pela boa-fé, pelos bons costumes e pela função social e econômica dos direitos.

Vê-se, portanto, que a configuração do ato abusivo será dada pela inobservância de um padrão ético de comportamento. Essa circunstância, por sua vez, é aferível a partir da observância da boa-fé objetiva.

Daí é que surge uma das mais importantes funções exercidas pela boa-fé objetiva (função de controle) e todas as figuras dela decorrentes: o inadimplemento mínimo, o *venire contra factum proprium*, o *Tu quoque*, a *Verwirkung*, entre outras.

Sem qualquer pretensão de exaurimento do tema, bem como considerando os limites teóricos do presente trabalho, abordamos, mesmo que de forma perfunctória, a teoria do abuso do direito e sua estreita vinculação com a função de controle da boa-fé objetiva.

Sob essa diretriz, iniciamos o trabalho pela análise do fenômeno da constitucionalização do direito privado de modo a contextualizar o leitor e fixar um marco teórico para o trabalho.

A partir daí, voltamos ao exame da teoria dos atos abusivos de modo a defini-lo e relacioná-lo adequadamente a função de controle da boa-fé objetiva. Seguindo no desenvolvimento do tema, trabalhamos a definição doutrinária e jurisprudencial dada ao princípio da boa-fé objetiva e classificamos suas funções mais importantes.

Finalizando nossa análise, abordamos superficialmente as principais figuras decorrentes da função de controle da boa-fé objetiva de modo a defini-las em seu conjunto.

Ressalte-se, contudo, que nossa intenção é singela. Procuramos, nos limites da presente proposta de trabalho, difundir as teorias do ato abusivo e da função de controle da boa-fé objetiva, bem como as principais construções teóricas daí originadas e citada pela melhor jurisprudência dos Tribunais Superiores.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Discorrer sobre a “constitucionalização do Direito Privado” soa, num primeiro momento, como um verdadeiro contra senso, já que, como é sabido, a Constituição possui uma função esterilizante de todo e qualquer diploma normativo que não lhe seja conforme. De fato, sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico seria impensável pensar em qualquer regramento válido que não lhe seja subordinado material e formalmente.

É necessário, portanto, esclarecer que o termo não deve ser analisado sob o enfoque dos fenômenos da recepção ou do controle de constitucionalidade das leis. Refere-se o mesmo, mais que sua adequação formal ao texto constitucional, à nova concepção interpretativa e principiológica do Direito Civil.

Inserido no âmbito do direito privado, o Direito Civil, desde a antiga Roma, sempre foi considerado o grande ramo da ciência jurídica. Por muito tempo estudou-se nos bancos escolares das Faculdades de Direito de todo o país que o Direito Civil se dirigia à regulamentação das relações sociais travadas entre as pessoas, no âmbito privado. Seria, pois, do ramo do direito vocacionado, precipuamente, à disciplina da vida do cidadão.

A crescente complexidade das relações humanas e o impacto gerado pela promulgação da Constituição de 1988, pródiga na tutela do indivíduo, promoveu verdadeira revolução na dogmática civilista, voltando seu enfoque para o indivíduo e seus direitos fundamentais.

Seus efeitos se fizeram sentir não só na releitura dos seus conceitos jurídicos, tais como a propriedade e o contrato, mas também na aceitação de novas realidades como a união entre pessoas do mesmo sexo, a manipulação genética e o biodireito. Mais importante que tutelar quem é dono do fruto caído sob terreno lindeiro, passou o Direito Civil a se preocupar com o ser humano em sua essência e a dinâmica de sua vida social.

Não podemos olvidar que o Código Civil de 1916 inspirou-se nos ideais burgueses explicitamente veiculados no Código Napoleônico. Sob essa perspectiva, preocupavam-se os burgueses em proteger as liberdades do indivíduo em face das ingerências do Estado. Chegou-se a conceber o Código Civil como uma verdadeira constituição do direito privado. Vê-se, portanto, que, naquele momento histórico, o Direito Civil afastou-se dos direitos e garantias fundamentais, cerne de toda e qualquer sociedade verdadeiramente democrática.

Sinal dessa influência pode ser percebido na redação dada ao art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-lei n.º 4.657/42) ao proclamar que “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”. Percebemos nitidamente que a legislação atribuía às fontes integradoras do Direito um papel subordinado e em detrimento de sua função conformadora e compreensiva do ordenamento jurídico.

O primeiro passo no sentido da constitucionalização do direito privado surgiu com a intensificação de um outro fenômeno, conhecido como “descodificação do direito civil”, consubstanciado na edição de diversos diplomas normativos em matéria civil, porém na forma de microsistemas jurídicos autônomos: estatuto da mulher casada; da Lei nº 4.591/64, regulando condomínios e incorporações; Lei de registro público entre outros. Consolidou-se, nesse momento, um deslocamento do direito civil de um centro hermeticamente fechado e codificado para uma realidade fragmentada e plural, sem qualquer submissão ao direito codificado.

Muitos inclusive atribuem a inserção de diversos princípios reitores da atividade privada no texto constitucional à percepção de que o Código Civil, concebido como o centro normativo do direito privado estava a ruir. Tentou-se, por essa forma, salvá-lo do caminho da derrocada.

De todo sorte, o mais importante desse processo é perceber que a promulgação da Constituição Federal de 1988 cumpriu papel unificador do sistema, passando ser a viga que sustenta todo o ordenamento jurídico, mesmo o direcionado ao regramento das relações eminentemente privadas.

Hoje, uma vez sedimentada a constitucionalização do Direito Civil, não restam mais dúvidas quanto à aplicação dos direitos e garantias fundamentais mesmo às relações estritamente privadas.

Isso quer dizer que, no âmbito negocial, o respeito às garantias fundamentais é condição de validade do próprio ajuste.

A constitucionalização do direito privado representou a abertura do direito privado à releitura de seus institutos através de conceitos abertos, notadamente através da adoção da técnica de “cláusulas gerais”, amplamente difundida ao longo de todo o texto do Código de 2002. Isso se deve graças à redenção do direito civil pelo direito constitucional, o que se deu através da oxigenação de seus institutos, já inexoravelmente desgastados e corroídos pelo tempo.

Sob essa perspectiva, passamos a compreender o sentido da norma civil a partir das diretrizes estabelecidas pela Constituição que, em última análise, definirá seus contornos e conteúdo.

3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Com previsão expressa no art. 422 do Código Civil, o princípio da boa-fé objetiva é veiculado através da técnica de “cláusula geral”, ou seja, através da técnica legislativa que, propositadamente, veicula o instituto com uma imprecisão semântica, no intuito de fazê-lo veicular de modo mais flexível princípios adaptáveis a uma maior amplitude de situações concretas.

A doutrina, nesse sentido, o concebe o princípio da boa-fé objetiva como a necessidade de ambas as partes contratantes adotarem um padrão de comportamento ético, oxigenado pelas virtudes da honestidade, transparência, de modo a respeitar as legítimas expectativas da outra parte no negócio jurídico. E definida, na feliz concepção de Judith Martins Costa², um “*standard* de comportamento”.

Poder-se-ia argumentar que o modo vago pelo qual foi definido o instituto dificultaria seu entendimento. E bom lembrar, todavia, que a intenção do legislador, ao aplicar a técnica das cláusulas gerais, e justamente conduzir o interprete segundo a diretriz da sociedade, vale dizer, pela colocação das regras jurídicas num plano de vivência social.

A estipulação legislativa da boa-fé objetiva induz o leitor, de modo quase que automático, a contrapô-la a boa-fé subjetiva.

² Cf. COSTA, Judith Martins. **A Boa-fé no direito privado** – sistemática e ótica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 274.

Necessário dizer, todavia, que há relevantes diferenças entre esses institutos.

A boa-fé subjetiva diz respeito a um estado psicológico do agente em relação ao negócio jurídico. Vale dizer, é um estado anímico que o faz desconhecer eventual vício relacionado ao negócio.

A boa-fé subjetiva tem origem no direito francês, ao passo que a boa-fé objetiva deriva do princípio da confiança do código civil alemão (242, BGB – “TREU UND GLAUBEN”).

O princípio da boa-fé objetiva (art. 422, CC) desempenha três funções no ordenamento jurídico brasileiro:

- a) função interpretativa ou hermenêutica (art. 113, CC);
- b) função integrativa, supletiva ou criadora (art. 422, CC);
- c) função de controle ou limitadora (art. 187, CC).

Considerando, todavia, o objeto específico do presente trabalho, concentraremos nossa abordagem na função de controle da boa-fé objetiva, de modo a compreendê-la sob o enfoque da teoria do abuso do direito.

4 FUNÇÃO DE CONTROLE DA BOA-FÉ OBJETIVA

Hoje, a boa-fé é um dos elementos caracterizadores do abuso do direito. O ato violador da boa-fé caracterizará, por sua vez, um ato ilícito.

Essa é justamente a dicção do art. 187 do Código Civil:

art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Assim, para se avaliar o abuso do direito, a boa-fé objetiva será, pois, um dos parâmetros a ser observado.

É a partir dessa premissa que surge a função de controle da boa-fé objetiva. Em outras palavras, a função de controle irá limitar o exercício de direitos subjetivos ou potestativos.

Sob o enfoque dessa análise, surgiram várias figuras no direito estrangeiro que gradualmente vem se integrando ao direito pátrio como manifestação da função de controle da boa-fé objetiva.

Podemos citar como principais manifestações a teoria dos atos próprios (*venire contra factum proprium*), o *tu quoque*, o inadimplemento mínimo e o *verwirkung*, gênero do qual são espécies a *suppressio* e a *surrectio*.

Passemos, pois, ao estudo superficial e individualizado de cada uma dessas figuras.

5 FIGURAS DECORRENTES DA FUNÇÃO DE CONTROLE DA BOA-FÉ OBJETIVA

5.1 TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS (*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*)

O *venire contra factum proprium* caracteriza-se sempre que ocorrer o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente assumido pelo titular do direito invocado. Nessa hipótese, não restará amparado o direito subjetivo daquele que o invoca de modo contraditório a um comportamento anteriormente adotado.

Uma vez caracterizada essa situação, tem a doutrina e a jurisprudência entendido que há um abuso do direito por parte daquele que age contraditoriamente, já que tal comportamento violaria a boa-fé objetiva (art. 187, CC).

Para uma melhor compreensão da questão, oportuno ressaltar que a matriz constitucional do princípio da boa-fé objetiva está na matriz constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CF/88) e, conseqüentemente, na confiança decorrente desse valor constitucional.

Assim, quando se aplica a teoria dos atos próprios, não se quer reprimir a contradição em si, mas sim a quebra da confiança inerente a essa conduta.

Sobre o tema, é lapidar a lição de Anderson Schreiber³ que, em excelente trabalho sobre o tema, assim sintetizou o âmbito de aplicação da figura ora discutida:

3 Cf. SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2007. p. 96.

De fato, a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos. Mais que a simples coerência, atenta o *venire contra factum proprium* à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado. Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo a outrem, não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior.

5.2 TU QUOQUE

A designação da teoria “*tu quoque*” tem origem na célebre frase de Júlio César ao ser assassinado: “*Tu quoque, Brute, fili mi*” (traduzido para o português como: “Até tu, Brutus!”).

O *tu quoque* relaciona-se à idéia de que ninguém pode invocar normas jurídicas, após descumpri-las. Exemplo clássico dessa teoria vincula-se à hipótese em que menor, relativamente incapaz, oculta sua pouca idade para driblar a vedação contida no art. 180 do CC e, posteriormente, invoca esse mesmo dispositivo para eximir-se da obrigação contraída.

Nessa hipótese, a alegação de nulidade do negócio jurídico não terá acolhida, posto que violada a norma que lhe era protetiva, descabida será a intenção de, posteriormente, furtar-se à obrigação contraída com base nessa mesma norma.

Tal situação deixa clara a função de controle exercida pela boa-fé objetiva, vez que, ao agir em contrariedade ao dever anexo de informação, não encontrará o mesmo proteção do ordenamento jurídico, já que tal conduta será equiparada a um ato ilícito (art. 187, CC).

5.3 INADIMPLEMENTO MÍNIMO

A jurisprudência, sobretudo a capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça, tem reconhecido a teoria do inadimplemento mínimo como importante forma de manifestação de controle exercido pela boa-fé objetiva.

Por essa construção, quando uma das partes do negócio jurídico estiver inadimplente por parcela mínima de sua prestação, as conseqüências da mora serão relativizadas em função da proporcionalidade do descumprimento da avença, sob pena de restar caracterizado um abuso do direito.

5.4 *VERWIRKUNG (SUPRESSIO/ SURRECTIO)*

A aplicação da *supressio*, primeira espécie da “*verwirkung*”, dar-se-á sempre que presentes os seguintes requisitos em uma situação concreta:

- 1) omissão no exercício de um direito subjetivo ou potestativo;
- 2) que essa omissão ocorra de forma reiterada no tempo.
- 3) que essa omissão crie na outra parte uma legítima expectativa de direito, baseada na boa-fé, de que aquele direito da outra parte não seria mais exercido.
- 4) desproporção entre o benefício auferido pelo titular omissor e o prejuízo da contra-parte.

Nesse sentido, destacamos a seguinte ementa do julgado do Superior Tribunal de Justiça:

CONDOMÍNIO. Área comum. Prescrição. Boa-fé. Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o *status quo*. Aplicação do princípio da boa-fé (*supressio*).

Recurso conhecido e provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 214680 / SP. Relator : Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Acórdão de 10/08/1999)

A *surrectio*, por sua vez, seria o contraposto da *supressio*, ou seja, ocorrerá sempre que houver um comportamento reiterado que gera para a contraparte um direito subjetivo baseado na confiança.

Verificadas tais hipóteses, a pretensão de exercício do direito restará obstada por violação a boa-fé objetiva. Com efeito, reiterada a conduta omissiva ou comissiva do pretensio titular do direito e, sobretudo, estabelecido um vínculo de confiança entre as partes envolvidas quanto a estabilidade da situação, restringir-se-á a pretensão do credor de modo a não restar malferido o princípio maior da solidariedade.

6 CONCLUSÃO

Como substrato do presente trabalho, verifica-se que o Direito, assim como a sociedade contemporânea, vem passando por uma profunda transformação quanto aos seus parâmetros principiológicos.

A necessidade de tutelar a confiança como um valor jurídico fez nascer a função de controle da boa-fé objetiva. Através dela, pretendeu-se coibir uma gama de atos abusivos. Nesse contexto, surgiram novas figuras jurídicas tendentes a realçar o valor da solidariedade e eticidade.

Por certo, a completa assimilação dos valores dessa renovada teoria não se dará do dia para a noite. O aperfeiçoamento das relações jurídicas, com a consagração e observância plena do valor social da solidariedade e confiança, embora urgentemente desejável, depende ainda do sucesso da incipiente onda difusora desses novos paradigmas.

7 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito dos contratos e dos atos unilaterais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

COSTA, Judith Martins. **A Boa-fé no direito privado – sistemática e ótica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Meridional, 1964.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: Teoria Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Direito das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MANCEBO, Rafael Chagas. **A função social do contrato**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARTINS, Sérgio. O pagodão do Pagodinho. **VEJA**, São Paulo: Editora Abril, n.º 1846, 24 mar. 2004.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996. v. 3.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 23. ed. São Paulo : Saraiva, 1995, v. 3.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Antônio Jeová. **Função Social do Contrato**: lesão e imprevisão no CC/2002 e CDC. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direito dos Contratos**: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE MEDIANTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Victor Cesar Berland

Procurador Federal,

Pós graduando em Direito Constitucional pela UNISUL.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Panorama do controle de constitucionalidade brasileiro; 2.1 Controle concentrado; 2.2 Controle difuso; 2.3 Novo perfil do controle de constitucionalidade brasileiro – breves considerações; 2.4 Poder Constituinte Derivado Decorrente e as normas de repetição obrigatória – Constituição total; 2.5 Controle de constitucionalidade no âmbito estadual; 3 Reclamação 383 STF; 3.1 Caso Original; 3.2 A decisão do Ministro Moreira Alves; 4 Conclusão; 5 Referências.

RESUMO: O controle de constitucionalidade brasileiro segue o modelo misto, difuso e concentrado. O primeiro é instrumentalizado pelo levantamento de uma questão de ordem que leve ao plenário a questão constitucional, tendo por base um caso concreto levado ao Supremo Tribunal Federal via Recurso Extraordinário, Reclamação e demais meios processuais submetidos à apreciação da Corte.

O segundo ocorre por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por ação e por omissão, Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Ação Declaratória de Constitucionalidade, todas com um número restritos de legitimados.

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), não é possível o controle de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal por meio de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, pois isso cabe ao controle concentrado no âmbito estadual – se a norma-parâmetro for de repetição obrigatória. Então se asseguraria a competência da Corte Suprema, enquanto guardiã da Constituição, em face da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça local em sede de ação direta de inconstitucionalidade estadual por meio de Recurso Extraordinário contra este acórdão.

PALAVRAS-CHAVE: Controle concentrado mediante recurso extraordinário. Normas de repetição obrigatória. Controle de Constitucionalidade. Constituição total.

1 INTRODUÇÃO

O modelo de Estado Federativo adotado pelo Brasil confere os contornos do controle de constitucionalidade brasileiro. Oriundo do modelo norte-americano de federação, o federalismo brasileiro adotou uma curiosa configuração, de modo oposto ao original.

Enquanto o modelo estadunidense originou-se de um processo orgânico de formação, o brasileiro surgiu artificialmente, dissociado da realidade histórica.

Nos Estados Unidos, havia treze Estados, que se uniram em uma federação, mantendo suas Constituições originais – com mais autonomia, comparando-se ao caso brasileiro –, mantendo respeito aos preceitos gerais estabelecidos na Constituição de 1787¹. É o chamado federalismo dual, cuja principal característica é a existência de competências mutuamente excludentes.²

No Brasil, dividiu-se um Estado originalmente unitário em Estados Federados, indo de encontro com aspectos fáticos e históricos, o que, diga-se de passagem, ocasionou graves conflitos armados por razões políticas, econômicas e sociais. O modelo adotado pela constituição de 1891 – decorrente da proclamação da República em 1889 – foi, pelo menos no plano das idéias, o americano, já mencionado.³

Já na Constituição de 1934, baseada na Carta de Weimar⁴, o sistema federativo brasileiro passou a ser cooperativista. Isso decorreu – nos Estados Unidos, e de forma precursora – da mudança do liberalismo para a fase do *Welfare State*⁵, o que resultou na centralização

1 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 99

2 TAVARES, André Ramos. **As Competências legislativas e o STF**. Artigo publicado no jornal Carta Forense, de 19 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=197>>. Acesso em: 27 mai.2008.

3 SILVA, op. cit., p. 99

4 Idem, p. 82

5 Ou Estado do bem estar social, fase em que o papel do Estado passou a ser o de provedor de direitos sociais, por força dos resultados negativos ocasionados pela política liberal, que culminaram na famosa crise de 1929.

de competências na União.⁶ Não se tem mais a paridade entre União e Estados. Há agora uma hierarquia, não se olvidando, todavia, a permanente cooperação entre os entes, a autonomia decisória e a capacidade própria de financiamento⁷.

Surge então um poder constituinte originário, central, que confere ao poder constituinte dos Estados o caráter derivado-decorrente⁸, que seguem simetricamente o modelo administrativo da União – aqui entendida como a figura do governo central, um ente superior aos Estados federados no tocante às atribuições de âmbito nacional.

Note-se que a competência material dos Estados é residual e subsidiária à competência da União (art. 22, parágrafo único e art. 24 e seus parágrafos da CF/88). No tocante aos poderes e sua organização, deve-se atentar ao modelo central, preservando-se algumas características particulares. Assim, o mandato do chefe do poder executivo estadual tem duração igual à do Presidente da República (art. 28 da CF/88). A presença de um Poder Judiciário e um Ministério Público no âmbito estadual comprovam essa simetria. Algumas características, todavia, são próprias, a exemplo do poder legislativo estadual, que segue o modelo unicameral, diferentemente do bicameral adotado no nível federal (art. 27 da CF/88)

Em relação aos tributos – que, a propósito, consiste na matéria tratada no *leading case* a ser comentado nesse trabalho –, a Carta Federal delimita as “limitações ao poder de tributar”, normas gerais regentes dos tributos atinentes às três esferas de poder⁹. Devem as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas Municipais, nesse passo, respeitar a legalidade, anterioridade simples e qualificada, não retroatividade, o não confisco, bem como os ditames pertinentes às espécies tributárias, como ao imposto sobre circulação de mercadorias e serviços de transporte estadual e intermunicipal, v.g., a não cumulatividade, o estabelecimento de alíquotas interestaduais pelos convênios etc.

Dessa forma, temos a Constituição Federal no topo da hierarquia normativa do ordenamento jurídico, conferindo aos Estados

6 MEIRA, Liziane Angelotti. **Princípio do Federalismo e Competência Tributária**. Disponível em: <www.idp.org.br/download.php?arquivo=25y1gj40ulwr.pdf>. Acesso em: 28 mai.2008.

7 SILVA, op. cit., p. 608- 609.

8 Idem, p. 609- 610.

9 Vide o voto do Ministro Carlos Velloso na Reclamação 383.

a competência para estabelecerem suas Constituições (art. 25 da CF/88), tratando de suas respectivas organizações de acordo com suas particularidades, sem prejuízo aos limites traçados pela Carta Magna.

Como será tratado adiante, o controle de constitucionalidade repressivo abstrato existe nos âmbitos estadual, exercido pelos Tribunais de Justiça, e federal, incumbido ao Supremo Tribunal Federal.

Aos Tribunais Estaduais competem julgar a constitucionalidade de normas estaduais e municipais tomando-se como parâmetro normas da constituição estadual (art. 125, § 2º, CF/88). Ao STF, obviamente, como guardião da Constituição, cabe decidir pela conformidade das normas com o texto constitucional.

Temos, todavia, um impasse na jurisprudência da Corte Suprema brasileira. Não havia nenhuma forma de controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal¹⁰. Na Reclamação 383, o Ministro Moreira Alves, fez uma construção jurídica (*construction*), permitindo que um instrumento do controle difuso de constitucionalidade (Recurso Extraordinário) suprisse a aludida lacuna.

Posteriormente, a Lei 9882/99 introduziu um novo instrumento de controle de constitucionalidade, deveras amplo, a saber, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que permite o controle de modo subsidiário aos outros instrumentos. Assim, permite a apreciação de norma anterior à constituição e de direito municipal. A norma-parâmetro desse controle federal pode, inclusive, ser uma norma estadual, contando que seja uma norma de reprodução obrigatória.

Não obstante ao advento desse instrumento, a hipótese criada pelo aludido Ministro não perdeu sua utilidade, como iremos desenvolver nesse trabalho.

2 PANORAMA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

O controle de constitucionalidade pátrio possui várias classificações¹¹, a depender do momento em que é exercido, do órgão

¹⁰ RE 93.313-SP, Rel. Ministro Alfredo Buzaid.

¹¹ As diversas classificações podem ser encontradas na obra **Direito Constitucional** de Alexandre de Moraes

que o exerce, da norma-parâmetro, da competência e da abstração ou concretude de sua ocorrência.

Quanto ao órgão, pode ser político, judicial – sistema originado nos Estados Unidos sob a denominação de *Judicial Review*¹² –, e o misto, político-jurídico, como ocorre na Suíça, em que as leis federais são controladas pela Assembléia Nacional, e as leis locais são submetidas ao controle jurisdicional¹³.

Nosso sistema optou pelo controle por um órgão judiciário e não político, como sói acontecer na França¹⁴, por exemplo.

Em relação ao momento, dizemos ser misto, na medida em que ocorre preventivamente e repressivamente, aquele, nas Comissões de Constituição e Justiça¹⁵, i.e, no momento de formação do texto legal, bem como no momento em que o Presidente da República exerce o veto jurídico – diversamente da hipótese de veto político, fundado em razão de conveniência e oportunidade, não podendo ser rotulado como forma de controle de constitucionalidade. Há uma hipótese, na jurisprudência do STF, de controle preventivo exercido pelo judiciário, a saber, o mandado de segurança impetrado pelo parlamentar de modo a assegurar sua regular participação na elaboração legislativa de acordo com o devido processo legislativo¹⁶.

O controle repressivo, objeto deste trabalho, ocorre após o início da vigência da norma e é exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário, de forma difusa, *incidenter tantum*, iniciando-se um incidente de inconstitucionalidade em um caso concreto apresentado a qualquer juízo – quando haverá a cisão funcional para o órgão fracionário, detentor da legitimidade para declarar a inconstitucionalidade com efeito *inter partes*¹⁷ –, ou de forma concentrada, verificando-se a conformidade do texto legal, em abstrato, aos mandamentos constitucionais, de iniciativa limitada a um certo número de legitimados (art. 103, inc. I a IX, CF/88).

12 SILVA, op. cit., p. 49.

13 Idem, p. 49.

14 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 299.

15 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 605.

16 MENDES, **Os diferentes tipos de inconstitucionalidade**, p. 44.

17 MENDES, **O controle incidental de normas no direito brasileiro**. In: MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, 28 ed., 8ª parte, p. 528-602. Material da 5ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG. p. 08.

Importante notar a abrangência do termo “em abstrato” no contexto atual do controle de constitucionalidade. Denota-se hoje a aproximação do controle de constitucionalidade difuso e concentrado na jurisprudência do Supremo. Isso decorre da importância conferida à Corte pela Carta Cidadã, cujo papel não se restringe a decidir conflitos individuais¹⁸, mas sim a proferir decisões fundamentais para uma sociedade pluralista como a nossa, albergada pelo Estado Democrático de Direito.

Há, na atualidade, questões cuja falta de resolução causam forte incômodo social, não podendo ser deixadas ao largo em razão de barreiras formais à apreciação pelo STF.

Por isso, são assuntos em pauta: “causa de pedir aberta”, “efeito vinculante das decisões proferidas pelo plenário”, “objetivação do controle de constitucionalidade”¹⁹. A tendência, portanto, é a quebra de barreiras ao STF para se tratar de assuntos de alta relevância, não havendo que se esperar a iniciativa de um pequeno número de legitimados a instaurar o controle concentrado. O objetivo desta obra não é aprofundar este tema - que aliás, demandaria um outro trabalho mais detalhado. Por isso, a abordagem desse assunto não merece delongas.

Importante também traçar as diferenças entre os efeitos *erga omnes* e vinculante. O primeiro é um efeito tipicamente processual, gerado, em controle difuso, por Resolução do Senado – nos termos do art. 52, X –, e abrange somente o dispositivo da decisão.

O vinculante, por sua vez, é mais abrangente. Engloba os fundamentos e motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi*), bem como os princípios por ela consagrados²⁰. Sua conseqüência é mais eficaz, haja vista ensejar, o seu descumprimento, a propositura de um instrumento direto e eficaz, que é a reclamação.

O efeito vinculante foi introduzido no texto constitucional pela EC nº 3, em 17/03/93, que acrescentou o § 2º ao art. 102, estabelecendo este efeito apenas para as Ações Declaratórias de Constitucionalidade. A jurisprudência do STF então passou a conferi-lo também às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, em razão do caráter dúplice destas ações²¹.

18 MENDES, op. cit., p. 44.

19 Idem, p. 44.

20 MENDES, **Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade**. Material da 3ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG p. 65.

21 Idem, p. 42.

Com a edição da Lei nº 9.868, em 10/11/99 e, posteriormente, com o advento da EC. nº 45, de 31/12/2004, o efeito vinculante foi estendido expressamente à ADI.

A jurisprudência atual do Supremo, em sintonia com a objetivação do controle de constitucionalidade, tem reconhecido efeito vinculante as suas decisões, desde que proferidas pelo Plenário, inclusive as proferidas em sede de medida cautelar, seja em controle difuso, seja em controle concentrado²².

A tendência, como se vê, é a unificação do controle de constitucionalidade difuso e concentrado. Não há mais sentido, hoje, falar-se em controle abstrato e controle concreto, antes entendidos como sinônimos de concentrado e difuso, respectivamente. A diferença persistirá quanto ao início do controle. Enquanto o difuso ocorre por iniciativa de qualquer pessoa que ingresse em juízo suscitando uma questão constitucional, o concentrado está restrito a um número determinado de legitimados. No resultado, porém, ambos são iguais.

2.1 CONTROLE CONCENTRADO

Tal modelo é oriundo da Constituição austríaca de 1920, inspirada no jurista Hans Kelsen. Portanto, de base positivista, tal tipo de controle tem como premissa fundamental a unidade do ordenamento jurídico, criado, em sua inteireza, a partir de um conjunto normativo central (Constituição) e sua ausência de lacunas²³.

22 Vide trecho do voto do Ministro Sepúlveda quando do julgamento da questão de ordem na ADI 1.224-SP: "A decisão cautelar, lemos nos compêndios, destina-se a resguardar, a salvaguardar o efeito útil do processo contra o risco de sua própria demora.

Não vejo outra solução, Sr. Presidente, admitido o efeito vinculante que terá a decisão de mérito, a não ser atribuir à decisão cautelar efeito suspensivo dos processos cuja decisão pende da aplicação, inaplicação ou declaração de inconstitucionalidade em concreto da lei que teve a sua eficácia suspensa por força de decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal. Do contrário, a convivência, já difícil, dos dois sistemas de controle de constitucionalidade que praticamos conduzirá ao caos.

Note-se: sequer para adotar decisão no sentido da decisão cautelar do Supremo, poderá ser julgada a ação proposta perante o juízo ordinário, porque da nossa decisão de mérito poderá resultar, afinal, em sentido contrário, a declaração de constitucionalidade da lei.

Desse modo, a cautelar não compele o juiz a que julgue a causa como se a lei fosse inconstitucional, porque a lei ainda não está declarada inconstitucional.

A única solução, assim, é a suspensão do andamento do feito ou, pelos menos, a suspensão da decisão que nele se tenha que tomar, num ou noutro sentido, até a decisão de mérito da ação direta no Supremo Tribunal Federal."

23 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 288.

Dessas premissas, Kelsen estabeleceu que toda inconstitucionalidade é formal, na medida em que decorre de um vício de procedimento. Isso pois o juízo de constitucionalidade delimita-se a uma mera subsunção da lei à Constituição, em um raciocínio lógico-jurídico²⁴.

Muito do controle abstrato de constitucionalidade brasileiro originou-se de Kelsen. Assim, a figura do Procurador-Geral da República como “Advogado da Constituição” e o STF enquanto “Legislador Negativo”.

Em relação ao “Legislador Negativo”, temos a idéia de que a Corte Constitucional atua, assim como o Poder Legislativo, com generalidade e abstração, só que de modo negativo, contrário, apenas atuando no sentido de declarar a nulidade de um determinado ato normativo contrário ao texto constitucional. Ressalte-se que a visão do Supremo enquanto “Legislador Negativo” encontra fortes críticas dos constitucionalistas contemporâneos, haja vista o novo perfil da Corte, que não se restringe a decidir conflitos individuais, processos subjetivos. Incumbe-lhe as decisões fundamentais para toda a sociedade.

A Carta de 1934 conferiu o esboço do controle concentrado de constitucionalidade por meio da representação interventiva. Com a Emenda nº 16/65, à Constituição de 1946²⁵ foi introduzido o controle de constitucionalidade de moldes kelsenianos, por meio da representação de inconstitucionalidade de titularidade do Procurador Geral da República.

Antes da Constituição de 1988, a iniciativa do controle abstrato resumia-se à iniciativa do Procurador-Geral da República, titular da então representação interventiva. A Carta de 88 ampliou significativamente o rol de legitimados, incluindo o Presidente da República, as mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, os Governadores dos Estados, as Assembléias Legislativas, os Partidos Políticos, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e as Associações de âmbito nacional.

24 SEGADO, Francisco Fernández. **La obsolescencia de la bipolaridad tradicional** (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. Publicado em: Francisco Fernández Segado, *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano)* de Los Sistemas de Justicia Constitucional. Direito Público. Porto Alegre, Síntese/IDP, n. 02, p. 55- 82. Material da 1ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL-IDP-REDE LFG.

25 MENDES, **Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade**. p. 02.

A Carta Cidadã trouxe também, novos instrumentos que ampliaram o grau de abrangência do controle abstrato de constitucionalidade, possibilitando o controle de constitucionalidade por omissão legislativa, a declaração de constitucionalidade de uma lei, a apreciação de norma pré-constitucional e a análise de norma municipal frente à Constituição Federal. Essas hipóteses são, respectivamente abarcadas pela ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

2.2 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Essa modalidade de controle tem sua gênese no direito norte-americano, mais especificamente com o caso *Marbury vs. Madison*²⁶.

O aludido modelo de controle foi o primeiro a ser adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao tempo do advento da República²⁷. Na

²⁶ O Professor da Universidade Federal de Minas Gerais, Dr. José Luiz Quadros de Magalhães explica o caso com detalhes: “No caso que criou as bases do controle judicial difuso de constitucionalidade das leis, modelo democrático que deve ser paradigma para todas as democracias contemporâneas, o juiz do caso *Marshall* tinha interesse direto na solução do caso. O presidente dos Estados Unidos neste momento era Adams e o seu secretário de estado John Marshall, os dois do partido federalista, derrotado por Thomas Jefferson e seus partidários. Antes de deixar o poder o presidente Adams nomeou seus correligionários para diversos cargos inclusive os vitalícios no judiciário superior. Um dos beneficiários foi Marshall, nomeado para a Suprema Corte com a aprovação do Senado. Como secretário de estado, cargo em que permaneceu até o fim do mandato de Adams, ele não conseguiu se desincumbir da missão de distribuir os títulos de nomeação já assinados pelo presidente para todos os indicados a cargos no final de mandato. Um dos títulos não entregues nomeava William Marbury para o cargo de Juiz de Paz no condado de Washington no distrito de Columbia. Com a posse de Jefferson como novo presidente dos EUA, este determinou ao novo secretário de estado James Madison, que não entregasse do título da comissão para Marbury por entender que a nomeação estava incompleta por faltar a entrega da comissão, onde o ato jurídico se tornaria completo. Marbury não tomou posse e pediu a notificação de Madison para apresentar suas razões. Madison não respondeu e Marbury impetrou o *mandamus*. Diante da complexidade política do caso a Corte Suprema não julgou o caso durante dois anos causando reação da imprensa e da opinião pública, aventando-se inclusive a possibilidade de *impeachment* de seus juízes. Para agravar a situação o executivo expressou que uma decisão favorável a Marbury poderia causar uma crise entre os poderes, sugerindo que o executivo poderia não cumprir um decisão do judiciário. Marshall (nomeado pelo presidente anterior assim como Marbury o requerente) era presidente da Suprema Corte e que deveria se pronunciar sobre o caso. O problema envolvia uma situação ético-jurídica muito grave. Marshall entretanto decidiu: quanto ao mérito reconheceu o direito de Marbury à posse no cargo, no entanto não concedia a ordem para cumprir a decisão em face de uma preliminar, evitando assim ver descumprida a sua decisão por parte do executivo, evitando a crise maior. Assim julgou inconstitucional a lei que autorizava o pedido diretamente na Suprema Corte pois a Constituição fixou a competência da Suprema Corte e somente a Constituição poderia ampliar esta competência. Assim negou o pedido por incompetência uma vez que só poderia chegar a Suprema Corte em grau de recurso.”

²⁷ MENDES, Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. p. 02.

Carta de 1934, foi criada a “representação interventiva”, de titularidade do Procurador-Geral da República, quando, então, passamos ao modelo misto, difuso-abstrato, de controle de constitucionalidade²⁸.

A sistemática desse controle ocorre da seguinte forma: em um caso concreto, e, portanto, em qualquer juízo ou tribunal, a questão constitucional trazida aos autos, de maneira prejudicial, suscitada por um incidente de constitucionalidade (art. 480 a 482 do Código de Processo Civil) é levada ao conhecimento ao órgão fracionário do tribunal pertinente, que decidirá pela constitucionalidade do preceito legal a ser aplicado ao caso. Assim, o juízo ou tribunal – se for o caso de ação originária – remete a questão constitucional ao plenário do tribunal, que é órgão incumbido de proferir o juízo de constitucionalidade, de acordo com o art. 97 da Constituição da República. Note que é permitida a criação de um órgão especial, para os tribunais compostos por mais de vinte e cinco membros, “com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno...”(art. 93, inc. XI, CF/88), que é apto, portanto, a apreciar a constitucionalidade de determinado ato normativo, por delegação.

Temos assim a chamada cisão funcional, em que se divide o ponto de constitucionalidade do caso concreto.

Decidida tal questão prejudicial, é restaurada a competência do órgão fracionário para que se pronuncie quanto ao mérito, de acordo com o que foi decidido no incidente de inconstitucionalidade²⁹.

Na atual conjuntura do poder judiciário, todavia, em que questões de massa emperram os Tribunais, é inviável que tal regra seja cumprida literalmente. Isso conflitaria com os princípios processuais da economia processual e celeridade, bem como ofenderia a garantia da duração razoável do processo.

Nesse passo, a jurisprudência consolidada do Supremo culminou na inclusão do parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, *ipsis litteris*:

28 MENDES, Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. p. 02.

29 STF 515- A COMPETÊNCIA PARA A AÇÃO RESCISÓRIA NÃO É DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUANDO A QUESTÃO FEDERAL, APRECIADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO OU NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, SEJA DIVERSA DA QUE FOI SUSCITADA NO PEDIDO RESCISÓRIO.

Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Essa novidade corrobora a irrefutável tendência à objetivação do controle de constitucionalidade, ao conferir, na prática efeito vinculante à decisão proferida em sede de controle difuso.

Via de regra, a decisão tem eficácia apenas entre as partes. A eficácia *erga omnes* da decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade está condicionada, nos termos do art. 52, inc. X da Constituição da República, à expedição de Resolução pelo Senado³⁰.

2.3 NOVO PERFIL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO – BREVES CONSIDERAÇÕES

Não é objetivo dessa obra abordar detalhadamente o tema em epígrafe, mesmo porque demandaria um trabalho demasiadamente complexo. Importante, todavia, mencionar os aspectos principais dessa mudança, haja vista que o *leading case* em estudo nessa monografia foi o precursor da transmutação do controle de constitucionalidade pátrio.

A tendência é a ampliação dos poderes da Corte Suprema quando do controle de constitucionalidade, fundindo, muitas vezes, o controle difuso e concentrado, permitindo falar-se, hoje, em controle difuso-abstrato.

Isso é reflexo de uma sociedade composta de inúmeros grupos sociais, compostos por minorias e minorias, com diversos interesses, muitas vezes conflitantes. Há também muitas questões de extrema relevância, que não podem ser deixadas ao largo por força de exigências formais.

A jurisprudência constitucional vem entendendo que as decisões do plenário do Supremo, mesmo que *incidentur tantum* (incidentalmente), possuem eficácia vinculante e *erga omnes* (para todos).

Assim, além, de valerem para todos – de acordo com os moldes tradicionais do controle de constitucionalidade – as decisões do plenário

³⁰ Gilmar Mendes critica essa exigência, por ser vetusta medida, na medida em que não se coaduna ao novo perfil do controle de constitucionalidade. Isso será tratado em capítulo próprio.

vinculam todo o judiciário³¹ e a administração pública³², possibilitando a utilização do instituto da reclamação, como forma de garantir a eficácia das decisões constitucionais.

Fala-se hoje em “causa de pedir aberta”. Isso quer dizer que a Corte Constitucional, ao decidir uma questão fundamental, seja em controle difuso (em plenário), seja em controle abstrato, não está limitada aos fundamentos expostos pelas partes, não se falando em sentença *ultra, citra* ou *extrapetita*, não vigorando, destarte, o princípio da correlação na sentença constitucional.

A intervenção do *amicus curiae* no processo reflete, nos dizeres de Peter Häberle, a “sociedade aberta dos intérpretes”. Dessa forma, de modo a garantir-se o debate dos vários segmentos de uma sociedade plúrima³³, o Supremo consulta a opinião de um especialista no assunto em debate, ou de um representante de uma seita, de uma associação ou de outro qualquer grupo social. Essa oitiva também não está sujeita a limitações formais, mas ao interesse em se resolver a causa de modo satisfatório para a sociedade.

É de se lembrar também o advento de novos instrumentos aptos a assegurar a função da Suprema Corte brasileira enquanto verdadeira guardiã da Constitucional, filtrando ao máximo as causas que não repercutem o interesse geral. Nesses termos, temos a súmula vinculante, trazida pela Lei 11.417/06, consiste na edição de enunciados pelo STF, que dizem respeito a questões de massa que demandam idêntica solução, e cuja eficácia vincula não só o Judiciário como toda a Administração Pública³⁴. Na outra frente, vem a repercussão geral do Recurso Extraordinário – trazida ao Código de Processo Civil pela Lei

31 Com exceção do próprio STF, visto que o parágrafo 2º do art. 102 da CF/88 diz que “as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante *aos demais órgãos do Poder Judiciário...*” (grifos nossos)

32 Não vinculando, porém, o Poder Legislativo, haja vista que isso “fossilizaria” a Constituição.(Rcl (Agr) nº 2617/MG, rel. Min. Cezar Peluso (informativo 386)

33 COELHO, Inocêncio Mártires. **III - Criação judicial do direito. Fundamentos e limites da atividade judicial como fase do processo de produção normativa. Métodos e princípios da interpretação constitucional. Limites da interpretação constitucional. Jurisdição constitucional:** posição institucional, legitimidade e legitimação. Estado constitucional de Direito ou Estado judicial de Direito? Material da 1ª aula da Disciplina Jurisprudência Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG, p. 48.

34 Art. 103-A, § 1º, CF/88 “A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.”

11.418/06 -, que consiste na comprovação, pelo recorrente, de que sua causa possui relevância social, econômica ou jurídica.

A nova tendência da Corte provocou uma revisão de conceitos ao questionar-se o alcance do inciso X do art. 52 da Constituição, pertinente à comunicação ao Senado de decisão proferida em controle difuso para que lhe seja conferida eficácia *erga omnes* – diga-se que mesmo para se chegar a este entendimento, relativo ao papel da comunicação ao Senado, o Supremo provocou uma evolução no controle de constitucionalidade, pois, à época, a intensão era de ser aplicada tanto em controle difuso como em controle concentrado. O Ministro Gilmar Mendes³⁵ é defensor da crescente tese da obsolescência do aludido dispositivo.

Assiste coerência na tese acima. De fato, emprestar eficácia somente entre as partes em sede de decisão proferida em controle incidental de constitucionalidade de uma lei é violar frontalmente o princípio da isonomia. Assim, se uma determinada lei fosse julgada inconstitucional, via *cisão* funcional, se não houvesse a comunicação ao Senado – que possui discricionariedade para suspender o dispositivo legal – a lei seria inconstitucional para as partes do processo subjetivo, mas continuaria constitucional para os demais.

O Ministro colaciona um interessante debate entre parlamentares sobre o instituto da comunicação ao Senado: “Na sistemática preferida pelo nobre Deputado, Sr. Levi Carneiro, o Supremo Tribunal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei, e os efeitos dessa decisão se limitariam às partes em litígio. Todos os demais cidadãos, que estivessem na mesma situação da que foi tutelada num processo próprio, estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Constituição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do Judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os outros casos [...]”

O art. 52, inc. X, CF, é justificado na separação harmônica de poderes. Atente-se, porém, que a separação de poderes não é absoluta. Montesquieu, inclusive, em sua precursora obra, ensina que o poder é uno. Há na verdade uma divisão orgânica. O aludido comando constitucional deturpa esse conceito de separação de poderes, na medida em que sujeita a eficácia da decisão de um órgão técnico-jurídico à discricionariedade de um órgão político.

35 MENDES, op. cit., p. 21

Tudo isso pode ser resumido na “objetivação do controle de constitucionalidade”. Em outras palavras, mesmo em um controle incidental de constitucionalidade, a importância reside na questão e não nos sujeitos do processo. Passa-se então à quebra do paradigma do processo subjetivo, que visa a satisfazer o interesse das partes. Temos agora um processo objetivo, focado na questão constitucional³⁶.

2.4 PODER CONSTITUINTE DERIVADO DECORRENTE E AS NORMAS DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA – CONSTITUIÇÃO TOTAL

A Constituição Federal, como produto do poder constituinte originário conferiu às unidades parciais, ou Estados-membros, a incumbência (art. 25 da CF/88 c/c art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), de elaborarem suas respectivas Constituições, enquanto detentores do poder constituinte derivado decorrente³⁷.

A Constituição de um Estado Federal, como o brasileiro, possui natureza dúplice. Dessa forma, “a ordem jurídica de um Estado Federal compõe-se de normas centrais válidas para o seu território inteiro e de normas locais válidas apenas para porções desse território, para os territórios dos Estados-componentes (ou membros) [...] o Estado federal, a comunidade jurídica total, consiste, assim, na federação, uma comunidade jurídica central, e nos Estados componentes, várias comunidades jurídicas locais.”³⁸

Há, a bem da verdade, competências conferidas à ordem parcial central (União) e aos Estados-membros, que podem ser didaticamente divididas em competências materiais, estas subdivididas em exclusivas e concorrentes e competências legislativas, privativas e comuns.

Apesar da existência dessas competências próprias dos Estados-membros, há um fonte central, residente numa Constituição Total, nos dizeres de Raul Machado Horta. Desse modo, as normas presentes nas Constituições estaduais que decorrem dos limites de conformação da Constituição Federal, constituem um todo, uma Constituição Total. Mesmo que tais normas estejam escritas na Carta estadual,

36 MENDES, **O controle incidental de normas no direito brasileiro**, p. 44

37 MORAES, *op. cit.*, p. 59.

38 Trecho traduzido da obra de Hans Kelsen, extraído do voto do Ministro Sepúlveda Pertence proferido na Reclamação 370 pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

deve-se entendê-las como componentes de um todo, de um único sistema normativo. São normas, destarte, formalmente pertencentes à Constituição estadual, mas materialmente de índole constitucional-federal. Isso é de suma importância para a compreensão do caso em estudo, pois se trata de controle de constitucionalidade de normas de repetição obrigatória, em que a Corte Suprema entendeu ser competente para o julgamento, mesmo que escritas no Estatuto estadual³⁹.

Assim, a competência do constituinte estadual começa no ponto em que terminam os limites impostos pela Carta Federal.

O Professor José Afonso da Silva estabelece didaticamente uma classificação dos princípios que determinam as normas que devem obrigatoriamente integrar as Cartas estaduais.

Nesse passo, temos os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, CF 1988), cuja inobservância enseja a intervenção federal no ente que os violarem; princípio constitucionais extensíveis, que contém regras de organização dos Estados; e, por fim, os princípios constitucionais estabelecidos, limitadores da autonomia organizatória dos Estados-membros.

Note que há normas da Constituição central que são de obrigatória repetição, e normas de reprodução facultativa, denominadas estas de “normas de imitação”. No trecho do voto do Ministro Moreira Alves a seguir, oriundo da Reclamação 383, o assunto é explanado com perspicácia:

Em certas matérias, em que o constituinte estatal poderia inovar, poderia adotar solução própria, prefere ele copiar disposição da Constituição Federal, disposição, entretanto, que, não fora isto, não incidiria a ordem local. Nesse caso – bem ressaltou o Ministro Pertence, com base no magistério de Raul Machado Horta, – ‘as normas de imitação exprimem a cópia de técnicas ou institutos, por influência da sugestão exercida pelo modelo superior.’ (Raul Machado Horta, ‘A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro’, Bhte., 1964, pág. 193). Noutra hipótese, todavia, o constituinte estadual reproduz norma da Constituição Federal que, reproduzida, ou não, incidiria sobre a ordem local. É que, nessa hipótese, tem-se reprodução de norma central, assim obrigatórias para as comunidades jurídicas parciais, norma central que constitui

39 HORTA, Raul Machado. *Curso de Direito Consitucional*, 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey.

a Constituição total do Estado Federal, Constituição total ‘entendida como o setor da Constituição Federal formado pelo conjunto das normas centrais, selecionadas pelo constituinte, para ulterior projeção no Estado-membro, sem organizá-lo integralmente. A Constituição total é parte da Constituição Federal e não dispõe de existência formal autônoma fora desse documento.’ (Raul Machado Horta, ob. cit., pág. 67)

Com isso, permite-se concluir não serem materialmente constitucionais federais as normas de imitação, na medida em que se encontram na esfera de conformação do constituinte estadual. Por conseguinte, e, ante as premissas expostas, em relação às normas de imitação, competente seria o Tribunal local para se pronunciar acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal. Somente no tocante às normas de repetição é que caberiam reclamação para o Supremo, com a finalidade de preservar sua competência enquanto guardião da Carta Magna, ou o Recurso Extraordinário.

2.5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ESTADUAL

Em relação ao controle difuso de constitucionalidade no âmbito estadual, pode-se afirmar ser muito semelhante ao controle em nível federal. Inclusive, em razão dos poderes implícitos das Constituições estaduais, é-lhes permitido, por simetria, a instituição da comunicação à Assembléia Legislativa das decisões transitadas em julgado no controle difuso, de modo a conferir-lhes eficácia *erga omnes*⁴⁰.

A Carta Política estabeleceu a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade no âmbito estadual no art. 125, § 2º, em que compete “*ao Estado a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão*”⁴¹.

O dispositivo em comento coaduna com o modelo federativo brasileiro, que concedeu autonomia política aos Estados-membros. De nada adiantaria permitir a confecção de Constituições estaduais sem permitir o controle de constitucionalidade pelas próprias unidades parciais. Por outro lado, seria inviável funcionalmente conferir à Corte Suprema a incumbência

40 MENDES, O controle de constitucionalidade do direito estadual e municipal na Constituição Federal, p. 20

41 STF 614-SOMENTE O PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA TEM LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO DIRETA INTERVENTIVA POR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL.

de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos de mais de 5.000 Municípios, 26 Estados-membros e do Distrito Federal.

Note-se a vedação, ao final do comando constitucional, de atribuição, pelo constituinte estadual, da legitimidade de agir a um único órgão. Isso decorre da experiência anterior à Carta Cidadã, em que só o Procurador-Geral da República tinha legitimidade para instaurar o controle direto de constitucionalidade, o que limitava sobremaneira o debate pelos diversos setores da sociedade.

É possível a concomitância de julgamentos de constitucionalidades de um determinado ato normativo municipal ou estadual com parâmetro em norma de reprodução obrigatória, perante um Tribunal de Justiça e o STF. Na espécie, deve prevalecer a decisão do Supremo, enquanto guardião da Constituição, devendo o Tribunal estadual submeter-se, *ex vi* da força vinculante de suas decisões.

Por isso mesmo, seria possível a interposição de Recurso Extraordinário, de legitimidade de membro do Ministério Público Federal (art. 37 parágrafo único da Lei Complementar 75/93), contra a decisão do Tribunal de Justiça local, perante o Supremo. Também seria cabível o instituto da reclamação – como fora feito nas reclamações 383, 360 e 370 – de modo a garantir a competência da Corte como guardiã da Constituição da República.

Note-se que, *a priori*, a jurisprudência da Corte entendia não ser cabível, em nenhuma hipótese, o controle de constitucionalidade do direito municipal frente à Constituição Federal, muito menos o ajuizamento de Recurso Extraordinário, eis que constitui instrumento do tradicional processo subjetivo. No RE 93.313-SP, o Ministro-relator Alfredo Buzaid disse claramente não haver “no sistema constitucional brasileiro, ação direta de arguição, em tese, de lei ou ato normativo municipal, por contrariedade à Constituição da República, mediante representação do Chefe do Ministério Público local ao Tribunal de Justiça.”

Ademais, como exposto pelo Ministro Moreira Alves, no RE 93.169-SP, não podem os Tribunais locais, sob o pretexto de possuírem poderes implícitos, instituírem o controle de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição da República, haja vista não poderem restringir a autonomia dos Municípios, garantida na Lei Maior. Além do que, se fosse adotada a aludida hipótese, ocorreria algo surreal, que

seria a submissão da Corte Suprema a uma decisão proferida por um Tribunal local, a ele subordinado. Isso porque a decisão proferida em controle concentrado, mesmo que estadual, é revestida de eficácia *erga omnes*, quando transitada em julgado.

Foi a partir do decidido nas reclamações 383, 360 e 370 que houve uma evolução no entendimento, aumentando a abrangência da competência do STF para o controle de normas municipais.

Como se resolve então a problemática da coisa julgada do controle de constitucionalidade estadual e o *status* da Corte Suprema enquanto guardiã da Constituição? O Ministro Moreira Alves⁴² leciona que o cabimento da reclamação pressupõe o não trânsito em julgado da ação declaratória estadual, na medida em que não constitui sucedâneo de ação rescisória. Se houver transitado em julgado a aludida decisão, seja pela não interposição de Recurso Extraordinário ou de reclamação, a resposta depende do conteúdo do acórdão. Se improcedente, seria admissível a instauração do controle concentrado no âmbito do STF, mesmo porque a causa de pedir seria diversa, baseada, agora, na Constituição Federal, e não mais na Carta estadual.

42 “Pode ocorrer, no entanto, que não haja a interposição do recurso extraordinário. E o mesmo problema sucederá – como já acentuei – se, adotada a orientação contrária, não for proposta reclamação para a verificação da ocorrência, ou não, de inconstitucionalidade só declarável em face de texto de reprodução, certo como é que não cabe reclamação, para a preservação de competência, que tenha de desconstituir acórdão transitado em julgado. Ainda recentemente esta Corte reafirmou esse entendimento, ao não conhecer, por unanimidade de votos, em 28 de maio próximo passado, a reclamação 365, de que fui relator. Nesse julgamento se decidiu que reclamação destinada à preservação de competência do S.T.F. só é cabível se a decisão objeto dela ainda não transitou em julgado, pois reclamação não é sucedâneo de ação rescisória.”

Ora, na hipótese de não interposição de recurso extraordinário (ou de não oferecimento de reclamação com acima observei), se a decisão do Tribunal de Justiça, na ação direta, for pela sua improcedência – o que vale dizer que a lei municipal ou estadual foi tida como constitucional –, embora tenha ela também eficácia *erga omnes*, essa eficácia se restringe ao âmbito da Constituição estadual, ou seja, a lei então impugnada, aí, não poderá mais ter sua constitucionalidade discutida em face da Constituição estadual, o que não implicará que não possa ter sua inconstitucionalidade declarada, em controle difuso ou em controle concentrado (perante esta Corte, se se tratar de lei estadual), em face da Constituição federal, inclusive com base nos mesmos princípios que serviram para a reprodução. E isso se explica, não só porque a *causa petendi* (inconstitucionalidade em face da Constituição federal, e não da Constituição estadual) é outra, como também por ter a decisão desta Corte eficácia *erga omnes* nacional, impondo-se, portanto, aos Estados.

Se, porém, a decisão do Tribunal de Justiça, na ação direta, for pela procedência – o que implica a declaração de nulidade da norma municipal ou estadual impugnada –, a sua retirada do mundo jurídico, com eficácia retroativa à data do início de sua vigência, se faz no âmbito mesmo em que ela surgiu e atua – o estadual –, o que impede que, por haver a norma deixado de existir na esfera do ordenamento que integrava, que seja reavivada, em face da Carta Magna federal, questão cujo objeto não mais existe”. (Reclamação 383)

A situação é diversa na hipótese de procedência. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal as extirpam do ordenamento jurídico, havendo, dessa forma, perda do elemento da ação, a saber o próprio objeto.

Destarte, forçoso concluir ser o regime da coisa julgada do acórdão proferido em controle concentrado de constitucionalidade estadual *secundum eventum litis* – i.e., a decisão só será acobertada pela preclusão máxima em caso de procedência -, haja vista depender do resultado do julgamento.

3 RECLAMAÇÃO 383 STF

3.1 CASO ORIGINAL

A aludida reclamação foi ajuizada pelo Município de São Paulo tendo por fundamento o desrespeito à competência do Supremo, bem como a inobservância à autoridade de suas decisões.

Ocorre que o Ministério Público paulista propôs ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça contra o art. 1º da Lei 11.152, de 30 de dezembro de 1991, do Município de São Paulo – que modificou a cobrança do Imposto Territorial Urbano -, ao fundamento de que os critérios de aplicação de progressividade das alíquotas da aludida lei contrariavam os arts. 160, parágrafo 1º, 163, inc. II, III e 144 da Constituição Bandeirante.

Fora concedida liminar suspendendo os dispositivos da lei em comento, ressalvando a cobrança de uma alíquota única de 0,2% para todos os imóveis, determinando o refazimento dos cálculos pelos agentes fiscais municipais.

O reclamante deduziu, em síntese, que, em virtude da autonomia política, administrativa e financeira do ente municipal, possui competência tributária plena, no tocante aos tributos municipais, respeitados os contornos da Constituição Federal, bem como da Lei Complementar referida em seu art. 146, e que a referida lei respeitou esses limites.

Afirmou que, em virtude de o IPTU ser exação de natureza real e objetiva, sendo a capacidade econômica do proprietário aferida à luz do valor do imóvel, justificando, assim, a adoção de alíquotas diferenciadas, realizando a justiça social, portanto.

Na reclamação 337-DF, fora suspendida a eficácia do inc .XI, do art.74 da Constituição paulista, que permitia a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal contrários à Constituição Federal. Por outro lado, a jurisprudência da Corte era pela inadmissibilidade de ADI nesse caso, o que criava uma lacuna no ordenamento jurídico.

Alega, outrossim, que, na verdade houve desrespeito a preceitos da Constituição Federal, mesmo que contidos no texto da Carta estadual, e que, na espécie, não seria cabível o controle de constitucionalidade no âmbito estadual, na medida em que a lei municipal fora extraída da competência determinada na Constituição federal.

Requerera, por fim, concessão de medida cautelar apta a suspender a liminar concedida pelo Desembargador-relator da ADI estadual, bem como a suspensão da mesma.

Já o Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, aduziu, em impugnação, não ter o Município legitimidade ativa para a reclamação, pois o STF não admite o ajuizamento do instrumento por terceiro interessado.

Também, que não houve descumprimento de decisão da Corte nem usurpação de sua competência, vez que a decisão que suspendeu o inciso XI do art. 74 da Constituição estadual demonstrou que não há ADI de lei municipal em face da Constituição Federal. Não existindo esse instrumento, não haveria que se mencionar a usurpação de competência, que sequer chegou a existir.

Por fim, aduziu que a autonomia municipal encontra limites nas Constituições Federal e estadual, e, as normas reproduzidas na última, mesmo que idênticas às federais, são autônomas.

Nas informações, o eminente Presidente do Tribunal de Justiça justificou ser dessa Corte a competência para ação direta, vez que o parâmetro é a Constituição estadual. Não é, portanto, do Pretório Excelso, a competência para apreciação da constitucionalidade da aludida lei municipal.

Ressaltou a importância da ADI estadual como medida de evitar o efeito multiplicador de ações individuais idênticas.

Justificou a concessão da liminar suspendendo a eficácia da lei que estabelecia alíquotas progressivas do Imposto Territorial Urbano, no perigo de os contribuintes sofrerem uma exação indevida.

Que a matéria tratada na reclamação, a bem da verdade, é pertinente a uma ação direta de inconstitucionalidade. Também, que a progressividade do IPTU não decorre exclusivamente de normas constitucionais federais, na medida em que a política urbana obedece a diretrizes estabelecidas em lei, que pode ser federal, estadual ou pertencente à Carta estadual, mesmo porque a competência legislativa pertinente à matéria é concorrente. Nesse passo, a adoção da alíquota progressiva diz respeito à realização da função social da propriedade, e, via reflexa, à política urbana, que deve obediência aos princípios da Constituição estadual.

No parecer do Ministério Público Federal, o Subprocurador-geral da República ressaltou ter sido a reclamação corretamente ajuizada, pois houve desrespeito à decisão do Supremo e violação de sua competência.

Porém, se manifestou pela impossibilidade do controle pela Suprema Corte de norma municipal frente a parâmetro constitucional federal, sendo só admitido tal controle *incidentur tantum*.

Reconhece serem as limitações ao poder de tributar dos Municípios são exclusivamente arroladas na Lei Maior, que determina o espaço de conformação exercido pela Lei Complementar Federal, e que a Constituição paulista simplesmente reproduz os princípios da Carta Magna em seu texto.

Conclui, derradeiramente, que a representação de inconstitucionalidade proposta pelo chefe do *parquet* paulista, constitui verdadeira ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição da República, sendo corretamente ajuizada a reclamação. Opinou, destarte, pela procedência.

3.2 A DECISÃO DO MINISTRO MOREIRA ALVES

Entendeu o eminente Ministro ter ocorrida violação à decisão proferida pela Corte, que suspendera a eficácia do inciso XI do art. 74 da Constituição do Estado de São Paulo, pois a ação direta perante o Tribunal Local tinha por fundamento, ofensa da legislação municipal à Constituição Federal, em verdade. Por essa razão, entendeu ser o

Procurador-geral de Justiça incompetente para a propositura da ação, bem como o Tribunal de Justiça, além da irreparável lesão à competência da Corte Suprema.

Em relação à ilegitimidade ativa do Município para a Reclamação, argüida pelo chefe do Ministério Público de São Paulo, a preliminar foi rejeitada, pois o aquele ente foi admitido como parte pelo Tribunal paulista quando da interposição de um agravo regimental contra o despacho concessivo da liminar requerida na inicial.

No mérito, porém, julgou improcedente a Reclamação, pois não preencheu seus requisitos fundamentais, a saber, a preservação da competência do STF, e a garantia da autoridade de suas decisões. Em relação a este último requisito, entendeu ter sido proposta a ação direta estadual com fulcro do inciso VI do art. 74 da Carta estadual, que não foi objeto da mencionada ADI 374 (ação esta que concedeu liminar suspendendo o inciso XI do art. 74), haja vista não ter sido o parâmetro norma da Constituição da República.

Aduziu que a causa de pedir da ação direta de inconstitucionalidade é a inconstitucionalidade em face de qualquer parâmetro, seja a Carta Federal ou Estadual, e não os dispositivos arrolados na petição inicial – ou seja, a causa de pedir é aberta. Se fosse julgada procedente a reclamação, estar-se-ia reconhecendo que a lei municipal feriria tão-somente preceitos da Constituição Federal, e nenhum da estadual. Isso inviabilizaria nova propositura de ADI contra os preceitos estaduais, caso a ação direta fosse julgada improcedente – por força da procedência desta reclamação –, por não ter violado preceitos outros que os não indicados na inicial.

Outrossim, o caso abriria precedente para que qualquer julgamento de constitucionalidade de norma municipal ou estadual face à Constituição estadual fosse submetido ao STF por meio de reclamação, como forma de aferição da natureza do parâmetro estadual, se de imitação ou de reprodução.

No controle difuso estadual, mesmo que conferida a eficácia *erga omnes* à decisão, não é cabível o instituto da reclamação. Por esse argumento, também refutou incabível a reclamação, mesmo porque não é medida hábil a analisar o mérito da ação.

Em relação aos princípios de direito tributário, não é possível afirmar que todos aqueles pertinentes aos Estados e Municípios

pertençam à Carta Federal ou à Lei Complementar Federal, haja vista ser a competência em normas tributárias concorrente. O art. 24, em seu parágrafo único, determina que “a competência para legislar sobre regras gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”. Por isso, concordou com as informações prestadas pelo Presidente do Tribunal de Justiça, pois as normas constitucionais parâmetro não são normas de reprodução obrigatória.

Reconheceu o eminente Ministro, ser cabível a propositura do Recurso Extraordinário na espécie. E é nesse ponto que é criada a hipótese objeto deste trabalho. Segundo Moreira Alves, a ação direta proposta contra lei municipal ou estadual em face de norma de repetição, reproduzida na Constituição estadual, é, na verdade, uma ação direta com parâmetro constitucional federal, e por isso, sendo a questão federal, torna-se possível o Recurso Extraordinário contra a decisão do Tribunal Local. Inclusive entende ser dispensável o prequestionamento, pois o dispositivo constitucional federal reproduzido nunca foi mencionado na causa original, mas o era de forma reflexa pela norma idêntica.

O fato de estar-se tratando de um processo objetivo não afasta a possibilidade de Recurso Extraordinário pelas alíneas ‘a’ ou ‘c’ do inciso III do art. 102, CF, a exemplo dos embargos infringentes, admitidos pela jurisprudência da Corte.

Para o Ministro, não deve prevalecer a tese de que só cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal perante o Tribunal de Justiça em caso de norma constitucional de competência exclusiva estadual.

Discorre também sobre a possibilidade de a norma constitucional parâmetro, estadual ou federal ser inconstitucional material ou formalmente, e se seria permitido à Corte declarar sua inconstitucionalidade incidentalmente. E sua resposta é pela possibilidade, pois deve declarar inconstitucional o que realmente o é.

Conforme lembrou do julgado na Reclamação 365, no caso de transitar em julgado a ação direta estadual, não será possível a reclamação, pois não pode fazer as vezes de ação rescisória. Nesse caso, também, se o acórdão for de improcedência, em que, via oblíqua, a lei municipal é declarada constitucional, ressalva que a eficácia da decisão restringe-se ao âmbito estadual, podendo o STF

rediscutir a causa, em controle difuso ou concentrado, inclusive com base nos mesmos princípios reproduzidos na Carta estadual. Isso se deve também à causa de pedir, que, no caso de apreciação será outra, com fundamento jurídico na Constituição Federal.

Situação diversa ocorre em caso de procedência da ação direta, com a retirada da lei do ordenamento jurídico, com eficácia retroativa a sua entrada em vigor, hipótese em que nem mesmo o STF pode apreciar a constitucionalidade, haja vista não haver mais objeto de uma ação direta ou de controle *incidentur tantum*.

Insurge-se sobre a possibilidade de a Constituição estadual fixar a competência ao Tribunal local para julgar ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição Federal, visto que, se nem ao Supremo, enquanto guardião da Constituição, é incumbida tal tarefa, quanto menos uma Corte a ele subordinada poderá fazê-lo.

Entendeu não ser a hipótese dos autos de ofensa à decisão que suspendeu o dispositivo da Constituição paulista que determinava o controle pelo Tribunal de Justiça de lei municipal face à Carta Magna. Também não seria possível o controle de lei municipal com parâmetro em norma de repetição contida em Carta estadual, devido à natureza nacional do dispositivo. No caso da interposição de Recurso Extraordinário contra esse dispositivo, seria inconstitucional a exigência de prequestionamento, pois impediria o exercício de guardião da Constituição da República incumbido ao Supremo.

As normas-parâmetro da Constituição estadual, no presente caso, não foram interpretadas, no voto, como de repetição obrigatória. Não seria, portanto, justificável, prejudicar a competência da Corte estadual. Podem, assim, examinar a constitucionalidade com base em qualquer dispositivo da Constituição estadual.

Ressalta ser necessário para o ajuizamento da reclamação, havido previamente a apuração da violação da competência da Corte, visto que o papel do instituto é o de avocar a si o julgamento da causa. O Ministro só admitiu a reclamação para preservação da competência no caso de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal.

4 CONCLUSÃO

O STF só terá competência para apreciar a constitucionalidade de norma – entenda-se como o gênero de lei ou ato normativo – estadual ou municipal, em sede de controle concentrado estadual, se o parâmetro for norma de repetição.

O brilhante voto do Ministro Moreira Alves não ficou desatualizado frente às mudanças do processo de controle de constitucionalidade, que culminaram em sua total objetivação. Apesar de haver um instrumento que permita o controle de norma municipal ante a Constituição Federal, a saber, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei 9.882/99), o Recurso Extraordinário e a reclamação contra a decisão proferida por um Tribunal de Justiça em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não perdeu sua utilização.

A ADPF é utilizada como veículo – o mais amplo, diga-se –, que leva ao Supremo a controvérsia acerca da constitucionalidade da norma municipal, de modo direto, em controle concentrado pois.

Os mencionados Recurso Extraordinário e reclamação funcionam como remédio contra o acórdão do Tribunal Local em sede de controle concentrado estadual. Nesse caso, porém, o *decisium* não pode ter transitado em julgado, observando-se o não cabimento dessas medidas em se tratando de acórdão de procedência, vez que a declaração de inconstitucionalidade retira o objeto da ação do ordenamento jurídico.

Uma ressalva, todavia, deve ser feita em relação à reclamação. Essa medida é de eficácia questionável no presente caso – como observado na jurisprudência constitucional exposta neste trabalho –, haja vista não ser apta a julgar o mérito da ação originária.

Conclui-se então, que a ADPF pode ser utilizada em caso de não instaurado o controle de constitucionalidade concentrado no âmbito estadual. Também poderá ser utilizada no caso de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade estadual e ter a respectiva decisão sido abrangida pela preclusão máxima.

5 REFERÊNCIAS

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

CAMARGO, Marcelo Novelino. **O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal . Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8769>>. Acesso em: 17 maio 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. **III - Criação judicial do direito. Fundamentos e limites da atividade judicial como fase do processo de produção normativa. Métodos e princípios da interpretação constitucional. Limites da interpretação constitucional. Jurisdição constitucional: posição institucional, legitimidade e legitimação. Estado constitucional de Direito ou Estado judicial de Direito?** Material da 1ª aula da Disciplina Jurisprudência Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG.

HORTA, Raul Machado. **Curso de Direito Consitucional**, 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey,

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Controle de Constitucionalidade e a Reforma do Poder Judiciário: A Necessidade de Um Novo Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte. Centro de Atualização em Direito.

MEIRA, Liziane Angelotti. **Princípio do Federalismo e Competência Tributária**. Disponível em: <www.idp.org.br/download.php?arquivo=25y1gj4Oulwr.pdf>. Acesso em 28 mai. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle de constitucionalidade do direito estadual e municipal na Constituição Federal . Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=122>>. Acesso em: 04 abr. 2008.

_____. **Constitucionalidade e inconstitucionalidade, defesa da constituição, tipos de inconstitucionalidade**. Material da 2ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG.

_____. **Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade**. Material da 3ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG

_____. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental.** In: MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, 28 ed. 7ª parte, p. 451-527. Material da 4ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG.

_____. A representação interventiva. In: MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança.** 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 9ª parte, p. 603-637. Material da 4ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG.

_____. **O controle incidental de normas no direito brasileiro.** In: MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, 28. ed. 8ª parte, p. 528-602. Material da 5ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG.

_____. **Análise do direito comparado e nacional.** Material da 1ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL - IDP - REDE LFG.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite, **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional.** 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SEGADO, Francisco Fenández. **La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional.** Publicado em: Francisco Fernández Segado, La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de Los Sistemas de Justicia Constitucional. Direito Público. Porto Alegre, Síntese/IDP, n. 02, p. 55- 82. Material da 1ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. **As Competências legislativas e o STF.** Artigo publicado no jornal Carta Forense, de 19 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=197>> . Acesso em 27 mai. 2008.

PARECER

**AVALIAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE
INTERESSE DA UNIÃO EM INTEGRAR NO
PÓLO DA DEMANDA**

José Affonso de Albuquerque Netto
Advogado da União

SIPAR nº 25000.099762/2004-18

PARECER Nº 1245/2008-AGU/CONJUR-MS/JAAN
REFERÊNCIA: Ofício nº262/2008-SGCT/AGU/GMF

ASSUNTO: Avaliação da existência de interesse da União em integrar no pólo da demanda

PROCESSO Nº Ação Civil Originária nº1.224-5/PE

AUTOR: Ministério Público Federal

RÉU: Estado de Pernambuco

Por meio do ofício em epígrafe, a Secretaria Geral de Contencioso da Advocacia Geral da União solicita a manifestação desta Pasta Ministerial acerca da permanência do interesse na participação na Ação Civil Originária nº 1.224-5 promovida pelo Ministério Público Federal em face do Estado de Pernambuco, a fim de que o referido ente estatal seja compelido a realocar as verbas do orçamento de 2004, para dar cumprimento aos dispositivos constitucionais que versam sobre o cálculo do valor mínimo de recursos públicos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde.

É o breve relatório.

O tema em análise apresenta um dos seus cernes voltado ao interesse da União em participar da demanda em que se pretende que o Estado de Pernambuco aplique o valor mínimo constitucionalmente exigido em ações e serviços públicos de saúde.

Foi alegado pelo Ministério Público que no ano de 2004 o Estado de Pernambuco previu a aplicação de apenas 10,13% de sua receita de impostos e transferências governamentais para despesas com ações e serviços públicos de saúde.

Conforme determinou a Emenda Constitucional nº29, os Estados aplicarão, até o exercício financeiro de 2004, em ações e serviços públicos de saúde, o percentual mínimo de doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os artigos 157 e 159, inciso I, alínea *a*, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

Deste modo, ao prever/investir apenas 10,15%, o Estado em referência deixou de aplicar na área de saúde a importância de R\$83.378.396,00 (oitenta e três milhões, trezentos e setenta e oito mil e trezentos e noventa e seis reais).

Apesar de não haver prejuízo direto para a União, o artigo 23 da Constituição Federal dispõe que é competência comum de todos os entes CUIDAR DA SAÚDE. A partir desse artigo a Constituição Federal elencou outras normas fazendo com que a União tenha interesse em zelar pelos serviços e ações de saúde de todo o país, uma vez que a saúde (direito à vida e a dignidade da pessoa humana) é um direito fundamental. Vejamos:

O artigo 34 da Carta Magna, assegurando a saúde como um princípio constitucional sensível, dispôs que a União pode intervir em um ente estadual caso ele não aplique o mínimo exigido da receita resultante de impostos em saúde. Veja-se:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

[...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

A Constituição Federal, ao tratar especificamente de saúde, previu que ela é um direito de todos, dever do Estado, cabendo ao poder público fiscalizar e contratar as ações e serviços. Veja-se:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

Assim, estando o direito à saúde insculpido na Constituição Federal, pode-se concluir que ele constitui interesse geral.

Por sua vez, a Lei 8.080/1990 conceitua o sistema Único de Saúde- SUS nos seguintes termos:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

Conforme se verifica o SUS é uno, sendo integrado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Assim, a não aplicação do mínimo constitucional de recursos por um de seus integrantes, além de sobrecarregar a rede de atendimento de responsabilidade dos demais entes federados, frustra o próprio objetivo do SUS, revelando, destarte, o interesse da União em integrar a lide, pois indiretamente estará causando prejuízo ao erário federal e diretamente estará causando prejuízo a todo sistema público de saúde.

Tal entendimento pode ser observado com as decisões de nossos tribunais que atribui a responsabilidade pela manutenção do SUS a todos os entes. Veja-se:

SAÚDE-AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. *O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.* (RE 195192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 31/03/2000). (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, "B". EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. CONFUSÃO. ART. 1.049 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS.

FORNECIMENTODEMEDICAMENTOS.RESPONSABILIDADE
SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS.

[...]

4. Sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, *impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos*, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

[...] (Resp 674803, Rel. Min. *João Otávio de Noronha*, DJ 06.03.07)
(grifo nosso)

Portanto, conclui-se que a não aplicação das verbas por parte dos Estados debilitará o SUS que, por ser uno, transcenderá o interesse particular daquele ente e causará prejuízo a todos os entes que fazem parte do sistema público de saúde.

Nesse contexto, se o Estado-membro não investir em saúde, os cidadãos que nele residem fatalmente serão prejudicados e irão requerer a satisfação do seu direito ao judiciário, que, por sua vez, condenará a União (tal qual vem ocorrendo) a disponibilizar ações e serviços de saúde. Portanto, não há dúvidas do interesse da União em integrar a lide.

Corroborasseentendimentoofato da União repassar, por meio do Fundo Nacional de Saúde, verbas aos demais entes federados para o desenvolvimento de ações e serviços de saúde. Veja o que diz a Lei nº8.142/90:

Art. 2º Os recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) serão alocados como:

[...]

IV - cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal.

Parágrafo único. Os recursos referidos no inciso IV deste artigo destinar-se-ão a investimentos na rede de serviços, à cobertura assistencial ambulatorial e hospitalar e às demais ações de saúde.

Art. 3º Os recursos referidos no inciso IV do art. 2º desta lei serão repassados de forma regular e automática para os Municípios, Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios previstos no art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

[...]

Art. 4º Para receberem os recursos, de que trata o art. 3º desta lei, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com:

[...]

V - contrapartida de recursos para a saúde no respectivo orçamento;

[...]

Parágrafo único. O não atendimento pelos Municípios, ou pelos Estados, ou pelo Distrito Federal, dos requisitos estabelecidos neste artigo, implicará em que os recursos concernentes sejam administrados, respectivamente, pelos Estados ou pela União.

De fato, além de transferir quase a totalidade das verbas utilizadas pelos entes federados nas ações de saúde, o que denota o seu interesse material na correta aplicação dos recursos, o Ministério da Saúde exerce na matéria importantes atribuições de controle e fiscalização, cabendo ao DENASUS, seu departamento de auditoria, a fiscalização dos valores repassados a Estados e Municípios, tudo nos termos do art. 33, §4º, da Lei 8.080/90, *in verbis*:

O Ministério da Saúde acompanhará, através de seu sistema de auditoria, a conformidade à programação aprovada da aplicação dos recursos repassados a Estados e Municípios. Constatada a malversação, desvio ou não aplicação dos recursos, caberá ao Ministério da Saúde aplicar as medidas previstas em lei. (grifo nosso)

Os artigos 3º e 5º do Decreto nº 1.232/94 disciplinam que os recursos transferidos do fundo nacional de saúde serão fiscalizados por órgão federal. Veja-se:

Art. 3º Os recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Saúde serão movimentados, em cada esfera de governo, sob a fiscalização do respectivo Conselho de Saúde, *sem prejuízo da fiscalização exercida*

pelos órgãos do sistema de Controle Interno do Poder Executivo e do Tribunal de Contas da União. (grifo nosso)

Art. 5º O Ministério da Saúde, por intermédio dos órgãos do Sistema Nacional de Auditoria e com base nos relatórios de gestão encaminhados pelos Estados, Distritos Federal e Municípios, *acompanhará a conformidade da aplicação dos recursos transferidos à programação dos serviços e ações constantes dos planos de saúde. (grifo nosso)*

Em corroboração com o decreto em epígrafe, o Decreto nº 1.651/95 trata da comprovação da aplicação de recursos transferidos aos Estados e aos Municípios. Veja-se o que dispõem os artigos 5º e 6º da referida norma:

Art. 5º Observadas a Constituição Federal, as Constituições dos Estados-Membros e as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, compete ao SNA verificar, por intermédio dos órgãos que o integram:

I - no plano federal

a) a aplicação dos recursos transferidos aos Estados e Municípios mediante análise dos relatórios de gestão de que tratam o art. 4º, inciso IV, da Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, e o art. 5º do Decreto nº 1.232, de 30 de agosto de 1994;

Art. 6º A comprovação da aplicação de recursos transferidos aos Estados e aos Municípios far-se-á:

I - para o Ministério da Saúde, mediante:

a) prestação de contas e relatório de gestão, se vinculados a convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congênere, celebrados para a execução de programas e projetos específicos;

b) relatório de gestão, aprovado pelo respectivo Conselho de Saúde, se repassados diretamente do Fundo Nacional de Saúde para os fundos estaduais e municipais de saúde;

Ainda, a Portaria nº 204/GM, de 29 de janeiro de 2007, regulamenta os decretos em referência, dispondo sobre o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde com o respectivo monitoramento e controle. Veja-se o artigo 32:

Art. 32. A comprovação da aplicação dos recursos repassados pelo Fundo Nacional de Saúde aos fundos de saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, *far-se-á para o Ministério da Saúde*, mediante relatório de gestão, que deve ser elaborado anualmente e aprovado pelo respectivo Conselho de Saúde.

Por fim, mesmo que se considerasse que o objeto da demanda acarreta mero reflexo indireto à União, ainda assim ela deveria intervir. Tal entendimento é retirado do parágrafo único do artigo 5º da Lei nº9.469/97:

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja *decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos*, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes. (grifo nosso)

Diante do exposto, verifica-se que no caso em tela, a União tem interesse de permanecer na participação da demanda. Assim, SUGERE-SE:

- 1) O envio de cópia do presente parecer à Secretaria Geral de Contencioso da Advocacia Geral da União para ciência.
- 2) O arquivamento dos autos até posterior manifestação.

Brasília, 06 de novembro de 2008.

José Affonso de Albuquerque Netto
Advogado da União

De acordo. Submeta-se à apreciação do Senhor Consultor Jurídico.

Brasília, 06 de novembro de 2008.

Alessandra Vanessa Alves
Advogada da União

Coordenadora de Assuntos Judiciais

JURISPRUDÊNCIA

NOTAS PRELIMINARES DE REPERCUSSÕES DA SÚMULA VINCULANTE QUE LIMITARÁ COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA¹

Luciano Marinho Filho, Procurador Federal - Chefe do Setor de Cobrança e Recuperação de Crédito Trabalhista da Procuradoria Geral Federal em Recife/PE; Pós-graduado lato sensu em direito processual civil pela UFPE; mestrando em direito processual civil pela UNICAP e Professor universitário.

¹ O Supremo Tribunal Federal ainda não divulgou a íntegra (ou inteiro teor) do julgado aqui estudado, *in casu*, RE n 569056 nem a súmula vinculatória atrelada ao caso. A presente resenha aqui colacionada é fruto de notícia extraída do site do STF, obtida no endereço: <http://www.netlegis.com.br/index.jsp?arquivo=detalhesDestaques.jsp&cod=22046>. Acesso em 27/09/08.

Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, nesta quinta-feira (11), editar uma Súmula Vinculante determinando que *não cabe à Justiça do Trabalho estabelecer, de ofício, débito de contribuição social para com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) com base em decisão que apenas declare a existência de vínculo empregatício.*

Pela decisão, essa cobrança somente pode incidir sobre o valor pecuniário já definido em condenação trabalhista ou em acordo quanto ao pagamento de verbas salariais que possam servir como base de cálculo para a contribuição previdenciária.

A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 569056, interposto pelo INSS contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que negou pretensão do INSS para que também houvesse a incidência automática da contribuição previdenciária referente a decisões que reconhecessem a existência de vínculo trabalhista.

Por unanimidade, aquele colegiado adotou o entendimento constante do item I, da Súmula 368 do TST, que disciplina o assunto. Com isso, negou recurso lá interposto pelo INSS.

O TST entendeu que a competência atribuída à Justiça do Trabalho pelo inciso VIII do artigo 114, da Constituição Federal (CF), quanto à execução das contribuições previdenciárias, “limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores objeto de acordo homologado, que integrem o salário-de-contribuição”, excluída “a cobrança das parcelas previdenciárias decorrentes de todo período laboral”.

O INSS alegava ofensa ao artigo 114, parágrafo 3º (atual inciso VIII), da Constituição Federal. Sustentava, entre outros, que o inciso VIII do art. 114 da CF visa:

emprestar maior celeridade à execução das contribuições previdenciárias, atribuindo-se ao juízo trabalhista, após as sentenças que proferir (sejam homologatórias, condenatórias ou declaratórias), o prosseguimento da execução. Alegava, também, que “a obrigação de recolher contribuições previdenciárias se apresenta, na Justiça do Trabalho, não apenas quando há efetivo pagamento de remunerações, mas também quando há o reconhecimento de serviços prestados, com ou sem vínculo trabalhista.

Em seu voto, no entanto, o relator do RE, ministro Carlos Alberto Menezes Direito, afirmou que:

o que se executa não é a contribuição social, mas o título que a corporifica ou representa, assim como o que se executa, no juízo comum, não é o crédito representado no cheque, mas o próprio cheque”. Ainda segundo ele, “o requisito primordial de toda a execução é a existência de um título judicial ou extrajudicial”. Assim, observou o ministro, “no caso da contribuição social atrelada ao salário objeto da condenação, é fácil perceber que o título que a corporifica é a própria sentença cuja execução, uma vez que contém o comando para o pagamento do salário, envolve o cumprimento do dever legal específico de retenção das parcelas devidas ao sistema previdenciário”. De outro lado, ainda conforme o ministro Menezes Direito, “entender possível a execução de contribuição social desvinculada de qualquer condenação, de qualquer transação, seria consentir com uma execução sem título executivo, já que a sentença de reconhecimento do vínculo, de carga predominantemente declaratória (no caso, de existência de vínculo trabalhista), não comporá execução que origine o seu recolhimento.

No caso, a decisão trabalhista que não dispõe sobre o pagamento de salários, mas apenas se limita a reconhecer a existência do vínculo, não constitui título executivo judicial no que se refere ao crédito de contribuições previdenciárias, sustentou.

Ele lembrou que a própria Constituição Federal (CF) indica que a causa para execução, de ofício, das contribuições previdenciárias é a decisão da Justiça do Trabalho, ao se referir a contribuições decorrentes da sentença que proferir.

“O comando constitucional que se tem de interpretar é muito claro no sentido de impor que isso se faça de ofício, sim, mas considerando as sentenças que a própria Justiça do Trabalho proferir”, afirmou Menezes Direito.

Por isso, ele votou pelo indeferimento do Recurso Extraordinário interposto pelo INSS.

Pelas razões que acabo de deduzir, eu entendo que não merece reparo a decisão apresentada pelo TST no sentido de que a execução das contribuições previdenciárias está de fato ao alcance da Justiça do Trabalho, quando

relativas ao objeto da condenação constante de suas sentenças, não podendo abranger a execução de contribuições previdenciárias atinentes ao vínculo de trabalho reconhecido na decisão, mas sem condenação ou acordo quanto ao pagamento das verbas salariais que lhe possam servir como base de cálculo. concluiu o ministro. (grifo nosso)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, desproveu o recurso. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da proposta à Comissão de Jurisprudência. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Falou pela Advocacia-Geral da União o Dr. Marcelo de Siqueira Freitas, Procurador-Geral Federal. Plenário: 11.09.2008.

Comentários: Muitas questões sérias estão pretensamente modeladas por este julgamento do Supremo Tribunal Federal que tratou da incompetência da Justiça do Trabalho para cobrar diretamente contribuições sociais atreladas aos vínculos clandestinos reconhecidos em carteira do trabalho e previdência social (CTPS). Restam, apesar do interesse do Colendo Tribunal em simplificar e organizar o assunto, reconhecendo a repercussão geral do caso, várias nuances que permanecem inseguras e continuam problematizando o assunto. É de se revelar, inclusive, que várias deles sequer são equacionadas na órbita estrita da dogmática jurídica, por isso mesmo, merecendo maior preocupação da sociedade organizada e dos poderes constituídos face ao mister político adstrito.

Aqui serão abordados, panoramicamente, alguns desses aspectos que cogitamos principais ou mais urgentes, sem que se apresentem exaurientes conclusões, mas que se promovam, no mínimo, discussão e aprofundamento teórico e prático sobre tão importante tema.

Do elemento demográfico: Inicialmente cabe-nos acostar breves gráficos concernentes à disposição populacional do Brasil (como exemplo de país em desenvolvimento) e da Itália (modelo de país desenvolvido) por sexo e idade em décadas estratégicas (diferentes), sem, na circunstância, buscarmos suas causas, senão, apenas conclusões sobre impactos de cunho previdenciários.

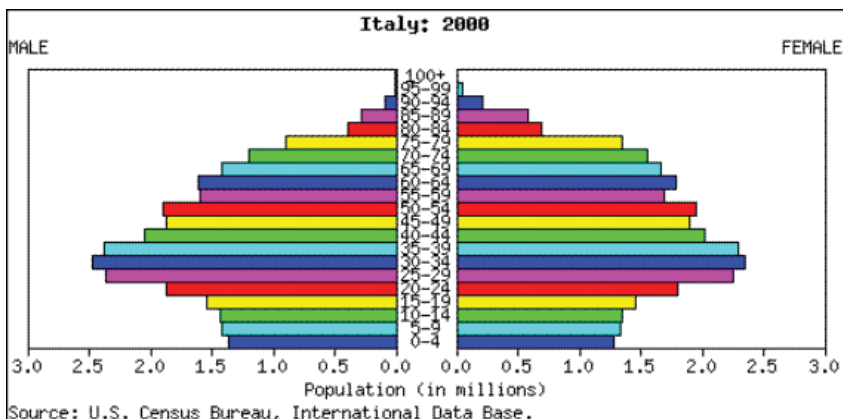


Figura 1: Pirâmide Etária da Itália em 2000

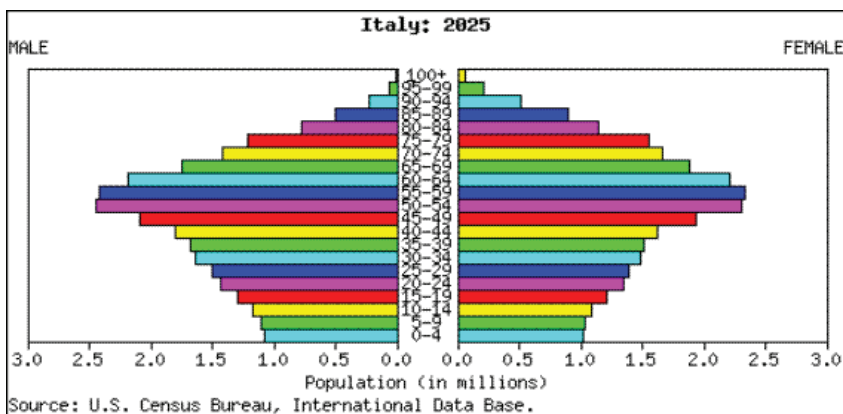


Figura 2: Pirâmide Etária da Itália em 2025

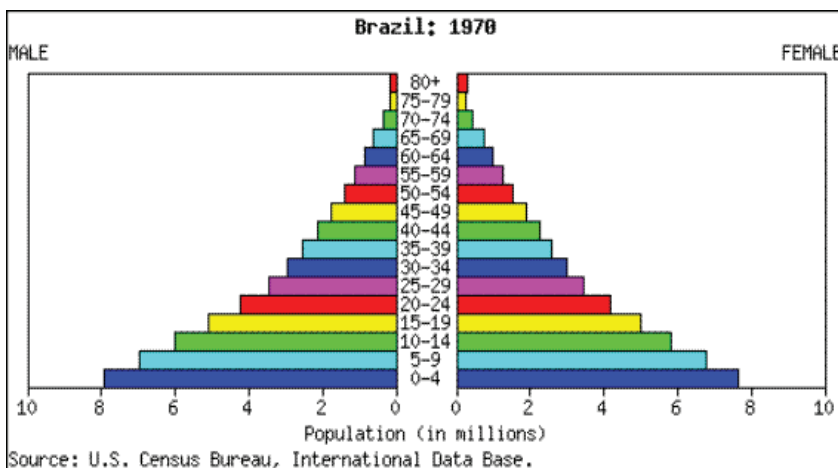


Figura 3: Pirâmide Etária Brasileira em 1970

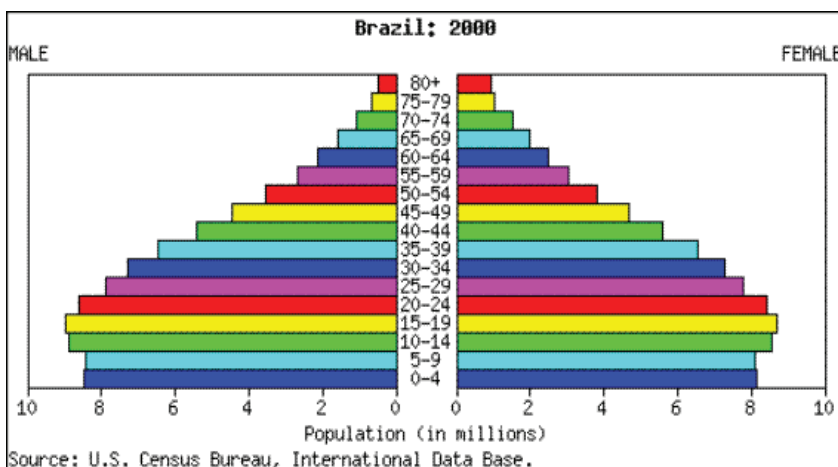


Figura 4: Pirâmide Etária Brasileira em 2000

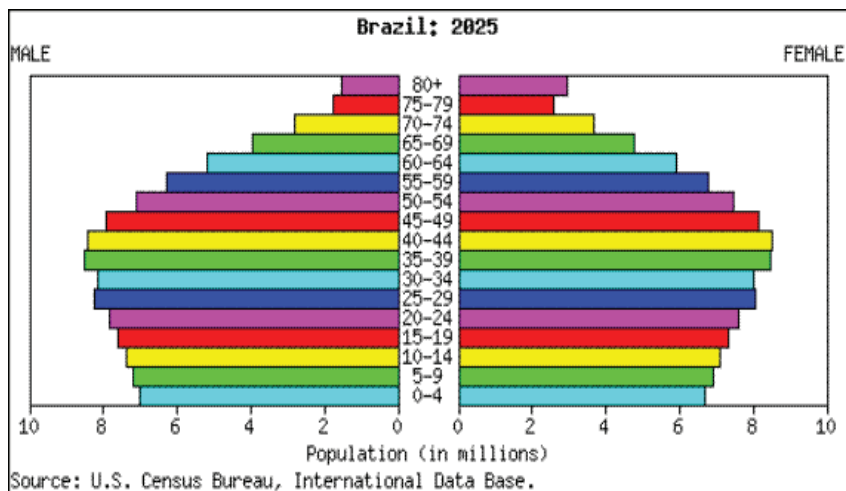


Figura 5: Pirâmide Etária Brasileira em 2025¹

Percebe-se, por evidente, o fenômeno do envelhecimento populacional tanto em países de primeiro como de terceiro mundos; entretanto, as modificações piramidais de população são bem mais radicais nos países pobres. Se resta superado reconhecer que o aumento de longevidade provoca repercussão direta nos fundos previdenciários e assistenciais, admite-se indissociável impacto nos fundos patrocinadores desses préstimos em futuro breve. Nesse particular, a disposição contributiva e solidária junto com limites de idade mínimos para aposentação, períodos de carência e ainda outras restrições para concessão de outros benefícios de cunho previdenciário, ínsitos ao regime geral da previdência social brasileira, servem parametricamente como bases quantitativas e qualitativas de racionalização do sistema e garantia de auto-sustentabilidade. Surge a pergunta natural: tais medidas são suficientes?

Generalizando a observação comparativo-direta do fenômeno demográfico em países periféricos e centrais se percebe, de pronto, pela própria morfologia decorrente, sobretudo das vicissitudes socioeconômicas acentuações bem mais marcantes e preocupantes naqueles primeiros países. Isso significa dizer que planejamentos radicais precisam implementação imediata (atual e iminente) sob

1 Referências demográficas obtidas pela internet no endereço: http://www.unati.uerj.br/tse/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1809-98232006000300006&lng=pt&nrm=iso Acesso em 28/09/08.

pena de criarmos embaraços incontornáveis no futuro próximo para sustentabilidade do sistema previdenciário nacional.

Não se pode olvidar que grande parte da população economicamente ativa (mais da metade²), particularmente dos países pobres ou em desenvolvimento, encontra-se desempregada, (sub)empregada ou engajada à economia informal não contribuindo para os fundos arrecadatórios da previdência, conquanto esses e aqueles, invariavelmente, venham potencialmente no presente e absolutamente no futuro carecer(em) de benefícios de cunho previdenciário e/ou assistencial; fatores empíricos tendentes à distorção ou ao rompimento do sinalagmatismo contributivo-solidarista do regime previdenciário nacional.

Da tendência político-estrutural dominante:

Na década de 90 houve no Brasil o implemento de uma tendência neoliberal privatística com modificação da atuação estatal, concentrando o papel do Estado em atividades consideradas essenciais. A criação de agências reguladoras das atividades repassadas à iniciativa privada assumiu papel de destaque, mantendo-se as demais autarquias (comuns) sob modelo e importância política secundárias. Esse reflexo talvez justifique o viés de crônico contingenciamento orçamentário, desqualificação técnico-pessoal e precariedade estrutural enfrentadas pela autarquia previdenciária (INSS).

Essa **assimetria**² desenvolve-se marcadamente sob dois enfoques:

- I a repartição de recursos entre poderes e funções do Estado;
- II a distribuição dentro do próprio poder ou função.

Revelam-se problemas mais amplos à medida que se envolve todo o Estado – e emanam resistências de toda ordem: de origem econômica e política, repercutindo até em elementos de caráter corporativo-individualistas. Por outro lado, negar esses embaraços ou efetivar cortes epistemológicos estratégicos de conveniência e não assunção desta realidade parece não só servir para ocultar a real dimensão do problema como contentar-se com modelos natimortos ou formalistas, procrastinando o problema. É lutar, por conseguinte, por interesses

² Aprofundamento da idéia de 'assimetria estatal' pode ser obtida no artigo deste mesmo comentador sob o título: "A incongruência do hipertrofismo Estatal", publicado na Revista IOB de direito administrativo, n 25/2008, pp. 200-201.

antijurídicos porque tais anomalias intraestado não se revelam como **emergências**³ autênticas do ordenamento jurídico, mas, no máximo, fenômeno de repercussão associado a planejamentos inadequados e axiologicamente intencionados a resguardar interesses de classes. A *episodicidade*⁴ se mostra gritante pelos sucessivos acontecimentos de cotidiano a impactarem a previdência geral, com desproporções fundadas no ordenamento pátrio de figuração hermética tripartite aplicada inflexivelmente ao Estado brasileiro.

DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL NA ÓRBITA TRABALHISTA E DAS INDAGAÇÕES PRELIMINARES E CONCLUSIVAS:

Em breve aperto legal e doutrinário, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobretudo a partir da EC 20/98; da vigência da lei n 10.035/00; completando a lei n 8.212/91, o Decreto n 3048/99 e a Instrução Normativa SRP/MPS n 03/05; da lei n 11457/07; da lei n 11488/07; e respectivas alterações, regram os ditames arrecadatórios da contribuição social na esfera da justiça do trabalho.

O novo modelo administrativo-judicial de cobrança deste espécime de tributação, a despeito de falhas, representou uma síntese regida pelo aproveitamento de estrutura, velocidade, contingência político-estrutural e adaptação, face à “descortinação” da fenomenologia tributária; todos, características assentes ao ramo do judiciário laboral.

Apesar, repita-se, de inapropriedades ínsitas à nova procedimentarização e aqui não enfrentadas, houve em termos pragmáticos, inegável e significativo avanço arrecadatório e mesmo adaptação dogmática, quando, através da Constituição brasileira e da legislação ordinária retrocitadas, criou-se modelo específico de cobrança que serve exatamente para otimizar a cobrança da contribuição social, sobremodo menosprezadas por setores da economia formal e totalmente sonegadas pela informal, sem descurar dos ditames da legalidade estrita e da dialética, do contraditório e da ampla defesa; com mais razão, se

3 O conceito de ‘emergência’ aqui acostado significa: “qualidades e/ou propriedades dum sistema que apresentam um caráter de novidade em relação às qualidades ou propriedades dos componentes considerados isoladamente ou dispostos de maneira diferente num outro tipo de sistema”, abordagem numa perspectiva sistêmica trabalhada por Edgar Morin, na obra: O método – a natureza da natureza. Sintra: publicações Europa-América, 1987.

4 O sentido do termo “episódico” empregado no texto pretende ressaltar as incontáveis e desproporcionais situações práticas encontradas dentro do Estado no concernente aos gastos públicos com pessoal, manutenção, estruturação e afins, ora justificados por formalismos, ora por lobbies, ora por opção política etc.

justificando sua especificidade, em função de se tratar de verbas de cunho alimentar (pura ou exclusivamente trabalhista) e/ou alimentar-assistencial (fundo trabalhista e também assecutorial).

A interpretação conforme a Constituição, garantindo maior efetividade à cobrança da exação previdenciária entende que a sentença ou acordo trabalhista conformam um título executivo administrativo-judicial (*sui generis*), porque conformado sem necessária participação da União ou do INSS no processo cognitivo, sem ocorrência de indispensável litigiosidade judicial direta, sem constituição exclusivamente administrativa, isto é, realizada pela administração, mas, conformada pelo poder judiciário, em exercício de atividade híbrida de cunho administrativo e jurisdicional concomitantemente.

Portanto, o alto grau de risco social, político e econômico inerente ao julgamento dessa questão pelo STF, mormente por razões de prematuridade e por atribuição de efeito vinculativo (sumulado) no paradigma do Recurso Extraordinário n 569056 salta aos olhos por inúmeros motivos, dentre outros:

- a) inicialmente percebe-se que a dimensão (limite e alcance) do problema não permitia decisão da Colenda Corte na velocidade e vinculação operacionalizadas como aconteceu;
- b) de tão clara a redação atual do dispositivo legal em exame, sequer uma interpretação conforme a constituição parece cabível na hipótese dos autos, conforme inúmeros precedentes da corte constitucional alemã donde haurimos este instituto. Como se admitir como autêntica a súmula vindoura?
- c) o formalismo tecnoprocessual, especificamente numa dinâmica de neoconstitucionalismo⁵, não poderia servir de instrumento de defesa ao anacronismo de doutrina e/ou dogmática engessada(s) no tempo. Foi isso que se percebeu ao se romper com a eficácia da “procedimentarização” da cobrança de contribuições sociais

5 Na vertente do “neoconstitucionalismo”, segundo Walber de Moura Agra, no artigo intitulado: “Neoconstitucionalismo e superação do positivismo”, mudança paradigmática ocorre do constitucionalismo e positivismo clássicos, caracterizando, dentre outros por: reconhecimento da falência do padrão normativo, fundado na supremacia do parlamento; influência da globalização; pós-modernidade; superação do positivismo; centralidade/concretização de direitos fundamentais; diferenciação qualitativa entre princípios e regras; revalorização do direito.

no âmbito da especializada trabalhista. Isso porque ao se decretar a incompetência da justiça do trabalho para cobrança de vínculos clandestinos reconhecidos (declarados), força-se a cobrança posterior que se perfará, fragmentadamente, por um duplo ou triplo processo (administrativo, judicial trabalhista e judicial federal), implicando maiores gastos ao Estado, maior morosidade, perda de eficácia, ruptura a exigir participação ou envolvimento de várias procuradorias (federal e de fazenda), eventualmente do próprio INSS, da secretaria da receita federal do Brasil, da defensoria pública, além dos dois ramos do judiciário. A duplicidade de defesa, o aumento de evasão e o desprestígio da justiça trabalhista são repercussões secundárias. Burocratização imprescindível na ótica do novo julgado vinculatório em virtude da obrigatoriedade, para cobrança das contribuições sociais atinentes ao reconhecimento de vínculo em carteira de trabalho, de que, após o trânsito em julgado de todas as sentenças e acordos onde ocorrer declaração de reconhecimento de vínculo na esfera trabalhista, exija-se inscrição em dívida a ser promovida pela procuradoria de fazenda que, por processo autônomo, após repasse da justiça obreira ou através da procuradoria geral do *decisium* transitado em julgado, inscreva o respectivo crédito, originado do reconhecimento judicial, e perfaça subsequente cobrança de milhões de processos (como regra, de valores pequenos) junto à justiça federal, submetendo a execução ao liame da lei de execução fiscal (lei 6830/80), mesmo após todo o contraditório direto ou indireto, desenvolvido ou em desenvolvimento, na área trabalhista, nesta última hipótese, para perseguir, naturalmente, parcelas também previdenciárias, não obstante, relacionadas apenas às verbas rescisórias da mesma contratação de fundo;

- d) incentivo à concorrência desleal - porque quase sempre será mais vantajoso procrastinar que pagar, ocasionando multiplicação astronômica de lides (inclusive simuladas) por retração do interesse do devedor na busca de soluções administrativas ou extrajudiciais diante da vantagem econômica em prolongar a lide;
- e) ofensa à dignidade humana, sobretudo, no contexto trabalhista-alimentar por acentuar as dificuldades de comprovação legal e administrativo-previdenciárias a conformar sucessivos e incontornáveis indeferimentos aos

trabalhadores, repercutindo sobre seus direito de primeira e segunda gerações;

- f) por acentuar o descompasso contributivo-arrecadatório já sobremodo preocupante; estimulando a evasão e a sonegação fiscais num País marcado por receitas derivadas, fazendo perder um recolhimento já estruturado e corrente aos cofres da previdência de mais de 1 bilhão de reais ao ano. Para dados mais exatos acerca dos valores, em termos práticos, renunciado com o julgado do STF - e referentes à arrecadação da contribuição previdenciária e outras verbas decorrentes de reclamatórias e consignações trabalhistas dos anos de 2006, 2007 e 2008 (parcial) vide anexo ao final dessas conclusões*;
- g) a despeito de qualquer fundamento técnico processual superior, se assim fosse o caso, ocorreria abandono parcial indissociável da arrecadação *ex officio*, quando somente a posteriori se perseguirão os créditos previdenciários declarados na justiça especializada, embora cobrados em parte por ela relativamente às parcelas decorrentes das verbas rescisórias – e, as complementares, na judicial federal qual sejam: aquelas do vínculo de emprego reconhecido; fragilizando, portanto, a unidade da atuação *sui generis* de cunho administrativo do juiz do trabalho ao exigir um tributo fruto de um fato gerador proveniente (fixado, quantificado e “lançado”) por uma sentença trabalhista declaratório-condenatória ou a formalização de um acordo homologado. Tais decisões se equiparavam àquelas que condenam o vencido a pagar custas processuais. E traduzia um título executivo administrativo equiparado à certidão de dívida ativa. O lançamento tributário se perfazia por um procedimento administrativo endoprocessual, tendente a: verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente; cingir a matéria tributável; calcular o montante devido; identificar os sujeitos passivos e, se for o caso, propor a penalidade cabível tal qual, *mutatis mutandi*, o art. 142 do CTN. Quebra-se parcialmente o procedimento misto: administrativo vinculado e jurisdicional atinente à arrecadação da contribuição social decorrente de reclamatória trabalhista sem qualquer substituto garantidor de receitas;
- h) desprezo interpretativo ou técnico-processual do STF pelo reconhecimento da flutuação ou misturas das naturezas

sentenciais (declaratório, mandamental, condenatório, executivo lato-sensu ou declaratório), consoante de há muito prelecionou Pontes de Miranda;

- i) a incompatibilidade prática, por fim, da cobrança de contribuição social decorrente da decisão analisada pelo Supremo Tribunal Federal e comprovada por diversos elementos das mais variadas fontes, ilustrativamente:

i.1 – portarias de limitação de valor para inscrição e cobrança de créditos públicos;

i.2 – estrutura física e de pessoal incompatível da advocacia geral da união, seja através da procuradoria geral federal, seja através da procuradoria de fazenda em organizar e impulsionar sozinhas os inúmeros processos trabalhistas que geram repercussões previdenciárias;

i.3 – ofensa direta, dentre outros, aos princípios constitucionais e legais: da duração razoável do processo, da eficiência, da economicidade, da racionalidade (como derivação do princípio do devido processo legal substantivo);

- j) por se tratar de um julgado que fortaleceu ou ressuscitou o antigo entendimento da súmula 368 do TST, baseado, porém, num paradigma anterior à vigência da lei 11.457/07 que, posterior e literalmente, conformou a competência da justiça obreira na execução de contribuições sociais, inclusive de vínculos clandestinos, no art. 876 da CLT, afastando a aplicação daquela súmula, e que, até o presente, por seu turno, não teve decretada seu afastamento incidental ou direto por inconstitucionalidade, permanece com sua vigência e eficácia inabaláveis, criando contradição no ordenamento. Nesse pormenor, deve-se entender cabível a aplicação da súmula apenas para questões (casos) anteriores à lei 11457/07, pois não houve decretação de inconstitucionalidade da lei de regência, o que faz presumir a constitucionalidade dela (art. 876 CLT), por conseguinte, para quaisquer situações posteriores à sua vigência?

- k) outro elemento que colacionamos é o juramento feito por todo magistrado brasileiro que proclama o cumprimento da Constituição e das leis da República Federativa do Brasil. Nesse contexto surge a indagação de quais os limites de interpretação e aplicação da súmula vinculante a ser proferida pelo STF? De plano precipitamo-nos a dizer que é preferível aplicar a lei, certo de que, em tese, cabe sempre a qualquer corte constitucional do mundo o privilégio de errar por último. Assim, se errado estiver o aplicador da lei, tal falha poderá e será, se for o caso, modificada subseqüentemente pelo próprio STF;
- l) o Recurso Extraordinário n 569056, orientador da futura súmula vinculante do STF, não se pronunciou de modo claro (embora obliquamente o tenha feito) sobre o fato gerador da tributação previdenciária. Mais: mesmo o tendo, seja admitindo como correta a apuração de cálculos previdenciários se operacionalizando pelo regime de competência ou, contrariamente, pelo regime de caixa (hipótese última que afasta entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça), restam dúvidas: tivemos ou teremos, no caso, edição de súmula vinculante relativamente à matéria exclusivamente constitucional? É competência da corte constitucional tal fixação?
- m) pela decisão vinculante do STF, a incompetência da justiça do trabalho abrange a execução dos vínculos clandestinos declarados em sentenças declaratórias. Persiste, por outro lado, nas verbas rescisórias da contratação ou condenatórias decorrentes de sentenças. Qual o destino dos acordos que reconhecem vínculos clandestinos em CTPS? Devemos considerá-los também como declaratórios?
- n) o STJ, intérprete autêntico da norma infraconstitucional, em diversas situações, entende que a sentença declaratória é título executivo; assim como vários doutrinadores, em comentários ao novo inciso I do art. 475-N do CPC, também defendem ser a sentença declaratória título executivo. Não é de hoje, aliás, essa compreensão, basta citarmos ilustrativamente o famoso caso Wladimir Herzog, assassinado nos porões da ditadura militar brasileira (1964-1985), em que a viúva foi ao judiciário, pedindo apenas o reconhecimento do direito

à indenização, sem, porém, pedir a condenação da União ao pagamento desta verba. O que se queria na ocasião era tornar certa a obrigação de a União indenizar. E o antigo Tribunal Federal de Recursos admitiu a ação (TFR, 1ª T., Ap. civ. n. 59.873-SP, rel. Min. Leitão Krieger, j. em 21.06.1983). Verdade seja dita, na contramão do argumento processual utilizado para justificar o *decisium* e futura súmula a ser editada com efeito vinculante pela Colenda Corte, há, em oposição ao mérito do julgado, inúmeros exemplos de ações meramente declaratórias que geram decisão com força executiva: consignação em pagamento, oferta de alimentos, desapropriação judicial etc. Doutrinadores como Sérgio Shimura, por exemplo, consideram que a “sentença de partilha”, que é título executivo, tem natureza declaratória⁶. Por que então desestruturar boa parte da mecânica da arrecadação da contribuição social no âmbito da justiça do trabalho, com manifesto prejuízo ao Estado e à sociedade, pautado numa técnica processual de alcance ou mesmo mérito, no mínimo, bastante discutível?

- o) É inconteste que a decisão do STF afetará um grande volume de processos em que se coíbe o contrato clandestino de trabalho - aquele em que há serviço subordinado, mas sem vínculo formal. O maior prejudicado, ao final, não será o INSS, por óbvio, mas o trabalhador, uma vez que para conseguir o direito à aposentadoria o que conta é o tempo de contribuição e não o de trabalho - e se a dívida fiscal não for cobrada, o trabalhador nunca conseguirá o reconhecimento do tempo de serviço, ao menos espontaneamente pela autarquia federal.

6 SHIMURA, Sérgio. Título Executivo. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 252-253.

Anexos

Dados Estatísticos – Ano 2006 ⁷

| | | Instância | | | |
|-------------------------------|---------------------------|-----------|--------------|-------------------------|-------------------------|
| | | TST | TRT | VT | Total |
| Movimentação Processual | Resíduo de 2005 | 227.424 | 215.922 | 871.296 | 1.314.642 |
| | Recebidos | 154.457 | 534.581 | 1.767.280 | 2.456.318 |
| | Julgados | 135.718 | 531.753 | 1.700.741 | 2.368.212 |
| | Resíduo Atual | 244.331 | 207.595 | 939.843 | 1.391.769 |
| DC | Recebidos | 12 | 737 | | 749 |
| | Julgados | 6 | 561 | | 567 |
| Processos em Execução | | | | 1.670.708 | 1.670.708 |
| Valores Pagos aos Reclamantes | | | | 8.215.089.906,88 | 8.215.089.906,88 |
| Arrecadação | Custas Processuais | 21.330,09 | 6.927.517,27 | 139.831.660,54 | 176.195.623,11 |
| | Emolumentos | 19.704,38 | 271.629,43 | 5.366.165,58 | 5.691.606,84 |
| | INSS | | | 1.009.435.287,48 | 1.009.435.287,48 |
| | IRPF | | | 991.738.117,90 | 991.738.117,90 |
| | Multas aplicadas pela DRT | | | 9.218.173,04 | 9.218.173,04 |
| | Total | 41.034,47 | 7.199.146,70 | 2.155.589.404,54 | 2.162.829.585,71 |

Notas:

- 1) TST e TRT: recebidos são os processos autuados;
- 2) VT: a Movimentação Processual compreende somente os processos de conhecimento; julgados incluem as conciliações.

Dados Estatísticos – Ano 2007⁸

| | | Instância | | | |
|-------------------------------|---------------------------|-----------|--------------|-------------------------|-------------------------|
| | | TST | TRT | VT | Total |
| Movimentação Processual | Resíduo de 2006 | 244.331 | 207.595 | 939.843 | 1.391.769 |
| | Recebidos | 165.466 | 646.671 | 1.824.661 | 2.636.798 |
| | Julgados | 153.592 | 613.449 | 1.813.355 | 2.580.396 |
| | Resíduo Atual | 249.316 | 223.067 | 945.646 | 1.418.029 |
| DC | Recebidos | 18 | 968 | | 986 |
| | Julgados | 11 | 792 | | 803 |
| Processos em Execução | | | | 1.638.462 | 1.638.462 |
| Valores Pagos aos Reclamantes | | | | 9.893.591.226,38 | 9.893.591.226,38 |
| Arrecadação | Custas Processuais | 3.930,40 | 9.613.088,69 | 178.612.483,13 | 188.229.502,22 |
| | Emolumentos | 16.114,85 | 171.902,88 | 8.433.311,65 | 8.621.329,38 |
| | INSS | | | 1.260.865.302,41 | 1.260.865.302,41 |
| | IRPF | | | 1.140.977.128,50 | 1.140.977.128,50 |
| | Multas aplicadas pela DRT | | | 10.721.288,92 | 10.721.288,92 |
| | Total | 20.045,25 | 9.784.991,57 | 2.599.609.514,61 | 2.609.414.551,43 |

7 Dados extraídos do site oficial do Tribunal Superior do Trabalho <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em : 20 set. 2008

8 Idem.

Notas:

- 1) TST e TRT: recebidos são os processos autuados;
- 2) VT: a Movimentação Processual compreende somente os processos de conhecimento; julgados incluem as conciliações.

Dados Estatísticos – Ano 2008⁹

| Instância - até julho | | | | | |
|-------------------------------|---------------------------|----------|--------------|-----------------------|-----------------------|
| | | TST | TRT | VT | Total |
| Movimentação Processual | Resíduo de 2007 | 249.316 | 223.067 | 945.646 | 1.418.029 |
| | Recebidos | 81.879 | 380.764 | 1.042.740 | 1.505.383 |
| | Julgados | 85.324 | 359.699 | 998.925 | 1.443.948 |
| | Resíduo Atual | 274.150 | 233.143 | 908.378 | 1.415.671 |
| DC | Recebidos | 4 | 655 | - | 659 |
| | Julgados | 1 | 453 | - | 454 |
| Processos em Execução | | - | - | 1.601.788 | 1.601.788 |
| Valores Pagos aos Reclamantes | | - | - | 5.073.720.440,73 | 5.073.720.440,73 |
| Arrecadação | Custas Processuais | 451,00 | 5.841.472,59 | 107.844.805,91 | 113.686.729,50 |
| | Emolumentos | 7.912,24 | 89.076,30 | 5.419.120,62 | 5.516.109,16 |
| | INSS | - | - | 790.181.255,65 | 790.181.255,65 |
| | IRPF | - | - | 684.248.062,08 | 684.248.062,08 |
| | Multas aplicadas pela DRT | - | - | 10.185.012,09 | 10.185.012,09 |
| | Total | 8.363,24 | 5.930.548,89 | 1.597.878.256,35 | 1.603.817.168,48 |

Notas:

- 1) TST e TRT: recebidos são os processos autuados;
- 2) VT: a Movimentação Processual compreende somente os processos de conhecimento; julgados incluem as conciliações.

Recife, 29 de setembro de 2008.