

CENTRO DE ESTUDOS E TREINAMENTO  
- CETREI -

Revista da  
Procuradoria Geral  
do Município de  
Fortaleza

Fortaleza-CE - 2005  
Ano 13 - Volume 13

## SUMÁRIO

1. APRESENTAÇÃO .....	11
2. ARTIGOS.....	13
2.1 DESAFIOS DOS DIREITOS DE CIDADANIA E ESPAÇO PÚBLICO .....	15
Linda Maria de Pontes Gondim	
Martônio Mant'Alverne Barreto Lima	
2.2 INTERVENÇÃO DO <i>AMICUS CURIAE</i> .....	39
Francisca Brenna Vieira Nepomuceno	
2.3 ISONOMIA CONSTITUCIONAL - IGUALDADE FORMAL VERSUS IGUALDADE MATERIAL .....	53
José Helvesley Alves	
2.4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA LEI MUNICIPAL E COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO.....	81
Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz	
2.5 COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA INSTITUIR REGRAS PARA IMPLANTAÇÃO DE REDES DE INFRA-ESTRUTURA E A COBRANÇA PELO USO DO ESPAÇO PÚBLICO .....	95
Lucíola Maria de Aquino Cabral	
2.6 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.....	109
Natércia Sampaio Siqueira	
2.7 A IMPORTÂNCIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	125
Maria Darlene Braga Araújo	
2.8 DIREITO DE SUPERFÍCIE.....	165
Elise Aquino Avesque	
2.9 A NÃO-CUMULATIVIDADE E SUA INTERPRETAÇÃO PELOS TRIBUNAIS.....	177
Eduardo Braga Rocha	

2.10 COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO EM MATÉRIA AMBI- ENTAL.....	205
Luis Gentil Chaves	
2.11 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CON- FLITO DE PRINCÍPIOS .....	231
Aroldo Barreto Cavalcante Filho	
2.12 PODER LOCAL E POLÍTICAS NEO-CORONELISTAS NO ESTADO DO CEARÁ.....	241
Victor Hugo de Freitas Leite	
2.13 O RECURSO DA REVISÃO DO VALOR DA CUASA NO PROCESSO DO TRABALHO APÓS O ADVENTO DO RITO SUMARÍSSIMO.....	
Francisco José Parente Vasconcelos Júnior	
2.14 CONTROLE NORMATIVO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: O PODER JUDICIÁRIO NA AMPLIAÇÃO DA DEMOCRACIA .....	269
Plínio Régis Baima de Almeida	
2.15 DOS LIMITES AO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO E A INCONSTITUCIONA- LIDADE DA LEI DOS CRIMES ORGANIZADOS - LEI Nº 9.034/95 .....	281
Márcia Maria Amorim de Oliveira	
2.16 CONSTITUIÇÕES E <i>AUTOPOIESIS</i> .....	299
Pedro Henrique Holanda Pucci	
3 PARECERES E DESPACHOS.....	307
3.1 REGULARIZAÇÃO DE LOTEAMENTO CLANDESTINO .....	309
Everton Luis Gurgel Soares	
3.2 DESMEMBRAMENTO DE IMÓVEL ORIUNDO DE IN- VENTÁRIO.....	319
Maria de Fátima Nóbrega de Araújo	

3.3 APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO COM PROVENTOS INTEGRAIS....	329
Susie Alencar Serino	
4 TRABALHOS FORENSES.....	337
4.1 IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL .....	339
Edvaldo Assunção e Silva	
4.2 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INTEGRAÇÃO AO FEITO COMO LITISCONSORTE ATIVO .....	357
Deodato José Ramalho Júnior Henrique Araújo Marques Mendes	
5. ADENDO .....	373
5.1 DISCURSO DE TRANSMISSÃO DE POSSE.....	375
Pedro Saboya Martins	

## 1. APRESENTAÇÃO

A revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza chega, com sucesso, à sua edição de nº 13. Por feliz coincidência, essa importante marca dos que fazem esse segmento da advocacia pública do Ceará dá-se no momento em que tenho a felicidade de comandar o órgão, o que faço atendendo a honroso convite da nossa prefeita municipal, professora Luizianne de Oliveira Lins.

Quando assumi o cargo de Procurador Geral do Município, confesso o meu inicial temor de não encontrar as condições necessárias para realizar o trabalho a que nos propomos, especialmente o de dar celeridade às enormes demandas relacionadas à recuperação do controle, pelo Município, do seu poder de polícia, que havia tempo estava comprometido pela omissão da autoridade municipal.

Cedo compreendi que a nossa tarefa seria bastante facilitada, em razão do comprometimento e da dedicação de seu quadro de servidores, que, a despeito das poucas condições materiais até então existentes, colocaram-se como parceiros dessa nova vontade política de resgatar os valores republicanos que avivamos nessa quadra da vida administrativa de Fortaleza.

Na PGM, durante esses doze meses, percebi não apenas a importância dos seus servidores, procuradores e agentes administrativos para a plena realização dos objetivos da administração pública municipal, mas a inteligência e a qualificação de seus membros, parcialmente espelhada neste número da revista da PGM, que aborda temas das mais

alta relevância para o interesse dos municípios brasileiros. Os trabalhos científicos apresentados neste número da revista da PGM são apenas uma pequena mostra dos talentos profissionais existentes no órgão, onde pontificam nomes de peso da advocacia cearense.

Como demonstram os trabalhos apresentados, os procuradores do Município de Fortaleza não são meros aviadores de petições visando à defesa das teses esgrimidas nos tribunais para a defesa dos interesses da administração, mas pensadores e elaboradores na esfera do direito público, particularmente do direito municipal, campo, aliás, em que muito se precisa avançar para fazer corresponder o prestígio do poder local na ordem constitucional vigente ao pleno reconhecimento, especialmente pelo Judiciário, dessa realidade.

**Deodato José Ramalho Júnior**  
Procurador-Geral do Município de Fortaleza  
Dezembro de 2005

## 2.1 - DESAFIOS DOS DIREITOS DE CIDADANIA E ESPAÇO PÚBLICO

**Linda Maria de Pontes Gondim**

Doutora em Planejamento Urbano e  
Regional (Cornell University),  
Professora da Universidade Federal do Ceará.

**Martonio Mont'Alverne Barreto Lima**

Doutor em Direito (Universidade de Frankfurt),  
Professor da Universidade de Fortaleza e  
Procurador do Município de Fortaleza.

### SUMÁRIO

- 1 Os direitos de cidadania numa perspectiva histórica
- 2 Esfera pública e democracia
- 3 A constituição da esfera pública na perspectiva histórica e filosófica de Habermas
- 4 A corrosão da esfera pública
- 5 Críticas à teoria de Habermas sobre a esfera pública
- 6 Referências bibliográficas

Este artigo trata da problemática associada à deterioração do espaço público nas grandes cidades, numa perspectiva que integra contribuições teóricas e empíricas provenientes do planejamento urbano, do direito constitucional e da sociologia política.

Desde a década de 1960, vem ocorrendo um esvaziamento dos centros históricos antigos das grandes cidades brasileiras, conjugado a um processo de expansão periférica e de segregação social pelo qual as periferias metropolitanas são ocupadas pelos pobres. Ao mesmo tempo, novos bairros, mais acessíveis e melhor equipados, se constituem como centros predominantemente residenciais ou conjugando habitação, comércio e lazer.

Com o aumento dos problemas de trânsito e transporte, paralelamente aos crescentes índices de criminalidade, as ruas e as praças

se tornam áreas “perigosas”. Novas formas urbanísticas, tais como *shopping centers*, condomínios fechados e parques temáticos tomam o lugar desses locais públicos de encontro. Em outras palavras, há uma tendência geral de privatização de espaços de uso coletivo, controlando o acesso a eles: parques e praças são guarnecidos de muros e portões e dissemina-se o recurso a sistemas de vigilância e segurança privados nas áreas residenciais, comerciais e de lazer.

Essa quase obsessão com a segurança parece ser disseminada em todas as camadas sociais: assim, não são apenas os *shopping centers*, parques temáticos e condomínios de luxo que adotam a vigilância eletrônica e o rígido controle do acesso. Em áreas comerciais e de lazer frequentadas por pessoas de renda média ou baixa, como lojas populares, “barracas” de praia, forrós e bailes funk, é notória a presença de esquemas de segurança, combinando por vezes dispositivos eletrônicos com a contratação de vigilantes. Além disso, muros altos e grades não são mais privilégios de mansões, mas já podem ser encontrados em áreas de habitação de baixa renda (Caldeira, 2000).

Essa segregação espacial nas grandes cidades, associada à exclusão social e à violência crescentes, remete a uma questão-chave para a governabilidade urbana e para o próprio convívio entre os cidadãos: como garantir a sociabilidade entre os moradores de uma cidade, se eles estão cada vez mais apartados entre si, em razão de suas carências, de seus medos, de sua prepotência ou subordinação? Se não há condições para uma convivência cotidiana não violenta, como assegurar o exercício dos direitos de cidadania? Para tentar responder adequadamente a esta questão, é necessária uma conceituação, ainda que breve, desses direitos, compreendidos em uma perspectiva histórica.

## 1 OS DIREITOS DE CIDADANIA NUMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

A partir da segunda metade do século XVIII, os direitos inerentes ao cidadão foram recepcionados não somente pelos ideais revolucionários, como passaram a ser incorporados pelos documentos políticos desse período histórico. Numa versão revolucionária, tais direitos foram incluídos nas constituições francesas de 1791 e 1793. Numa

perspectiva conservadora, os direitos de cidadania – com as restrições correspondentes, como a limitação ao voto universal e à tolerância com a escravidão – foram retratados pelo modelo da Constituição dos Estados Unidos de 1789.

A partir daí, a conceituação dos direitos de cidadania foi dividida da seguinte forma:

- **direitos civis**, que “dizem respeito à personalidade do indivíduo (liberdade pessoal, de pensamento, de religião, de reunião e liberdade econômica)” (Matteucci, 1992, p. 353). Tais direitos exigem do Estado uma atitude de não intervenção na vida privada, desde que não haja violação dos direitos dos demais indivíduos;

- **direitos políticos**, que incluem liberdade de associação em partidos e sufrágio universal. São ligados à formação do Estado democrático representativo e implicam uma liberdade ativa, manifesta pela participação dos cidadãos na determinação dos objetivos políticos desse Estado.

Com a promulgação da Constituição mexicana de 1917 e o surgimento da República de Weimar, em 1919, delineou-se a idéia do intervencionismo do Estado, configurando-se o que se denominou de “constituição dirigente”, ou seja, a criação de direitos sociais e de limitação do poder econômico nas relações entre capital e trabalho. Referida evolução tornou pertinente a inclusão de uma nova categoria, **os direitos sociais**, incluindo o direito ao trabalho, à assistência social, à saúde e à educação<sup>1</sup>.

A evolução constitucional brasileira traz consigo um dos melhores modelos mundiais de processo constituinte, o qual conduziu a Constituição Federal de 1988 a um positivo patamar de organização política de um estado inovador<sup>2</sup>. Produto de um processo constituinte sem precedentes na modernidade constitucional<sup>3</sup>, a Constituição Federal incorporou mecanismos modernos de garantia aos direitos nela previstos, como o mandado de injunção, a iniciativa popular, o plebiscito e o referendun. Relativamente ao extenso rol de direitos, a novidade está configurada na absorção das normas provenientes de acordos internacionais dos quais o Brasil vier a ser signatário. Embora a posição do Supremo Tribunal Federal tenha sido restritiva neste

sentido – essas normas originadas dos acordos internacionais não podem ser consideradas como normas do nível daquelas constantes da própria Constituição –, não faltam doutrinadores que criticam tal posição, uma vez que o próprio constituinte cedeu em sua soberania, no momento em que permitiu que normas de proteção dos direitos e das garantias do cidadão originadas por acordos internacionais sejam acrescidas ao art. 5º da Constituição Federal.

Na verdade, a referida dinâmica constitucional é apenas um dos elementos inovadores dos textos constitucionais da redemocratização da América Latina durante a década de 1980. Percebe-se que quase todos os textos destas sociedades prometem muito mais do que sua realidade política e institucional e seus governos poderiam realizar. Se por este aspecto citadas constituições podem estar destinadas ao fracasso, não é menos verdade que as novas exigências constitucionais deixam-se traduzir como advertências da tarefa que estes estados e sociedades ainda têm por realizar, ou seja, a implementação de direitos básicos na qualidade de importantes ferramentas de consolidação democrática e redução das tradicionais desigualdades sócio-econômicas. Nessa perspectiva, à crítica do discurso conservador do “fracasso da constituição dirigente”, elaborada por Canotilho (2003, pp. 81, 345)<sup>4</sup>, entre outros, contrapõe-se o argumento de Peter Häberle, para quem “a cínica, ou bem conhecida fingida advertência quanto ao ‘déficit’ de realização constitucional no Terceiro Mundo distorce a genuína contribuição dos ‘pequenos’ países em desenvolvimento, da mesma maneira que distorce suas possibilidades de recuperação num futuro. (...) Os textos progressistas permanecem como uma advertência provocadora a todos nós. E é bom que não se esqueça que os textos constitucionais clássicos de hoje já foram igualmente utopias”.<sup>5</sup>

A partir de uma matriz constitucional desta ordem é possível discutir a existência de uma categoria mais avançada ainda de direitos fundamentais, ou seja, **os de quarta geração**, entre os quais o direito à democracia parece ser o mais importante e, igualmente, absorvido pelo processo constituinte brasileiro de 1987/88. Tanto é que em seu art. 1.º a Constituição Federal explicita a qualidade do Estado brasileiro: uma República Federativa, inovadoramente formada pela União, Estados e Municípios, e de forma democrática. Essa diretiva

impõe a todos os aplicadores do direito uma impossibilidade de escolha: ninguém, no Brasil, ao aplicar a lei (em sentido amplo), poderá optar entre uma forma democrática ou não; a opção pela democracia já está feita e é concebida como um valor universal da sociedade brasileira. Confirmando a sistemática de racionalidade da Constituição Federal, o parágrafo 4.º do art. 60 explicita que a opção pela democracia não poderá ser modificada pela via de emenda à Constituição. Outro não é o resultado da articulação dos dispositivos que proíbem a deliberação de propostas de emendas no sentido de abolir a forma federativa, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de poderes e os direitos e garantias fundamentais. Como se vê, a modernidade da Constituição Federal do Brasil é patente e sua opção pela democracia é o elemento que torna racionalmente possível – e legítima – a análise interpretativa de que os direitos sucessores daqueles de terceira geração possam vir a ser exigidos a partir de uma ordem constitucional assim definida.

Apesar desse quadro promissor em termos ideais, a realidade empírica evidencia severas limitações ao efetivo exercício dos direitos de cidadania no Brasil. Assim, nas grandes cidades contemporâneas, um dos direitos civis básicos, o de ir e vir, fica seriamente comprometido quando vigias, gangues ou traficantes cerceiam os movimentos dos moradores e transeuntes em certas áreas. O exemplo mais notório dessa prática tem sido fornecido pela ação de traficantes no Rio de Janeiro, podendo-se citar, também, as incursões violentas de policiais nas áreas onde se concentra a população pobre. Tais intervenções antes exacerbam do que controlam a violência urbana.

Nesse quadro, os direitos políticos também ficam prejudicados, quer pela revolta cega, quer pela apatia provocada pela sensação de impotência; daí os relativamente elevados índices de abstenção nas eleições, combinados com a persistência de práticas clientelistas ou corporativistas no processo político e na administração pública.

Vale ressaltar que os direitos de cidadania referem-se ao **indivíduo**, mas o seu exercício pressupõe uma comunidade política da qual os cidadãos participam por meio de direitos políticos e sociais. Os direitos civis, que os precedem (histórica e conceitualmente), carecem de sentido fora de uma sociedade organizada.



Mas quem seriam os titulares desses direitos? Quem são esses indivíduos-cidadãos que formam essa sociedade politicamente organizada que, teoricamente, deveria lhes assegurar direitos? Essa definição é crucial para se compreender a questão do espaço público na cidade contemporânea. Como lembrou Rosalyn Deutsche (1996), a definição do conceito de espaço público requer o esclarecimento de ambos os termos (**espaço e público**).

Do ponto de vista da Sociologia Política e do Direito Constitucional, é pertinente iniciar a discussão pelo segundo termo, considerando-o em sua condição de substantivo, ou seja: quem é o público usuário, ou destinatário, do espaço público? Dito de outra maneira, a questão pertinente é: quem é o sujeito dos direitos de cidadania que deve ser também aquele que constitui o público que utiliza os espaços abertos das cidades?

## 2 ESFERA PÚBLICA E DEMOCRACIA

A noção básica para a democracia, inclusive do ponto de vista etimológico, é a de **povo** (*demos*), mas quando se trata de operacionalizá-la, ou seja, de garantir a prática democrática, o que está em causa são direitos do indivíduo, como já foi referido. A noção de indivíduo, tanto quanto a de povo, é complexa e multifacetária. De saída, é preciso distinguir entre os sentidos "concreto" e "abstrato" de tal noção. Na primeira acepção, o conceito de indivíduo diz respeito a uma pessoa real e única, isto é, intrinsecamente diferente de seus semelhantes, com os quais convive, pois trata-se de um ser cuja existência é, por natureza, social, ou melhor, grupal. Já o conceito de indivíduo no sentido abstrato considera um ser ideal, dotado de características comuns a outros seres da mesma espécie ("todos os homens nascem livres e iguais..."), que vivem em uma sociedade artificialmente criada, o Estado-Nação. Como bem caracterizou Dumont (1992, p. 57), trata-se de um "ser biológico", "sujeito pensante" que encarnaria a humanidade inteira. Assim, é preciso distinguir "de um lado, o sujeito *empírico* que fala, pensa e quer, ou seja, a amostra individual da espécie humana, tal como a encontramos em todas as sociedades; do outro, o *ser moral* independente, autônomo e, por conseguinte, essencialmente não-

social, portador dos nossos valores supremos, e que se encontra em primeiro lugar em nossa ideologia moderna do homem e da sociedade" (Dumont, 1993, p. 37; grifos no original).

Enquanto categoria abstrata, o indivíduo constitui um dos pontos cardinais da ideologia da modernidade, sendo fundamento dos valores básicos de *igualdade e liberdade*: "com efeito, se se supõe que toda a humanidade está presente em cada homem, então cada homem deve ser livre e todos os homens são iguais" (Dumont, 1992, p. 59). Entretanto, do ponto de vista histórico e sociológico, a idéia de indivíduo nada tem de óbvia; ainda que a realidade do ser humano "de carne e osso" seja óbvia, também é evidente que ninguém nasce nem cresce sozinho. Por outro lado, é óbvio que a própria realidade empírica e, sobretudo, a organização social, reconhece e valoriza as diferenças (ainda que sociedades distintas valorizem "diferentes diferenças"). Em outras palavras, do ponto de vista sociológico, o fato básico é a natureza social do ser humano: "ao indivíduo auto-suficiente ela opõe o homem social; considera cada homem, não mais como uma encarnação particular da humanidade abstrata, mas como um ponto de emergência mais ou menos autônomo de uma humanidade coletiva particular, de uma *sociedade*" (Dumont, 1992, p. 53; grifo no original).

Do ponto de vista da Teoria Política e do Direito Constitucional, o sujeito ao qual se referem os textos é chamado de **povo**, que é assim referido nas constituições modernas: "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição" (§ 1.º do art. 1.º da Constituição Federal de 1988). É pertinente, pois, começar nossa reflexão perguntando, com Friedrich Muller (1996): *quem é o povo?*

O jurista alemão distingue várias acepções para o conceito de povo. A primeira delas é a de **povo ativo**, correspondendo à totalidade dos eleitores e aos titulares da nacionalidade, com exclusões fundamentadas em critérios como faixa etária, estado mental ou perda de direitos civis (Muller, 1996, p. 56). Para o mesmo autor, esse conceito é por demais restrito, já que seria mais democrático considerar a totalidade daqueles abrangidos pelas normas, inclusive os estrangeiros que vivem no país.

Uma segunda acepção considera o povo como **instância global de atribuição de legitimidade**, ou seja, o povo é a fonte da autoridade legítima daqueles que exercem efetivamente o poder, ainda que não tenham sido diretamente eleitos, como é o caso dos membros do Judiciário e da administração pública no Brasil.<sup>6</sup> Em outras palavras, "... todo o poder de Estado não está 'no povo', mas 'emana' dele. Entende-se como exercido por encargo do povo e em regime de responsabilização estável perante ele" (Müller, 1996, p. 62).

Há, ainda, a noção de **povo como ícone**, que não passa de uma criação mitificadora da qual se lança mão para justificar práticas não democráticas, como nos casos do populismo e de manipulações destinadas a "criar" um povo sem dissidentes, ou constituído por artifícios ou meios violentos, como colonização, reassentamento, expulsão e "limpeza étnica". (Müller, 1996, p.67).

Finalmente, há o conceito de **povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado**, que diz respeito a toda a população residente ou presente em um território, incluindo todas as pessoas em sua condição de seres humanas, protegidas, assim, por direitos humanos, independentemente de sua condição de cidadania (podem ser, inclusive, apátridas).

Nessa perspectiva, é pertinente a formulação de Claude Lefort (1987), segundo a qual na democracia, o poder é um lugar "vazio", pois pertence a todos, em geral, mas a ninguém, em particular. Daí que a questão "quem é o povo" numa democracia torna-se muito mais problemática do que, por exemplo, a definição de sujeitos políticos "concretos", como "os guaranis", "os atenienses" ou "os homens 'bons'".

Essa breve análise do conceito de povo indica a necessidade de se superar a visão essencialista e formalista da questão – a qual, infelizmente, não é rara na Teoria Política e no Direito contemporâneos – e corrobora nossa proposta de abordar numa perspectiva histórica a relação entre espaço público e cidadania, como faremos no próximo item.

### 3 A CONSTITUIÇÃO DA ESFERA PÚBLICA NA PERSPECTIVA HISTÓRICA E FILOSÓFICA DE HABERMAS

Para o filósofo Jürgen Habermas, a democracia está intimamente relacionada à constituição da "esfera pública burguesa", que ele define como uma "arena discursiva" na qual indivíduos (i.e., pessoas privadas) deliberam sobre assuntos de interesse público (Calhoun, 1992, p. 128). Nessa definição, encontram-se diversos sentidos da palavra "público", aos quais se vinculam sentidos equivalentes da palavra "privado":

- relacionado ao Estado versus relativo à economia de mercado;
- acessível a qualquer um versus privativo a certos indivíduos ou grupos;
- que interessa a todos versus que interessa somente a alguns;
- relativo ao bem comum versus relativo a interesses individuais;
- que pode ser publicizado versus pertinente à intimidade doméstica ou pessoal.

Esses diversos sentidos apontam, mais uma vez, para o caráter historicamente construído da esfera pública, a qual, segundo Habermas, é precipuamente uma categoria da "sociedade burguesa". Para discuti-la, tomaremos como referência básica a obra *Mudança Estrutural na Esfera Pública* (Habermas, 1984), bem como a discussão desta por comentadores, em particular Nancy Fraser (1992) e Craig Calhoun (1992).

*Mudança estrutural na esfera pública, cuja primeira edição foi publicada no início da década de 1960, levou quase três décadas para ser traduzida para o inglês.<sup>7</sup> Além disto, até o final dos anos 1980, essa obra recebeu pouca atenção dos autores de língua inglesa.<sup>8</sup>*

Na raiz dessa tardia recepção de *Mudança Estrutural* pelo público de língua inglesa, talvez se encontre o caráter controverso desse livro. Escrito no início da década de 1960 como *Habilitationschrift* (tese exigida daqueles que já têm o título de doutor e pretendem ingressar no sistema acadêmico alemão) e submetida a Max Horkheimer e Theodor Adorno, não foi aceita por eles. É provável que os motivos dessa rejeição tenham sido análogos àqueles que determinariam o

relativo “esquecimento” da mesma obra nas décadas subsequentes. Por um lado, setores de esquerda consideravam-na insuficientemente crítica das promessas “ilusórias” do Iluminismo, no que diz respeito às possibilidades da democracia na sociedade de massa e do capitalismo maduro; por outro lado, visões mais conservadoras rejeitavam o radicalismo da proposta de avaliar na perspectiva de uma “verdadeira democracia” os limites das garantias constitucionais dos regimes liberais (Calhoun, 1992, p. 4). Vale ressaltar que *Mudança Estrutural* insere-se num projeto mais amplo, empreendido por Habermas, no sentido de preservar a herança crítica da Escola de Frankfurt e, ao mesmo tempo, expurgar-lhe o pessimismo sem saída ao qual conduziu-a o pensamento crítico após a II Guerra Mundial.<sup>9</sup>

Calhoun sintetiza de modo particularmente feliz a questão subjacente à obra em pauta, lançando mão de uma citação extraída pelo próprio Habermas da *Crítica da Razão Pura*, na qual Kant afirma que a capacidade de argumentação pode ser percebida em todas as conversações mantidas em “mixed companies”: não só aquelas que envolvem intelectuais e outras pessoas capazes de “raciocínios sutis”, como as conversas entre homens de negócios e entre mulheres [sic]. À par do viés elitista e preconceituoso contido nessa afirmação, pode-se encontrar nela o cerne da questão central de *Mudança Estrutural na Esfera Pública*: “quando e sob quais condições os argumentos de ‘companhias mistas’ poderiam transformar-se em bases autorizadas para a ação política?” (Calhoun, 1992, p. 1):

O cerne da chamada “teoria procedimental da democracia” de Habermas estaria justamente na concepção de uma esfera pública decorrente de uma progressiva institucionalização da “razão prática”, mediante a qual se busque incrementar tanto a **qualidade** quanto a **quantidade** da participação (Calhoun, 1982, p. 2). Isso significa que:

- (1) Leis e normas gerais, e não privilégios de classe social ou status, determinam a forma de participação e o método de tomar as decisões;
- (2) Argumentos, e não status social, determinam as decisões;
- (3) O processo discursivo é aberto à participação de um grande número de pessoas.

Nesse sentido, tanto o reconhecimento dos direitos de cidadania, como a institucionalização de processos decisórios democráticos e a democracia participativa<sup>10</sup> seriam fruto da criação de uma esfera pública.

Um dos desafios que se colocam para a análise de *Mudança Estrutural da Esfera Pública* é justamente esse duplo aspecto (i.e., quantitativo e qualitativo) da categoria esfera pública, que é essencial não só para a sua definição, como para toda a abordagem habermasiana. Com efeito, essa duplicidade indica que, malgrado o seu caráter contraditório e parcial, a esfera pública burguesa constitui um ideal valioso e duradouro (Calhoun, 1992).

As investigações de Habermas sobre a questão têm um duplo propósito: apontar as contradições internas e os fatores externos que acarretaram a transformação e parcial degradação da esfera pública; e evidenciar “o elemento de verdade e o potencial emancipatório nela contidos, apesar de suas interpretações equivocadas e de suas contradições” (Calhoun, 1992, p. 2). Para tanto, Habermas analisa a emergência histórica dessa esfera pública num momento específico (os séculos XVII e XVIII), em determinados lugares (a Europa Ocidental e os Estados Unidos) e em condições sociais e econômicas peculiares (o processo de formação do capitalismo como modo de vida dominante e o surgimento da noção de igualdade de direitos como proposta política legítima e, posteriormente, hegemônica).

A noção de público teria surgido no século XVIII, com a monarquia absolutista, sendo literalmente personificada pelo Rei (“*L’Etat c’est moi*”) em sua corte. A partir de então, uma esfera pública embrionária teria surgido no campo das letras – e não da política em sentido restrito. Nos seus primórdios, tal esfera – ainda bastante limitada, sobretudo em termos quantitativos – era constituída por pessoas letradas, que se encontravam em cafés ou salões aristocráticos, onde debatiam questões literárias, sociais e políticas. Nesses ambientes, predominava uma atmosfera relativamente “aberta”, pois o critério para admissão não era a fortuna, nem o nome de família: além dos nobres, burgueses e pequenos burgueses podiam ser admitidos, desde que tivessem talento e se comportassem de acordo com regras de civilidade vigentes.

Paralelamente, a família passava a ser vista como uma esfera íntima, baseada no afeto e na reprodução biológica e social, diferenciando-se da atividade econômica *tout court*. Assim, o patriarca sentia-se motivado a participar das discussões sobre “negócios públicos” (governo e economia), enquanto que no sagrado recinto do lar burguês não deveriam penetrar as “suas” questões de economia e de política, das quais mulheres e crianças deveriam ser excluídas<sup>11</sup>. Em síntese, ocorre, com o capitalismo, uma dupla separação: o Estado e a sociedade se diferenciam e, na esfera privada, verifica-se a separação entre unidades de produção (que passam a pertencer ao âmbito da “economia”) e unidades de consumo (famílias).

A par das transformações condicionadas pelo desenvolvimento do mercado, ocorreu a disseminação da mídia impressa, o aumento da alfabetização e a formação do Estado-Nação, apoiado num corpo de funcionários e num exército.<sup>12</sup> Ao lado do dinheiro, o poder se consolida como mecanismo não lingüístico (sistêmico) de coordenação das ações sociais. Como nota Calhoun (1992, p. 8), “a esfera pública, tanto quanto a sociedade civil em geral, somente pôde ser conceptualizada em seu sentido pleno após a Constituição do Estado como um locus *impressoal* de autoridade. Diferentemente da noção antiga de público, portanto, a noção moderna dependia da possibilidade de se contraporem estado e sociedade. Aqui Habermas concorda com Hannah Arendt, ao enfatizar que uma esfera privada da sociedade passou a assumir uma relevância pública”.

Pode-se afirmar que, se a preocupação dos gregos antigos era proteger a política contra a corrosão do público pelos interesses privados, na sociedade capitalista a esfera pública burguesa constitui-se como uma espécie de “escudo” protetor da sociedade civil, ou seja, sua função principal seria resguardar os interesses (privados) dos indivíduos e das famílias contra o ataque de uma “esfera pública” entendida como sendo o Estado. Assim, constituem-se, simultaneamente, as esferas pública e privada do mundo moderno, sendo que nesta última, a família perde a função de unidade produtiva, continua a ter entre suas funções principais a reprodução biológica e fortalece o seu papel na reprodução social, ainda que tenha que compartilhá-lo com a escola e outras instituições. O núcleo familiar passa a constituir, por assim dizer, uma sub-esfera

da sociedade – a esfera da “intimidade” – enquanto que a economia constitui outra sub-esfera.

Os valores relacionados à família, ao trabalho e à economia assumem lugar central na sociedade burguesa, como mostra *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, obra seminal sobre a modernidade (Weber, 1994). As atividades e os interesses nessas três áreas corresponderiam ao que Hannah Arendt irá denominar de “social”, categoria que englobaria o correspondente a matérias privadas, em contraste com o que ocorria na Polis grega, onde apenas as questões pertinentes ao futuro da coletividade seriam consideradas públicas, no sentido de que somente elas teriam relevância política. Nas palavras dessa autora, “a sociedade é a forma na qual o fato da dependência mútua em prol da subsistência, e de nada mais, adquire importância pública, e na qual as atividades que dizem respeito à mera sobrevivência são admitidas em praça pública. (...) o caráter da esfera pública muda segundo as atividades que são nela admitidas ... [e] a natureza da própria atividade também muda” (Arendt, 1989, p. 56).

Tal concepção, que distingue o social como radicalmente distinto do político, é passível de críticas. De saída, sugere uma “separação quase-aristocrática entre pão e [atividade] política”, como denuncia Seyla Ben Habib (2000, p. 140); ou aceita de forma acrítica a utopia de uma sociedade de abundância, na qual não existiriam disputas por recursos escassos. Nesse caso, a alocação de bens se restringiria a uma “questão administrativa” – a ser resolvida por uma tecnocracia? Mais realista seria pressupor uma sociedade que, à maneira da polis grega, excluiria grande parte da população do processo político, o qual se transformaria numa atividade pretensamente “acima e além” dos interesses materiais, buscando unicamente o “bem público” – definido por quem?

Na sociedade ateniense, o elitismo do modelo era atenuado pela adoção de um processo de democracia plebiscitária, ao qual tinham acesso todos os cidadãos, ou seja, todos os homens livres atenienses. As exclusões mais evidentes (escravos, mulheres, estrangeiros) não negam o caráter relativamente aberto da democracia em Atenas, que, como salientou o historiador helenista Moses Finley (1988), incluía camponeses e artesãos.

Contudo, o modelo ateniense parece demasiado simplista para servir de guia à reconstrução de uma esfera pública na modernidade, pois não poderia dar conta de fatores estranhos ao mundo helenístico, mas inelutáveis nas sociedades capitalistas contemporâneas, tais como o Estado, as grandes corporações, a mídia e a indústria cultural (Ben Habib, 2000, p. 141). Mais importante ainda é a limitação conceitual da distinção entre o social e o político, tal como proposta por Hannah Arendt. Ainda segundo Ben Habib, essa distinção não deveria se ater ao “conteúdo” das questões e dos interesses em jogo, mas, sim, à natureza das medidas necessárias para atender às demandas pelas quais se luta. Por exemplo, lutas por bandeiras como diminuição da jornada de trabalho, ampliação do direito ao voto e universalização da seguridade social tornam-se políticas quando assumem o caráter de reivindicação por direitos universais. Assim, “engajar-se na política não significa abandonar questões econômicas e sociais; significa lutar em nome de princípios, interesses e valores que têm uma base generalizável, e que dizem respeito a nós como membros de uma coletividade” (Ben Habib, 2000, p. 145). Para a autora, a única distinção legítima entre o político e o social diz respeito à atitude em face à demanda em pauta, de modo a considerá-la em uma perspectiva que ultrapasse a limitada visão de uma classe ou grupo e que contemple o bem público.

#### 4 A CORROSÃO DA ESFERA PÚBLICA

A corrosão da esfera pública foi um processo que ocorreu juntamente com a evolução das sociedades capitalistas maduras em direção ao *welfare-state*. Nelas, verificou-se o predomínio das grandes corporações, paralelamente ao crescimento da intervenção do Estado na economia e na vida privada. Em conseqüência, teve lugar o entrelaçamento do Estado com a sociedade e a diluição da separação entre esfera privada e esfera pública.

Nesse caso, a universalização dos direitos civis e políticos de cidadania foi acompanhada da expansão quantitativa do acesso a essa esfera pública, pela via de uma cultura de massas, produzida por uma indústria cultural manipuladora e alienante. O resultado foi o empobrecimento qualitativo da participação: o debate racional-crítico passa a ser substituído pelo “consumo” (Calhoun, 1992, p. 23). Para tornar

a informação e os produtos culturais “acessíveis” a um vasto público – alfabetizado, mas insuficientemente educado – essa indústria cultural recorre a clichês e a apelos emocionais, tipificados pela propaganda: o “marketing” político e a adesão emocional das massas substituem o debate crítico-racional.

Ao mesmo tempo, ocorreu o enfraquecimento da noção de que a vida privada (família, trabalho, economia) poderia produzir indivíduos autônomos, relativamente iguais e capazes de buscar o interesse público na arena política (Calhoun, 1992, p. 21). Com efeito, a crescente inclusão de pessoas e grupos no processo político tornou virtualmente impossível “colocar entre parêntesis” as diferenças de classe e de status, que aumentaram horizontalmente, com a multiplicação dos chamados “grupos de interesse”, e, verticalmente, com a acentuação do processo de concentração da renda, após um período de ascensão da classe média, em decorrência da atuação do Estado-providência e do crescimento econômico das décadas de 1950 e 1960.

Em conseqüência, verifica-se a substituição da busca pelo interesse público geral, pela negociação e barganha para atender a interesses em competição no mercado político, na linha da teoria de Schumpeter (1976). Com a crise fiscal do Estado, a globalização da economia e a hegemonia de regimes neoliberais, a partir do final da década de 1970 chega-se a um impasse com relação às possibilidades de governança democrática das sociedades modernas. Tal impasse se traduz dramaticamente no aumento dos índices de violência nas grandes cidades, manifestos na ação do tráfico de drogas e do terrorismo, que também adquirem escala global.

#### 5 CRÍTICAS À TEORIA DE HABERMAS SOBRE A ESFERA PÚBLICA

*Mudança Estrutural na Esfera Pública* é mais útil como fonte para a compreensão da herança positiva da modernidade, do que como guia para a busca de alternativas emancipadoras em face aos dilemas colocados pelo capitalismo maduro e pela globalização. Convém notar que Habermas superestima os aspectos emancipadores da opinião pública nos primórdios da modernidade, ao mesmo tempo em que subestima

o público da sociedade de massa. Nas palavras de Calhoun (1992, p. 33), "Habermas tende a julgar o século XVIII por Locke e Kant, o século XIX por Marx e Mill, e o século XX pelo típico telespectador de subúrbio [americano]".

Com relação à superestimação, Nancy Fraser (1992) salienta que Habermas idealiza as condições vigentes nas primeiras instituições da esfera pública burguesa, nas quais a desigualdade entre os participantes seria posta "entre parêntesis". Segundo a mesma autora, historiadores revisionistas demonstraram que tais instituições eram bem menos inclusivas do que aparecem na análise habermasiana: as mulheres, as minorias étnicas e os pobres eram sistematicamente excluídos. Ademais, a visão de uma esfera pública como a esfera pública por excelência é menos compatível com o ideal democrático do que uma visão mais pluralista. Isso porque quando se aceita como ideal normativo a possibilidade de diferentes públicos, a questão da desigualdade é reconhecida, ao invés de ser escamoteada. Para os grupos subordinados, seria mais vantajoso explicitar as condições de desigualdade do que "colocá-las entre parêntesis", já que assim fazendo retira-se da pauta de discussão a luta para eliminar as próprias condições de desigualdade.

A democracia – e seu lócus, o espaço público – tem que avançar simultaneamente na direção da igualdade sócio-econômica e da participação política. Se uma dessas dimensões for favorecida em detrimento da outra, o risco é cair-se no autoritarismo redistributivista (socialismo real) ou em processos pseudo-participativos, nos quais as profundas desigualdades entre os participantes acarretarão o predomínio dos mais poderosos – a menos que as questões em pauta sejam irrelevantes do ponto de vista da redistribuição de recursos e de poder ("eu participo, tu participas, eles lucram...").

É preciso conceber a democracia como um processo em contínua construção. Nesse sentido, é provável que a constituição de diferentes públicos alternativos ou "contrapúblicos subalternos" (Fraser, 1992, p. 123) seja condição para o incremento do processo de democratização. Trata-se de "arenas discursivas paralelas, onde membros dos grupos sociais subordinados inventam e circulam contra-discursos para formular interpretações (oposicionistas) de suas identidades, interesses,

necessidades" (Fraser, 1992, p. 123). A constituição de movimentos sociais, como o feminismo e o ambientalismo, é um exemplo de formação desses "públicos alternativos".

Como se colocaria a questão do "bem comum" nesse cenário de interesses diversificados? Teríamos não mais que um "pluralismo dos subalternos", ao invés do "pluralismo elitista" dos liberais? Quanto a essa questão, é preciso reconhecer que a identificação de interesses e necessidades não pode ser feita a priori, pois sua busca é tanto uma pré-condição (no sentido de que deve ser a preocupação norteadora do processo decisório), como o resultado de processos deliberativos democráticos (Fraser, 1992, p. 130).

Aceitando embora a noção processual de bem comum e a possibilidade de "contra-públicos", é preciso reconhecer a necessidade de transformar as conquistas desses públicos em garantias institucionais – leis e políticas públicas. Isso só pode ser feito mediante a inclusão das demandas daqueles públicos alternativos numa esfera pública comum: pela lei, pelas instituições do judiciário e pelo Estado, como é o caso de leis e políticas públicas em favor da ação afirmativa, contra o assédio sexual e de proteção a crianças, adolescentes e idosos. Note-se, ainda, que os "contra-públicos" funcionam como espaços de educação política – neles, os militantes se preparam para exercerem atividades voltadas para um "público maior" (Fraser, 1992, p. 124).

Mesmo reconhecendo a importância de se ter uma concepção pluralista, dinâmica e processual da democracia, é preciso muito cuidado ao reivindicar o chamado "direito à diferença", como mostrou bem Flavio Pierucci (1999). Politicamente, é bastante complicado reivindicar direitos e, ao mesmo tempo, afirmar a "diferença" do grupo que os busca. A diferença não é sinônimo de desigualdade, nem condição suficiente para que esta se institucionalize, porém é uma condição necessária.

A modernidade nasceu sob o signo dos direitos da pessoa humana, fundados na visão de que todos somos iguais perante a lei. A pós-modernidade identificou um elemento opressor no ideal iluminista de "colocar entre parêntesis" as diferenças para viabilizar a democracia formal (juntos, apesar das diferenças). Mas ao querer "ir

além”, reivindicando democracia “substantiva” (“iguais, separados, mas juntos enquanto membros de uma comunidade política democrática e inclusiva”), os “contra-públicos” correm o risco de serem vítimas do racismo, da xenofobia, da misantropia e de outras ideologias e movimentos segregacionistas – estes, sim, adeptos descarados do “diferentes e separados”. Flavio Pierucci (1999, p. 109) alerta para o risco que se corre com as “mobilizações diferencialistas”: inviabilizar a democracia representativa e o exercício universal da cidadania, pois estas exigem a crença generalizada nos “elementos racionais-formais de mediação e representação e, por conseguinte, de *abstração* das particularidades e dos particularismos. Sem isso não só não há cidadania possível, não há *nation building* possível, como não há também possibilidade de normas éticas de validade universal”.

Um outro aspecto da crítica a Habermas pode se originar na sua própria fonte de inspiração, o Iluminismo e seus desdobramentos para a atualidade, qual seja, a partir da versão materialista. Iniciemos pela primeira, a matriz kantiana de espaço público, de publicidade, tão cara a sociedades modernas, mas que convivem com aspectos arcaicos de tão dificultosa relação institucional, como acontece no Brasil. Se os parâmetros do republicanismo são inequivocamente incorporados pela realidade jurídico-constitucional brasileira, na experiência histórica o sentido da democracia não avançava além de um círculo de adesão aos objetivos do Estado, majoritariamente composto por uma ascendente burguesia, generosa com os remanescentes de oligarquias com base no poder agrário. Mesmo com uma ordem constitucional nitidamente anti-patrimonialista, é constante a presença do privado no público, ou mesmo a apropriação do público pelo privado. Desta forma, o nepotismo é tão freqüente na administração pública brasileira que os legisladores tiveram que apelar para a elaboração de leis que o proibissem, como se no conjunto de imposições democrático-republicanas da Constituição Federal não estivesse a clara condenação a esta forma de inversão de público/privado.

A inspiração de Habermas vem do Iluminismo e da observação de Kant sobre a importância da publicidade, como espaço constitucional não somente pertencente ao povo, mas pelo povo determinado. Esse é o lado objetivo e não meramente idealista que Kant oferece à

Teoria do Direito e à teorização sobre Direito Constitucional. Nesse sentido, para Kant (1993, 245), “todas as ações relativas aos direitos de outros homens que não possuem compatibilidade com a publicidade são injustas”.<sup>13</sup> Não por acaso, constata-se que a Constituição Federal estabeleceu a publicidade como exigência de qualquer ato da administração pública brasileira. Tal disposição introduz um parâmetro de validade para os atos do Estado brasileiro, o qual se manifesta por meio da publicidade, ou seja, do reconhecimento de que o público dominará as relações institucionais e ainda aquelas entre Estado e indivíduos de maneira explícita. Se esta exigência da publicidade dos atos representa a abstração do conceito de publicidade, ganha ela em materialidade quando de sua conjugação com a realização de tais atos. Aqui, tem-se a autêntica identidade do público em antagonismo ao privado e que é garantida por meio das ações constitucionais dispostas a reparar qualquer ato lesivo ao patrimônio material e imaterial da sociedade, como a ação civil pública ou a ação popular.

Vê-se, pois, que a noção de espaço público origina-se também numa perspectiva de abstração que se conecta com a realidade, e, somente nesse contexto vinculado, adquire sentido. É esse o sentido que reatualiza o Iluminismo, evidenciando toda a sua radicalidade democrática e alimentando a noção discursiva de espaço público, que influencia Habermas. Dessa forma, parece equivocado afirmar que para Kant a racionalidade da democracia, do público e da soberania popular advêm do espírito e que para Habermas é originada do conflito da desigualdade discursiva entre os parceiros do diálogo do “mundo vivido” (*Lebenswelt*). Pelo contrário, a noção desenvolvida por Kant possui como pressuposto a existência de uma desigualdade entre os homens, o que leva o pensador de Königsberg a: 1) basear sua proposta de sociedade na vontade de todos aqueles que aderiram voluntariamente ao pacto fundante de uma sociedade – a Constituição; 2) incluir o maior número possível de todos os membros em todos os processos decisórios e não somente no processo de produção legislativa (o que supõe a participação ativa de todos em todos os instantes a vida política) e 3) apoiar-se em critérios realistas de democracia e participação, ultrapassando o modelo discursivo, dilatando-o em toda sua extensão possível.

Vista sob este ângulo, a noção de espaço público renova-se no momento em que a coisa pública, ou seja, a *res publica*, adquire toda sua força da igualdade, isto é, um critério que diferencia a democracia grega da moderna e que traduz toda a tensão do pensamento moderno até alcançar o ponto em que, discursivamente, seja ela uma opção de caráter reivindicatório universal. Isso não impede a existência do "realismo cínico", que também reivindica a democracia, mas para desacreditá-la ou distorcê-la, o que, certamente, não era o objetivo dos embates políticos desde o final do século XVII.

A complexidade das relações políticas e sociais no espaço urbano contemporâneo exige uma reatualização dos conceitos de participação do povo, num contexto até hoje não vivenciado – pelo menos no caso brasileiro, por força das inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988. Não é menos verdade, contudo, que a reflexão sobre os direitos de cidadania, especialmente nas grandes cidades, deverá considerar os parâmetros sobre os quais o pensamento iluminista chamou atenção. Referimo-nos à exigência de que os resultados democráticos devem ser precedidos de processos igualmente democráticos, amplos, com o maior número possível de atores a se movimentarem no cenário político.

Nesse sentido, a problemática do espaço urbano, com a redefinição de seu significado, suas formas de ocupação e de uso, deve ser enfrentada pelo poder político, que agirá nesta esfera de competência. A democratização do espaço urbano, antes de mais nada, envolve o desfecho dessa questão aparentemente abstrata, mas que ganha em consistência material quando se constata que o cotidiano dos que vivem nas cidades é afetado pelas decisões tomadas e executadas como resultado de tais reflexões.

## 6 BIBLIOGRAFIA

- ARANTES, Antonio. (2000) *Paisagens paulistanas; transformações do espaço público*. Campinas: Editora Unicamp.
- ARENDT, Hannah. (1989) *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense.
- BENHABIB, Seyla. (2000) *The reluctant modernism of Hannah Arendt*. Walnut Creek, CA: Altamira Press, 2000.
- BOURDIEU, Pierre & DARBEL, Alain. (1969) *L'Amour de l'art; les mu-*

- sées d'art européens et leur public*. Paris: Minuit, 1969.
- BUARQUE DE HOLANDA, Sergio. (1995) *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. (2000) *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Editora 34, 2000.
- CALHOUN, Craig. (1992) *Introduction: Habermas and the Public Sphere*. In: \_\_\_\_ (ed.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge, Mass. The MIT Press, 1992, p. 109-142.
- CALHOUN, Craig. (Ed.). (1992) *Habermas and the public sphere*. Cambridge, Mass. The MIT Press, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHAUÍ, Marilena. (1982) *Cultura e democracia; o discurso competente e outras falas*. São Paulo: Editora Moderna, 1982.
- CLASTRES, Pierre. (1988) *A sociedade contra o Estado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988.
- COSTA, Jurandir Freire. (1988) *Narcisismo em tempos sombrios* BIRMAN, Joel (Coord.). *Percursos na história da psicanálise*. Rio de Janeiro: Taurus, 1988, p. 151-174.
- DAMATTA, Roberto. (1990) *Carnavais, malandros e heróis; por uma sociologia do dilema brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1990.
- \_\_\_\_ (1987) *A casa e a rua; espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.
- DEUTSCHE, Rosalyn. (1996) *Evictions; art and spatial politics*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1996.
- DUMONT, Louis. (1993) *O individualismo; uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.
- \_\_\_\_ (1992) *Homo hierarchicus. O sistema de castas e suas implicações*. São Paulo: Edusp, 1992.
- ELIAS, Norbert. (1993) *O processo civilizador*. vol. 2. *Formação do Estado e Civilização*. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.
- EUGSTER, Markus. (1995) *Der brasilianische Verfassungsgebungsprozess von 1987/88*. St. Galler Studien zur Politikwissenschaft - Band 18, Bern/Stuttgart/Wien, Verlag Paul Haupt, 1995.
- FINLEY, Moses I. (1988) *Democracia antiga e moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- FRANCO, Maria Sylvia C. (1997) *Homens livres na ordem escravocrata*. 4. ed. São Paulo: Unesp, 1997.
- FRASER, Nancy. (1992) *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*. CALHOUN, Craig



- (ed.). Habermas and the public sphere. Cambridge, Mass. The MIT Press, 1992, p. 109-142.
- FREYRE, Gilberto. (1975) *Casa Grande e Senzala*. 17. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1975.
- \_\_\_\_\_. (2000) *Sobrados e mucambos; decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano*. 12. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- FRÚGOLI, Heitor. (1992) *Os shoppings de São Paulo e a trama do urbano: um olhar antropológico*. In: PINTAUDI, Silvana M. & \_\_\_\_\_. (Orgs.). *Shopping Centers: espaço, cultura e modernidade nas cidades brasileiras*. São Paulo: Unesp, 1992.
- GLOTZ, Gustave. (1988) *A cidade grega*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988.
- GONDIM, Linda M. P. (1995) *Um encontro com Habermas nas encruzilhadas da pós-modernidade: a contribuição de John Forester para uma teoria da prática de planejamento*. *Cadernos do IPPUR*, Ano IX, no. 1/4, jan./dez. 1995, pp. 65-81.
- HABERMAS, Jürgen. (1984) *Mudança estrutural na esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- HÄBERLE, Peter. (1990) *Die Entwicklungsländer im Prozeß der Textdifferenzierung des Verfassungsrechts*. *Verfassung und Recht in Übersee*, 23. Jahrgang, 3. Quartal 1990, hrsg. von Brun-Otto Bryde und Philip Kunig, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1990, pp. 225-296.
- JOSEPH, Isaac. (1999) *Paisagens urbanas, coisas públicas*. *Caderno CRH*. Salvador-Ba, n. 30/31, p. 11-40, jan./dez. 1999.
- KANT, Immanuel. (1993) *Zum Ewigen Frieden - Ein philosophischer Entwurf*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Sonderausgabe 1983, Bd. 8, 1993.
- LEFORT, Claude. (1987) *Direitos do homem e política*. Lefort, C. A invenção democrática. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987.
- MACPHERSON, C. B. (1978) *A democracia liberal; origens e evolução*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- MARSHALL, T. H. (1967) *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1967.
- MATTEUCCI, Nicola. (1992) "Direitos Humanos" BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. vol. I. Brasília: Edunb, 1992.
- MULLER, Friedrich. (1996) *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- NUNES, Edson. (1999) *A gramática política do Brasil; clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- PIERUCCI, Antonio Flávio. (1999) *Ciladas da diferença*. São Paulo: Editora 34, 1999.

- PIMENTEL, Lídia Valesca. (1998) *Praça José de Alencar: pedaços da cidade, palco da vida*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Sociologia-UFC, Fortaleza, 1998.
- ROLNIK, Raquel. (1989) *O que é cidade*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989 (Coleção Primeiros Passos n. 203).
- \_\_\_\_\_. (1997) *A cidade e a lei; legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Studio Nobel, 1997.
- SCHUMPETER, Joseph. (1976) *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper & Row, 1976.
- SENNET, Richard. (1993) *O declínio do homem público; as tiranias da intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SOUZA, Jessé. (2000) *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Editora da UnB, 2000.
- WEBER, Max. (1994) *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1994.

## NOTAS

- 1 Para uma discussão mais aprofundada da evolução histórica dos direitos de cidadania, v. Marshall, 1967.
- 2 Apesar de não se tratar de uma assembléia constituinte genuína (no sentido de que se elegeu um parlamento com poderes constituintes), o texto constitucional que resultou dos trabalhos e a boa qualidade democrática do processo constituinte superaram este déficit.
- 3 Esse é o caso do Brasil: uma assembléia nacional constituinte participativa, amplamente divulgada e com acesso a grupos cuja atuação foi muito além daquilo que prometia sua capacidade e condição social. Mesmo para autores estrangeiros, este aspecto positivo da assembléia constituinte brasileira de 1987/88 é ratificado, cf. Markus EUGSTER, *Der brasilianische Verfassungsgebungsprozess von 1987/88*, St. Galler Studien zur Politikwissenschaft - Band 18, Bern/Stuttgart/Wien, Verlag Paul Haupt, 1995, pp. 322 e ss.
- 4 Para o constitucionalista português, a chamada constituição dirigente não conseguiu implementar suas previsões, o que conduziu algumas sociedades, como a portuguesa, à alteração de cláusulas pétreas de sua Constituição após a Revolução dos Cravos, para adaptar-se às exigências da União Européia, deixando, por exemplo, os trabalhadores portugueses desarmados frente à globalização, especialmente no tocante às leis que disciplinavam as garantias trabalhistas em favor de uma menor intervenção do Estado.
- 5 Häberle, Peter, *Die Entwicklungsländer im Prozeß der Textstufendifferenzierung des Verfassungsrechts*, p. 265/266. No original: „Der zynische oder

besserwiserisch spöttische Hinweis auf „Defizite“ der Verfassungswirklichkeit in Übersee verkennt die genuine Leistung des „kleinen“ Entwicklungslandes ebenso wie dessen Möglichkeit des „Aufholens“ in der Zukunft“. (...) Der fortgeschrittene Text bleibt eine provozierende Mahnung an alle. Und auch die heute klassischen Textelemente des Verfassungsstaates waren einmal zum Teil Utopie“. Todas as traduções para o vernáculo neste texto são de responsabilidade dos autores.

<sup>6</sup>Deve ser aqui ressaltada a particularidade de que dos 16 juízes do Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) da República Federal da Alemanha, oito são eleitos pelo Parlamento (*Bundestag*), e oito pelo Conselho Federal (*Bundesrat*).

<sup>7</sup>Note-se que, no Brasil, a tradução para o português foi publicada em 1984.

<sup>8</sup>“Somente alguns entre os primeiros estudos em inglês perceberam o significado dessa obra; as discussões mais proeminentes estão em P. Hohendal, *The institution of criticism* (Ithaca, 1982); J. Cohen, “Why More Political Theory”, *Telos* 40 (1949): 70-94; e D. Held, *An Introduction to Critical Theory* (London, 1982). Mudança estrutural Transformation mereceu somente uma breve discussão no principal livro de língua inglesa sobre, T. McCarthy, *The Critical Theory of Jürgen Habermas* (Cambridge, Mass., 1978), e não é sequer mencionado em vários outros”. (CALHOUN, 1992, p. ix).

<sup>9</sup>Não há espaço, aqui, para uma reconstituição do projeto habermasiano, a qual foi objeto de outro texto de Linda Gondim (1995).

<sup>10</sup>Note-se que preferimos dizer “democracia participativa” por considerarmos enganosa a expressão “democracia de massas”, utilizada pelo tradutor de *Mudança estrutural da esfera pública*. A nosso ver, esta última escamoteia a dimensão **qualitativa** (ou seja, **argumentativa**) que os processos democráticos participativos **deveriam** ter, na visão de Habermas.

<sup>11</sup>Vale ressaltar que nos salões era admitida a presença de mulheres.

<sup>12</sup>Para uma compreensão antropológica do processo de surgimento, ou melhor, do não surgimento do Estado nas sociedades de coletores-caçadores, ver Clastres, 1988.

<sup>13</sup>KANT, Immanuel: *Zum Ewigen Frieden – Ein philosophischer Entwurf*, p. 245. No original: “*Alle auf das Recht anderer Menschen bezogene Handlungen, deren Maxime sich nicht mit der Publizität verträgt, sind unrecht*”.

## 2.2 - INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE*

Francisca Brenna Vieira Nepomuceno  
Advogada em Fortaleza/CE  
Ex-estagiária da Procuradoria  
Geral do Município de Fortaleza

### SUMÁRIO

- 1 Introdução
- 2 Origem do *amicus curiae*: *Direito norte-americano*
- 3 Cronologia das previsões normativas do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro
- 4 Intervenção do *amicus curiae* não é modalidade de intervenção de terceiros
- 5 Conclusão
- 6 Bibliografia

### 1 INTRODUÇÃO

O *amicus curiae*, figura originária do direito anglo-saxão, é um verdadeiro auxiliar do juízo. É alguém que intervém no processo para auxiliar o magistrado, oferecendo informações, opiniões e impressões. Não é um perito. O perito ajuda o juiz a investigar os fatos. O *amicus curiae* ajuda o juiz a decidir. É um conselheiro.

A expressão latina *amicus curiae* significa "amigo da corte" (*friend of the court*, para os americanos). O escopo de tal instituto é trazer ao processo elementos que sejam relevantes para a cognição do órgão julgador, permitindo o pleno conhecimento de todas as implicações e repercussões políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais da decisão judicial que solucionará o caso concreto.

### 2 ORIGEM DO *AMICUS CURIAE*: DIREITO NORTE-AMERICANO

O *amicus curiae* é um instituto de matiz democrático, que encontrou no direito norte-americano campo fértil para o seu desen-

volvimento. O sistema do *Common law* é formado especialmente pelas decisões de juízes e tribunais, porquanto as leis são escassas e o texto da Constituição geralmente é apenas a expressão de princípios. Toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte a ser levado em consideração na atividade judicante, podendo ser adotado como fundamento do magistrado no seu decidir. O elemento vinculativo do precedente não é a sua conclusão, mas sim as suas razões de decidir, entendidas como o princípio geral de direito tomado como premissa para fundamentar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme a sua própria razão<sup>1</sup>.

No direito norte-americano, as decisões jurisprudenciais vinculam os casos semelhantes que venham a ocorrer no futuro. Assim, a força do precedente judicial pode fazer com que uma decisão proferida em relação a um litígio individual produza de algum modo efeitos a todos os futuros processos da mesma natureza. Surge então a necessidade de possibilitar que setores sociais diversos possam influenciar as decisões judiciais, ainda que não possuam interesse ou relação direta com o objeto do processo em que se manifestam<sup>2</sup>. Destarte, com fulcro na *Rule 37* do Regimento Interno da Suprema Corte Americana, antes da Federação, sociedades e associações civis, grupos de pressão, organizações não-governamentais e outras entidades utilizam-se do instituto processual do *amicus curiae* como instrumento participativo. Os Estados Unidos apresentam como *leading case* o caso *Gideon v. Wainright*<sup>3</sup>, julgado em 1963, ocasião em que se consagrou a essencialidade de assistência de advogado como direito fundamental para a obtenção de um julgamento justo. *Gideon* foi acusado perante a justiça da Flórida de ter invadido domicílio, cometendo um crime grave, mas não punível com pena de morte. Pela lei da Flórida<sup>4</sup>, ele poderia ser condenado sem a assistência técnica de advogado. Foi condenado a cinco anos de prisão e através de um *writ of certiorari* levou sua causa à Suprema Corte, tendo esta admitido mais de 20 Estados-membros da Federação e outras entidades na qualidade de *Amici Curiae*.

A *Rule 37* do Regimento Interno da Suprema Corte dos Estados Unidos traz regras norteadoras da intervenção do *amicus curiae*. O dispositivo normativo exige, como critério de admissibilidade, que o *amicus curiae* traga matéria relevante não aventada pelas partes, não

podendo o arrazoado ultrapassar cinco laudas. A intervenção ocorre por consenso entre as partes ou por permissão da Corte.

### 3 CRONOLOGIA DAS PREVISÕES NORMATIVAS DO *AMICUS CURIAE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A primeira previsão de intervenção de *amicus curiae* no ordenamento brasileiro deu-se em virtude da Lei n.º 6.616 de 16.12.1978, que modificou a Lei n.º 6.385/1976 em seu art. 31<sup>5</sup>, impondo a intervenção, nessa qualidade, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos judiciais de caráter individual, nos quais devam ser apreciadas questões de direito societário sujeitas, no plano administrativo, à competência fiscalizadora dessa autarquia federal<sup>6</sup>. A norma que permite a intervenção da CVM traz como despendendo o interesse jurídico. O que autoriza a intervenção é o patente interesse público no controle de atividades comerciais referentes ao direito societário. A CVM auxilia o juízo apresentando noções técnicas sobre o mercado.

A Lei Federal n.º 8.884/94 (Lei Antitruste), no comando inserto no art. 89<sup>7</sup>, também impõe a intimação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para intervir, como *amicus curiae*, nos processos em que se discuta a aplicação desta lei, como prescreve o art. 1º. O CADE intervém em virtude do seu caráter fiscalizador, reprimindo as infrações contra a ordem econômica e o abuso do poder econômico, preservando a livre concorrência e a função social da propriedade. Entretanto, faz-se oportuno consignar a atecnia do legislador ao estatuir que o CADE intervenha na qualidade de assistente. A intervenção do *amicus curiae* não se confunde com Assistência, modalidade de intervenção de terceiro. Não se trata de assistência, porquanto não há qualquer interesse jurídico do CADE nestes litígios uma vez que inexistente relação jurídica material entre o Conselho e as partes envolvidas<sup>8</sup>.

A Lei n.º 9.279/1996, que regula as obrigações e os direitos relativos à propriedade industrial, estatui em seu art. 57<sup>9</sup> a intervenção, como *amicus curiae*, do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI em virtude do interesse social no desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Nesses três casos, o legislador, reconhecendo as dificuldades técnicas dessas causas, determinou a intervenção do *amicus curiae* e ainda indicou quem exerceria as funções de auxiliar do magistrado<sup>10</sup>. Com a edição da Lei n.º 9.868/99, que veio regular os processos de controle e constitucionalidade da ADIn e da ADC, a intervenção do *amicus curiae* aprimorou-se: o legislador não mais identifica previamente quem deva ser o auxiliar, permitindo a intervenção espontânea do *amicus curiae*, que até então era sempre provocada.

Nelson Nery Jr. defende o entendimento, perflhado pela doutrina moderna, de que, consoante o art. 7º, § 2º<sup>11</sup> da Lei nº 9868/99, o *amicus curiae* pode ser qualquer um<sup>12</sup>, pessoa física ou jurídica, professor de direito, associação civil, cientista, órgão e entidade, desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria objeto da ação direta<sup>13</sup>. Essa norma tem por finalidade precípua pluralizar ou democratizar o debate constitucional, permitindo que terceiros ingressem na relação processual para munir o STF de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, em decorrência do acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional.

A doutrina abalizada de Paolo Bianchi<sup>14</sup> destaca a presença do *amicus curiae* no processo adjetivo de controle normativo abstrato como fator de efetividade e legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, porque viabiliza a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob o espectro eminentemente pluralístico, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os axiomas essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.

No paradigma do Estado Democrático, o Direito adquire legitimidade através de um diálogo vivo com os atores da sociedade civil. Para Jürgen Habermas<sup>15</sup>, é através da linguagem que a razão se expressa, permitindo que tenha à tona os melhores argumentos. Na perspectiva da Teoria Discursiva do Direito, proposta por Habermas, qualquer tentativa de objetivar o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade é rejeitada<sup>16</sup>.

Para Peter Häberle, a constituição é a síntese dialética entre a norma e a realidade social concreta por ela regulada. Todos os cidadãos são também intérpretes da constituição. A hermenêutica constitucional é um processo aberto, onde toda a sociedade participa desse processo<sup>17</sup>.

A admissibilidade nos processos em que se desenvolve jurisdição constitucional decorre da concepção de democracia deliberativa e participativa e da extensão do conceito de intérprete da constituição. A Lei. N.º 9.882/99, que regula o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, igualmente prevê a intervenção do *amicus curiae* no § 1º do art. 6º<sup>18</sup>. Inovação trazida por aludido artigo se encontra na previsão expressa da possibilidade de audiência pública para a oitiva de pessoas com experiência e autoridade na matéria, que se traduz em verdadeiro canal de desenvolvimento do processo como instrumento político de participação.

À guisa de exemplo, em decisão monocrática, o relator Ministro Marco Aurélio, em 28 setembro de 2004, na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54-8, acionou o disposto no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, determinando a oitiva, em audiência pública, não só das entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas - CEMICAMP. A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou arguição de descumprimento de preceito fundamental tendo como pedido principal a declaração da inconstitucionalidade, com eficácia

abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

Outrossim, art. 6º, § 1º é de importância ímpar, porquanto deixa emergir de forma cristalina que o *amicus curiae* não é um perito. O perito ajuda o juiz a investigar os fatos, é instrumento de prova. O *amicus curiae* ajuda o juiz a decidir, é um conselheiro que o auxilia na tarefa hermenêutica.

No controle difuso de constitucionalidade, também se admite a intervenção de *amicus curiae*, conforme estatui o art. 482, § 3º<sup>19</sup>, CPC, acrescentado pela Lei n.º 9.868/99. É nesse incidente de declaração de inconstitucionalidade em tribunal que se encontram os principais casos de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. No histórico julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82424, em que se delineou o alcance do crime de racismo, previsto constitucionalmente, o STF admitiu a intervenção de *amicus curiae*, o Prof. Celso Lafer – titular da USP, a despeito da existência de regra expressa no direito processual penal neste sentido. O STF admitiu a intervenção do *amicus curiae* sem previsão legal expressa, em virtude da relevância e repercussão nacional do caso. Destarte, esse julgamento se tornou paradigma para que se permita a intervenção desse auxiliar sempre que a relevância da causa assim impuser<sup>20</sup>.

A intervenção ampla do *amicus curiae* com base no interesse público ganha força na doutrina e na jurisprudência brasileiras, defendida, entre outros, pelo Min. Milton Luiz Pereira<sup>21</sup> e por Athos Gusmão Carneiro<sup>22</sup>.

Por derradeiro, consigna-se que, no julgamento de Recurso Extraordinário de Juizados Especiais, o Regimento Interno do STF – art. 321, § 5º, III, permite que eventuais interessados ainda que não sejam partes no processo, poderão manifestar-se, na qualidade de *amicus curiae*, no prazo de 30 dias, a contar da publicação da decisão

concessiva de medida cautelar prevista no inciso I do § 5º.

Entretanto, não é demasiado mencionar que razão não há, *concessa venia*, no magistério de Athos Carneiro (Intervenção de Terceiros. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.150-151 e de Antônio do Passo Cabral “Pelos Asas de Hermes: A Intervenção do *Amicus Curiae*, um terceiro especial” in Revista de Processo. Ano 29. Set./Out. 2004.) que identificam a intervenção da União, estatuída pela Lei n.º 9.469/97 em seu art. 5º, como modalidade de intervenção de *amicus curiae*. O dispositivo retromencionado legitimou a União a intervir de forma ampla em processo alheio, tendo em vista apenas a qualidade das partes em litígio, independentemente da juridicidade do interesse que leva à intervenção. O preceito normativo exige como requisitos fundamentais para o ingresso, a presença, como autora ou ré de autarquia, fundação pública, sociedade de economia mista ou empresa pública e a manifestação de vontade da União em participar do feito; em nenhum momento cogita do interesse, que parece estar presumido, se não o jurídico, em última análise, o econômico. É, indubitavelmente, intervenção sem equivalentes em nosso Código de Processo Civil. Não se confunde, assim, com a figura do *amicus curiae*, que é auxiliar da justiça, criado para o aperfeiçoamento da qualidade técnica das decisões jurisdicionais<sup>23</sup>.

#### 4 INTERVENÇÃO DO AMICUS CURIAE NÃO É MODALIDADE DE INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Intervir tem raiz latina (*inter venire*) e significa “entrar no meio”. Destarte, toda vez que alguém entra em processo pendente, tal conduta reputar-se-á interventiva<sup>24</sup>.

A intervenção de terceiro é fato jurídico processual que implica modificação de relação jurídica processual já existente. Trata-se de ato jurídico processual pelo qual um terceiro, autorizado por lei, ingressa em processo pendente, transformando-se em parte. Em síntese, terceiros são todos os sujeitos estranhos à dada relação processual, que se tornam partes a partir do momento em que intervenham<sup>25</sup>.

A verdadeira medida de participação do sujeito parcial do processo é o interesse jurídico. Na intervenção de terceiro, o interveniente

deve demonstrar seu interesse jurídico na demanda. Esse interesse na solução do processo se deve ao impacto que a decisão da causa imprimirá à esfera jurídica da pessoa.

O *amicus curiae*, de forma diversa, quando se manifesta no processo, não se agrega à relação processual, porquanto seu interesse no litígio é decorrente do direito à participação no processo. Não há interesse jurídico em integrar a relação processual, vez que o título executivo não atingirá a sua esfera jurídica. A intervenção decorre da compreensão do relevante interesse público na jurisdição e no fomento da participação política através do processo. Assim, a importância de sua participação é política e o seu interesse é ideológico, de exercer parcela de participação manifestando-se nos autos<sup>26</sup>.

Com efeito, de parte não se trata, pois estamos diante muito mais de um auxiliar do juízo do que de um postulante, sujeito parcial do processo com interesse específico em determinado resultado para o julgamento. É despidendo saber se a participação se dá em relação à demanda principal ou incidental para se caracterizar o conceito puramente processual de parte. Parte é quem postula ou contra quem se postula ao longo do processo, e que age, assim, passionadamente. O *amicus curiae* é instrumento da democracia partidária, desvinculado da figura das partes.

Na égide do rigor da técnica processual, o *caput* do art. 7º da Lei n.º 9.868/99, de forma clara, veda a intervenção de terceiros no processo de ação direta de constitucionalidade. Porque não há interesse jurídico subjetivo em que qualquer das partes vença a demanda, no processo objetivo da ADIn, é inadmissível a intervenção de terceiros. A Suprema Corte, desde a edição da Emenda Regimental 2, de 1985, não permite a assistência de terceiros no âmbito da via direta de controle<sup>27</sup>.

Ademais, o *amicus curiae* não se confunde com a figura do perito, pois não tem direito a honorários profissionais nem tem prazo para a entrega de laudo, não se submete à exceção de suspeição ou impedimento e a sua intervenção pode dar-se a partir de sua solicitação<sup>28</sup>. O perito investiga os fatos, não auxilia o juiz na tarefa hermenêutica.

Ante a clareza dos textos legais, outra ilação não se pode extrair

senão a de que, ao lado do juiz, das partes, do Ministério Público e dos auxiliares de justiça, o *amicus curiae* compõe o quadro dos sujeitos processuais. Trata-se de outra espécie, distinta das demais, porque a sua função é auxiliar em questões técnicas-jurídicas, com o escopo de melhor aplicar o direito ao caso concreto<sup>29</sup>.

Outra diferença crucial entre a intervenção de terceiros prevista no CPC e a intervenção do *amicus curiae* reside no fenômeno da eficácia da intervenção.

Adrede, insta destacar que o efeito da intervenção não se confunde com a coisa julgada, sendo ao mesmo tempo mais restrita e mais abrangente do que essa última figura. Mais abrangente porque enquanto a coisa julgada apenas incide sobre o dispositivo da sentença, o efeito da intervenção abrange também a sua motivação, como se deduzisse da locução empregada pelo art. 55 do CPC, que proíbe o assistente de discutir não só a decisão, mas também a "justiça" desta última. Por outro lado, porém, o efeito é mais restrito do que o da coisa julgada, já que esta não pode jamais ser afastada, exceto por ação rescisória, ao passo que o efeito da intervenção cede se o assistente alegar e provar que pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistente, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença, ou que desconhecia a existência de alegações e ou de provas, de que o assistente, por dolo ou culpa, não se valeu<sup>30</sup>.

O *amicus curiae* não se sujeita a esta peculiar eficácia preclusiva, podendo livremente discutir a matéria que motivou sua intervenção em outros processos.

Por último, outra singularidade da intervenção do *amicus curiae*, que discrepa da intervenção de terceiros, é a possibilidade de ser espontânea ou provocada pelo magistrado. Inexiste no ordenamento jurídico processual brasileiro modalidade de intervenção de terceiros que possa ser ordenada pelo órgão julgador.

## 5 CONCLUSÃO

Destarte, com o fito apenas de avançar idéias sobre o tema e sem a presunção de abordá-lo de forma exaustiva, dessume-se, em síntese, que o *amicus curiae* é um terceiro *sui generis* e sua intervenção pode ser classificada como atípica<sup>1</sup>. Nesse diapasão, a bandeira da intervenção ampla do *amicus curiae* com base no interesse público na participação processual deve progressivamente ganhar realce na doutrina e jurisprudência brasileiras, por ser este um forte instrumento de interação da atividade jurisdicional com a realidade social, que torna concreto o escopo político da jurisdição.

## 6 BIBLIOGRAFIA

- BUENO FILHO, Edgard Silveira. "A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade" in Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 12. Abr/Jun. 2004, n.47.
- CABRAL, Antônio do Passo. "Pelas asas de Hermes: A intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial" in Revista de Processo. Ano 2004 v. 29, n.117, mês set/out.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. "Mandado de Segurança – Assistência e Amicus Curiae" in Revista Forense. Vol. 37. Jan/Fev. 2004.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva**. 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. V. 1. Parte Geral. 5ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2004.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. "Amicus Curiae: Um Instituto Democrático" in Revista Jurídica n. 312 – Outubro/2003. Editora Notadez: Porto Alegre – RS. MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004.
- MATTOS, Ana Leticia Queiroga de. "Amicus Curiae e a Democratização do Controle de Constitucionalidade" in Revista Jurídica. N. 332 – Junho/2005. Editora Notadez: Porto Alegre – RS.
- NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor**. São Paulo: RT, 2003.
- PEREIRA, Milton Luiz. "Amicus Curiae – Intervenção de Terceiros" in Revista de Processo. Ano 28. Jan/Març. 2003.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. "Recurso de Ponta: A Figura do Amicus Curiae é importante inovação no Direito" in *Argumentum Jure*. V. 3, n.1. Jan/Jun 2004. Editora FACSUL- Rondonópolis: [ s.n.], 2004 – MT.

## NOTAS

- 1 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva. 2004, p.30-31.
- 2 HIRTE, Heribert. "Der amicus- curiae-brief – das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen", in *Zeitschrift für Zivilprozed*, 104. Band, Heft 1, 1991, pp.14-15.
- 3 O caso *Gideon v. Wainright* foi objeto do livro *Gideon's Trumpet*, escrito por Anthony Lewis, jornalista, jurista e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Colúmbia e professor visitante da James Madison (cf. Dworkin. Ob. cit, p.198 e ss).
- 4 Segundo o entendimento da Suprema Corte Americana, o preceito constitucional que garante a assistência de advogado para a defesa nos julgamentos penais, presente na Emenda Constitucional n.º 6 dos Estados Unidos e no *Bill of Rights*, se aplica obrigatoriamente aos tribunais federais. No que tange aos Estados-membros cada um tinha a sua lei. Em cinco unidades da Federação, a lei não previa a presença de advogado para processos criminais com a pena não-capital: Alabama, Flórida, Mississippi, Carolina do Norte e Carolina do Sul. - *Krash, Abe. Artigo cit., p.4.*
- 5 Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.
- 6 CARNEIRO, Athos Gusmão. "Mandado de Segurança. Assistência e Amicus Curiae" in Revista Forense, vol.371, p.77.
- 7 Art. 89 - Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.
- 8 CABRAL, Antônio do Passo. "Pelas asas de Hermes: A intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial" in Revista de Processo. Ano 2004 v. 29, n.117, mês set/out.
- 9 Art. 57 - A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.
- 10 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2005, p.345.



11 Art. 7º - Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 2º - O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

12 A nosso sentir, sem razão, *data vênia*, Edgard Silveira Bueno Filho entende que a lei somente a atribui aos órgãos e às entidades representativas que demonstrem a relevância da matéria a ser aduzida, consoante interpretação literal do art. 7º, § 2º da Lei n.º 9.868/99, qualificando essa intervenção como modalidade de assistência. Posição contrária é adotada por Nelson Nery Jr., a qual perfilhamos.

13 NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor. São Paulo: RT, 2003, p.1.384.

14 *Un' Amicitia interessata: L'Amicus curiae davanti alia Suprema Corte degli Stati Uniti*, fascículo 6, 1995.

15 HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade, 1997, v.1, p.142.

16 MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. "Amicus Curiae e a Democratização do Controle de Constitucionalidade" in Revista Jurídica, N. 332 - Junho/2005. Editora Notadez: Porto Alegre - RS, p.68.

17 HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1997.p.43.

18 Art. 6º. § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

19 Art. 482, §3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

20 DIDIER JUNIOR, Fredie. Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva. 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2005, p.345.

21 PEREIRA, Milton Luiz. "Amicus Curiae - Intervenção de Terceiros" in Revista de Processo. Ano 28. Jan./Març. 2003.

22 CARNEIRO, Athos Gusmão. "Mandado de Segurança - Assistência e Amicus Curiae" in Revista Forense. Vol 37. Jan/Fev. 2004. p. 78.

23 DIDIER JUNIOR, Fredie. Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva. 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2005, p.339.

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. p. 30.

25 DIDIER JUNIOR, Fredie. Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva. 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2005, p.269.

26 CABRAL, Antônio do Passo. "Pelas asas de Hermes: A intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial" in Revista de Processo. Ano 2004, v. 29, n.117, mês set/out. p. 120.

27 BUENO FILHO, Edgard Silveira. "A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade" in Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 12. Abril/Junho 2004, n.º 47, p.8.

28 DIDIER JUNIOR, Fredie. Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva. 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2005, p.346.

29 DIDIER JUNIOR, Fredie. Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva. 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2005, p.346.

30 MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 212.

## 2.3 - ISONOMIA CONSTITUCIONAL. IGUALDADE FORMAL VERSUS IGUALDADE MATERIAL

José Helvesley Alves  
Juiz Federal Titular da 13ª Vara  
Seção Judiciária do Ceará

### SUMÁRIO

- 1 Considerações preliminares
- 2 A igualdade em sua visão histórica
- 3 Concepções doutrinárias e Constitucionais
- 4 Conclusão
- 5 Bibliografia

### 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Enfocando o Capítulo que trata dos vários sistemas de legislação, Rousseau, em seu contrato social, assim se expressa: "Se quisermos saber no que consiste, precisamente, o maior de todos os bens, qual deva ser a finalidade de todos os sistemas de legislação, verificar-se-á que se resume nestes dois objetivos principais: a liberdade e a igualdade. A liberdade, porque qualquer dependência particular corresponde a outro tanto de força tomada ao corpo do Estado, e a igualdade, porque a liberdade não pode subsistir a ela".

Objeto de permanente inquietação dos pensadores políticos, Rousseau, no contrato social, retoma o tema da igualdade para propor, através de um pacto social, o resgate da igualdade existente no estado da natureza e que foi rompida quando os próprios homens delimitaram territórios e deles se apropriaram determinando, destarte, a desigualdade baseada na propriedade e na vontade de uns exercerem o comando sobre outros, diferenciação existente por serem possuidores de bens que os desigalavam materialmente do grupo e, consecutivamente, dotados de força política susceptível de os subjugarem.

## 2 A IGUALDADE EM SUA VISÃO HISTÓRICA

Afirmam os historiadores que a igualdade, como ideal, surge já com Sólon (c.640-c. 560 A. C), e ganha particular relevo na teoria dos pitagóricos. Atribui-se a PLATÃO (c. 429 - 347 A. C), entretanto, um dos primeiros tratamentos essenciais sobre a igualdade. Defendeu ele, na República, a igualdade de oportunidades. O pedagogo que foi, propugnou, aí, se dessem chances às crianças virtuosas e talentosas para ultrapassarem as desigualdades sociais.

Platão vê, na igualdade, o fundamento da democracia, distinguindo nela dois tipos - a igualdade absoluta e a igualdade proporcional. Aquela implica as mesmas oportunidades de acesso aos cargos públicos; esta o provimento no governo na proporção dos méritos.

Nas leis, adverte que quando a igualdade é conferida a coisas desiguais, o resultado será desigual, a menos que se aplique medida devida. E que existem dois tipos de igualdade, os quais, embora idênticos no nome são, freqüentemente, opostos nos seus resultados práticos. Um é determinado pela medida, peso e número. O outro dá a cada um segundo a natureza merecida.

É de Rousseau a seguinte passagem: "Assim como, antes de erguer um grande edifício, o arquiteto observa e sonda o solo para verificar se sustentará o peso da construção, o instituidor sábio não começa por redigir leis boas em si mesmas, mas antes examina se o povo a que se destinam mostra-se apto a recebê-las. Por esse motivo Platão recusou dar leis aos árcades e aos cirênios, pois sabia serem ricos esses dois povos e não poderem admitir a igualdade".

Aristóteles, em 384 - 322 A. C, retomou o tema. Fê-lo na Política, ao tratar do fim das ciências e das artes. Entre todos os fins, o maior e mais excelente é o da disciplina política, que visa o bem político, isto é, a Justiça, a qual consiste no conveniente para a comunidade e acerca da qual escreve:

"Todos opinam que a justiça é uma igualdade, e até certo ponto coincidem com os tratados filosóficos nos quais nos ocupamos de questões éticas (pois dizem que a justiça é algo, que é relativo a certas pessoas e que

deve haver igualdade para os iguais). De que coisas há igualdade e de quais desigualdades é algo que não deve deixar-se no olvido, pois encerra alguma dificuldade e implica uma filosofia política. Acaso alguém dirá que as magistraturas devem distribuir-se desigualmente, segundo a superioridade em qualquer bem, se os cidadãos não diferem nada nas demais coisas e são todos semelhantes, pois os que são diferentes têm distintos direitos e merecimentos. Todavia se isto é verdade, a cor, a estatura, ou qualquer outra excelência será para os que a possuem motivo de uma maior participação nos direitos políticos. É notória a falsidade disto, e evidencia-se nas outras ciências e faculdades; por exemplo, se se trata de flautistas iguais na sua arte, não se dará preferência para as Flautas aos de melhor linhagem, pois não tocarão melhor, mas deve-se antes dar o instrumento mais excelente ao que é excelente na função (. . .). Além disso, segundo aquele modo de argumentar, qualquer bem seria compatível com qualquer outro, pois se o ter certa estatura é melhor, a estatura em geral poderia competir com a riqueza e com a liberdade. De modo que se um se distingue em estatura mais que outro em virtude, e a estatura em geral prevalece sobre a virtude, tudo será comparável, já que se tal quantidade é superior a tal outra, é claro que haverá outra que seja igual. Dado que isto é impossível, torna-se evidente que em questões políticas é razoável não se fundar em qualquer classe de desigualdade para aspirar às magistraturas (...), antes a pretensão às magistraturas deve fundar-se nas faculdades respeitantes à cidade".

Nos Magna Moralia, distingue, perfeitamente, entre a Justiça como virtude universal, a soma de todas as virtudes, e a Justiça como virtude particular ou legal. Para ele, esta, identificada com o igual (o injusto é o desigual), um meio entre dois extremos, subdivide-se em justiça distributiva e justiça corretória, uma concernente às honras e aos cargos, tendo como base proporção geométrica, de acordo com o

mérito (o qual, por seu turno, varia conforme o regime); outra, relativa às transações, baseando-se na reciprocidade e, por isso, na proporção aritmética.

Aristóteles, porém, defende a desigualdade natural essencial dos homens, visto alguns serem capazes de se determinarem por um fim racional e outros não. Daí que a escravatura seja uma instituição natural, pois o escravo corresponde ao não racionalmente livre de origem.

Enfrentando esse ponto crucial, que atormenta os homens desde os primórdios da humanidade, Aristóteles, em uma de suas mais bem colocadas e enfáticas orações, assim se expressou: "Em matéria de igualdade e de Justiça, não é fácil encontrar a verdade exata; é muito mais fácil consultar a sorte do que persuadir aqueles que podem ser os mais fortes. Os fracos não pedem mais que igualdade e justiça, mas os mais fortes quase não se preocupam".

Coube a Cícero e aos estóicos, à maneira de Sêneca, superarem este igualitarismo de base. Não há, na natureza, declara Cícero, no de *Legibus*, igualdade tão completa como a existente entre os homens - "*Nihil est enim unum tam simile, tam par, quam omnes inter nosmet ipsos sumus*".

E Sêneca proclama que o escravo é da mesma natureza que o seu amo. Todos têm a mesma origem e o mesmo princípio - "*Eadem omnibus principia, eademque origo*".

A escravatura é externa, porque a mente, essa, é sempre livre.

Assim, o Mundo Antigo, a despeito da afirmação da desigualdade natural por Aristóteles e da admissão da escravatura, legou à humanidade, como parte nuclear do seu patrimônio moral e intelectual, em matéria de igualdade, uma aporção que se traduz nas proposições seguintes:

- 1) todos os homens são naturalmente iguais;
- 2) a igualdade é essência da Justiça;
- 3) a igualdade pressupõe a comparação e não tem sentido entre coisas não comparáveis;
- 4) a igualdade obriga a tratar igualmente, o igual, desigualmente o desigual;

- 5) a igualdade é a base da democracia;
- 6) a igualdade não é necessariamente aritmética, podendo (e devendo) em certos casos ser geométrica;
- 7) a igualdade contém uma componente de adequação às situações e aos fins;
- 8) a igualdade implica a participação das oportunidades.

Santo Tomás de Aquino, inspirado nos ensinamentos aristotélicos, repetiu que a Justiça e o Direito, que dela deriva, são igualdades. Na *Secunda Secundae*, da *Suma Teológica*, afirma "*dicitur esse justum quod respondet secundum aliquam aequalitatem alteri*" (diz-se justo o que corresponde segundo alguma igualdade a alguém). E, mais adiante, afirma: "*Jus sive justum est aliquod opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum*" (o direito, ou justo, é o adequado a outro segundo algum modo de igualdade). "*Jus sive iustum naturale est quod ex sui natura est adaequatum vel commensuratum alteri*" (o direito ou o justo natural é o que pela sua própria natureza é adequado ou ajustado à medida de alguém). "*Jus sive iustum dicitur per commensurationem ad alterum*" (o direito ou o justo diz-se em comensuração com alguém).

Perfilam-se, no período a que corresponde esse direito e que se protraí do século XII ao século XVIII, grandes princípios antitéticos que irão "ter pontos de chegada completamente distintos. De um lado, a "concepção voluntarista" da lei - *quod principi placuit legis habet vigorem*; de outro, a "concepção consensualista" da lei - *lex est commune praeceptum*. Uma irá desaguar no Estado totalitário de Hobbes, no *Leviatã*, que proclama lei toda ordem emanada do soberano (do detentor do poder), dado que a sua vontade é fundamento de legitimidade (todo o legal é legítimo). Outra constitui antecedente das teorias igualitaristas de Rousseau, no Contrato Social. Aqui, nem todo legal é legítimo.

Comenta-se que teria sido a Carta Magna do Rei João sem Terra, datada de 1213, a primeira a fazer declaração acerca do princípio da igualdade, o que, de fato, não condiz com a realidade dos fatos, haja vista que aquele documento, arrancado pelos barões ao monarca, não explicita qualquer menção efetiva de extinção das desigualdades entre

as pessoas, porém da manutenção, pelos nobres e contra qualquer ação, em contrário, do rei de seus privilégios. Assim, duvidoso seria anunciar a Magna Carta Inglesa, de 1215, ou o Habeas-Corpus Act de 1679 ou o Bill of Rights de 1788 como os primeiros documentos normativos declaratórios de direitos fundamentais. Não se pretendia, porquanto não era objetivo deles, declará-los e cuidar de garantir à sociedade o uso destes, mas, tão somente, assegurar o status dos nobres em suas condições privilegiadas e desiguais dos outros membros da elite inglesa e as manter fora do encaixo das ações dos monarcas.

A Constituição de Virgínia, de 12 de junho de 1776, foi, de fato, o primeiro documento que, com expressão solene, delimitou os contornos do princípio da igualdade de forma direta e objetiva.

Com efeito, diz o texto normativo, em seu art. 1º: "Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais ao entrarem em sociedade não podem, por qualquer forma, privar ou desinvestir a sua posteridade". E, na Constituição do Estado da Carolina do Norte, nega-se a qualquer homem ou grupo de homens direito a privilégios distintos ou exclusivos, embora se abra ressalva "em consideração de serviços feitos ao público". Bem mais longe foi outra Constituição de um dos Estados da América do Norte. Referimo-nos à Constituição do Estado de Massachusetts de 1780. No artigo 1º da Parte 1ª lê-se, efetivamente, de acordo com a tradução que, em 1822, foi levada a público em Portugal:

"Todos os homens nasceram livres e iguais, e têm certos direitos naturais, essenciais, e inalienáveis, e entre eles se deve contar primeiramente o direito de gozar da vida e liberdade, e o de defender uma e outra; depois destes, o direito de adquirir propriedades, possuí-las e protegê-las, enfim o direito de obter a sua segurança e felicidade".

Pouco tempo depois, surgiu um dos mais importantes documentos que o mundo já conheceu, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que, inspirada nas idéias de Rousseau, projetou o princípio da igualdade como pedra de

toque da coluna vertebral do Estado Moderno, que, doravante, passa a se espelhar calcado nos princípios do reconhecimento dos direitos e garantias individuais. Isso, porém, não significa dizer que cabe à França a glória da primeira consagração constitucional do princípio da igualdade. Cabe-lhe, tão-somente, o enunciado que, por mais conhecido, se tornou mais influente.

Em seu artigo 1º estatuiu-se: "*Les hommes naissent e demeurent libres et égaux en droits, les distinctions ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune*".

Mais adiante, em seu artigo 6º, a supramencionada declaração afirma, com mais convicção e veemência, o princípio da igualdade, de forma incisiva, verbis: "*La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents*". (A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm direito de concorrer para sua formação, pessoalmente ou por meio de representantes. Ela deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer puna. Todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade, e sem outra distinção que a de suas virtudes e talentos).

A Constituição Francesa de 1791, seguindo as pegadas da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu proêmio, aboliu, irrevogavelmente, as instituições que ofendiam a liberdade e a igualdade de direitos, verbis: "*L'Assemblée nationale, voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits*". No mesmo tom, ordena que deixem de existir nobreza, pariatos, distinções hereditárias, distinções de ordem, nem regime feudal, ou justiças patrimoniais, nem títulos, denominações e prerrogativas delas provenientes, nem ordem alguma de cavalaria, corporação ou condecorações daquelas

que antes se exigiam provas de nobreza, ou que supunham distinções de nascimento, nem alguma superioridade se não a dos funcionários públicos quanto ao exercício de suas funções, verbis: "*Il n'y a plus ni nobless, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivaiient, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles ou exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaiient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celles des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions*".

Disseminou-se, à época, pelo mundo afora, esta beleza de declaração de igualdade que, de singular, tem o caráter de abranger toda a humanidade, e não apenas os cidadãos franceses, traçando linhas mestras inconfundíveis com o que, até então, havia emergido da retórica de outros documentos inócuos, além da prerrogativa de ser, a declaração, para sempre, seja, para viger perenemente.

A Constituição Francesa de 1791 efetivou, em seu contexto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ao estabelecer, em seu Título I - "Disposições Fundamentais garantidas pela Constituição": "*La Constitution garantit, comme droits naturels et civils: 1° - Que tous les citoyens sont admissibles aux places et emplois, sans autre distinction que celle des vertus et des talents; 2° - Que toutes les contributions seront réparties entre tous les citoyens également en proportion de leurs facultés; 3° - Que les mêmes délits seront punis des mêmes peines, sans aucune distinction des personnes*".

As constituições portuguesas do século XIX consagraram, de acordo com a ideologia generalizada pelas Revoluções Americana e Francesa, o princípio da igualdade.

A Constituição de 1822 estatufou, em seu art. 9º, integrado no título I - "Dos direitos e Deveres Individuais dos Portugueses" que: "A lei é igual para todos. Não se devem, portanto, tolerar privilégios do foro nas causas cíveis ou crimes, nem comissões especiais. E nos artigos 12º, 15º, 16º e 17º previa casos que representam afloração da norma genérica da igualdade. No artigo 12º proclamava-se a admissão de todos os portugueses aos cargos públicos, sem outra distinção que

a dos talentos e das virtudes, em nítido decalque do nº. 1 do prêmio da Constituição francesa de 1791 - "*Que tous les citoyens sont admissibles aux places et emplois, sans autre distinction que celle des vertus et talent*". No artigo 15º o direito de todo português ser remunerado pelos serviços feitos à Pátria, nos casos, e pela forma que as leis determinarem. No artigo 16º a faculdade de todo português apresentar por escrito às Cortes e ao poder executivo reclamações, queixas ou petições, que deveriam ser examinadas - princípio contemplado em vários textos franceses. No artigo 17º o direito de todo português expor qualquer infração da Constituição, e de requerer perante a competente autoridade a efetiva responsabilidade do infrator.

No Título Preliminar, a Constituição espanhola de 1978 enuncia o seu preâmbulo nos seguintes termos: "*España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento juridico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*".

### 3. CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS E CONSTITUCIONAIS

Entre nós, o princípio constitucional da igualdade sempre esteve presente em todas as Cartas, o que não significa, entretanto, que sempre tenha havido respeito e acatamento a esse princípio, mesmo em se tratando, simplesmente, de seu sentido formal. Isso se afirma, principalmente, porque na primeira fase do constitucionalismo brasileiro, a imperial, tal princípio coexistiu com a escravidão.

Em seu artigo 179, itens 13 a 17, a Carta Imperial de 25 de março de 1824, estabeleceu o princípio da igualdade como uma das pilastras normativas sustentadoras do sistema posto. Assegura-se, ali, a igualdade da lei para todos, ora protegendo, ora castigando, e recompensando na proporção dos merecimentos de cada um, além de garantir a acessibilidade dos cidadãos aos cargos públicos, sem outra diferença que não fosse a dos talentos e virtudes individuais, inclusive estabelecendo a extinção de todos os privilégios "que não forem essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade pública e o foro privilegiado e as comissões especiais nas causas cíveis ou criminais, ressalvando-se

as causas que, por sua natureza, pertencessem a juízos particulares e preceituando-se a obrigatória contribuição de todos para as despesas do Estado em proporção dos haveres de cada contribuinte”.

José Antônio Pimenta Bueno, emérito comentador da Carta Imperial, acerca do texto supramencionado, assim ensinou: “Embora, porém, exista essa desigualdade importante e incontestável (a da natureza), por outro lado é fora de dúvida que todos os homens têm a mesma origem e destino, ou fim idêntico. Todos têm o mesmo direito de exigir que os outros respeitem os seus direitos, de alegar que uns não nasceram para escravos, nem outros para senhores, que a natureza não criou privilégios, favores e isenções para uns, penas, trabalhos e proibições para outros, enfim que não tirou uns da cabeça de Brama, e outros do pó da terra. Conseqüentemente, qualquer que seja a desigualdade natural ou casual dos indivíduos a todos os outros respeitos, há uma igualdade que jamais deve ser violada, e é a da lei, quer ela proteja, quer castigue, e a da justiça, que deve ser sempre uma, a mesma e única para todos sem preferência, ou parcialidade alguma. É de justiça que cada homem seja senhor de si próprio, que tenha igual liberdade de procurar satisfazer suas necessidades por seu trabalho, de elevar-se nas condições sociais por seus serviços e merecimentos, e de obter em proporção deles justa recompensa”.

Entre nós, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, a igualdade comparece ao Preâmbulo de uma Carta Magna como princípio determinante da elaboração que a seguir é posta como sistema normativo fundamental. Eis o Preâmbulo da Lex Legum de 05 de outubro de 1988:

**“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução**

**pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.**

O Preâmbulo não é um conjunto de preceitos, mas de princípios, não possui a concretude necessária a fazer os seus dizeres dotados de aplicabilidade imediata ou com força coercitiva eficaz. Tais princípios exercem uma força centrípeta sobre as demais normas da Constituição, projetando sua relevância no nível da interpretação. Preâmbulo, portanto, é o enunciado preliminar da Constituição, no qual se declara a origem, os princípios gerais e os fins da elaboração normativa fundamental posta sistematicamente à observância da sociedade. Não criam, ditos princípios, direitos nem deveres e só se prestam ao mister interpretativo se tomados em conjunto, quando comparados às demais normações constitucionais. São, por conseguinte, úteis à compreensão da filosofia do constituinte, da diretriz abraçada para expressar o caráter ideológico que embasa a constituição como um todo. Paulo M. de Lacerda ensina que “os preâmbulos das Constituições modernas costumam cingir-se a declarar a autoria, o fim e o objeto do ato, abstendo-se de intercalar assuntos doutrinários, afirmações de bons propósitos e frases declaratórias. Consistem numa autenticação do documento que apresentam, conveniente para a sua verificação, contendo mesmo expressa a ordem de execução”. Já o mestre Pontes de Miranda asseverava que “os Preâmbulos ou Palavras introdutórias das Constituições enunciam alguma coisa dos seus propósitos, mas, principalmente, dizem qual o poder estatal, isto é, o poder de construir e de reconstruir... Por vezes, o que os preâmbulos afirmam é retocado, só em traços gerais ou pormenores mínimos, posto que profundamente, pelas regras da Constituição que correspondem a cada um deles. Isso de modo nenhum autoriza a que se ponham de lado, na interpretação dos textos constitucionais, os dizeres dos Preâmbulos. Todo Preâmbulo anuncia: não precisa anunciar tudo, nem, anunciando, restringe”. Sobre preâmbulo constitucional assim se referiu Henry Campbell Black, verbis: “O preâmbulo da constituição e os títulos de seus vários artigos ou seções podem fornecer alguma prova de seu sentido e intenção, embora os argumentos deduzidos daí tenham valor apenas relativo”. Por fim, acerca do preâmbulo da Constituição, a lição de Carlos Maxi-

miliano: "O preâmbulo de uma norma põe em evidência as causas da iniciativa parlamentar e o fim da norma; por isso, conquanto não seja parte integrante desta, merece apreço como elemento de exegese. Quase sempre traduz o motivo, a orientação, o objetivo da lei, em termos concisos, mas explícitos. Todavia, não restringe nem amplia o sentido decorrente das próprias regras positivas".

O intróito do princípio da igualdade nas normas constitucionais do Estado Moderno, entretanto, não significou a etapa derradeira de construção e realização de seu conteúdo. Do Estado Liberal, até o Estado Social, estágio em que se caminha nos dias atuais, o constitucionalismo se modificou, tendo por escopo primeiro fazer valer os direitos formalmente contemplados em materialidade palpável, sentida, onde o formal se transforme em material, em toda sua compleição.

O Estado Moderno, fundado nas pilastras jurídicas da Igualdade e Liberdade, necessita, como em nenhum outro momento da história, que esse binômio seja realizado, porquanto as molas mestras de uma democracia. Essa é a aspiração constante e sempre crescente do Estado de Direito contemporâneo.

A democracia deve ser entronizada, haja vista ser incompatível sua ideação com o estigma da desigualdade jurídica, porquanto não se pode conceber Direito legítimo que não se ancore em atuação estatal análoga para seus segmentos sociais. Para tanto, mister se faz muita prudência, tendo em vista que a história tem demonstrado, através dos tempos e de regimes políticos diversificados, tanto os autoritários totalitários, que fizeram da igualdade a sua bandeira e desembocaram a sociedade na mais completa miséria e no maior desrespeito aos direitos fundamentais do homem, como nos regimes capitalistas, ditos imperialistas, que, desfraldando a bandeira da democracia têm infligido ao mundo em desenvolvimento seu impiedoso jugo, tornando os menos aquinhoados presas fáceis de sua insana dominação que, hodiernamente, ameaça a paz do planeta terra.

Através da história, disseminaram-se as teorias para que se fizessem valer os conceitos mais valorizados acerca da igualdade, do materialismo histórico dialético até as mais sofisticadas teses de

maniqueísmo, ainda hoje reinantes, no mundo mirabolante dos que pretendem impor sua esfera de ação enfurecida para dominação e eternização de seu império.

Os socialistas dos mais diversificados matizes apontavam com os louros da igualdade material como sendo a salvação da humanidade, o único caminho possível. Por outro lado, os capitalistas afirmavam que o primeiro pressuposto para a igualdade era a liberdade, afirmando que igualdade sem liberdade de expressão, de opinião é igualdade utópica. Os socialistas retrucavam dizendo que liberdade com fome, sem emprego, é liberdade ilusória.

Nesse diapasão, na turbulência desse descompasso, o Continente Africano ardia, mas de fome. A Biafra, Etiópia, Moçambique, Somália e África do Sul, só para citar alguns países, chamavam a atenção do mundo pela miséria que afligia seu povo. Nesse fosso, e em face do enforcamento do Poeta Benjamin Moloise, da África do Sul, publiquei o Poema Aviso.

## AVISO

**Na África (Biafra)**  
há uma praça  
em permanente exposição  
de cadáveres vivos

**Na Etiópia (África)**  
há um coro incolor  
de gemidos mortos

**Na África do Sul (Apartheid)**  
o branco violentou o preto  
num colorido de sangue

**No Brasil (América Latina)**  
há um Cristo lacrimante  
em pleno Nordeste  
desencantado com o colosso da criação.



Encarece focar o campo ideológico em relação à igualdade, porquanto é nesse tocante que os protagonistas dessa ou daquela outra facção vão fomentar o entendimento de que, onde houver melhor e maior bem-estar social, aí estará a verdade a ser seguida para aqueles que ainda não a desvendaram.

Entretanto, o que antes permanecia apenas no campo ideológico, hoje se faz presente no campo legal, mormente em mandamento constitucional, que deve ser cumprido para consecução de melhores condições de vida, cuja obrigatoriedade é do Estado para com o indivíduo que o forma e dele participa. É, portanto, dos governantes a tarefa de efetivar a determinação constitucional da igualdade material dos indivíduos.

Sobre o assunto bem se pronunciou Francisco Campos, verbis:

"O princípio da igualdade, enunciado em termos gerais e absolutos, representa um ideal, uma aspiração ou um postulado contrário às condições efetivamente existentes na sociedade: ele parte do reconhecimento da existência de desigualdades de fato entre os homens para postular a modificação das relações humanas no sentido de tornar iguais os indivíduos que são efetivamente desiguais. Há uma relação polêmica entre o princípio absoluto de igualdade e o fato das desigualdades reinantes entre os homens. O princípio da igualdade perante a lei, ao contrário, tem um conteúdo restrito... Ao passo que o princípio absoluto de igualdade tem por fim alterar a estrutura social, intervindo nela para o efeito de suprimir as desigualdades existentes, o princípio de igualdade perante a lei visa tão somente assegurar o reconhecimento pela lei das igualdades ou desigualdades que, efetivamente, existem entre os homens. O primeiro é uma ideologia, o segundo é um mandamento jurídico de conteúdo limitado e concreto e de valor positivo; o primeiro subordina a realidade a um imperativo destinado a transformá-la, o segundo é uma regra de direito positivo, destinada a limitar ou restringir a ação da lei aos dados da realidade".

**Rui Barbosa**, em sua Oração aos Moços, discurso proferido na Faculdade de Direito de São Paulo, como paraninfo dos bacharelados de 1920, lido pelo Dr. Reinaldo Porchat, na solenidade de 29 de março de 1921, deixou esta célebre lição:

"A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar à cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria.

Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança".

San Tiago Dantas, opinando sobre o tema, enfatizou, verbis: "O regime republicano, em sua origem ideológica, é o regime igualitário por excelência, mas o conceito técnico-jurídico de igualdade só se elevou à posição mestra no sistema, com a concepção moderna do Estado de Direito, fruto extremo da especulação jurídico-política em torno do governo representativo".

Pontes de Miranda assim pontificou: "Outra consequência lógica e histórica da igualdade foi a extensão da liberdade a todos. No estado atual da civilização, tirar a liberdade é fazer desiguais os não livres, tirar igualdade é restringir a liberdade".

Lógica e historicamente, caminham liberdade e igualdade no mesmo sentido, ainda que uma vá mais depressa do que a outra, e que essa, mais atrasada, possa, avançando por algum tempo, prejudicar aquela.

A lição que nos fica é a da conveniência de se lhes dar o mesmo ritmo e nunca se permitir que uma se atrase. As grandes crises da Antiguidade, da Idade Média e dos tempos modernos, têm sido provocadas pela "igualdade retardada".

Comentando a Constituição Federal, a primeira Lex Fundamental republicana brasileira, em seu art. 72, parágrafo 2º, nos idos de 1924, João Barbalho, categoricamente, afirmava:

"Não há, perante a lei republicana, grandes nem pequenos, senhores nem vassalos, patrícios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivela o direito... A lei, a administração, a justiça serão iguais para todos.

E a desigualdade, além de injusta e antijurídica, é impolítica. Em que fundamento se faria repousar uma organização política, dando mais direitos, mais garantias, mais vantagens, a uns do que a outros membros da mesma comunhão? Não seria em um princípio de direito. Finalmente, de todas as formas de governo é a República a mais própria para o domínio da igualdade, a única compatível com ela. Em um regime aristocrático, há a classe privilegiada das famílias dominantes. Em um governo monárquico, quer absoluto, quer constitucional, dá-se a desigualdade na classe privilegiada de uma dinastia, além das outras desigualdades nas quais ela procura e cria sustentáculos. O sistema republicano, tal como modernamente é estabelecido, não possui necessidade nem interesse de se apoiar em classes e oligarquias; a igualdade pode imperar, desassombrada e sem empecilhos. E é mesmo contraditório e absurdo que aí resida a desigualdade, que o regime, por sua índole e essência, repele, sendo a igualdade um de seus principais característicos.... A igualdade repele o privilégio, seja pessoal, seja de família, de classe ou de corporação".

Entretanto, apesar de a primeira Lex Legum republicana ter definido que "todos são iguais perante a lei" e que seriam inadmitidos privilégios de nascimento e desconhecidos foros de nobreza, tal dispositivo constituiu-se em verdadeira letra morta, porquanto os abusos praticados pelo autoritarismo se revelaram impiedosos, a ponto de Rui Barbosa, referindo-se ao artigo 72, parágrafo 2º da Constituição, assim se exprimir:

"Todos são iguais perante a lei. Assim no-lo afirma, no parágrafo segundo, este artigo constitucional.

Vede, porém, como os fatos respondem à Constituição. Na Grã Bretanha, sob a coroa de Jorge V, o arquiduque herdeiro da coroa d'Austria é detido na rua e conduzido à polícia como contraventor da lei, por haver o seu automóvel excedido a velocidade regulamentar. As mesmas normas se observaram no Brasil, sob o cetro de D. Pedro II, quando o carro do Imperador era multado, por atravessar uma rua defesa. Num e noutro caso a lei é igual para todos: todos são iguais ante a lei.

Mas no Brasil desses dias, debaixo do bastão do Marechal Hermes, o seu secretário, por duas vezes, quando um guarda civil lhe acena ao motorista com o sinal de aguardar, enquanto se dá passagem a outros carros, apeia irriminado, toma contas ao agente da lei, nota-lhe o nome, e, imediatamente, o manda punir com a demissão. Noutra ocasião é um general do exército, que salta, iracundo e decomposto, do veículo, ameaçando com o seu revólver o policial que ousou exigir do automóvel menor velocidade na carreira.

Esses exemplos, da mais alta procedência, verificados e registrados pelos jornais, na metrópole brasileira, à época, desmascaram a impostura da igualdade entre nós, e mostram que valor tem, para os homens da mais eminente categoria, entre as influências atuais, como para

os que mais perto estão do Chefe do Estado, as promessas da Constituição”.

O que mais nos chama a atenção através dos relatos supramencionados é o descumprimento total da normatização constitucional da primeira Carta Republicana, que, através dos tempos, fez-se “jurisprudência” que se repete até os dias de hoje, em pleno estágio do século XXI.

Por esses e outros graves motivos de desrespeito às determinações constitucionais e infraconstitucionais é que, em contrapartida, as pessoas têm-se mostrado, dia a dia, mais cômicas de seus direitos, exigindo-os em toda a sua inteireza, a fim de que, através da luta diária, a cidadania seja alcançada como determina a atual Lex Fundamentalís, de 05 de outubro de 1988.

Como bem lembra Cármen Lúcia Antunes Rocha, verbis: “Não foram complacentes os donos do Poder com a liberdade ou com a igualdade. Mas aprendeu-se que não se cobiça o ganho da história ou o prêmio do Direito. Direito conquista-se. História, faz-se. Liberdade e igualdade são realidades a serem alcançadas pela luta, pois que o ganho fácil equivale a concessão que projeta o ofertante sobre a cabeça, a dignidade e o próprio direito de quem o recebe”.

Colhe-se, do acima exposto, que a transformação da igualdade formal para a igualdade material, social, significando isso oportunidades para todos, só se alcança através da luta renhida, através das associações, dos sindicatos, das comunidades de base e outros meios existentes indispensáveis à consecução desse objetivo pelos menos aquinhoados.

É o que, em outras palavras, diz Von Ihering, verbis:

“Todo direito que existe no mundo foi alcançado através da luta; seus postulados mais importantes tiveram de ser conquistados num combate contra as cortes dos opositores; todo e qualquer direito, seja o direito dum povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma através duma disposição ininterrupta para a luta. O direito não é uma

simples idéia, é uma força viva.... O direito representa um trabalho ininterrupto, não só do Poder Público, mas de toda a população. A vida do direito nos oferece, num simples relance de olhos, o espetáculo dum labor e duma luta sem tréguas, idêntico ao com que nos deparamos no terreno da produção econômica e espiritual. Qualquer pessoa que se veja na contingência de ter de afirmar seu direito participa dessa tarefa de âmbito nacional, contribui para a realização da idéia do direito”.

A lei afirmadora da igualdade entre os homens não é suficiente, nem se basta em si mesma, porquanto a formalidade legal e vazia de conteúdo, não levará a caminho algum, se não complementada pela materialidade, que se realiza com a efetivação da sociabilidade humana, que consiste na integração dos menos aquinhoados ao grupo superiormente desigualado, dando àqueles oportunidades de participação para sua completa desenvoltura como seres sociais.

Em sede infraconstitucional encontramos, no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, inciso VIII, o seguinte:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Cabe destacar, aqui, que a inversão do ônus da prova não se defere, automaticamente, ao consumidor. Esse encargo só desatende à regra geral acolhida no art. 333 do Código de Processo Civil quando o juiz entender que a alegação é verossímil, isto é, semelhante à verdade, aparência de verdade.

O exame da verossimilhança do alegado pelo consumidor é feito pelo Juiz. Cabe-lhe avaliar os dados e circunstâncias ofertados para verificar a probabilidade de o fato ter acontecido.

Na espécie, a questionada inversão é *ope judicis* e não *ope legis*. Não é, portanto, um direito do consumidor. É-o, porém, quando for verossímil o que afirma ou, comprovadamente, um hipossuficiente técnico.

É equivocado dizer-se que o Código de Defesa do Consumidor, no tocante à prova, conflita com o princípio constitucional, do Caput do art. 5º da Constituição Federal de 05.10.88, que assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O princípio da isonomia garante tratamento aos claramente iguais. Aqui, a desigualação é feita, precisamente, por desiguais fazerem parte da relação. Na relação de consumo, fragilizado e quase impotente para defender seu direito, o consumidor não é efetivamente um igual do fornecedor. Por esse motivo, o Código de Defesa do Consumidor dispensa tratamento especial a fim de colocá-lo em posição de defender-se adequadamente num litígio com o fornecedor.

A inversão do ônus da prova é um dos meios usados pelo Código de Defesa do Consumidor para que haja igualdade entre os dois polos da relação de consumo.

Outro mecanismo de índole igualitária agasalhado pelo Código de Defesa do Consumidor é o princípio da responsabilidade civil objetiva, estribado na teoria do risco da atividade.

Se o bem ou o serviço causa algum dano ao consumidor, não se cogita de apurar a conduta culposa ou dolosa do fornecedor. Cabe-lhe ressarcir o dano só pelo fato de ter colocado no mercado o fruto de sua atividade. Resta ao consumidor demonstrar o nexo causal entre o dano sofrido e o vício ou defeito do bem ou do serviço.

A igualdade perante a lei quer significar que a lei possui aplicação igual para todos, sendo esse axioma próprio do Estado Liberal, da igualdade formal, sem qualquer comprometimento com a realização material do princípio. Nesse diapasão significa que o juiz, simplesmente, deve ser imparcial na aplicação da lei e, por extensão, que todos os indivíduos devem ser submetidos às mesmas leis. Dessa forma, com a simples igualdade formal, não se conseguiria obter a pretendida justiça social com a igualação material. Era necessário,

portanto, extirpar as desigualdades sociais existentes, e isso só seria conseguido assegurando-se a concretização da materialidade que regia esse princípio formal através de oferta de oportunidades a todas as pessoas, independentemente de sua estratificação social.

Há mais: na aplicação jurisdicional da lei pode existir violação do princípio da igualdade, quando um mesmo preceito se aplique em casos iguais com notória desigualdade por motivações arbitrárias, isto é, não fundadas em razões juridicamente atendidas, ou com apoio em alguma das causas de discriminação explícita ou genérica.

Assumimos, como certo, que igualdade e justiça possuem muito que ver entre si. Igualdade e liberdade são, a nosso sentir, ingredientes básicos da justiça, que projeta sua ajustada dosificação. A luta contra toda discriminação se converte, assim, em uma das missões mais relevantes na hora de fazer justiça.

O imperativo da igualdade e não discriminação não afetará somente o legislativo, como também estabelece um direito subjetivo a obter um tratamento igual e, às vezes, impõe uma obrigação aos poderes públicos de levar a termo esse tratamento igualitário. Com isso, ao mesmo tempo, limita o poder legislativo e os poderes dos órgãos encarregados da aplicação das normas jurídicas.

A regra geral da igualdade perante a lei, bifurca-se, portanto. Contempla, em primeiro lugar, a igualdade no trato dado pela lei, que passa a conceituar-se como "igualdade na lei", constituindo um limite posto ao exercício do poder legislativo. Junto a esta exigência surge a "igualdade na aplicação da lei", que limitará a tarefa dos órgãos encarregados de sua aplicação.

Essa distinção, entretanto, entre nós, desnecessária tornou-se porquanto, tanto a doutrina como a jurisprudência já firmaram, faz muito tempo, a orientação de que a igualdade perante a lei tem sentido que, no estrangeiro, se dá à expressão igualdade na lei, isto é, o princípio tem como destinatário tanto o legislador como os aplicadores da lei.

Segundo comenta Seabra Fagundes, o princípio tem o seguinte significado: "Que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições, os mesmos ônus e as mesmas vantagens, situações idênticas, e, recípro-

camente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhoá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades”.

É de Francisco Campos a seguinte afirmação acerca da matéria em comento: “O legislador é o destinatário principal do princípio, pois se ele pudesse criar normas distintivas de pessoas, coisas ou fatos, que deveriam ser tratados com igualdade, o mandamento constitucional tornar-se-ia inteiramente inútil, e arremata que “nos sistemas constitucionais do tipo do nosso não cabe dúvida quanto ao principal destinatário do princípio da igualdade perante a lei. O mandamento da Constituição dirige-se, particularmente, ao legislador e, efetivamente, somente ele poderá ser o destinatário útil de tal mandamento. O executor da lei já está, necessariamente, obrigado a aplicá-la de acordo com os critérios constantes da própria lei. Se esta, para valer, está adstrita a se conformar ao princípio da igualdade, o critério da igualdade resultará obrigatório para o executor da lei pelo simples fato de que a lei o obriga a executá-la com fidelidade ou respeito aos critérios por ela mesma estabelecidos”.

Como já anteriormente afirmado, o princípio não pode nem deve ser entendido de maneira individual, havendo de ser levado em conta, necessariamente, as diferenciações entre os grupos. Portanto, quando se afirma que o legislador não pode distinguir, não implica isso afirmar que a lei deva tratar, a todos, abstratamente iguais, porquanto o tratamento, como afirma Petzold:

“Não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os iguais podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, como essenciais ou relevantes certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos, as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por conseqüência, as pessoas que apresentam os aspectos essenciais previs-

tos por essas normas, são consideradas encontrar-se nas situações idênticas, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos”.

Igualmente, sob esse ângulo de entendimento, também se expressou Seabra Fagundes, verbis: “os conceitos de igualdade e liberdade são relativos, impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que onde uma só existe não é possível indagar de tratamento igual ou discriminatório”.

A doutrina assim disseminada, com vozes altivas, como a dos juristas retro mencionados, é que permite, com a discussão dos vários matizes do pensamento, aprofundar esses fundamentos e introduzir, na legislação, normas capazes de tutelarem as pessoas que se achem em posição economicamente desigual, com o fito de realizar o princípio da igualização.

É do insigne Pontes de Miranda a seguinte passagem:

“A desigualdade econômica não é, de modo nenhum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou desigualdades de fato mais desigualdades econômicas mantidas por leis. O direito que em parte as fez, pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu. Exatamente aí é que se passa a grande transformação da época industrial, com a tendência a maior igualdade econômica, que há de começar, como já começou em alguns países, pela atenuação mais ou menos extensa das desigualdades”.

A igualdade formal, portanto, era medida desprovida de força suficiente para obtenção da justiça, da isonomia pretendida. Indispensáveis, portanto, mecanismos que lograssem erradicar as desigualdades sociais, deixando de lado a formalidade jurídica do princípio para, definitivamente, prestigiar-se a igualdade material. Tem-se, nesse sentido,

o entendimento de que a igualdade tenha passado por vários estágios, onde as diferenças gritantes encontradas de um para outro segmento social, inclusive dentro de certos estamentos, haja desaparecido paulatinamente, porém, ainda nos tempos atuais, se procure aperfeiçoar, dentro das democracias mais organizadas dos países emergentes, a busca incessante dessa isonomia tão sonhada.

O Doutor Paulo Bonavides, nosso emérito professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, encarando o tema, assim se pronunciou:

“A compreensão jurídica da isonomia passa por distintas fases. Durante uma fase primeira, o instituto é objeto de reflexões que assentam primariamente no combate retórico a desigualdades sociais e políticas. Cessa, porém, a batalha contra as disparidades sociais logo que o “terceiro estado” (Sieyès) se assenhora do poder, arruína os privilégios feudais e entra a formular códigos e redigir Constituições. A Segunda fase da isonomia transcorre sob a evidência de uma fundamental reconciliação de postulados, em que se põe termo a suposta irreducibilidade dialética vislumbrada naquela antinomia Estado Sociedade. Reconhece-se que a igualdade estabelecida pela ordem constitucional é um direito fundamental, com dignidade axiológica superior ao direito positivo. De modo que ela obriga também o legislador na disciplina das relações públicas a tratar os cidadãos igualmente.

Mas a par dessa rigidez formal da igualdade, vem prosperando, de último, um entendimento acerca de justas diferenciações materiais e objetivas na aplicação do princípio. Diferenciações patenteadoras de que a igualdade proclamada pelo Estado guarda uma contradição inerente entre “igualdade formal” e “desigualdade fática”, conduzindo a uma nova versão contemporânea desse direito, de que resultaria, segundo um publicista, esta nota contraditória: “o princípio da igualdade contra a igualdade”.

Destarte, é ao Estado que cabe extinguir essas desigualdades avassaladoras com o implemento de condições objetivas que façam surgir oportunidades de todos os matizes para a consecução do desiderato perseguido, seja, a igualação material em substituição à formal, porquanto esta de todo insuficiente.

Quando a Constituição assegura a todos os cidadãos a igualdade formal, como princípio jurídico a ser aperfeiçoado, incumbe ao Estado envidar esforços para que aquela igualdade formal se materialize, buscando esse ideário de todas as maneiras possíveis, mormente no campo sócio-econômico e político, não podendo ele, Estado, fugir a esse comportamento, pena de, em assim fazendo, estar descumprindo mandamento constitucional e, conseqüentemente, contravindo a ordem superiormente emanada.

É de Afonso Arinos de Melo Franco a seguinte passagem: “Refletindo um pouco mais sobre o assunto, poderíamos acrescentar que a liberdade é o aspecto político da democracia, enquanto a igualdade é o seu aspecto social. Daí decorre a conclusão, por todos sentida, de que a democracia moderna não é apenas uma forma de organização do Estado que garanta a liberdade dos cidadãos, mas também uma forma de organização da sociedade, que promova a igualdade de oportunidade entre os homens.”

Temos, por conseguinte, que a igualdade material é aquela resultante da repartição igual de todos os bens sociais por todos os indivíduos, enquanto que a formal é a igualdade diante da lei, que nunca chega a destruir as desigualdades sociais, e exige que qualquer homem, por mais humilde que seja a sua condição, seja reconhecido como pessoa moral e jurídica, como uma personalidade individual, só porque e, precisamente, porque é homem.

O princípio da igualdade ou princípio da não discriminação, conceito entendido como menos abstrato e, acima de tudo, mais técnico que a noção de igualdade, não nega as diferenças objetivas entre os homens. O problema consiste em saber que diferenças são de considerar quando está em jogo o exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Não deve nem pode, igualmente, ser confundido com igualitarismo. A igualdade é, antes necessariamente,

relativa, pelo que não há de ser interpretada em termos absolutos. Ela corresponde à justiça, ou, mais precisamente ainda, à Justiça distributiva, ao nível da Filosofia do Direito. A igualdade é, por isso mesmo, proporcional e não matemática. Constitui uma paridade em sentido falso a igualdade absoluta, abstrata, matemática, e paridade em sentido justo a igualdade relativa, concreta, jurídica, porquanto o verdadeiro princípio da paridade não se cifra num a cada um o mesmo, mas num a cada um o que lhe pertence, quer dizer, dar o seu a quem ele é devido.

#### 4 CONCLUSÃO

Assim, tendo em vista a abordagem acima sobre justiça distributiva, dessa noção decorre a exigência de serem tratados de modo idêntico aqueles que se acham em situações idênticas, e de modo dessemelhante os que se acham em situações desiguais. Pode-se falar, destarte, numa aparente desigualdade. Como já salientado, na verdade, o princípio da igualdade não exige uma parificação absoluta. Urge que seja imposto, isto sim, que a disciplina jurídica seja igual quando uniformes forem as condições objetivas das hipóteses reguladas, e desigual sempre que falte tal uniformidade.

No decorrer desse estudo já temos afirmado, mas é sempre bom e próprio repetir, que essa idéia se encontra expressa pelo recurso a fórmulas diversas, porém próximas e complementares entre si, tratamento igual para aquilo que é essencialmente igual, e desigual para aquilo que é essencialmente desigual. Regulação igual para o que for substancialmente igual. Normas comuns a todas as situações que, objetivamente, não requeiram ou não consintam regras diferentes, e vice-versa. Tratamento semelhante aos que se acham em condições semelhantes.

A igualdade, significando semelhança, analogia, não é identidade ou igualação de coisas, situações e pessoas. Ao contrário, envolve, antes, uma comparação entre dois ou vários objetos, sejam eles pessoas ou coisas, com vista à colocação em evidência de elementos comuns, sendo, assim, ponto central do conceito de igualdade a comunhão ou núcleo comum existente entre objetos diversos. Depende do caráter idêntico ou distinto dos seus elementos essenciais.

Não significando, a igualdade, identidade, muito pelo contrário, se lhe contrapondo, não significa, da mesma forma, uniformidade normativa. Não se confunde com ela. A existência de preceitos uniformes, comuns a uma multiplicidade de situações, pode violar o princípio da igualdade, se particular condicionalismo obrigar, na economia do princípio, a tratamento distinto.

Para concluir queremos afirmar que a igualdade só será alcançada combatendo-se as causas da desigualdade. A desigualdade não é uma coisa solta no ar. Ela tem cor. Ela é consequência da pobreza.

#### 5 BIBLIOGRAFIA

- AGOSTINHO, Santo. *O Livre Arbítrio*, São Paulo, Editora Paulus, 3ª Edição, 1995.
- ALBUQUERQUE, Martin de. *Da Igualdade. Introdução à jurisprudência*. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.
- ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo, Editora Nova Cultural Ltda., 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo, Editora Atlas S.A., 1997.
- PLATÃO. *A República*. São Paulo, Editora Nova Cultural, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo, Editora Globo S.A., 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 6ª Edição, 1990.

## 2.4 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA LEI MUNICIPAL E COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO

**Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz**  
Procurador do Município de Fortaleza  
Professor da Faculdade de Direito da UFC  
Doutor em Direito (UFMG/Universidade de Frankfurt)  
Membro do Instituto dos Advogados do Ceará  
Advogado

### SUMÁRIO

- 1 Introdução
- 2 Equivocado Exercício da Prerrogativa Constitucional de ajuizar a ADIN por Órgãos Legitimados pela Constituição Estadual.
- 3 A Correta Interpretação da Constituição Federal
- 4 Conclusão
- 5 Bibliografia

### I INTRODUÇÃO

O vigente modelo constitucional positivo de competências jurisdicionais relativas ao controle concentrado da constitucionalidade das leis prevê apenas duas hipóteses de fiscalização judicial *in abstracto*<sup>1</sup>:

i) ADIN contra lei ou ato normativo federal ou estadual por ofensa à Constituição Federal de competência do STF (CF, art. 102, I, a);

ii) ADIN contra lei ou ato normativo estadual ou municipal por ofensa à Constituição do Estado-Membro (CF, art. 125, par. 2º).

A Constituição Federal não dá aos Tribunais de Justiça, nem ao próprio Supremo Tribunal Federal, competência para conhecer e julgar ações diretas de inconstitucionalidade contra leis municipais tendo como parâmetro a Constituição Federal. Não há qualquer previsão constitucional que abra a possibilidade de decisões judiciais válidas



a respeito. O único controle da constitucionalidade possível das leis municipais em face da Constituição Federal é o controle difuso, *incidenter tantum*, exercido, até mesmo *ex officio*, por todos os órgãos do Poder Judiciário nacional. Nesse sentido, é a tradição consolidada no Supremo Tribunal Federal:

Rcl337/DF-DISTRITO FEDERAL-RECLAMAÇÃO  
Relator(a): Min. PAULO BROSSARD

Julgamento: 18/08/1994

Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

Publicação: DJ DATA-19-12-94 PP-35178 EMENT  
VOL-01772-01 PP-00050 - Votação unânime

Ementa: RECLAMAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. AJUIZAMENTO PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. LEI MUNICIPAL.

Inconstitucionalidade por ofensa à Constituição Federal. Arguição *in abstracto*, por meio de ação direta, perante Tribunal de Justiça. O nosso sistema constitucional não admite o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal; nem mesmo perante o Supremo Tribunal Federal que tem, como competência precípua, a sua guarda, art. 102. O único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite é o difuso, exercido *incidenter tantum*, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto. Hipótese excepcional de controle concentrado de lei municipal. Alegação de ofensa à norma constitucional estadual que reproduz dispositivo constitucional federal de observância obrigatória pelos

Estados. Competência do Tribunal de Justiça estadual, com possibilidade de recurso extraordinário para o STF. Precedentes RCL 383-SP e REMC 161.390-AL. Reclamação julgada procedente para cassar a decisão cautelar do Tribunal de Justiça do Estado, exorbitante de sua competência e ofensiva a jurisdição desta Corte, como guardiã primacial da Constituição Federal. Art. 102 "caput", I, "e", da CF.

Repete-se: a Constituição Federal não dá aos Tribunais de Justiça nem ao próprio Supremo Tribunal Federal competência para conhecer e julgar ações diretas de inconstitucionalidade contra leis municipais tendo como parâmetro a Constituição Federal. Nesse sentido, o julgado proferido na ADIN 409, de que foi Relator o em. Min. Sepúlveda Petence (DJU 26.04.2002, p. 65):

"Controle abstrato de constitucionalidade de leis locais (CF, art. 125, § 2º): cabimento restrito à fiscalização da validade de leis ou atos normativos locais - sejam estaduais ou municipais -, em face da Constituição Estadual: invalidade da disposição constitucional estadual que outorga competência ao respectivo Tribunal de Justiça para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade de normas municipais em face também da Constituição Federal: precedentes".<sup>2</sup>

## 2 EQUIVOCADO EXERCÍCIO DE PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL DE AJUIZAR ADIN POR ÓRGÃOS LEGITIMADOS PELA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

Aqui, um importantíssimo aspecto: freqüentemente o Ministério Público Estadual, além de Partidos Políticos, ajuízam ações diretas de inconstitucionalidade tendo por objeto leis municipais, apontando como normas paramétricas, dispositivos integrantes da Constituição Estadual que repetem regras e princípios postos na Constituição Federal. Por exemplo: ADIN n. 2004.0011.7370-0 (Autor: PDT) e

Processo n. 2004.0001.6103-2(Autor: PGJ CE).

Expõe-se distorcida compreensão do princípio da simetria constitucional (CF, art. 25), aplicado à organização político-administrativa no âmbito do Município de Fortaleza, pretendendo-se concluir que a Lei Orgânica do Município de Fortaleza deve necessariamente observar o modelo constitucional federal e estadual a respeito da representação judicial da Fazenda Pública (CF, art. 132; CE, arts. 150-151 – ADIN / PDT), ou adotar sistemática de tributação observando-se o modelo federal do IRPF (ADIN PGJ).

A alegada desobediência, do sistema-jurídico municipal, às regras e princípios constitucionais federais, meramente reproduzidos pela Constituição do Estado do Ceará, acarretaria a inconstitucionalidade da legislação municipal vergastada, abrindo-se a via da ADIN perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e escapando à regra da necessidade do controle difuso.

Não é bem assim, entretanto.

É equivocada a afirmação de que a Constituição Estadual reproduza fielmente as normas e princípios constitucionais federais atinentes à organização da PGM e da representação extrajudicial do Município para a cobrança dos créditos tributários ou não tributários que lhe são devidos. O mesmo se diga em relação às regras e princípios constitucionais referentes à competência tributária e a atuação administrativa do Erário municipal nesse sentido.

O modelo federal a ser adotado como paradigma de interpretação, na hipótese da competência tributária municipal, é justamente aquele que trata da atribuição dos municípios para arrecadar e cobrar os tributos previstos no próprio texto constitucional como de sua competência: Constituição Federal, art. 156, com a redação que lhes deu a Emenda Constitucional Federal n. 29, de 13.09.2000:

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

§ 1.º O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade.

§ 2.º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

II - compete ao Município da situação do bem.

§ 3.º Em relação ao imposto previsto no inciso III, cabe à lei complementar:

I - fixar as suas alíquotas máximas;

II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior “.

A respeito da posição dos Municípios na Federação brasileira, o Supremo Tribunal Federal assentou o seguinte entendimento:

ADI 2381 MC / RS - RIO GRANDE DO SUL  
MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE IN-  
CONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 20/06/2001

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ DATA-14-12-2001 PP-00023  
EMENT VOL-02053-03 PP-00579 RTJ VOL-00180-  
02 PP-00535.

Ementa

... omissis ...

No modelo federativo brasileiro - no ponto acentuado na Constituição de 1988 - os temas alusivos ao Município, a partir das normas atinentes à sua criação, há muito não constituem - ao contrário do que, na Primeira República, pudera sustentar Castro Nunes (Do Estado Federado e sua Organização Municipal, 2ª ed., Câmara dos Deputados, 1982, passim) - uma questão de interesse privativo do Estado-membro. Ente da Federação (CF, art. 18), que recebe diretamente da Constituição Federal numerosas competências comuns (art. 23) ou exclusivas (art. 30) - entre elas a de instituir e arrecadar tributos de sua área demarcada na Lei Fundamental (art. 156) - além de direito próprio de participação no produto de impostos federais e estaduais (art. 157-162) - o Município, seu regime jurídico e as normas regentes de sua criação interessam não apenas ao Estado-membro, mas à estrutura do Estado Federal total.

O modelo constitucional tributário a ser seguido por todos os integrantes da Federação, repito, é aquele previsto na Constituição Federal. Se a Lei Fundamental estabelece um determinado regramento acerca da competência dos Municípios em matéria tributária, inclusive

sua extensão e seus limites, parece claro não poder o Estado Membro pretender alterá-lo, sob pena até mesmo de intervenção federal. O modelo normativo-positivo constitucional federal está em prioridade lógico-normativa na condição de modelo de observância obrigatória por Estados-Membros e Municípios. Trata-se aqui de competência legislativa vinculada à opção do constituinte federal, o que comumente se chama "regras de reprodução obrigatória pelas constituições estaduais".

A atividade tributária do poder público envolve a instituição e a arrecadação dos tributos de competência de cada uma das esferas de governo no âmbito da Federação. Sendo assim, todas as leis municipais que tratam ou venham a tratar do assunto buscam diretamente o comando nas normas de reprodução obrigatória, constantes da Constituição Federal, sem sequer margear ou depender das normas constitucionais estaduais.

Desse modo, outra conclusão segue por inferência lógica. São temas ontologicamente diversos o modelo constitucional tributário, inclusive as competências para instituir e arrecadar tributos e o modelo constitucional de representação judicial e extrajudicial da Fazenda Pública, especificação temática da presença em Juízo dos diferentes níveis de governo no âmbito da Federação.

### 3 A CORRETA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O poder constituinte originário é a força política fundante que disciplina a organização política comunitária através de uma Constituição. Esse poder, nas sociedades democráticas reside no povo, sendo por isso mesmo, e a princípio, livre para formular e implementar amplas e novas opções político-doutrinárias de direção e organização do Estado.

Criação do poder constituinte originário, a Constituição é dotada de supremacia jurídica em relação às demais normas que integram o sistema. Essa densidade normativa, esta super-legalidade [numa só palavra: supremacia constitucional] traduz-se na circunstância de

que nenhuma lei ou ato normativo possa valer se com ela for incompatível.

A Constituição fornece as diretrizes hermenêuticas para a compreensão e concretização das normas que integram o ordenamento jurídico, de modo tal que o aplicador/intérprete não tem margem de preferência fora da moldura por ela oferecida, nem tampouco pode ir de encontro à soberana vontade popular nela positivada, substituindo as opções político-ideológicas postas na Lei fundamental por suas próprias posições ideológicas ou doutrinárias.

Não há palavras inúteis ou supérfluas na Constituição. Todas as palavras que integram o âmbito lingüístico do Texto Constitucional têm uma função e um sentido próprios. Também jamais se pode ou se deve partir do pressuposto de que o legislador constituinte tenha incorrido em contradição.<sup>3</sup>

Por outro lado, tenha-se sempre em mente que o fato de o constituinte ter ou não ter utilizado determinado conjunto ou grupo de palavras não faça ou tenha qualquer diferença no sentido da opção ideológica adotada. Por vezes, decidiu expressamente o legislador não abordar ou tratar determinado tema, ou mesmo limitar a discricionariedade dos poderes constituídos.

No caso da representação judicial do Município de Fortaleza, as regras constitucionais federais e estaduais (art. 132 da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a EC Federal 19/1998 e arts. 150 e 151 da Constituição do Estado do Ceará), dirigem-se ou destinam-se apenas aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Obviamente instituem um certo tipo de opção constituinte: de que as procuradorias dos Estados e do Distrito Federal organizem-se em carreira, com ingresso mediante concurso público de provas e títulos, exercendo estes procuradores a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Esse o modelo a ser seguido e aplicado nessa hipótese. Essa, a prerrogativa essencial e indeclinável de que cuida a Constituição. A interpretação do artigo 132/CF aqui é absolutamente literal. Temos aqui o denominado silêncio eloqüente, que possui também, como

manifestação de vontade normativa, um claro e inolvidável significado: <sup>4</sup> o próprio legislador constituinte já decidiu não prescrever ou determinar expressamente que a representação extrajudicial da Fazenda Pública deveria ser feita por atividade funcional exclusivamente imputável aos Procuradores, deixando esse item à autonomia legislativa dos entes federados. Não temos aqui normas de reprodução obrigatória, mas regras que se deixam interpretar pela autonomia constitucional dos entes federados na sua organização político-administrativa.

Por isso mesmo, a Constituição do Estado do Ceará, quando contempla os Procuradores do Estado, só a eles se refere, adotando o restrito modelo federal. Jamais poderia tratar dos Procuradores do Município, sob pena de laborar inconstitucionalmente o poder constituinte estadual. Destes últimos, apenas a Lei Orgânica Municipal e a legislação infraconstitucional municipal podem tratar validamente.

A autonomia do estado-membro encontra, aqui, limites na autonomia constitucional do município.<sup>5</sup>

Do ponto de vista do sistema federativo brasileiro, nunca – a não ser se autorizado pela Constituição Federal – poderia o Estado Membro ditar regras acerca de como os Municípios poderiam estruturar as suas Procuradorias.

A pretensão ou proposta de lege ferenda, de que o Município de Fortaleza exerça a sua competência constitucional tributária e organização da carreira de seus Procuradores obedecendo antes à Constituição do Estado do que a Constituição Federal, tem como resultado a abolição do sistema federativo vigente, a quebra do equilíbrio desejado pelo constituinte, de resto materializado na repartição constitucional de competências.<sup>6</sup>

#### 4 CONCLUSÕES

Sendo assim:

1) o Estado Membro não pode ditar regras principais de competência tributária para os Municípios – veda a Constituição Federal;

II) o Estado Membro não pode prescrever normas gerais de organização da Procuradoria Geral do Município – proíbe-o a Constituição Federal;

III) o Estado Membro não pode, de modo algum, regular ou disciplinar a cobrança da dívida ativa municipal, tributária ou não, inscrita ou não, pois invadiria esfera de competência privativa e de autonomia constitucional do Município.

Ouçamos Ruy Barbosa:

*"Assim, onde quer que se levante o princípio federativo, a superioridade da Constituição às leis ordinárias concretiza-se logo na função judicial de custodiar a primeira contra as segundas. (...) Si a legislatura si acha investida apenas em faculdades restrictas, todo acto, que exorbite desses limites, é desautorizado, ultra vires (segundo a linguagem forense), isto é, exorbitante das forças do poder legislativo e baldado, portanto, de vigor".?*

Postos esses argumentos, tem-se que não existe nenhuma norma paramétrica estadual que viabilize o trânsito das ADIN's destacadas: para que as normas da Constituição Estadual invocadas pelo MPE e pelo PDT pudessem ser consideradas paramétricas em relação à legislação municipal vergastada, seria preciso, preliminarmente, definir se o Estado do Ceará poderia validamente, segundo os termos da Constituição Federal, editar normas de caráter compulsório para o Município de Fortaleza a respeito da sua atividade tributária e organização de sua Procuradoria; entretanto, viu-se que o único e absoluto parâmetro normativo para eventualmente se aferir a validade da lei municipal, nas hipóteses aqui examinadas, é o FEDERAL. Jamais o Estadual.

Conclusões finais:

I) se as regras da Constituição Estadual não são, de modo algum, as normas paramétricas para aferir a validade da legislação municipal acima aludida – uma vez que federais são as regras constitucionais aplicáveis -, as ADIN's não possuem condições que possam propiciar o desenvolvimento válido e regular do processo, pela simples e tautológica razão de que não há violação de nenhuma regra constitucional estadual.

A equivocada inserção da Constituição do Estado do Ceará nas ADIN's foi apenas um ardil processual para justificar a competência da Corte Estadual de Justiça. Há manifesta impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que não há norma constitucional estadual a ser confrontada para fins de exame da validade da legislação municipal.<sup>8</sup>

II) admitindo-se houvesse alguma regra constitucional violada, esta integraria o sistema constitucional federal; o conhecimento e o julgamento das ADIN's estariam a implicar usurpação de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

*Last, but not least*, poder-se-ia argumentar que a propositura das ADIN's perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará seria perfeitamente cabível, porquanto baseada exclusivamente em violação de dispositivos constitucionais estaduais, ainda que possuam a natureza de reprodução de dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados-Membros.

Ainda nesse caso não se aplica a orientação da Corte Suprema firmada após o julgamento da Rcl 383 (leading case)<sup>9</sup>. É que, se existem dispositivos constitucionais aparentemente violados nas ações diretas de inconstitucionalidade, estes integram, todos eles, a Constituição Federal.

Ainda que se tratasse de admitir a fiscalização da constitucionalidade a nível puramente municipal, a questão seria puramente local e não deslocaria a jurisdição e a competência do controle abstrato para o TJCE, nem para o STF.

Possuem aqui plena aplicabilidade os precedentes do STF, constantes da Rcl 734-CE, Rel. Min. Celso de Mello, Adin 2.141, Rel. Min. Celso de Mello e ADIN 2.172, Rel. Min. Celso de Mello: somente há possibilidade do controle difuso na hipótese em que se pretende argüir a inconstitucionalidade de leis municipais frente à Constituição Federal.

## 5 BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

- BRASIL. STF. RE 130.555-SP, Rel. Min. Moreira Alves. RTJ 139/965 (www.stf.gov.br).
- BRASIL. STF. ADIN 1.803/SP. Rel. Min. Moreira Alves. DJU, I, 24.04.1998. (www.stf.gov.br).
- CAVALCANTI, Amaro. **Regime Federativo e a República Brasileira**. Brasília: Senado Federal, 1986 (Primeiro: Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900).
- FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**. 2ª. Ed., RJ: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade - aspectos jurídicos e políticos**. Saraiva: SP, 1990.
- POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2ª. Ed., RJ: Forense, 2001.

### NOTAS

- 1 Para o confronto direto entre a lei municipal e a Constituição Federal, apenas a via do controle difuso é admitida.
- 2 Cf. RONALDO POLETTI. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2a. Ed., RJ: Forense, 2001, pp. 204-209.
- 3 Cf.: FRANCESCO FERRARA. *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 140.
- 4 Cf. KARL LARENZ. *Metodologia de ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 436. Cf. também: GILMAR FERREIRA MENDES. *Controle de constitucionalidade - aspectos jurídicos e políticos*, Saraiva: SP, 1990, pp. 318-9. Na jurisprudência, ver: STF, RE 130.555-SP, Rel. Min. Moreira Alves, *apud* RTJ 139/965.
- 5 Cf. CARLOS MAXIMILIANO. *Comentários à Constituição Brasileira*. 2a. Ed., RJ: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923, p. 620.
- 6 Amaro Cavalcanti (*Regimen Federativo e República Brasileira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1900, p. 172), comentando o art. 63 da Constituição de 1891, leciona que o exercício das competências constitucionais pelos Estados Membros "... não podiam ir alem ou achar-se em contradição com a sua qualidade fundamental de membro da Federação".
- 7 Cf. RUY BARBOSA. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 83.

- 8 Cf. STF. ADIN 1.803/SP. Rel. Min. Moreira Alves. DJU, I, 24.04.1998, p. 4.
- 9 Desde o julgamento da Reclamação 383, o Pleno do STF, sob a relatoria do Min. Moreira Alves, firmou o entendimento de que é admissível o ajuizamento de ADIN perante o Tribunal de Justiça local sob a alegação de ofensa a normas constitucionais estaduais que reproduzam dispositivos federais de observância obrigatória pelos Estados-Membros. O julgamento da ação direta pelos Tribunais estaduais, feito com base nas normas das constituições estaduais, enseja recurso extraordinário se a interpretação local das normas constitucionais contrariar a interpretação que o STF deu à norma constitucional federal reproduzida.

## 2.5 - COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA INSTITUIR REGRAS PARA IMPLANTAÇÃO DE REDES DE INFRA-ESTRUTURA E A COBRANÇA PELO USO DO ESPAÇO PÚBLICO

**Lucíola Maria de Aquino Cabral**  
Procuradora do Município de Fortaleza.  
Especialista em Direito Público.  
Mestranda em Direito Constitucional.  
Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais.

### SUMÁRIO

- 1 Introdução
- 2 Regras e assimetrias regulatórias da Lei Geral das Telecomunicações  
- LGT
- 3 Remuneração pelo Uso de Bem Público (Solo, Subsolo e Espaço  
Aéreo)
- 4 Licenciamento Ambiental como Instrumento de Planejamento e  
controle urbano
- 5 Conclusão
- 6 Bibliografia

### 1 INTRODUÇÃO

O sistema de telecomunicações no Brasil, até agosto de 1995, era regulamentado pela Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962 – antigo Código Brasileiro de Telecomunicações –, entretanto, nem todos os serviços estavam submetidos ao regime de monopólio estatal.

De acordo com a Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), os serviços de telecomunicações eram classificados em:

- a) **serviço público**, destinado ao uso do público em geral;
- b) **serviço público restrito**, facultado ao uso dos pas-

sageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicação;

c) **serviço limitado**, executado por estações não abertas à correspondência pública e destinado ao uso de pessoas físicas ou jurídicas nacionais;

d) **serviço de radiodifusão**, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão;

e) **serviço de radioamador**, destinado a treinamento próprio, intercomunicação e investigações técnicas, levadas a efeito por amadores, devidamente autorizados, interessados na radiotécnica unicamente a título pessoal e que não visem a qualquer objetivo pecuniário ou comercial;

f) **serviço especial**, relativo a determinados serviços de interesse geral, não abertos à correspondência pública e não incluídos nas definições das alíneas anteriores.

Essa classificação permaneceu mesmo após o advento da Constituição Federal brasileira de 1988, ressaltando-se que os serviços públicos de telecomunicações, ou seja, serviços de telefonia, telegráficos e de transmissão de dados eram explorados, **com exclusividade**, por empresas estatais, podendo os demais serviços ser explorados por particulares, por meio de autorização, permissão ou concessão.

Todavia, a Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, introduziu significativas modificações nos incisos XI e XII, do art. 21, da Carta da República, possibilitando às empresas privadas explorar tais serviços, mediante autorização, concessão ou permissão.

Os referidos incisos XI e XII, do art. 21, da Constituição Federal de 1988, modificados pela Emenda Constitucional nº 8/95, passaram a ter a seguinte redação:

“Art. 21 – Compete à União:

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens”;

Na realidade, as alterações procedidas pela Emenda Constitucional nº 8/95 ao texto originário permitiram a abertura do mercado brasileiro para o desenvolvimento tecnológico, derrubando os antigos limites do monopólio estatal e incentivando a livre e ampla concorrência, objetivando adaptar-se para atender uma realidade mundial.

As transformações ocorridas na área das telecomunicações, segundo Dinorá Grotti, decorrem de três principais fatores indissociavelmente ligados: 1) globalização da economia; 2) evolução tecnológica; 3) velocidade das mudanças no mercado e nas necessidades dos consumidores, aliadas à falta de recursos para novos investimentos.

Além dos fatores mencionados acima, destaca-se a importância conferida à *informação* nos dias atuais.

Nesse contexto, em 16 de julho de 1997, foi editada a Lei nº 9.472, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações – LGT, que veio regulamentar as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 8/95, dispondo sobre a organização e classificação dos serviços de telecomunicações e a criação do respectivo órgão regulador – a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Posteriormente, a LGT foi regulamentada pelos Decretos nº 2.534, de 02 de abril de 1998, que dispôs sobre o Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações, e 2.592, de 15 de maio de 1998, que dispôs sobre o Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado, ambos prestados no regime público.



## 2 REGRAS E ASSIMETRIAS REGULATÓRIAS DA LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES – LGT

Verifica-se que a Lei nº 9.472/97 adotou critérios diferentes daqueles contidos no Código Brasileiro de Telecomunicações, criando inclusive instrumentos de assimetria regulatória para estabelecer um conjunto de direitos e deveres que diferem de um prestador submetido ao regime público e outro submetido ao regime privado.

Observa-se, ademais, que o citado diploma legal cuidou, ainda, de definir o que é serviço de telecomunicação, distinguindo entre Serviço de Telecomunicações e Estação de Telecomunicação. Assim, para efeito da referida lei, considera-se que: “**Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação**”.

É como dispõe o caput do art. 60 da LGT. Todavia, os §§ 1º e 2º do aludido artigo 60 explicita o conteúdo das expressões “telecomunicação” e “estação de telecomunicação”, preceituando que:

“§ 1º - Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º - Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos, aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis”.

A distinção entre as expressões referidas acima aclara o sentido de conceitos eminentemente técnicos, porém, relevantes para o operador do direito, notadamente quando a matéria envolver a implementação da cobrança pelo uso do espaço público, ou do direito de passagem da época das províncias.<sup>1</sup>

No que concerne às assimetrias regulatórias antes mencionadas,

vale ressaltar a opção do legislador no sentido de estabelecer distintos regimes jurídicos para os prestadores de serviços de telecomunicações.

Tais assimetrias são consideradas como instrumentos de universalização e de indução ao desenvolvimento de uma situação de efetiva concorrência, conforme anota Alejandra Herrera.<sup>2</sup>

Para efeito deste estudo, interessa apenas destacar que a Lei Geral das Telecomunicações foi inovadora em muitos aspectos, em especial, ao instituir formas diferenciadas de concessão desses serviços. Nesse sentido, oportuno salientar que o art. 63 da citada Lei estatui o seguinte:

“Art. 63 – Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único - Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigação de universalização e continuidade”.

Observa-se, por outro lado, que a referida lei tratou de excluir de sua abrangência os serviços que não estejam como tais tipificados, como é o caso dos serviços de valor adicionado.

Consoante disposição constante do art. 61 da LGT, entende-se por serviço de valor adicionado aquele que se acrescenta a um serviço de telecomunicações, porém com ele não se confunde, como se verifica em seguida:

“Art. 61 – Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”.

Esses serviços não são regulados pela LGT, encontrando-se disciplinados pela Norma 004/95, aprovada pela Portaria nº 148, de 31 de maio de 1995, do Ministério das Comunicações.

Ademais de estabelecer nova modalidade de concessão de serviços, diferente daquela prevista na Lei nº 8666/93 – Estatuto das Licitações, a Lei Geral das Telecomunicações, regulamentando a norma contida na Emenda Constitucional nº 8/95, viabiliza a exploração econômica e a implantação de novos serviços, privilegiando a iniciativa privada e a lucratividade de empresas estrangeiras.

Todavia, não poderia o legislador ordinário, ao estabelecer novas regras para a implantação dos serviços de telecomunicações, eximir as empresas concessionárias dos serviços de telecomunicações, quer submetidas ao regime público ou privado, da obrigatoriedade de cumprir o que for determinado pelas normas de engenharia e leis municipais relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos.

Verifica-se que os artigos 73 e 74 da LGT dispõem de forma expressa que:

“Art. 73 – As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Parágrafo único – Caberá ao órgão regulador do concessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no caput.

Art. 74 – A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos”.

Não se discute a competência da União para legislar sobre a exploração, autorização, concessão ou permissão dos serviços de telecomunicações, vez que as competências dos entes federativos tem sede constitucional.

A técnica de repartição de competências utilizada pelo constituinte de 1988 impõe limites a atuação do legislador ordinário, não sendo permitida a usurpação de competência. No âmbito dessa racionalidade, há que se concluir que o legislador ordinário, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, o fez observando os estritos limites de sua competência, reconhecendo aos Municípios, como não poderia deixar de ser, a competência para regulamentar o ordenamento de seu território, conforme estabelece o art. 30, VIII, da Constituição Federal brasileira de 1988.

Dentro desse contexto, a expansão dos serviços de telecomunicações no Brasil surge acompanhada de profundas mudanças, inclusive, no cenário jurídico, tendo em vista que a LGT conferiu novo tratamento ao instrumento da concessão – modalidade de descentralização de serviços públicos – hoje dissociada do regime de monopólio.

Não existe mais o compromisso do Estado com a rentabilidade do empreendimento, ou seja, do serviço concedido. A concessão atualmente incentiva o regime de competição entre os prestadores de serviços, que concorrem em iguais condições, recebendo do Estado um tratamento igualitário. Vê-se, portanto, que novas regras foram estabelecidas para um mercado que cresce e se diversifica dia a dia e que tem demonstrado ser bastante lucrativo.

Não se justifica, entretanto, que esse crescimento e lucratividade provoquem o caos nas cidades que terão seus espaços físicos comprometidos com a instalação de redes de infra-estrutura e equipamentos diversos. É preciso que os Municípios imponham suas diretrizes, através de um adequado planejamento do uso e controle do solo urbano, a fim de preservar a segurança e a sadia qualidade de vida dos cidadãos.

### 3 REMUNERAÇÃO PELO USO DE BEM PÚBLICO (solo, subsolo e espaço aéreo)

A Carta da República de 1988 faz referência expressa aos bens pertencentes à União e aos Estados – arts. 20 e 26 – e refere apenas indiretamente aos bens pertencentes aos Municípios. Considerando-se que somente o Município possui espaço geográfico próprio e o manifesto interesse local, em face da implantação ou ampliação das redes

de infra-estrutura, evidencia-se a imperiosa necessidade de observância das regras urbanísticas locais.<sup>3</sup>

De acordo com o Código Civil Brasileiro (art. 98) "*são públicos todos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem*".

Os bens públicos, como é cediço, classificam-se em: **I) de uso comum do povo**, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças (art. 99, I); **II) de uso especial**, tais como edifícios ou terrenos, destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias (art. 99, II); **III) dominicais**, isto é, os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

A utilização destes bens é regulada pelo Direito Civil e entre os doutrinadores não se encontra nenhuma resistência quanto à possibilidade de uso remunerado. É que o Código Civil, em seu art. 103, prevê que o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou remunerado.

Nesse sentido, entendem Hely Lopes Meireles, José Cretela Júnior e Celso Antônio Bandeira de Mello, para citar apenas alguns, ressaltando este último autor que:

".....além do uso comum, (...) podem ocorrer hipóteses em que alguém necessite ou pretenda deles fazer *usos especiais*, ou seja, que se afastem das características dantes apontadas, por implicarem sobrecarga do bem, transtorno ou impedimento para a concorrente e igualitária utilização de terceiros ou ainda por demandarem até mesmo o desfrute de uma exclusividade no uso sobre parte do bem".<sup>4</sup>

Anota, ainda, Bandeira de Melo que, nas hipóteses de usos especiais, em que ocorra "desfrute de uma exclusividade no uso sobre parte do bem", é necessário que a Administração Pública se manifeste

previamente sobre esta possibilidade, autorizando o uso do bem público.<sup>5</sup>

Hely Lopes Meireles, por sua vez, acrescenta que:

"O que tipifica o uso especial é a privatividade da utilização de um bem público, ou de parcela desse bem, pelo beneficiário do ato ou do contrato, afastando a fruição geral e indiscriminada da coletividade ou do próprio Poder Público. Esse uso pode ser consentido gratuita ou remuneradamente, por tempo certo ou indeterminado, consoante a outorga ou convenção administrativa que o autorizar, permitir ou conceder".<sup>6</sup>

Fixadas estas premissas, não me parece correto o entendimento de que as empresas concessionárias dos serviços de telecomunicações estão desobrigadas de cumprir as prescrições constantes da legislação municipal. Por idênticas razões não poderão também fazer uso de bens públicos – logradouros públicos, por exemplo - sem prévia e expressa autorização do Poder Público local, uma vez que ao Município compete promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, em conformidade com o que estatui o inciso VIII, do art. 30 da Constituição Federal brasileira de 1988. Por conseguinte, poderá o Município estabelecer regras sobre os usos especiais do solo, do subsolo e do espaço aéreo de seu território.

#### 4 LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO E CONTROLE URBANO

A instalação dos serviços de telecomunicações submete-se primeiramente as regras fixadas pela União – poder concedente – e, em segundo lugar, ao que dispuser a legislação municipal. Isto porque, repete-se, compete ao Município dispor sobre o ordenamento de seu território, ou seja, executar o planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Esse entendimento foi ratificado pelo art. 74 da LGT. Assim,

poderá o Município instituir a cobrança pelo uso de bem público, bem como exigir que a instalação de determinados equipamentos seja precedida de Licenciamento Ambiental, como é o caso das antenas de telefonia móvel, por exemplo.

Note-se que a Constituição Federal brasileira de 1988, ao dispor sobre a política urbana, atribuiu tratamento especial ao espaço urbano. Isto foi reafirmado com a recente promulgação do Estatuto da Cidade, valioso instrumento para implementação de políticas urbanas mais democráticas.

Demais disso, a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade, estabeleceu normas gerais sobre política urbana, dispôs que compete, com exclusividade, aos Municípios, a elaboração de seus planos diretores. Seguindo, pois este entendimento, não é difícil concluir que os serviços públicos concedidos deverão integrar-se ao processo de planejamento urbano e não o inverso.

Assim, se determinadas áreas da cidade são de indução ao crescimento urbano, será necessário que os serviços concedidos cheguem até lá, todavia, se em algumas regiões existirem restrições urbanísticas, ou seja, se existirem indicativos no sentido de que a implantação das redes de infra-estrutura é inviável em determinados locais, deverão as empresas interessadas adequar seus projetos às restrições urbanísticas, se pretenderem proceder à instalação dos serviços.

Essa definição, porém, compete estritamente ao Município, ressalvadas, entretanto, as hipóteses em que se configurem o interesse preponderante dos entes federativos (áreas tombadas, áreas protegidas etc.).

Portanto, a necessidade de regulamentar essa matéria decorre do fato de que o Município, como responsável pelo ordenamento de seu território, deverá manter o controle e o registro das obras que serão executadas, assim como tomar conhecimento do tipo de intervenção que será ou está sendo efetuada, seja no espaço aéreo, no solo ou no subsolo, considerando-se que tais intervenções poderão acarretar danos ao meio ambiente, além de colocar em risco a saúde e a segurança das pessoas.

A responsabilidade por dano ao meio ambiente, assim como aquela imputada ao poder público, possui natureza objetiva, a teor do que prescrevem os artigos 225, § 3º e 37, § 6º, ambos da Carta da República.

No caso, a simples autorização para execução de obra em via pública visando a implantação de rede de infra-estrutura incompatível com outra já existente poderá ensejar tanto o dano ambiental quanto o dano ao patrimônio do particular, atraindo a responsabilização do poder público.

Ademais, do dever constitucional de proceder ao ordenamento territorial e ao planejamento urbano, decorre a obrigação de zelar pela compatibilização das redes existentes e as que vierem a ser implantadas e o conseqüente dever de disponibilizar ao cidadão essas informações quando necessário ao exercício de seus direitos.

O licenciamento ambiental, por sua vez, justifica-se em razão da necessidade de avaliação de possíveis impactos que poderão advir em conseqüência da instalação de alguns equipamentos e suas interações com o meio ambiente.

Quanto à exigência de prévio licenciamento ambiental, tal somente poderá ocorrer havendo expressa disposição legal concernente à matéria específica, ou seja, é necessário que o Município possua legislação própria sobre licenciamento ambiental e que as atividades sujeitas a esse procedimento estejam definidas.

A lei municipal deverá estabelecer os critérios para cobrança da taxa – que dependerá do tipo de atividade ou empreendimento a ser implantado – valores, base de cálculo etc., podendo estipular ainda medidas compensatórias em razão da utilização ou degradação dos recursos naturais.

Nessa linha de raciocínio, observa-se que o Município estará diante da possibilidade de instituir duas novas receitas: uma de natureza extra - orçamentária – remuneração pelo uso de bem público - via pública/postes, por exemplo, e outra de natureza tributária, decorrente da instituição da taxa de licenciamento ambiental.

A remuneração pelo uso de bem público deverá ser instituída por lei, com base em critérios técnicos que possibilitem aferir a razoabilidade dos valores cobrados, vez que proveniente da utilização de bem público para fins especiais, e por tratar-se de receita originária.

Necessário, ainda, que o poder público manifeste seu consentimento formal quanto ao uso do bem, mediante convenção administrativa representada pelo instrumento da *concessão de uso especial*, devendo o contrato administrativo estipular as condições e o prazo da concessão. Cuida-se de *uso privativo*, ou *uso especial privativo* de bem público conferido a particular, independente do maior ou menor interesse público por parte do poder concedente.

Salienta-se que na Comunidade Autônoma das Ilhas Baleares, na Espanha, esta cobrança foi instituída por meio de *imposto*, conforme Lei nº 12/1991, que em seu art. 1º diz o seguinte:

“Art. 1º - O imposto sobre as instalações que incidam no Meio Ambiente é um tributo de caráter direto e natureza real que grava os elementos patrimoniais afetos à realização de atividades que incidam sobre o meio ambiente nos termos previstos na presente Lei. Para o efeito do presente imposto se consideram elementos patrimoniais afetos qualquer tipo de instalações e estruturas que se destinem às atividades de produção, armazenagem, transformação, transporte efetuado por elementos fixos e provisão de energia elétrica e de carburantes e combustíveis sólidos, líquidos ou gasosos, assim como as de comunicações telefônicas ou telemáticas”.<sup>7</sup>

Observa-se que existe uma clara preocupação com os impactos advindos da implantação dos serviços de telecomunicações, todavia, além da questão ambiental deve ser considerada, ainda, a interferência dos serviços com o planejamento urbano de cada cidade, em especial, no que concerne à compatibilidade das redes de infra-estrutura.

No caso do Brasil, entretanto, essa cobrança pode e deve ser efetuada não por meio de tributo, mas por meio de preço público estipulado com base em critérios técnicos, sendo esta a via mais correta e adequada para referida cobrança.

## 5 CONCLUSÃO

A função de planejamento urbano atribuída aos municípios pela Carta da República destaca-se como a atividade de maior importância para a execução da política urbana, cujas diretrizes gerais encontram-se definidas na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

Vale ressaltar que as diretrizes gerais da política urbana estipuladas pela norma acima citada enfatizam dois grandes problemas: o uso da propriedade e o meio ambiente, conforme se pode observar logo no art. 1º abaixo transcrito, in verbis:

“Art. 1º - Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único - Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”.

Nesses termos, a cobrança pelo uso de bem público, ou, pela ocupação de áreas públicas em decorrência da implantação de redes de infra-estrutura para serviços de telecomunicações e outros, tais como água, eletricidade e gás, seja no subsolo, no solo ou no espaço aéreo se justifica pela necessidade de se proceder ao registro e controle dessas atividades, para efeito, inclusive de definição de responsabilidade em caso de ocorrência de dano.

Demais disso, a cobrança pelo uso do espaço público é matéria regulada pelo direito administrativo, eis porque incompatível sua vinculação a qualquer espécie tributária, tendo em vista que a atividade de planejamento urbano municipal, assim como o licenciamento de obras realizadas em vias públicas (abertura de ruas, execução de obras em geral, implantação de redes de infra-estrutura no subsolo - água, eletricidade, gás, etc.) tipificam funções inerentes ao ordenamento territorial urbano. Não se trata, pois, de exercício de poder de polícia nem se cuida de hipótese de prestação de serviços públicos, mas de ato de natureza contratual regido por normas de direito administrativo.

Assim, é dever do município manter uma base de dados com registros atualizados e confiáveis, objetivando atender preceito constitucional concernente à função de planejamento, uso e controle do solo urbano. Nesse sentido, deverão as empresas prestadoras desses serviços submeter-se às regras impostas pela municipalidade, consoante restou estabelecido no art. 74, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações).

## 6 BIBLIOGRAFIA

- BASTOS, Celso Ribeiro. **O Município: sua Evolução Histórica e suas Atuais Competências**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 1, São Paulo: Editora RT, 1998.
- COSTA, Alcides Jorge. **História do Direito Tributário I**. Artigo disponível na internet: <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/doutri2c.htm>, consultado em 08/10/2003.
- HERRERA, Alejandra. **Introdução ao Estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2001.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 1993.

## NOTAS

<sup>1</sup> COSTA, Alcides Jorge. **História do Direito Tributário I**. Artigo disponível na internet: <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/doutri2c.htm>, consultado em 08/10/2003.

<sup>2</sup> HERRERA, Alejandra. **Introdução ao Estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil**. São Paulo: Editora Singular, 2001.

<sup>3</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **O Município: sua Evolução Histórica e suas Atuais Competências**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 1, São Paulo: Editora RT, 1998, p. 48.

<sup>4</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 1997, p.567.

<sup>5</sup> Ob. Cit., p. 567.

<sup>6</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 1993, p.234.

<sup>7</sup> A Lei nº 12/1991, de 20 de dezembro – regulamentadora do imposto sobre instalações que incidam sobre o meio ambiente encontra-se disponível no site: <http://www.hacienda.gov.es>

## 2.6 - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Natercia Sampaio Siqueira  
Procuradora do Município de Fortaleza  
Mestre em Direito Tributário pela UFMG

### SUMÁRIO

- 1 Introdução
- 2 O instituto da prescrição
- 3 O conteúdo global do art. 40 da Lei de Execução Fiscal
- 4 Princípios do direito tributário e Administrativo Tributário
  - 4.1 A praticabilidade
  - 4.2. Praticabilidade e Estado Fiscal
  - 4.3. Praticabilidade, isonomia e impessoalidade
- 5 Competência privativa tributária e Separação dos Poderes
- 6 Proposta final para a leitura do §4º do art. 40
- 7 Considerações finais
- 8 Bibliografia

### 1 INTRODUÇÃO

No final de 2004, foi introduzido o § 4º ao art. 40 da Lei de Execuções Fiscais, com a seguinte redação: “se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decreta-la de imediato”.

Em função da adoção do parágrafo transcrito, após cinco anos de arquivamento, têm os juízes providenciado o desarquivamento dos feitos, reenviando-os às Fazendas públicas, para que se manifestem quanto à ocorrência da prescrição intercorrente.

O problema é que a interpretação literal do § 4º o põe em rota de colisão com o conteúdo dos demais parágrafos e do *caput* do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais, além de mostrar-se inconciliável com o instituto da prescrição e com os mais relevantes princípios do direito administrativo tributário.

Indo, inclusive, no rumo de uma análise constitucional cada vez mais substancial, perceber-se-á que a pretensa prescrição intercorrente adotada é incompatível com as competências privativas atribuídas aos entes federados, debatendo-se com o princípio da separação dos poderes.

Referidas análises serão efetuadas no decorrer deste artigo, ao fim do quê se fará a proposta de uma leitura adequada do dispositivo legal ora questionado, de maneira que seja resguardada a sua constitucionalidade.

O referido tema, frisa-se, é de grande relevância, estando em risco a eficácia material das normas impositivas de tributo, a isonomia e a impessoalidade na realização da imposição dos ônus fiscais, assim como o equilíbrio entre os entes federados.

## 2 O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

A interpretação meramente literal do § 4º do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais leva à conclusão de que após o arquivamento, transcorrido o prazo legal, o crédito tributário encontra-se extinto pela prescrição. Ocorre que tal afirmação contraria, frontalmente, o instituto da prescrição. Eis o que leciona Antônio Luís da Câmara Leal, em sua obra clássica "Da prescrição e da decadência – teoria geral do direito civil":

"Quatro são os elementos integrantes, ou condições elementares, da prescrição:

- 1 - existência de uma ação exercitável (*actio nata*);
- 2 - inércia do titular da ação pelo seu não exercício;
- 3- continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo;
- 4- ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional<sup>1</sup>.

Após tratar dos elementos integrantes da prescrição, o autor concentra-se no seu fundamento jurídico:

"Como se vê, é a doutrina romana que ressurgiu, na pure-

za cristalina de sua profunda filosofia jurídica. Ai estão os três fundamentos jurídicos da prescrição: o interesse público, a estabilização do direito, o castigo à negligência; representando o primeiro o motivo inspirador da prescrição; o segundo, a sua finalidade objetiva; o terceiro, o meio repressivo de sua utilização. Causa, fim e meio, trilogia fundamental de toda instituição, devem constituir o fundamento jurídico da prescrição.

...  
Estamos com o grande romanista tedesco e o saudoso mestre da Faculdade de Direito de São Paulo.

Se a prescrição priva o titular de sua ação, fazendo-o sofrer a perda de um direito, impõe-lhe, de fato, um mal. E, se essa imposição é motivada pela sua inércia, de que resultou um mal social, pelo estado anti-jurídico que não foi removido pela ação, representando essa inércia a falta do cumprimento de um dever social, não se poderá negar que o mal imposto pela prescrição é, efetivamente, uma repressão do mal causado pela negligência do titular<sup>2</sup>.

Diante dos ensinamentos acima transcritos, faz-se fundamental reter: a) são elementos da prescrição a possibilidade do exercício da ação e a caracterização da inércia; b) a prescrição é um meio de reprimir o mal causado pela negligência do titular, que antes de um direito, tem o dever de recompor o estado anti-jurídico pela utilização dos meios processuais. Esta última noção, salienta-se, cai como uma luva à natureza jurídica da atuação da administração pública.

Como lecionam os mais respeitados administrativistas: os órgãos administrativos não são os titulares dos interesses públicos, mas a sociedade; em conseqüência, são eles os órgãos-gestores dos interesses de titularidade da sociedade, devendo exercer as suas prerrogativas e faculdades com vistas não ao bem próprio – interesses secundários –, mas ao bem comum – interesses primários. Eis a razão de asseverar que os poderes manuseados pela Administração são, meramente, instrumentais à realização das suas funções – deveres-poderes. Isto tudo significa: mais do que qualquer pessoa de direito privado, a Ad-



ministração Pública tem o dever de recompor a situação ilícita gerada pelo descumprimento das normas de ordem pública, zelando pelos interesses sociais.

Ocorre que não há o descumprimento do dever social de diligenciar para a recomposição do estado anti-jurídico, decorrente do descumprimento de deveres impostos por lei, se o exequente não obtém êxito na execução em função da não localização do executado e de bens que sejam da sua propriedade. Em tais casos, vai-se além: não há a possibilidade do normal desenvolvimento e do sucesso do feito executório, de modo a não se poder falar de ação exercitável e de inércia do titular.

Aqui, cabe asseverar: não obstante a finalidade objetiva do instituto da prescrição seja a estabilidade das relações jurídicas, é ela meio social de reprimir a inércia. A necessidade de dotar de certeza e de estabilidade as situações, as relações e os fatos sociais não é passível de sobrepor-se ao interesse social na realização das obrigações, sem que esteja presente a negligência por parte do sujeito ativo. Frisa-se, aqui, que o interesse social no adimplemento é tanto mais elevado quando se está a tratar de interesses públicos, que são de titularidade do povo. Quanto mais em sendo referidos interesses imprescindíveis, o que ocorre quando se consubstanciam na realização de recursos indispensáveis ao custeio do Estado - seja no exercício do poder de polícia; seja na prestação de serviços públicos.

Em suma: não se configura os elementos e os fundamentos da prescrição, não ocorrendo o aporte principiológico necessário a justificá-la, a situação em que não se perfaz a negligência do sujeito ativo. Desta forma, não se pode pretender que o mero transcurso do prazo legal, após o arquivamento, leve à extinção de créditos tributários pela caracterização da prescrição. É fato que, não raro, o insucesso da execução após cinco anos de arquivamento dá-se por manobras ardilosas do executado, que não se mostra disponível a participar do feito e esconde os seus bens, esvaindo-se da penhora e do arresto. Em outros termos, a execução, na maioria das vezes, frustra-se por conduta inaceitável por parte da executada e não por negligência ou inércia por parte da exequente, que mesmo utilizando-se de todos os meios

disponíveis, não consegue localizar o sujeito passivo ou bens de sua titularidade. E em tais casos, se aceita a caracterização da prescrição intercorrente pelo mero decurso de cinco anos, tem-se o instituto da prescrição sem a ocorrência da inércia do credor, o que se mostra inadmissível.

### 3 O CONTEÚDO GLOBAL DO ART. 40 DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL

As análises desenhadas no tópico antecedente - referentes à natureza jurídica do instituto da prescrição -, adequam-se, com perfeição, ao conteúdo do *caput* e dos §§ 2º e 3º do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais:

"Art. 40. O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá os prazos de prescrição.

...

Parágrafo 2.: Decorrido o prazo máximo de um ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

Parágrafo 3. Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução".

Verifica-se que a inviabilidade do desenvolvimento normal da execução em virtude da não localização do executado e de bens da sua propriedade não é ato que se atribua à responsabilidade da exequente, mas da parte executada. Em consequência, não se pode sujeitar o sujeito ativo, nestas condições, ao efeito da prescrição: ela possui como fato gerador o não exercício do direito de ação pelo lapso temporal estipulado em lei, o que implica a efetiva possibilidade do exercício. Ocorre que não se pode falar da possibilidade do exercício quando o

executado mantém-se em lugar incerto ou quando não há bens, de sua propriedade, conhecidos; em decorrência, não se pode, igualmente, falar da inércia do credor.

Em razão destas constatações, a lei de execuções fiscais determina a suspensão do feito e da prescrição quando presentes as situações descritas no *caput* do art. 40. Vê-se: é um imperativo e não uma faculdade! Ainda dispõe a lei de execuções fiscais que se passar mais de um ano, sem que seja localizado o devedor ou bens de sua propriedade, o processo será arquivado; estipula, entretanto, o desarquivamento, *a qualquer tempo*, para o prosseguimento da execução, quando localizados o executado ou bens suficientes para a garantia da dívida.

E tudo isto significa: enquanto não localizado o executado ou bens de sua titularidade, o feito executório é passível de ficar suspenso por um ano, após o quê será arquivado, por tempo indeterminado – período em que não corre a prescrição. Tanto que, *a qualquer momento*, o processo poderá prosseguir, em sendo localizado o executado ou os seus bens. Trocando em miúdos: não corre a prescrição enquanto não for conhecido a localização do executado ou de bens de sua propriedade, já que, nestas condições, não se pode falar de ação exercitável ou da negligência do credor.

Eis, sobre o assunto, algumas decisões judiciais proferidas antes da introdução do § 4º ao art. 40:

“Súmula 6 do TRF da 2 região: Execução fiscal suspensa com base no art. 40 da Lei 6.830/80 não pode ser julgada extinta, mas arquivada sem baixa na distribuição, após o término do prazo da suspensão”.

“É pacífico no STJ o entendimento no sentido de só admitir o arquivamento, no caso do art. 40 da lei 6.830, sem baixa na distribuição” (STJ – 1 Turma, Resp 150-063-PE, DJU 2.3.98).

Veja-se que nas situações descritas no *caput* do art. 40 e nos seus §§ 2º e 3º, a providência a ser tomada é a suspensão e o arquivamento, não a extinção; no caso de arquivamento, inclusive, nem se admite a baixa na distribuição. O que significa que após um ano de suspensão,

caso permaneça sem localização o executado e bens de sua propriedade, o único procedimento possível é o arquivamento e não a extinção do processo de execução; ocasião em que ele estará em estado de latência, mas não extinto. Tanto que, *a qualquer momento*, havendo a localização do executado ou de bens de sua propriedade, prossegue-se com a execução, não se cogitando da prescrição.

Frisa-se: este procedimento estipulado nos §§ 2º e 3º e no *caput* do art. 40 está em estrita consonância com a natureza do instituto da prescrição, assim como com os mais importantes princípios do direito tributário e administrativo tributário: estado fiscal; praticabilidade; isonomia; impessoalidade da administração pública.

## 4 PRINCÍPIOS DO DIREITO TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

### 4.1 A PRATICABILIDADE

A praticabilidade é um princípio que vem ganhando notoriedade em países estrangeiros. Aqui no Brasil, prestigiada doutrina, como a de autoria de Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho, trata da imprescindibilidade da adoção de mecanismos de praticabilidade, para que seja garantida a efetiva realização das normas impositivas tributárias.

É a praticabilidade, pois, o princípio que estipula a adoção de mecanismos que simplifiquem os procedimentos de aplicação da lei e de cobrança das obrigações tributárias por ela imposta, de maneira que as normas sejam realizadas no caso concreto. Urge salientar que, na época atual, diante da complexidade econômica e das normas impositivas tributárias, que alcançam o sujeito passivo na quase totalidade dos seus atos e situações reveladoras de riqueza, em muito alterou-se a configuração do procedimento de aplicação da lei tributária: atualmente, na grande maioria dos tributos, o sujeito passivo responsabiliza-se pela aplicação e pelo pagamento da obrigação tributária sem anterior manifestação da Fazenda Pública – lançamento por homologação – que se mantém em posição de retaguarda, fiscalizando o correto cumprimento das obrigações acessórias e principais.

Por outro lado, ao fiscalizar e ao lançar, a Fazenda vem respaldando-se em tabelas de cálculo, plantas genéricas e presunções relativas; o que significa que a atividade fazendária de constituição do crédito tem-se realizado dentro do que é comum e normal às situações – modo de pensar tipificante –, deixando de lado as peculiaridades do caso concreto. Argumentos de tal jaez – peculiaridades do caso concreto –, têm-se reservado ao processo administrativo tributário de iniciativa do contribuinte, ou seja: o primeiro momento, a cargo da Administração Pública, é o da generalização; já o momento posterior, que trata das singularidades do caso concreto, fica sob a iniciativa do sujeito passivo, a quem é atribuído o início do processo administrativo tributário na situação em que o lançamento não corresponde à realidade ou não se encontra em conformidade com o ordenamento jurídico.

Outros exemplos avultam-se: presunção de legitimidade do ato administrativo do lançamento; constituição do título executivo extrajudicial, unilateralmente, pela Fazenda Pública; presunção de liquidez e certeza do título executivo extrajudicial vencível, tão somente, na ação de embargos; etc. Em suma, verifica-se que os mecanismos de simplificação da aplicação e da cobrança do direito tributário, naturalmente, têm-se impregnando e avultado na prática jurídica.

Neste assunto, cabe trazer à colação José Casalta Nabais, quando oferta as notícias dos novos focos de controle de constitucionalidade, em Portugal e na Alemanha, que se atém tanto nas inconstitucionalidades das normas gerais e abstratas, como nas inconstitucionalidades das normas procedimentais que apresentam *déficits* de execução da lei.

Como explica o autor, é uma revolução metódica, uma vez que ao se pretender controlar os resultados de aplicação da lei, o objeto do controle de constitucionalidade deixa de ser apenas a lei em abstrato, para passar a ser, também, o seu alcance fático ou a sua eficácia material concreta, abrangendo não só o processo legislativo e o respectivo resultado, mas os procedimentos administrativos necessários à execução legal<sup>3</sup>.

Vê-se que mais do que uma sugestão ou um fenômeno, a utilização de mecanismos que simplificam os procedimentos de aplicação

e de cobrança das normas impositivas tributárias tem-se tornado uma exigência, em alguns países, estando sujeitos ao controle de constitucionalidade de eficácia material da lei. Não por menos, tem a praticabilidade atingindo fórum de princípio, que é norma jurídica dotada de coação.

#### 4.2 PRATICABILIDADE E ESTADO FISCAL

Faz-se interessante falar da finalidade do princípio da praticabilidade: a efetiva realização da norma geral e abstrata ao caso concreto. Referida finalidade é das mais importantes, uma vez que realiza os interesses públicos de grande relevância – imposição de deveres pecuniários.

Aqui, urge fazer um parêntese: o tributo, após a adoção do Estado fiscal, é o instrumento responsável pelo sustento estatal e pela continuidade do serviço público, consistindo no mais relevante dever social. Em outros termos: com a instauração do estado liberal burguês pela revolução francesa, iniciou-se o processo de afastamento entre o Estado e a sociedade. Acreditava-se que a realidade social e econômica deveria decorrer, naturalmente, das relações privadas, que apenas teriam de sujeitar-se às intervenções estatais nas searas imprescindíveis à manutenção da ordem pública interna e externa; era o Estado Guarda Noturno.

Neste contexto, não mais se aceitava a existência de um Estado patrimonial: a atuação estatal na produção e circulação de bens e serviços. A exploração da atividade econômica passou a gravitar na disponibilidade exclusiva da iniciativa privada, até porque, a separação entre o Estado e a sociedade, nesta esfera considerada, mostrou-se fundamental ao equilíbrio na concorrência. Frisa-se que até os dias atuais ainda são prolíferos os debates referentes à possibilidade de o Estado explorar a atividade econômica sob a justificativa, única, da necessidade de recursos financeiros, o que se dá, precisamente, em razão das constatações dos desequilíbrios gerados na concorrência pela atuação estatal como agente empresarial.

Mas o fato é que mesmo sendo o atual contexto econômico e social profundamente diverso do constante dos sécs. XVIII e XIX, a

Revolução Francesa deixou como legado um modelo econômico cujas vigas mestras se encontram presentes na maioria dos países ocidentais, dentre os quais se encontra o Brasil: a produção de riquezas pela iniciativa privada e a transferência de parcela destas ao Estado, que se sustenta por atividades de transferência e não mais de produção.

Eis a razão de se ter afirmado que o pagamento de tributos é o mais relevante dever social: através do adimplemento dos impostos e das contribuições não sinalagmáticas – tributos de natureza contributiva –, sustenta-se o Estado, possibilitando a realização das suas funções.

Os mecanismos de praticabilidade, portanto, ao simplificar a aplicação e a cobrança das obrigações tributárias impostas legalmente, realizam o Estado fiscal, permitindo que o ente público prescindia da produção de riqueza através de um efetivo processo de transferência de recursos da iniciativa privada para os cofres públicos. E neste ambiente de *exigência jurídica* referente à estruturação de eficazes mecanismos garantidores do fluxo tributário, não há coerência em adotar-se instrumentos que obstem a atuação do sujeito ativo, o que decorreria da aplicação da prescrição intercorrente pela mera literalidade do § 4º, do art. 40, da Lei de Execuções Fiscais.

#### 4.3 PRATICABILIDADE, ISONOMIA E IMPESSOALIDADE

Ademais, possibilitar que a norma impositiva tributária alcance todos os seus destinatários, implica o respeito à igualdade e à impessoalidade em matéria administrativa tributária. Neste ponto, faz-se importante esclarecer que o critério utilizado para igualar e desigualar duas pessoas ou situações em matéria tributária é a capacidade contributiva, o que realiza a aspiração fiscal ao igual sacrifício econômico; se todos prestam os tributos de caráter contributivo – custeio dos gastos públicos – de acordo e no limite das suas riquezas, todos sofrerão o mesmo impacto econômico, o que além de justo e isonômico, mostra-se imprescindível ao equilíbrio da concorrência entre os agentes produtivos.

Ocorre que a isonomia não apenas é realizada pela elaboração de normas gerais e abstratas impositivas de tributos tecnicamente justas,

que utiliza a capacidade contributiva para equiparar e desequiparar pessoas e situações. Antes, é fundamental que as normas que imponham obrigações de pagar tributos sejam, devidamente, aplicadas e cobradas, de maneira que se realize no caso concreto o que está disposto de forma geral e abstrata na lei.

A noção primeira, inclusive, da igualdade perante a lei, reportava-se à atividade de aplicação, no sentido de que as normas devem alcançar todos os seus destinatários. Apenas com a evolução da prática jurídica, com o afastamento das concepções liberais e com a instauração e fomentação da mentalidade constitucional, é que se aceitou o exame do conteúdo da norma geral e abstrata, no sentido de ela equiparar ou desequiparar mediante critérios e técnicas aceitos constitucionalmente. Entretanto, frisa-se: a preocupação inicial, e que ainda faz-se presente, era no sentido de que a lei estivesse sendo aplicada, indiscriminadamente, a todos os seus destinatários.

E a impessoalidade em matéria administrativa é decorrência específica da isonomia na aplicação da lei. O fato é que a garantia da isonomia tributária e da impessoalidade em matéria administrativa tributária encontra-se na dependência da efetiva aplicação da lei ao caso concreto; e isto, no atual contexto econômico e social, apenas faz-se possível com a utilização de mecanismos que simplifiquem o processo de aplicação e cobrança dos tributos – princípio da praticabilidade tributária.

Ocorre que a praticabilidade restaria em letra morta, caso entendido que o §4º, introduzido ao art. 40 da Lei de Execuções Fiscais, adotou a prescrição intercorrente, mesmo não se caracterizando a inércia do sujeito ativo. Tal seria privilegiar a informalidade e a má-fé processual, deixando no desabrigo a realização dos mais importantes interesses sociais: a percepção de tributos. Mais: a adoção da prescrição intercorrente na ausência da negligência do credor tributário implicaria verdadeira sanção premial ao cidadão que não cumpre com o seu mais caro dever social, o que além de afronta direta à isonomia e à impessoalidade, é inconciliável com a moralidade administrativa.

## 5 COMPETÊNCIA PRIVATIVA TRIBUTÁRIA E SEPARAÇÃO DOS PODERES

Ainda releva argumentar que a prescrição intercorrente nos termos proposta, ao extinguir a ação diante da não caracterização da inércia do credor tributário e ao traçar cominho inverso ao da praticabilidade, interfere na competência tributária dos entes federados.

Destarte, os entes federados – União, Estados, Distrito Federal e Municípios - possuem competência tributária privativa para a criação de impostos, o que equivale à possibilidade de criar normas materiais impositivas de impostos e normas formais reguladoras dos procedimentos de aplicação e cobrança dos impostos. Como dispõe o art. 30, III:

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

III – **Instituir e arrecadar** os tributos de sua competência, bem como aplicar as suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei”.

Vê-se que a competência tributária envolve todo um complexo cuja finalidade final consiste na arrecadação de recursos tributários advindos de fontes privativas. Em outros termos: a competência é, também, para arrecadar, o que se encontra ao abrigo do princípio da praticabilidade e sob o controle constitucional – segundo o entendimento de Cortes constitucionais da Europa – da eficácia da norma tributária.

E tudo isto significa que ao introduzir-se a prescrição intercorrente, independente da inércia do credor, tem-se a interferência e mesmo um sério óbice à competência dos demais entes federados – que não a União Federal – de obter os recursos tributários; o que se faz inadmissível.

É verdade que a União Federal, através de normas gerais expedida por lei complementar, tem competência para dispor acerca da obrigação

tributária, do crédito tributário, do lançamento, da prescrição e da decadência em matéria tributária – art. 146, III, b. Entretanto, além do veículo qualificado – lei complementar, o que não se deu no caso específico -, é basilar constatar que a possibilidade de regulamentação limita-se aos contornos de caráter geral, de maneira a possibilitar uma harmonia normativa básica entre os diversos ordenamentos jurídicos existentes no Brasil - federal; estadual e municipal -, o que está em conformidade com as exigências do princípio federativo.

Ocorre que longe se vai do traçado característico dos contornos básicos a imposição da prescrição intercorrente, independente da inércia do sujeito ativo. Neste ponto, vale até salientar o entendimento doutrinário de que foge à característica de norma geral a estipulação de prazos específicos para a prescrição e decadência; eles deveriam ser fixados por cada ente federado com vistas à complexidade de cada tributo e ao aparelhamento de cada Fazenda, o que significa: cada qual, dentro das suas possibilidades logísticas e da complexidade técnica dos tributos que impõem e que administram, é que deveriam regular as minúcias temporais quanto à aplicação e a cobrança, de maneira a conceder-se plena eficácia à competência privativa de instituir e arrecadar impostos.

E como já dito e redito: a prescrição intercorrente, além de não se caracterizar como norma geral do instituto da prescrição – consistindo, mesmo, em afronta à natureza ontológica de referido instituto - interfere, prejudicialmente, na competência privativa tributária, obstante a atividade de cobrança ao prever a extinção do crédito tributário independente da inércia do credor.

## 6 PROPOSTA FINAL PARA A LEITURA DO §4º DO ART. 40

Por conta do acima mencionado, é importante reler o § 4º, do art. 40, da Lei de Execuções Fiscais, de maneira a tentar conciliá-lo com o *caput* e com os §§ 2º e 3º, com o instituto da prescrição e com os princípios do direito tributário. **Nestes termos, a única solução é ler o dispositivo legal polemizado no sentido de que a prescrição intercorrente ocorre quando, após localizado o proprietário ou**

**bens de sua propriedade, o credor não promove, no transcurso de cinco anos, o desarquivamento e o prosseguimento da ação executiva.**

Apenas desta forma, caracterizar-se-ia a inércia do sujeito ativo, não brigando o § 4º do art. 40 da lei de execuções fiscais com o instituto da prescrição, com os princípios do direito tributário - praticabilidade, isonomia e impessoalidade - e com a competência privativa tributária em instituir e arrecadar tributos, uma vez que os fundamentos e finalidades da prescrição não seriam alterados: sancionar o sujeito ativo que negligencia os seus deveres-poderes de diligenciar, em juízo, pela realização efetiva da lei.

De outra sorte, referida leitura do § 4º da Lei de Execuções fiscais o harmonizaria com o *caput* e os demais parágrafos de referido dispositivo legal, que estão em estrita conformidade com a natureza da prescrição de extinguir o crédito, após a perseverança da inércia do credor, por um determinado lapso temporal, em lançar mão de prerrogativas processuais exercíveis.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, entende-se que a percepção de que a prescrição intercorrente é passível de ocorrer independente da inércia do particular contraria a natureza do instituto da prescrição, que se caracteriza pelo caráter exercitável da ação e pela inércia do credor. Eis a razão de afirmar-se que o fato gerador da prescrição é a inércia continuada do sujeito ativo, durando o prazo de tempo estipulado em lei, em ajuizar e exercer prerrogativas processuais em uma ação exercitável.

Por outro lado, a adoção de prescrição intercorrente sem a caracterização da negligência do credor se contrapõe às exigências da praticabilidade - adoção de mecanismos que simplifiquem o procedimento de aplicação e cobrança dos deveres tributários, de maneira que as normas impositivas de tributo sejam, efetivamente, realizadas. Diga-se, ainda, que a prescrição intercorrente, ao dificultar a realização da obrigação tributária, choca-se com o modelo do Estado fiscal, consistindo em empecilho à realização da isonomia e da impessoalidade

em matéria administrativa tributária. Sem mencionar que, obstando a arrecadação, o instituto em comento interfere nas competências privativas do ente municipal.

Por fim, urge salientar que a interpretação meramente literal do § 4º contraria o conteúdo do *caput* e dos §§ 2º e 3º do art. 40 da Lei de Execuções fiscais, que foram estruturados em total sintonia com a natureza ontológica da prescrição. De maneira a poder afirmar-se: a impossibilidade de ler-se o §4º, introduzido ao art. 40, como autorização à caracterização da prescrição, após o transcurso do prazo legal, independente da inércia do credor.

Desta feita, é necessário relar o mencionado dispositivo legal de forma a concilia-lo com a prescrição, com os princípios tributários aqui mencionados e com o conteúdo global do art. 40, o que apenas se faz com a seguinte interpretação: **a prescrição intercorrente ocorre quando, após localizado o proprietário ou bens de sua propriedade, o credor não promove, no transcurso de cinco anos, o desarquivamento e o prosseguimento da ação executiva.**

## 8 BIBLIOGRAFIA

- Baleeiro, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualização e complemento de Misabel  
Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2004.  
Coelho, Sacha Calmon. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.  
Leal, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência; teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 11.  
Nabais, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almediana, 1998.

## 9 NOTAS

- 1 Antônio Luís da Câmara Leal. *Da prescrição e da decadência; teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 11.
- 2 Antônio Luís da Câmara Leal, op. cit., pp. 16 e 17.
- 3 José Casalta Nabais. *O dever fundamental de pagar tributos*. Coimbra: Livraria Almediana, 1998, pp. 470 e 471..

## 2.7 - A IMPORTÂNCIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

**Maria Darlene Braga Araújo**

Mestranda em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza-  
UNIFOR

Coordenadora e Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito  
Imobiliário da UNIFOR

Professora do Curso de Graduação em Direito da UNIFOR

Presidente da Comissão de Direito Imobiliário da OAB/CE

Assessora jurídica do 2º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca  
de Fortaleza do Estado do Ceará

### SUMÁRIO

- 1 Considerações Iniciais
- 2 A Teoria da Separação dos Poderes e a Garantia dos Direitos Fundamentais
  - 2.1 Direitos Fundamentais
  - 2.2 A Teoria da Separação dos Poderes
- 3 Os Poderes do Estado e a Garantia dos Direitos Fundamentais no Brasil
  - 3.1 A Efetivação dos Direitos Fundamentais e o Estado Democrático de Direito
- 4 A Atividade Jurisdicional e o Papel do Judiciário na Modernidade
  - 4.1 O Conselho Nacional de Justiça e o Judiciário
- 5 Considerações Finais
- 6 Bibliografia

“Os tribunais, porém, não estão apenas ao serviço da defesa de direitos fundamentais; eles próprios, como órgãos do poder público, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais”.

J. J. Gomes Canotilho

O "sistema de separação de poderes" de Montesquieu é objeto de debate nesta pesquisa como uma das garantias dos direitos fundamentais. Nesse sentido, lembra-se que a vida em sociedade exige a limitação de direitos do homem. Todavia, alguns de seus direitos são erigidos à categoria de fundamentais, aqueles considerados como sendo o mínimo para uma vida harmônica e para a própria preservação do homem. Os direitos fundamentais, as gerações de direitos e as suas origens são aspectos abordados. Lembre-se que a garantia de tais direitos pode correr risco se, no exercício de suas atribuições, um dos poderes estatais afrontar outro ou violar, negar ou diminuir um direito fundamental. Assim, são demonstradas as garantias dos direitos fundamentais face aos poderes estatais. Destaca-se a relação entre a efetivação dos direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito. Em seguida, destaca-se a supremacia funcional do Judiciário, que controla os demais e, por tal razão, merece atenção para que também seja controlado. Nesse sentido, é sugerida a criação do Tribunal Constitucional nos moldes dos verificados na Itália, Alemanha, Espanha e Portugal. O Tribunal Constitucional é a forma histórica mais desenvolvida em matéria de controle da política e do direito e fundamental para a concretização dos direitos fundamentais. Por fim, acrescenta-se que o Conselho Nacional de Justiça, criado na Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, não pode ser considerado como um órgão de controle externo do Judiciário.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nota-se, no contexto nacional, que os Poderes do Estado estão cada vez mais se distanciando do povo, verdadeiro titular do Poder. Tal falta de aproximação põe em risco a democracia e o próprio Estado, pois tende a desrespeitar os direitos fundamentais e a privilegiar os poucos que fazem parte da elite que margeia os agentes que executam as funções do Estado.

O artigo está didaticamente dividido em quatro tópicos centrais (1. Direitos Fundamentais, 2. A teoria da "separação dos poderes" e a garantia dos Direitos Fundamentais, 3. Garantias face aos "poderes" do Estado e 4. A atividade jurisdicional e o papel do Judiciário na

Modernidade), utiliza a metodologia analítica e argumentativa e a idéia da abordagem desenvolvida foi inspirada no Capítulo 03 (Judiciário e Garantias dos Direitos Fundamentais – O Tribunal Constitucional) do livro do professor José de Albuquerque Rocha, intitulado "Estudos sobre o Poder Judiciário", passando, em seguida, pelo crivo das opiniões formuladas por diversos doutrinadores sobre o assunto em tela.

É iniciado com a definição dos direitos fundamentais, demonstrando a importância de sua existência no ordenamento jurídico no sentido de proteger os indivíduos do Estado, dos outros indivíduos e de assegurar uma vida harmônica para o homem em sociedade. Tais direitos variam conforme a época em que são estabelecidos, assim como mudam os anseios do povo, não sendo, portanto, imutáveis e nem uma lista fechada.

Diante desse contexto de evolução, abordam-se as diversas gerações de direitos e, ainda, a origem constitucional dos direitos fundamentais face às constituições rígidas e flexíveis, diferenciando-os, por fim, de suas garantias.

Através da pesquisa realizada, conclui-se, sem hipérbole, que os direitos fundamentais têm função fundamentadora e legitimadora do sistema jurídico-político de um Estado de Direito.

Em seguida, o artigo converge para demonstrar a importância do sistema de "separação de poderes", estabelecido por Montesquieu para garantir os direitos fundamentais, fazendo, no entanto, uma crítica quanto à aplicação rígida dos conceitos teorizados pelo referido filósofo.

O texto converge para a conclusão de que a "separação dos poderes" é necessária e que não induz a quebra da unidade do Poder Estatal, partindo-se, então, para a indicação de mecanismos de defesa dos direitos fundamentais face aos Poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Tratando sobre as garantias dos direitos fundamentais face aos Poderes do Estado, percebe-se que o Judiciário possui superioridade funcional em relação aos demais e, por tal razão, precisa ter seus atos fiscalizados.



Abordando a teoria do Estado Democrático de Direito, percebe-se que a vida em sociedade exige delimitação de direitos e que a existência de direitos formais converge para a concretização destes.

Versando sobre a atividade jurisdicional e o papel do Judiciário na modernidade, vem à tona a doutrina tradicional que encara o papel do juiz como sendo meramente técnico, tentando, como isso, manter o intérprete amarrado à lei: distante do povo e próximo da elite política e econômica. Todavia, este artigo mostra que o Judiciário tem responsabilidade pelos resultados sociais de suas decisões e é capaz de ser autor de importantes mudanças sociais. Para isso, precisa aplicar mais os princípios e não somente a lei.

Por fim, a presente pesquisa objetiva indicar um sistema de garantia dos direitos constitucionais, nos moldes europeus: independente dos demais poderes e de composição democrática; vinculado direta e indiretamente à soberania popular; capaz de interpretar e aplicar a vontade do titular do poder contida na Constituição: o Tribunal Constitucional. Sob este enfoque, destaca-se que a criação do Conselho Nacional de Justiça, através da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, está muito distante de concretizar o ideal a que se presta o Tribunal Constitucional, nos moldes já efetivados em vários países europeus. Conseqüentemente, esta pesquisa bibliográfica, busca despertar uma consciência crítica sobre os atuais atos do Poder Judiciário e o seu importante papel transformador da realidade social e, ainda, demonstrar que a supremacia do Judiciário sobre os demais poderes e que o alto grau de discricionariedade dos atos judiciais pode macular os direitos fundamentais, devendo ser limitado, para se tenha uma real proteção.

## 2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tratar sobre a Teoria da Separação dos Poderes e sua influência na efetivação dos direitos fundamentais exige, primeiramente, que se estabeleça o que são os direitos fundamentais e, em seguida, que a Teoria da Separação dos Poderes seja abordada em sua forma originária, com base no pensamento de Montesquieu, evoluindo para a elaboração de uma crítica sobre a aplicação de tal teoria na hodiernidade.

### 2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, é necessário que se estabeleça o que são Direitos Fundamentais, o que faz com muita propriedade José de Albuquerque Rocha (1995, p. 57): “Embora apareça óbvio e até tautológico, entretanto, não é demais recordar que os direitos fundamentais são, principalmente, direitos, cujos titulares são pessoas, individualmente consideradas, ou grupos sociais”. Ainda sobre o assunto, o citado doutrinador acrescenta (1995, p. 58): “Os direitos fundamentais são assim denominados por serem conferidos pela Constituição e por terem a função fundamentadora e legitimadora do sistema jurídico-político do chamado Estado de Direito”.

Pode-se dizer, ainda, que se trata de uma situação de vantagem conferida a um sujeito em face de outro sujeito a quem é imposto um dever, cujo beneficiário é, obviamente, o titular do direito.

Os direitos fundamentais possuem também **função de prestação social**, que significa o direito do particular de obter algo através do Estado; **função de proteção perante terceiros**, demonstrando o dever do Estado de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos, e **função de não discriminação**, através da qual o Estado se compromete a tratar os seus cidadãos fundamentalmente iguais (princípio da igualdade).

Canotilho (1999, p. 383), ao tratar sobre direitos fundamentais, empresta a seguinte lição:

“Os direitos fundamentais cumprem a função de **direitos de defesa** dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.

É bom ressaltar que quando se fala em direitos fundamentais, trata-se do **mínimo de direitos que devem ser preservados para que o homem possa viver em sociedade e preservar sua espécie**. E, ainda, para que a convivência em sociedade seja harmônica, com o mínimo de conflitos possível. Havendo conflitos, o que é inevitável em sua completude, o Direito é responsável pela criação de mecanismos para dirimi-los. No entanto, este artigo não se presta a discorrer sobre tais mecanismos que ficarão à margem desta discussão.

Dessa forma, podem ser entendidos como instrumentos de alcance da paz, uma vez que respeitadas as individualidades, diminuem-se as hostilidades. São invioláveis, autônomos, irrenunciáveis, inalienáveis, imprescritíveis, como nos diz a tese desenvolvida por Valério de Oliveira Mazzoli (2002, 62-65).

Não se pode deixar de lembrar que a doutrina emprega diferentes terminologias ao tratar sobre os referidos direitos. Neste diapasão, expõe José Afonso da Silva (1991, p. 164):

“Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, **aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas**. No qualificativo fundamentais, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas **sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive**; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas, formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significam direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais”.

Considerando os direitos fundamentais como um mínimo, conclui-se que não são absolutos. São limites impostos com a finalidade de preservação de tais direitos, mas nunca para serem compreendidos de maneira absoluta. Corroborando com este pensamento, o constitucionalista brasileiro **Alexandre de Moraes** (2003, p. 46) afirma o seguinte:

“Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)”.

Continuando na linha de entendimento do citado doutrinador, os direitos constitucionalmente consagrados são limitados uns pelos outros. Assim, aplicando tal conclusão a esta pesquisa, o direito de propriedade pode ser limitado pelo direito à dignidade da pessoa humana e vice-versa, por exemplo. Tal limitação culmina numa interligação de tais direitos.

Outro aspecto importante que não pode ser esquecido é que, além dos direitos constitucionais serem limitados por outros direitos da mesma categoria, eles limitam a esfera de imposição dos comandos estatais e conseqüentemente reduziram a sujeição do indivíduo às determinações da vontade geral, o que foi ratificado pelas declarações dos direitos fundamentais do homem. Ao mesmo tempo, os direitos inerentes à esfera privada da atividade humana foram consideravelmente ampliados.

Sabe-se que não existe uma lista fechada de tais direitos, até porque o homem está em constante processo de evolução social, sobretudo, de suas idéias. Assim como **Bobbio** (1992, p. 77) coloca em sua obra *A Era dos Direitos*, cada sociedade reclama em um dado momento histórico pela consagração de determinados direitos como sendo fundamentais, como ocorreu e ainda ocorre com o direito de propriedade em diversos momentos sociais e políticos.

“Numa sociedade em que só os proprietários tinham cidadania ativa, era óbvio que o direito de propriedade

fosse levado a direito fundamental, do mesmo modo, também foi algo óbvio que, na sociedade dos países da primeira revolução industrial, quando entraram em cena os movimentos operários, o direito do trabalho tivesse sido elevado a direito fundamental”.

Ainda nesta linha de desenvolvimento de raciocínio, Miracy Barbosa de Souza Gustin (1999, p. 144), ao comentar as teorias de Bobbio, menciona que “Para Bobbio, cada vez mais, os chamados direitos fundamentais exigem a referência a contextos sociais determinados”. Nesse mesmo sentido, José de Albuquerque Rocha (1995, p. 58) assim leciona:

“Sabemos, da Teoria Geral do Direito, que a ordem jurídica realiza sua tarefa de proteger os interesses existentes na sociedade de dois modos essenciais. Inicialmente, o ordenamento jurídico cumpre sua missão de tutela dos interesses, escolhendo na massa indiferenciada desses interesses aqueles que, segundo o sistema de valores correspondentes às forças sociais dominantes em um dado momento histórico, são considerados os mais convenientes à estabilidade e reprodução de uma dada forma de organização social”.

É fácil observar, portanto, que os direitos fundamentais acompanham a evolução das relações sociais, razão pela qual em momentos históricos distintos, surgiram as gerações dos direitos, cada uma delas ressaltando seus respectivos valores inerentes. Pode-se apontar que a *liberdade* foi o valor guia dos direitos da primeira geração e a *igualdade material* o valor subjacente aos direitos da segunda geração (direitos de cunho social, econômico, cultural etc.). Os direitos da terceira tiveram como fundamento o valor da *solidariedade*, já que se caracterizam por sua incidência universal na vida das pessoas e por exigirem, para sua efetivação, os esforços da comunidade a pressupor a solidariedade (ROCHA, 1995, p. 58).

Em continuidade, é pertinente chamar a atenção sobre a origem constitucional dos direitos fundamentais, chamando atenção para

a diferença desse nascimento nos sistemas de Constituição flexíveis e rígidas. Nos primeiros, a lei ordinária, estando colocada no mesmo nível da Constituição, está autorizada a modificar ou revogar as normas constitucionais. No outro, como no nosso, a lei ordinária, não podendo modificar a Constituição, confere aos direitos fundamentais uma especial capacidade de resistência, assegurando-lhe, assim, uma posição de grande importância no sistema de direitos subjetivos.

Refletindo sobre a rigidez de nossa Constituição, é pertinente trazer a contribuição de Paulo Bonavides (2000, p. 267) em sua obra “Curso de Direito Constitucional”, segundo o qual, desse requisito de reforma constitucional resulta outro atributo de nosso sistema constitucional, a hierarquia das normas face à Constituição, como se observa no trecho a seguir:

“As constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede, pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos”.

Acrescenta-se, ainda, que os direitos fundamentais são dotados de uma garantia reforçada. Nesse ponto, faz-se necessário distinguir o reconhecimento do direito e a garantia deste. Passando, então, a discorrer sobre as garantias, pode-se afirmar que são, portanto, as técnicas utilizadas pelo ordenamento jurídico para realizar sua função de proteção dos diversos interesses existentes na realidade social, pois se sabe que o estudo da fenomenologia do homem em sua dimensão social e política nos leva a concluir por sua natural vontade de agregar-se a seus semelhantes. Obviamente, essa vida gregária impõe limitações às liberdades naturais, pois, socializando-se, o homem precisa dos outros para realizar e aprimorar suas habilidades, desenvolver

a cultura e laços de afetividade. Todavia, toda esta socialização necessita convergir para a criação de mecanismos de proteção dos interesses individuais e coletivos.

Resumidamente, pode-se afirmar que as garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade. Por fim, resta lembrar a conclusão do professor José de Albuquerque Rocha (1995, p. 60) sobre a garantia do direito:

“A essa nova técnica destinada a realizar, na prática, o direito, no caso de sua violação, dá-se, justamente, o nome de *garantia*. Assim, a garantia é o nome técnico que se dá ao mecanismo finalizado à restauração do direito nos casos de sua lesão ou ameaça de lesão”.

## 2.2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Na obra *Do Espírito das Leis* de Maquiavel, foi formulada sistematicamente a técnica da **separação dos poderes**, princípio constitucional de maior prestígio de toda a idade liberal, segundo o qual em cada Estado se podem distinguir três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Cada um deles com suas funções, sendo vedada a união de todos eles em uma única pessoa, oportunidade em que desaparece a liberdade e a segurança jurídica.

Todavia, José Afonso da Silva (1991, p. 100) levanta a tese de estudiosos anteriores a Montesquieu que já preconizavam o princípio da “separação” dos poderes:

“O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles. John Locke e Rousseau também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.9.1787. Tornou-se, com a Revo-

lução Francesa, um **dogma constitucional**, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que **não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes**, tal a compreensão de que ela constituiu técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é”.

Paulo Bonavides (2000, p. 136) no livro *Ciência Política* também assegura que o princípio da separação dos poderes foi sistematizado na obra de **Montesquieu**, que **“o empregou claramente na salvaguarda da liberdade”**. Todavia, tal princípio conheceu precursores já na antiguidade, citando os seguintes:

“Distinguiu Aristóteles a assembléia-geral, o corpo dos magistrados e o corpo judiciário; Marcílio de Pádua no *Defensor Pacis* já percebera a natureza das distintas funções estatais e por fim a Escola do Direito Natural e das Gentes, com Grotius, Wolf e Puffendorf, ao falar em *partes potentiales summi imperii*, se aproximara bastante da distinção estabelecida por Montesquieu”.

Analisando a teoria da “separação dos poderes” proposta por Montesquieu, Zaffaroni (1995, p. 82) afirma que o “sociólogo do direito” **denunciava a concentração de poder**, pois sempre que há poder sem controle opera-se o **abuso do poder**. Neste sentido, interpreta Montesquieu da seguinte forma:

“Entendo Montesquieu sociológica e politicamente – e não jurídica e formalmente – não resta dúvida de que ele quer significar que o poder deve estar distribuído entre órgãos ou corpos, com capacidade de regetem-se de forma autônoma com relação a outros órgãos ou corpos, de modo que se elida a tendência “natural” ao abuso”.

Não é demais ressaltar a moderna idéia que se tem acerca da indivisão do “Poder Estatal” (**O poder é uno. As funções e os órgãos**

que as desenvolvem é que são separadas), lembrando a necessária repartição das funções estatais para evitar que sejam exercidas de modo totalitário, destruindo as liberdades individuais, assim como prevê a teoria de Montesquieu.

Dessa forma, percebe-se que o **equilíbrio entre os poderes** configura importante instrumento de defesa da liberdade e da segurança do cidadão, pois controlando e limitando os outros, funciona como se fosse **um sistema de pesos e contrapesos**, dificultando os abusos e atentados às liberdades.

“Concluindo, vê-se que o sentido histórico e ideológico do princípio da separação dos poderes, desde sua origem até os dias atuais, é evitar a concentração do poder, servindo, assim, como instrumento de defesa dos direitos e liberdades fundamentais frente ao absolutismo e à ditadura”. (ROCHA, 1995, p. 62).

Críticas apontam para a incompatibilidade entre a existência dos três poderes e o poder soberano do Estado (uno e indivisível). Todavia, o ensinamento de **José de Albuquerque Rocha** (2001, p. 110) vai de encontro a tais afirmações infundadas, pois, na realidade, a divisão não se opera apenas na forma de realizar as funções Estatais. Afinal, percebe-se que a “separação dos poderes” e a unidade do poder Estatal são, sim, distintos, mas compatíveis:

“Não se trata, pois, de um *poder* no sentido substancial da palavra, como o é o poder soberano do Estado, inclusive porque isto negaria a unidade do referido poder do Estado, o que não é possível, porque implicaria a negação do próprio Estado”.

É de grande valia destacar e enfatizar que o princípio da separação de poderes não pode ser aplicado de forma radical. Nesse sentido, o constitucionalista Paulo Bonavides (2000, p. 146), na obra “Ciência Política”, desenvolve sua tese se referindo ao tema e afirma:

“Vêmo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um

desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda”.

Ao tratar sobre a divisão dos poderes, **Alcino Salazar** (1975, p. 33) também estabelece que “o que prevalece é a partilha do poder entre agentes ou grupos diversos, embora sob critério artificial”. Com este mesmo entendimento, destaca-se o posicionamento de **Wilson Accioli** (1985, p. 264):

“De sorte que o importante é não abandonar a aplicação do princípio da divisão dos poderes, conforme recomendam alguns publicistas, sob a alegação de que é incompatível com as exigências da época moderna; o importante é descobrir-lhe novas condições de aplicabilidade, adaptando-o aos critérios modernos, sem, no entanto, descaracterizá-lo, ou despojá-lo de sua essência e propósitos originais”.

É oportuno estabelecer o momento sócio-político vivenciado por Maquiavel quando desenvolveu o sistema de “separação” de poderes. Uma época onde todo o poder estava concentrado no monarca. Então, sua teoria teve ainda a função não só de evitar o absolutismo, mas também de distribuir as diversas funções do Estado entre as classes que o compõem. Dessa forma, os direitos das variadas classes sociais/econômicas estariam preservados por seus representantes nos “distintos” poderes. Assim, a “separação dos poderes” estaria cumprindo sua função de proteção de direitos.

### 3. OS PODERES DO ESTADO E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Adotada a “divisão dos poderes”, nota-se patente “a necessidade de elaborar mecanismo para garantir os direitos fundamentais contra a eventualidade de ataques oriundos desses novos centros de poder”.

Assim, além de estabelecer as funções de cada um dos poderes, é necessário que estes sejam limitados, para que não se perca o fim de sua tripartição, o Estado Democrático de Direito, como assevera **Alexandre de Moraes** (2004, p. 180):

“Não existirá, pois, um Estado Democrático de Direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados à democracia que a falta de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura”.

Falando sobre os poderes do Estado, destaca-se que o **Poder Legislativo** é a organização estatal finalizada, preponderantemente, à criação de normas jurídicas gerais e abstratas denominadas de leis e está limitado pela Constituição, pelo povo e, principalmente, pelo Poder Judiciário. Enfatizando tal idéia de submissão do Legislativo ao povo, **Canotilho** (1999, p. 414) afirma o seguinte:

“A vinculação dos órgãos legislativos significa também o dever de estes conformarem as relações da vida, as relações entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os indivíduos, segundo as medidas e directivas materiais consubstanciadas nas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias carecem de uma ordenação legal (ex: o direito de cidadania, o direito de celebrar casamento); outros pressupõem dimensões institucionais, procedimentais e organizatórias “criadas” pelo legislador (ex: o direito de acesso aos tribunais implica a criação e organização de tribunais, bem como a definição de vias processuais adequadas o exercício do direito de antena pressupõe a sua regulação legal).

Como os direitos, liberdades e garantias possuem também uma dimensão objectiva, eles valem como princípios informadores da ordem jurídica que o legis-

lador deve incorporar e mediatizar ao regular as diferenças relações jurídicas”.

A primeira **limitação ao Legislativo** é a própria idéia da existência de uma Constituição como uma norma acima das outras, levando ao estabelecimento de uma **hierarquia entre as normas**, resultado da rigidez de nosso sistema constitucional, como já preconizado neste texto.

**Sieyès**, tratando sobre o Poder Constituinte e a hierarquia das normas, estabelece que as **Leis Constitucionais são fundamentais** (emanadas do órgão constituinte), pois nenhum poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. As leis que estabelecem na esfera legislativa do Poder Constituído são fundadas na vontade nacional antes de qualquer constituição. Já as constitucionais são estabelecidas por uma vontade representativa especial.

Comparando o posicionamento de Sieyès sobre o tema da hierarquia das normas e o Poder Constituinte com a doutrina de **Negri**, é conveniente destacar que no pensamento deste último o Poder Constituinte transcende a produção de normas é um movimento constante e absoluto e não temporário, extraordinário e limitado. Negri não admite a limitação do Poder Constituinte pela soberania e nem que dependa do constituído para existir em sua plenitude. Ademais, no seu entendimento, o Poder Constituinte que dá origem ao direito não poderia deixar de existir com base na supremacia das normas por ele elaboradas. Considera, ainda, que o Poder Constituinte não pode ser considerando estático, ao contrário, é libertador e criativo estando em constante movimento, é uma expansão revolucionária para construir a história. Por fim, para ele o constitucionalismo representa o império da legalidade.

Entendo diferentemente, afinal, o constitucionalismo pode ser entendido como o império dos direitos e garantias fundamentais e para isto a idéia de Poder Constituinte não deve ser assim tão revolucionária.

Nesse momento de reflexão, é salutar destacar que uma consti-

**tuição rígida** como fonte primária do ordenamento jurídico também pode ser considerada como uma **limitação ao Legislativo e a primeira garantia dos direitos fundamentais em face dele**. Outra garantia de tais direitos seria a **proibição de emendas** que os tenham como objeto, e, ainda, a instituição do **mandado de injunção**, que protege o titular dos direitos fundamentais contra a omissão do legislador em regulamentá-los, objetivando, assim, através do **Judiciário**, viabilizar seu exercício no caso concreto, visando à mudança social. (ROCHA, 1995, p. 63 - 65).

Sabe-se que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata segundo o texto constitucional, assim é o comentário de **Canotilho** (1999, p. 412):

“**Recorde-se o sentido fundamental desta aplicabilidade directa:** os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da *autoria interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum*, mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais. Lembremos de novo que se esta idéia de aplicabilidade directa significa uma *normatividade qualificada*, nem sempre os direitos, liberdades e garantias dispensam a concretização através das entidades legiferantes. Por outras palavras: a aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em *direitos subjectivos, concretos e definitivos*”.

Assim, o ordenamento jurídico pátrio prevê instrumentos para assegurar esta aplicabilidade imediata, como o já citado mandado de injunção, criação brasileira de suma importância, assim como define o professor **José de Albuquerque Rocha** (1995, p. 64):

“O mandado de injunção é criação original e sumamente importante do constituinte brasileiro. Com

efeito, trata-se de mecanismo pensado com o objetivo de garantir, através do Judiciário, a atuação dos valores superiores da Constituição, de que os direitos fundamentais são um desenvolvimento, mesmo contra a inércia do legislador ordinário em regulamentar-lhes o exercício.

Para nós, o mandado de injunção só pode ser entendido adequadamente, no contexto do Estado social, organização estatal estrutural e funcionalmente distinta do Estado liberal, pois visa à transformação da sociedade no sentido de sua igualdade substancial, enquanto o Estado liberal visa à conservação do “status quo”. O mandado de injunção é, justamente, um dos instrumentos pré-ordenados à concretização desse objetivo, no caso de inércia do legislador ordinário na emissão das normas regulamentadas dos valores e princípios constitucionais, visando à mudança social”.

Todavia, vale lembrar que se o mandado de injunção (tão inovador e útil) não atingir seu objetivo, existem outros **mecanismos para que o povo possa expressar sua vontade** (democracia directa), exercendo, directamente, a soberania, inclusive, na defesa dos direitos fundamentais contra as agressões do legislador, tais como o **plebiscito**, o **referendo** e a **iniciativa popular**, todos aptos a serem utilizados como **instrumento de proteção dos direitos fundamentais frente aos atos lesivos do Legislativo**.

Acrescenta-se, ainda, a garantia mais importante dos direitos fundamentais em face do legislador é constituída pelo **controle da conformidade dos atos legislativos às normas constitucionais**. Quanto ao **órgão judiciário competente para conhecer e julgar a questão da constitucionalidade** dependerá do objeto da ação. Se a ação tem por *objeto principal* o problema da constitucionalidade, a competência é privativa do Supremo Tribunal Federal. Se, porém, o problema da constitucionalidade é apenas *objeto incidental* da ação, então, a competência é difusa, vale dizer, de qualquer órgão judiciário. (ROCHA, 1995, p. 65). Ainda sobre o mandado de injunção, dada

a sua relevância, não é demais trazer à baila a conceituação feita por **Alexandre de Moraes** (2004, p. 180):

“O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à *síndrome de inefetividade das normas constitucionais*”.

Voltando a tratar sobre o controle da conformidade dos atos legislativos às normas constitucionais, **Gilmar Ferreira Mendes** (1998, p. 299) entende que a análise da omissão do legislador feita pelo Judiciário em sede de apreciação de mandado de injunção configura controle de norma face aos preceitos constitucionais, pois “embora a omissão do legislador não possa ser, enquanto tal, objeto do controle abstrato de normas, não se deve excluir a possibilidade de que essa omissão venha ser examinada no controle de normas”. E continua mencionando o seguinte:

“Particular atenção dedicou o constituinte à chamada “omissão do legislador”. Ao lado do mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, c/c art. 102, I, *q*, introduziu a Constituição, no art. 103, § 2º, o processo de controle abstrato da omissão. Tal como o controle abstrato de normas, pode o controle abstrato da omissão ser instaurado pelo Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesa de uma Assembléia Legislativa, Governador do Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (1998, p. 41)”.

Quanto ao **Poder Executivo**, a Constituição Federal também

prevê garantias dos direitos fundamentais face ao exercício dessa função. A primeira delas é o **princípio da legalidade**, que pode ser definido como a exigência de **submetimento do Executivo ao direito** (1), em sentido amplo e não só como lei. Outra garantia é o **princípio da reserva da lei** (2), que exige a **regulamentação dos DF** como sendo da **competência do Legislativo**, através da lei. Assim, o Executivo fica a possibilidade de fazê-lo, eliminando-se, o risco de violar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais a pretexto de regulamentá-los. Por último, o **controle jurisdicional feito pelo Judiciário** (3). (ROCHA, 1995, p. 66). Sobre o assunto, **Canotilho** (1999, p. 416/417) discorre da seguinte maneira:

“A administração (entenda-se: as várias administrações públicas, central, regional ou local, directa, indirecta, autónoma e concessionada) está vinculada às normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias. Isto significaria em todo o rigor: (1) a administração, ao exercer a sua competência de execução da lei, só deve executar as leis constitucionais, isto é, as leis conforme aos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias; (2) a administração, ao praticar actos de execução de leis constitucionais (leis conforme os direitos fundamentais), deve executá-las constitucionalmente, isto é, interpretar e aplicar estas leis de um modo conforme os direitos, liberdades e garantias”.

Ainda tratando sobre a atuação do **Poder Executivo**, é importante destacar a tese desenvolvida por **Argelina Figueiredo** e **Fernando Limongi**, segundo a qual o Poder Executivo comanda o processo legislativo, minando o Congresso, tendo como resultados a atrofia do Legislativo e a transformação do Executivo no principal legislador de fato e de direito. Tal constatação afronta o princípio da “separação dos poderes”, destacado nas linhas anteriores.

A pesquisa dos citados autores demonstra que apesar das conquistas do Congresso tais como: a participação no processo orçamentário e controle das finanças públicas, suas competências exclusivas para legislar, inclusive a apreciação das concessões para exploração de ser-



viços de radio-fusão e televisão, a derrubada do veto presidencial e a criação de comissões permanentes. O Presidente, embora com menos poderes, continuou com a possibilidade de editar medidas provisórias, assemelhadas aos decretos-lei, demonstrando a intervenção do Executivo no Legislativo, o que pode refletir diretamente sobre a garantia dos direitos fundamentais.

Acrescente-se a tal crítica a possibilidade do Presidente de editar, unilateralmente, a agenda dos trabalhos legislativos. Assim, o processo legislativo continua dirigido e controlado por um número restrito de parlamentares, os membros do colégio de líderes, que desprezam o trabalho das comissões.

Outrossim, não é demais lembrar que o colégio de líderes é composto pelo Presidente da Câmara, líderes da maioria e minoria dos partidos e dos blocos parlamentares, com função de órgão auxiliar da mesa diretora da casa, mas com a principal tarefa relativa à organização dos trabalhos legislativos, ou seja, elaborar a agenda com a previsão das proposições a serem apreciadas. Dessa forma, os líderes possuem posição privilegiada no processo legislativo, na direção dos processos, através de sua manifestação. Podendo ainda utilizar os expedientes da tramitação urgente e a urgência urgentíssima.

Conclui-se, portanto, que o colégio de líderes tem grande controle sobre a pauta dos trabalhos legislativos o que demonstra claramente a preponderância de pequeno número de parlamentares, desvalorizando a atividade dos demais membros, colocando em risco toda a estrutura do Estado e, principalmente, o interesse do povo, titular do Poder.

Lembra-se, por fim, que as leis que emanam do Executivo tem caráter "econômico-administrativo" e as do Legislativo, "social" em razão de suas competências legislativas. Nota-se, portanto, uma continuidade legal do período autoritário e do atual no que diz respeito às regras de relação entre Executivo e Legislativo. Os poderes do Presidente são infinitamente superiores aos de outrora o que compromete as garantias dos direitos fundamentais e os próprios direitos.

Passando à análise das **garantias face ao Poder Judiciário**, não é demais lembrar que os direitos fundamentais são **dirctos de aplicação imediata** (Art. 5º, § 1º, CF) e vinculam não só o Legislativo e

Executivo, mas, igualmente, o Judiciário. Nesse sentido, destaca-se o pensamento de **Canotilho** (1999, p. 420), a saber:

Os direitos fundamentais podem também vincular os actos jurisdicionais com "normas de decisão". Agora, não se trata de captar o efeito vinculativo das normas consagradoras de direitos fundamentais como "normas de organização" ou de "processo", mas como *medidas de decisão material-jurisdicional* (Lorenz: *Grundrechte als Urteilsmaßstab*).

Embora ao Judiciário caiba, apenas, "aplicar" os direitos fundamentais, a verdade é que a "aplicação" pressupõe a "**interpretação**", o que possibilita a violação dos direitos fundamentais, **limitando-lhes o conteúdo normativo essencial, seja negando-lhes aplicação**.

Sabe-se que a atividade do juiz não é a de mero aplicador da norma positiva. Ao contrário, é um dos principais atores no processo de produção do direito. Todavia, o resultado dessa postura ativa pode ir de encontro com os direitos fundamentais, o que há de ser evitado, afinal, o julgador não está isento de cometer "injustiças" constitucionais. Na esteira desse raciocínio, **Eros Roberto Grau** (1997, p. 185) trata sobre a prudência do direito:

"Em um quadro de vida – de movimento, pois – é que suportamos o desafio da prudência do direito: o da coexistência, diante de um mesmo problema, de uma multiplicidade de soluções corretas. Daí porque força é sustentar que inexistente, no direito, o *verdadeiro*, mas tão-somente o *aceitável* (justificável). O sentido do *justo* comporta, sempre, mais de uma solução".

No intuito de evitar interpretações que afrontem os direitos fundamentais, o nosso ordenamento jurídico prevê algumas garantias destes face ao exercício da função do Judiciário, entre as quais o Professor **José de Albuquerque Rocha** (1995, p. 67-69), destaca algumas. Cada uma delas seria um bom tema a ser desenvolvido em artigo próprio, razão pela qual serão apenas indicadas neste momento, sem um maior aprofundamento teórico. São elas:

a) a motivação das decisões que incube a todos os órgãos judiciários; b) fundamentação legal das decisões; c) a independência e imparcialidade do juiz; d) o devido processo legal; e) o mandado de segurança contra ato abusivo de autoridade judiciária violador de direito fundamental líquido e certo de que não caiba recurso regular; f) mandado de injunção; g) recursos.

### 3.1 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Tratando sobre a aplicabilidade da democracia em muitos países, cumpre fazer uma reflexão sobre a existência de uma democracia de "fachada", onde somente os direitos políticos existem e há tamanha desigualdade econômica e social. Em sua visão poucas são as democracias que conferem todos direitos, civis e políticos, simultaneamente, e que mesmo os que conferem somente os primeiros, são defesas do autoritarismo. Então, considerar Democracia tão somente os Estados onde a justiça social seja verificada é temeroso, pois condenaria quase todos os Estados Democráticos existentes.

Sobre o assunto, muito bom é o estudo elaborado por Guillermo O'Donnell (2000, p. 337-373). No entendimento do citado autor, democracia seria um meio termo entre as igualdades formal e material, pois a primeira leva à segunda como consequência, ou seja, é uma potência. Todavia, deve haver um mínimo de condições materiais para não pôr em risco o exercício da autonomia do cidadão em muitas esferas de sua vida. Essa dimensão intermediária resulta de interação dos aspectos políticos e dos sócio-econômicos, medida conforme o grau de efetivação dos direitos, correspondente, ainda, ao grau de civilização plena, civil e política, alcançada pela população adulta.

Nesse sentido, o Estado de Direito pressupõe uma aplicação justa da legislação existente, sem levar em consideração diferenças de classe, condição social ou poder dos cidadãos, adotando procedimentos pré-estabelecidos e conhecidos por todos, o que conduz à segurança jurídica e a pacificação social, fim último colimado pelo Direito. Dessa forma, pode-se considerar que as políticas públicas são destinadas a

corrigir as desigualdades, visando atingir a igualdade material e não só o formal.

O esquema evolutivo dos direitos no mundo ocidental inicia-se com a incorporação dos direitos burgueses aos códigos. Posteriormente, houve a instituição do Estado de Direito (constitucionalização), ou seja, a passagem do Estado Absolutista ao Moderno. Em seguida, o estabelecimento dos direitos políticos, e, por fim, a instituição do Estado Bem-Estar, que cuidou dos direitos sociais, especializadas e menos universalistas em seu conteúdo. Todavia, não se pode olvidar que nos países latino-americanos houve a inversão na ordem evolutiva de tais direitos, pois primeiro tiveram reconhecidos os direitos políticos e, somente depois, os direitos civis foram efetivados de forma incompleta.

Cumpre destacar, ainda, que para muitos políticos a manutenção da miséria é uma forma de perpetuação do poder e que as lacunas existentes na legislação brasileira, atreladas aos erros na aplicação da legislação, a falta de acesso ao Judiciário, a ilegalidade, a impunidade, o Estado paralelo e o excesso de burocracia, podem ser apontadas como falhas do Estado brasileiro e de muitos países da América Latina, que dificultam o processo de efetivação dos direitos fundamentais.

Outrossim, sabe-se que o Estado de Direito deve ser igualitário e não discriminatório, onde a hierarquia das leis deve ser respeitada e a Constituição é a lei que sempre se encontra no ápice. Ademais, o Executivo deve ser regido por regras, as quais devem ser públicas, claras e estáveis. O Estado deve ser regido por normas públicas que regulem os atos privados, ter um Judiciário Independente, com Tribunais onde haja perfeita delimitação de atribuições e sejam acessíveis aos titulares do Poder. Por fim, ter órgãos de prevenção ao crime que não possam deturpar a lei. Dessa forma, todos os agentes do Estado, públicos e privados, devem respeitar as leis (Estado de Direito), tendo em vista que este visa preservar as liberdades e, se assim o for, será considerado um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Ainda na esteira deste raciocínio, os indivíduos devem ter autonomia e responsabilidade. Todavia, deve ser eliminada a tendência de garantir os interesses das classes dominantes através da legislação,

porque tal postura pode acarretar a exclusão de muitos do Estado de Direito e exagerar as vantagens dos privilegiados, criando um verdadeiro Absolutismo de uma classe.

Pode-se concluir com esse arrazoado que o Estado de Direito é um atributo do Estado Democrático e a evolução dos direitos civis e políticos é resultado de longo processo histórico de ampliação. Assim, a plena vigência do Estado de Direito nunca será alcançada em decorrência do próprio processo de evolução humana, que sempre provoca novas aspirações.

Lembre-se que a estrutura social e econômica reflete diretamente nos direitos políticos e civis. Portanto, a pobreza causa redução das capacidades dos cidadãos e das instituições, o que pode acabar alimentando o autoritarismo. Todavia, é importante destacar que a conquista de direitos formais impulsiona a busca pela concretização de outros direitos mais específicos, por tal razão, a tarefa da política democrática progressiva deve ser a luta liberal pela efetividade dos direitos civis formais, em busca de uma sociedade mais igualitária, ou seja, pela efetivação dos direitos fundamentais, constitucionalmente amparados.

#### 4. A ATIVIDADE JURISDICIONAL E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA MODERNIDADE

As garantias dos direitos fundamentais somente se adquirem com um Judiciário apto a transformá-las em realidade, pois este poder controla a atividade dos demais e, formalmente, não é controlado por ninguém, o que demonstra a sua superioridade funcional, a qual pode conduzir seus integrantes a macular o interesse do povo, titular do Poder. Assim, é forçoso concluir que **quem interpreta a Constituição em última instância e com caráter obrigatório para todos, controla a própria Constituição e, por extensão, o Estado e seus Poderes, ao menos quanto ao aspecto jurídico-formal.**

“Resumindo, em um sistema político-jurídico, quem tem a atribuição específica de interpretar sua lei constitucional, coloca-se em posição de proeminência em relação a todos os seus poderes. Converte-se, pois, em

peça capital do sistema, em garantia das garantias dos direitos fundamentais, o que nos permitiria afirmar que, no Brasil, a Constituição não é simplesmente a Constituição, mas a Constituição interpretada pelo Judiciário”. (ROCHA, 1995, p. 70).

Ainda falando sobre o **Judiciário**, a pesquisa de **Werneck** que versa sobre a Judicialização da Política no Brasil, nos empresta grande contribuição ao debate. Segundo o autor, o Judiciário exerce controle sobre a vontade do soberano através do controle abstrato da constitucionalidade das leis. No Brasil, o legislador constituinte conferiu ao STF tal atribuição. Pode-se dizer, então, que as Adins possuem a função de defesa de direitos da cidadania, como também para racionalização da administração pública.

Através da pesquisa, o autor verificou que a maioria das Adins que tramitam no STF tem como propósito modificar políticas econômicas adotadas pelo governo federal sob os auspícios dos dispositivos da Constituição Federal de 1988. Desta forma, as referidas ações se converteram em instrumento de racionalização da administração pública, principalmente as propostas pelos governadores, visando impedir a afirmação de interesses corporativos e de práticas patrimoniais predatórias. Nesse sentido, o STF tem sido cauteloso ao administrar as suas relações com os demais Poderes, **evitando o ativismo judicial, assumindo o papel de guardião dos direitos fundamentais.**

As medidas provisórias consolidam o **ativismo legislativo do Executivo**, instrumento de regulação social em matéria, principalmente de Direito Econômico. Dessa forma, o Poder Judiciário vem se consolidando como ator político e importante parceiro no processo decisório, sendo, portanto, **um recurso das minorias contra as “maiorias” parlamentares.**

Arraigado da doutrina tradicional, o Judiciário assinala resistência em desempenhar papéis que o arrostem a se tornar personagem central no processo de judicialização da política. Todavia, mesmo que muito sutilmente, **o STF começa a migrar de uma posição de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano para do ativo guardião da Constituição e dos direitos fundamentais da pessoa humana.**

Observa-se, portanto, que as Adins desenvolvem importante papel no processo de democratização.

Por oportuno, cumpre frisar o entendimento da **doutrina tradicional** sobre a razão da **ausência de controle externo ou político dos atos judiciais**, pois segundo ela a função de interpretar e aplicar o direito consiste numa **atividade de natureza essencialmente técnica** (lógica, sujeita a regras objetivas), não admitindo valorações ou opções políticas, que importem a criação de direito. Entendendo que **o Judiciário não faz opções, não faz escolhas, nem toma decisões com base em valorações políticas, econômicas ou sociais. Em suma, se o Judiciário não cria direito, se é um "poder nulo"**, como diria Montesquieu, não podendo alterar as normas reguladoras da vida social, nem usurpar a competência dos demais poderes, nem ofender os direitos fundamentais, evidentemente, não tem sentido cogitar de seu controle jurídico – político por um órgão externo.

O certo é que a teoria desenvolvida por Montesquieu sofreu várias críticas, mas sobreviveu, assim como assevera Celso Ribeiro Bastos (1996, p. 312): "o fato é que a doutrina de Montesquieu mostrou-se certamente como a mais persistente doutrina do poder". Sabe-se, todavia, que o pensamento de Montesquieu referente a "separação" dos poderes manteve-se através da modernização de sua interpretação e aplicabilidade. Paulo Bonavides (2000, p. 508 e 512), em Curso de Direito Constitucional, também enfatiza a adoção da multicidadade teoria em nosso Direito Constitucional:

"Nenhum princípio de nosso constitucionalismo excede em ancianidade e solidez o princípio da separação de poderes. Inartredável de todas as Constituições e projetos de Constituição já formulados neste País, desde 1823, data de elaboração do célebre Projeto de Antonio Carlos oferecido à Constituição Imperial, ele atravessou o Império e a República, rodeado sempre do respeito e do prestígio que gozam as garantias constitucionais da liberdade.

De tudo quanto fica escrito, se infere a conclusão fundamental de que o velho princípio rejuvenesceu por

obra de intérpretes e aplicadores de um direito constitucional da liberdade. Voltou assim a fruir a plena atualidade das ocasiões em que foi emblema de resistência a poderes autocráticos e formas de governo havidas por usurpadoras de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana".

Na doutrina moderna, sobre a postura a ser assumida pelo julgador, Eros Roberto Grau destaca o seguinte:

"O juiz não é, tão-somente, como já observei neste ensaio, a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual a autoridade administrativa – e, bem assim, o membro do Poder Legislativo –, vinculado pelo exercício de uma *função*, isto é, de um *dever-poder*. Nesse exercício, que é desenvolvido em clima de *interdependência* e não de *independência* de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até, o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante a **tomada de decisões judiciais**, todo ele – aliás – é um processo de **perene recriação e mesmo de renovação (atualização) do direito**. Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exequível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas *reproduzir*, mas *produzir* direito – evidentemente retido pelos princípios jurídicos".

O professor José de Albuquerque Rocha (1995, p. 71) também critica a doutrina tradicional relativa aos atos do Judiciário, mencionando que "a razão da ausência de controle externo ou político dos atos judiciais, residiria no fato de considerar sua função de interpretar e aplicar o direito como uma atividade de natureza essencialmente *técnica*". Nesse sentido, o referido jurista arremata afirmando o que segue:

"Portanto, *interpretar e aplicar* o direito seriam atividades lógicas, sujeitas a regras objetivas, estritamente, técnicas, não admitindo valorações ou opções políticas, que importem a criação de direito, senão, sua simples interpretação e aplicação, entendidas como funções mecânicas, técnicas".

Não se pode esquecer que a **economia capitalista**, com sua necessidade de "**certeza do direito**" e "**previsibilidade das decisões judiciais**", é que seria a razão justificadora do aparecimento histórico de uma Ciência do Direito de corte lógico-formal, e, por consequência, da concepção do ordenamento jurídico como um todo coerente, completo e unívoco e da figura do "**juiz vinculado**", do juiz "**boca da lei**" (ROCHA, 1995, p. 75).

O fato é que a sociedade moderna, ou melhor, o titular do Poder (o povo), anseia por um Judiciário ativo e renovador, mais próximo de seus anseios, atento às mudanças das relações sociais e ciente do importante papel que desempenha na vida das pessoas e na sociedade de um modo geral. Nesse intuito, o juiz não pode recuar de trabalhar com normas principiológicas e, ao contrário, preferir "aplicar a lei", desprezando a evolução e a crescente complexidade dos problemas inter-pessoais.

Portanto, **uma decisão não deve ser determinada só por elementos lógicos, mas também por fatores políticos, filosóficos, morais** e pressupor a possibilidade de diferentes soluções. Assim, não se pode negar que **o trabalho judicial é político** no sentido de que o juiz, ao decidir, faz opções em função de argumentos políticos em sentido amplo (filosóficos, ideológicos, sociais etc.) e não apenas lógicos. Mas esta discricionariedade, mesmo no intuito de atender os anseios sociais, sob a mais moderna ótica da atuação do juiz, pode acarretar violação, diminuição ou negação de direitos fundamentais.

Apartada da visão de que a atividade do juiz é política, encontra-se a **doutrina tradicional**, onde facilmente se observa a intenção **de induzir o interprete a manter-se aferrado à letra da lei** e de **afastar o juiz do povo** (desvincular-se do titular da soberania e aproximar-se da elite política e econômica).

Nesse momento histórico, nosso país precisa que o **juiz (magistratura e tribunais) entenda sua responsabilidade pelos resultados sociais de suas decisões** e que não deve distanciar-se do povo no exercício de suas atribuições e "aproximar-se" do círculo do poder político e econômico, pois é isto que tem explicado as tendências conservadoras da doutrina tradicional, principalmente, quando nas decisões judiciais estão em jogo valores fundamentais do sistema.

O jurista Eros Roberto Grau (1997, p. 314/315) expressa claramente esta atitude inovadora que o Judiciário tem o dever de assumir em defesa dos direitos fundamentais, no exercício de seus deveres jurisdicionais, a saber:

"O poder Judiciário, então, estará, de uma banda, vinculado pelo *dever* de conferir efetividade imediata ao preceito. De outra, estará *autorizado* a inovar o ordenamento jurídico suprimindo, em cada decisão que tomar, eventuais lacunas que, não estivesse o preceito dotado de aplicabilidade imediata, atuariam como obstáculo a sua exequibilidade.

(Daí porque se afirma que, no caso, o Poder Judiciário é tangido pelo *dever* de prover a exequibilidade (efetividade) imediata do direito ou garantia constitucional".

Dessa forma, nota-se que a doutrina tradicional, que considera o juiz um "mero aplicador da lei", é responsável pela "dificuldade" de efetivar as normas constitucionais e legais promotoras das **mudanças sociais** necessárias à melhoria das condições de vida da população. Tal dificuldade reside, justamente, no fato de que a atitude política do juiz, nesses casos, pode afetar **interesses dominantes**.

As tendências conservadoras afloram, portanto, os interesses da classe econômica e politicamente dominante, configurando um verdadeiro jogo envolvendo os valores fundamentais do sistema, dificultando a efetivação das normas constitucionais e legais promotoras de mudanças sociais necessárias à melhoria das condições de vida da população.

Diante da contaminação do Judiciário pela doença da doutrina tradicional, do alto grau de discricionariedade que dispõe, da potência de controlar os demais poderes, e, por fim, da importante função de guardião dos direitos fundamentais, emerge a necessidade de criação de um novo sistema, a exemplo do que foi adotado em vários países europeus: o **Tribunal Constitucional**.

O **Tribunal Constitucional** é órgão que tem a seu favor o fato de ter sido adotado em inúmeros países (Itália, Alemanha, Espanha e Portugal) de nosso contexto jurídico – cultural, com resultados satisfatórios. Sendo a forma histórica mais desenvolvida que se conhece em matéria de **controle da política e do direito** e a **expressão mais vigorosa da evolução do processo de concretização dos direitos fundamentais**, saindo da mera declaração formal para alcançar a garantia de efetiva concretização material.

Destacam-se, agora, as **razões para a criação de um tribunal constitucional**: 1. Atender a necessidade de **controlar os atos do Judiciário**; 2. Resolver o problema nuclear de um **controle da constitucionalidade dos atos de natureza legislativa**. Lembrando-se que o órgão que tem a competência para controlar a constitucionalidade dos atos legislativos assume posição de máxima importância no sistema jurídico-político porque do ponto de vista funcional lhes é superior, embora, institucionalmente, repouse no mesmo nível dos demais poderes.

O **Tribunal Constitucional** deve ser **independente dos outros Poderes**, e de **composição democrática**, o que significa vinculado, direta ou indiretamente, à **soberania popular**, para interpretar e aplicar a vontade do povo cristalizada na Constituição. Reuniria, assim, mais condições para interpretar uma Constituição progressista e programática como a nossa, vencendo, desta forma a forte resistência dos judiciários desses países às inovações constitucionais. "Daí ser imprescindível urgente a criação de um tribunal constitucional independente dos outros Poderes, e de composição democrática, o que significa vinculado, direta ou indiretamente, à soberania popular, para interpretar e aplicar a vontade do povo cristalizada na Constituição", como assegura o professor **José de Albuquerque Rocha** (1995. P. 80).

É mister enfatizar que o citado jurista considera a criação do **Tribunal Constitucional** com sendo a  **tarefa mais importante do jurista brasileiro nesse momento histórico**, embora tal idéia provoque fortes reações, é tranqüila a convicção de que se trata de um dos princípios básicos do **Direito Constitucional** mais atual, centrado na preocupação de **limitar o poder, defender os direitos e liberdades fundamentais e assegurar a supremacia e permanência da Constituição**.

O jurista cearense, cuja teoria sobre a criação do **Tribunal Constitucional** brasileiro está sendo analisada, aponta os **traços comuns** extraídos dos Tribunais Constitucionais por ele examinados: "a) **Estatuto constitucional**; b) **Designação dos juizes por critérios políticos – democráticos**; c) **Duração do mandato**; d) **Incompatibilidades**; e) **Competência**" (1995, p. 82-83).

Não se pode negar que o Brasil está precisando de um instituto com tais características, para que a democracia seja finalmente consolidada através de sua composição, a qual, como se disse, é diretamente vinculada a soberania popular, corolário do Estado Democrático de Direito. O **Tribunal Constitucional** é o meio eficaz de fiscalização do povo para com seus governantes e de efetivação dos seus direitos fundamentais. Nesse sentido, não é demais trazer a contribuição do jurista **Rocha** (1995, p. 81):

"O tribunal constitucional, pela sua composição democrática, reuniria mais condições para interpretar uma Constituição progressista e programática, como a atual, como demonstram os exemplos da Itália, Alemanha, Espanha e Portugal, entre outros, onde o tribunal constitucional foi a solução encontrada para vencer a forte resistência dos judiciários desses países às inovações constitucionais do pós-guerra.

Finalmente, um **Tribunal Constitucional** vinculado ao titular da soberania popular contribuiria para dar um novo perfil à prática democrática. Dado se a Constituição a mais alta manifestação da vontade do povo, um **Tribunal Constitucional**, com vinculação popular, seria

o instrumento dos governados para controlar, de modo permanente, as decisões dos governantes aos cânones constitucionais, isto é, à vontade do povo”.

Destaca-se também o posicionamento da Professora Lília Maia de Moraes Sales, sobre os Tribunais Constitucionais europeus: “A criação dos Tribunais constitucionais europeus é explicada em razão de critérios de sadia política judiciária” (1998, p. 78).

#### 4.1 O Conselho Nacional de Justiça e o Judiciário

Na recente “reforma” do Judiciário no Brasil, o legislador Federal criou um órgão que aos olhos do povo tende a ser considerado como um ente externo de controle dos atos judiciais e de efetivação dos direitos fundamentais. Todavia, percebe-se claramente que tal Instituição está longe de cumprir tal mister e pode ser entendida como anti-democrática, mais um órgão sem efetividade social.

A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, através do art. 103-B acrescentado à Constituição Federal, instituiu o **Conselho Nacional de Justiça-CNJ**, o qual compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução. O referido Conselho é composto por um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal, um juiz federal de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República entre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal

da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Percebe-se, no parágrafo antecedente, que a **composição CNJ está longe de refletir os princípios democráticos, muito menos de constituir um órgão de controle externo ao Judiciário**. Todos os membros são INDICADOS, nenhum deles eleito. Ademais, será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal.

Acrescenta-se, ainda, que todos os membros do CNJ serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

A EC nº 45 fixa a competência do CNJ como sendo o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla

defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

A norma que instituiu o CNJ determina que o Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, comperindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: I - receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; III - requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Ainda tratando sobre os dispositivos da EC nº 45 que reza sobre o CNJ, vale fixar que junto ao referido órgão funcionarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Ademais, a União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao CNJ.

Analisando a competência atribuída ao CNJ, percebe-se a nítida tentativa de conceder ao referido órgão o título de controlador do Judiciário. No entanto, saindo da superficialidade da análise do tema e adentrando, criticamente, na estrutura administrativa das instituições que irão compor o CNJ, todas hierarquizadas, burocráticas e diretamente vinculadas a elementos subjetivos, nota-se que tal órgão não passa de

mais uma instituição inócua, criada para ludibriar a opinião pública e reforçar os **interesses dominantes**. Trata-se de mais um órgão, dentro da estrutura piramidal estatal, para coibir a independência funcional do juiz abordada na primeira questão deste trabalho.

Na realidade, diante da contaminação do Judiciário pela doença da doutrina tradicional, do alto grau de discricionariedade que dispõe, da potência de controlar os demais poderes e, por fim, da importante função de guardião dos direitos fundamentais, o que emergia era a necessidade de criação de um novo sistema, a exemplo do que foi adotado em vários países europeus, um Tribunal Constitucional e não o CNJ que foi criado e na forma que está constituído.

Assim, a Emenda Constitucional nº 45, que trata sobre a "Reforma do Judiciário", poderia ter abordado esta forma moderna e democrática de efetivação da vontade popular e não criado o CNJ, órgão inócua. Todavia, o legislador deixou escorregar entre seus dedos, tal como água, a oportunidade de conceder aos direitos fundamentais o tratamento privilegiado de que são titulares.

Aqueles que são contrários à criação do Tribunal Constitucional tentam apunhalá-lo com a indagação de quem seria o fiscal de tal instituição. Todavia, esta ferroada não tem o condão de envenenar a brilhante criação democrática eupopéia pelo simples fato de que o Tribunal Constitucional é um grande escudo dos direitos fundamentais e como estaria diretamente relacionado com o povo, em razão de sua composição democrática, não haveria necessidade de controle sobre o mesmo, já que não é possível controlar o próprio "dono do poder". Ao contrário, quem deve ser controlado, fiscalizado e limitado são os que exercitam o poder delegado pelo povo, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, este último com mais intensidade, pois como se viu, tem o condão de controlar os demais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo demonstrou a importância da atuação do Judiciário na produção do Direito. Então, o juiz que já exerce atividade de grande importância para a sociedade deverá utilizar-se de seus atos no intuito de ampliar o seu espectro de interpretação das normas,



abrangendo as principiologicas e não somente a lei em sentido estrito, no intuito de dar mais esta parcela de contribuição para a efetivação dos direitos fundamentais e, assim, assumir o papel de ator no processo de consolidação de mudanças sociais que acompanham as complexas relações que surgem diariamente na sociedade.

Os direitos fundamentais são dotados de garantia reforçada e estas podem ser entendidas como sendo mecanismos de proteção dos primeiros. Tais garantias refletem-se, até mesmo, em face dos diversos "poderes" do Estado.

Lembrando-se, outrossim, que o Poder é uno, indivisível e seu titular é o povo. Apenas o exercício das atribuições estatais é que se distribui com o objetivo de dar operacionalidade às ações do Estado em prol do povo.

Demonstra-se, dessa maneira, a importância da existência dos direitos fundamentais no Estado Democrático, pois protege os indivíduos do Estado, dos outros indivíduos e assegura uma vida harmônica do homem em sociedade. Tais direitos variam conforme a época em que são estabelecidos, assim como mudam os anseios do povo, não sendo, portanto, imutáveis e nem uma lista fechada.

É importante destacar que as diversas gerações de direitos surgem em razão da evolução das relações sociais e, ainda, que a origem constitucional dos direitos fundamentais face às constituições rígidas e flexíveis, lhes trazem maiores ou menores garantias.

Conclui-se, ainda, que os direitos fundamentais têm função fundamentadora e legitimadora do sistema jurídico-político de um Estado de Direito, bem como o sistema de "separação de poderes" estabelecido por Montesquieu, cuja aplicação foi modernizada para evitar extremismos.

Destacando-se os mecanismos de defesa dos direitos fundamentais face aos Poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, percebeu-se que o Judiciário possui superioridade funcional em relação aos demais e, por tal razão, precisa ter seus atos fiscalizados, o que não acontece atualmente, nem mesmo com a Reforma do Judiciário emanada da Emenda Constitucional nº 45.

Dessa forma, o cume do artigo é a indicação de um sistema de garantia dos Direitos Constitucionais, nos moldes europeus: independente dos demais poderes e de composição democrática; vinculado direta e indiretamente à soberania popular; capaz de interpretar e aplicar a vontade do titular do poder contida na Constituição: o Tribunal Constitucional.

Sabe-se que a participação de todos de forma direta é um ideal longe de ser alcançado, mas a participação do povo, demonstrando sua vontade e tendo seus direitos fundamentais concretizados, poderá ser efetivada através da formação democrática do Tribunal Constitucional, o qual tem se mostrado eficaz a estes propósitos nos países onde foi instalado. Tal instituto, além de garantir a efetivação dos direitos fundamentais, tem o condão de coroar a democracia e seus princípios primários: igualdade, liberdade e participação popular. Destaca-se ainda, que a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de Dezembro de 2004, a qual trata sobre a "Reforma do Judiciário" poderia ter abordado esta forma moderna e democrática de efetivação da vontade popular e não ter criado o Conselho Nacional de Justiça, órgão inócuo e anti-democrático. Desta forma, percebe-se que o legislador deixou escorregar entre seus dedos, tal como água, a oportunidade de conceder aos direitos fundamentais o tratamento privilegiado de que são titulares.

Conclui-se, portanto, que este artigo desempenha importante papel no processo de conscientização do povo, sobre a titularidade de seu poder e das garantias de seus direitos fundamentais, resgatando o conceito de nação democrática e aproximando os "mundos sistêmico e vivido", diminuindo, assim, a exclusão social.

Resta lembrar que a análise deste tema configurou uma tarefa árdua, a qual foi aceita com a curiosidade que me é inerente. Enfim, a pesquisa tem o condão de contribuir para a evolução da ciência e, conseqüentemente, influenciar no aprimoramento das relações sociais na busca das almejadas: segurança jurídica e justiça social, através de uma moderna interpretação do Direito que deve ser levada a punho pelo Judiciário.

## 6 BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLI, Wilson. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense. 1985.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros. 10 ed. 2000.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Portugal: Almedina, 3 ed. 1999.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub, LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. São Paulo: FGV. s.d.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros. 1997.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *Das Necessidades Humanas aos Direitos: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos & Cidadania: À luz do novo Direito Internacional*. Campinas: Minelli. 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva. 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 2004.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2003.
- MORAIS, Lília Maia de. *O Poder Judiciário e os desafios do Estado contemporâneo*. Fortaleza: Tribunal de Justiça/ESMEC. 1998.
- NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte - ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A. 2002.
- O'DONNELL, Guillermo. *Democracia, Violência e Injustiça - O Não Estado de Direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra. 2000.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros. 1995.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 5 ed. 2001.
- SALAZAR, Alcino. *Poder Judiciário - Bases para Reorganização*. Rio de Janeiro: Forense. 1974.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 1992.
- SYEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituição Burguesa - Qu'est-ce que le Tiers Etat?* Trad. de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris. s.d.
- VIANNA, Luiz Werneck, CARVALHO, Maria Alice Rezende de, MELO, Manuel Palácios Cunha, BURGOS, Marcelo Baumann Burgos. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Revan. s.d.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 1995.

## 2.8 - DIREITO DE SUPERFÍCIE

**Elise Aquino Avesque**  
Procuradora do Município de Fortaleza  
Aluna da Especialização em Direito  
Processual Civil da ESMEC.

### SUMÁRIO

- 1 Introdução
- 2 Visão histórica
- 3 Conceito
- 4 Características do instituto no Direito Brasileiro
- 5 Natureza jurídica
  - 5.1 Direito de superfície X arrendamento
  - 5.2 Direito de superfície X usufruto
  - 5.3 Direito de superfície X servidão
  - 5.4 Direito de superfície X enfiteuse
- 6 Conclusão
- 7 Bibliografia

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho direciona-se ao estudo de um antigo instituto que, com delineamentos mais modernos, foi recentemente reinserido no Direito Brasileiro — o direito de superfície.

Com efeito, a redefinição da propriedade, tornando-a um instrumento para o desenvolvimento do homem enquanto membro de uma sociedade, e não um fim em si mesma, é um fenômeno mundial, pelo menos em se considerando o direito ocidental.

O resgate do direito de superfície, em uma nova formulação, é uma das novidades trazidas pelos juristas com o escopo de contribuir para a formulação de uma nova política de uso racional e socialmente adequado do solo urbano e rural.

Buscar-se-á desvendar um pouco desse instituto, examinando suas

especificidades e procedendo a uma diferenciação de outros institutos com os quais o direito de superfície é comumente associado.

## 2 VISÃO HISTÓRICA

Nas palavras do mestre Caio Mário da Silva Pereira<sup>1</sup>: “O direito de superfície é um desses institutos que os sistemas jurídicos modernos retiram das cinzas do passado, quando não encontram fórmulas novas para disciplinar relações jurídicas impostas pelas necessidades econômicas ou sociais”.

De fato, partindo do princípio de que tudo aquilo que se edifica ou planta adere ao solo – *omne quod solo inaedificatur, vel implantatur, solo cedit* (Gaius), o Direito Romano por largo tempo desconheceu esta figura jurídica.

Entretanto, com a necessidade de fixar as pessoas nas terras para manter o domínio pleno, Roma passou a arrendar as suas terras a particulares, por meio do instituto do “*ius in agro vectigali*”, ou “*ager vectigalis*” - espécie de arrendamento perpétuo ou de longo prazo (cem ou mais anos) - mediante o pagamento de *cânon* anual. Registra-se que, com a finalidade de solucionar o problema do plantio e do cultivo de imensas glebas de terras, os latifundiários também arrendaram as suas propriedades, ampliando-se a forma da ocupação e do cultivo das terras particulares, nos moldes dos arrendamentos praticados pelo Estado e outras pessoas jurídicas.

Esses arrendamentos, a princípio concedidos em longo prazo, vieram, por vezes, a sê-lo perpetuamente, impondo, sempre, a contrapartida ao arrendatário - a obrigação de construir em terreno locado e a de pagar um *cânon* anual (*pensio* ou *solarium*) ou uma quantia única pela locação do solo. O arrendatário não tinha mais do que o uso e a fruição da edificação.

Após todo esse desenvolvimento, a superfície tornou-se, no direito Justiniano, um direito real de uso e fruição sobre edifício construído em terreno de outrem, tratando-se, outrossim, de direito alienável e transmissível aos herdeiros.

Portanto, embora os romanos tenham formalmente preservado

a inteireza do princípio de que tudo o que à propriedade era acrescido ou nela era incorporado pertenceria, por acessão, ao proprietário, o mesmo foi mitigado pela necessidade de adaptação às condições sociais dos novos tempos vividos à época pelos romanos, surgindo, então, o direito de superfície.

No direito moderno, a figura do direito superficiário encontrou sucedâneo na locação, na divisão da propriedade (*dominium utile*), na servidão.

O Código Civil Francês ignorou o instituto da superfície, o mesmo acontecendo com os que a ele se filiaram. O Código Civil Alemão (BGB de 1896), reforçando o princípio *superficies solo cedit*, assenta a regra da pertinência das construções e plantações, ao proprietário do solo. O mesmo ocorreu com o nosso Código Civil de 1916, que nenhuma disposição continha sobre o direito de superfície, apesar de ter sido realidade vivenciada no Brasil dos idos tempos do Império.

O novo Código Civil italiano (de 1942) imprime disciplina ao “direito de superfície” (arts. 952 a 956). O mesmo acontece com o Código Civil Português de 1966 (arts. 1524 a 1542).

Movido por exigências advindas de certas práticas negociais, o Direito Brasileiro acolheu instituto semelhante ao do direito de superfície com a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/79), mas a consagração do instituto só se deu recentemente, com o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001) e, finalmente, com o Código Civil de 2002 o inscrevendo no rol dos direitos reais (art. 1.225, II e arts. 1.369 a 1.377).

## 3 CONCEITO

Conceituar o direito de superfície é tarefa das mais árduas, visto que a sua noção e extensão são variáveis de acordo com a legislação de cada país que o adotou. Alguns ordenamentos jurídicos só aceitam o direito real de superfície sobre edificações, outros só aceitam sobre plantações, enquanto a maioria aceita sobre ambos. Da mesma forma, alguns países aceitam que pode haver direito de superfície sobre o

subsolo, enquanto que outros não aceitam, com a justificativa de que a aceitação subverteria o próprio conceito técnico do vocábulo superfície.

A doutrina civilista tradicional brasileira, ao conceituar o direito de superfície, não consegue refletir o estado que o instituto atingiu nos países que o adotaram recentemente, em face até da ausência de estudos sobre o tema neste longo período em que restou afastado da legislação nacional. Clóvis Beviláqua, que não incluiu o direito de superfície no rol dos direitos reais no Anteprojeto de Código Civil, define o direito de superfície como "o direito real de construir, assentar qualquer obra, ou plantar em solo de outrem". Orlando Gomes define-o como "*o direito real de ter uma construção ou plantação em solo alheio*". Já Carlos Maximiliano o concebe como "um direito real, consistente em ter edifício próprio ou plantações sobre terreno alheio".

Outras fontes importantes para a perfeita compreensão da extensão desse importante instituto são as definições extraídas dos diplomas legais dos países que adotam o direito de superfície. O Código Civil português, em seu artigo 1524, afirma que "o direito de superfície consiste na faculdade de ter ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações". Já o diploma legal mexicano, no artigo 55, define o direito de superfície como "o direito real de natureza temporal que o proprietário de um imóvel constitui em favor de outra pessoa denominada superficiário, em forma onerosa ou gratuita, para que este o use e goze com fins de edificação, que se reverterá ao término do prazo estabelecido ao proprietário sem nenhuma obrigação para este". Impende neste ponto destacar que a temporariedade do direito de superfície é caractere essencial deste instituto no Direito mexicano, ao contrário da legislação portuguesa, que admite a superfície temporária ou perpétua.

Já a Lei Civil brasileira mais recente estabelece que:

"Art. 1369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis".

Por todo o exposto, faz-se possível conceituar genericamente o direito de superfície como o direito real, transmissível, temporário ou perpétuo, que o proprietário de um imóvel confere, de forma onerosa ou gratuita, a um terceiro, denominado superficiário, para que este possa plantar ou edificar no terreno pertencente ao primeiro, criando assim uma propriedade distinta da propriedade do solo, denominada propriedade superficiária.

Definido genericamente o instituto, passemos à análise do seu delineamento no direito brasileiro.

#### 4 CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO

Como se depreende do artigo 1.369 do Novo Código Civil, acima transcrito, o direito de superfície constitui-se por instrumento escrito, que reveste obrigatoriamente a forma pública, com registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Trata-se de concessão temporária, fixando o documento constitutivo o tempo de duração. Surge, em consequência, uma propriedade resolúvel (art. 1.359). No caso de o proprietário superficiário efetuar um negócio jurídico que tenha por objeto o direito de superfície, ou no de sucessão *causa mortis*, o adquirente recebe-o subordinado à condição resolutiva, importando, portanto, em extinção do direito à resolução da propriedade superficiária do antecessor — *resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis*.

Abre-se, aqui, um parêntese para destacar que, embora esteja legalmente estabelecido que o direito de superfície deva ser concedido por tempo determinado, não se fixou prazo máximo para a concessão, como acontece na legislação da Bélgica (cinquenta anos) e Áustria (mínimo de trinta e oito e máximo de oitenta anos). Assim, pode o dono do solo conceder o direito de superfície por um prazo enorme, tornando-o, na prática, *ad eternum*. Esta é uma preocupação que se deve ter em mente quando da aplicação da norma.

O objeto da superfície pode ser o direito de efetuar uma construção (*ad aedificandum*) ou plantação (*ad plantandum*). Ressalte-se,

porém, o parágrafo único do art. 1.369, o qual dispõe que o direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

No Direito Romano, admitia-se o pleno gozo das construções contra o pagamento de uma prestação anual – o *solarium*. O Código Civil de 2002, em seu art. 1.370, considera a constituição da propriedade superficiária gratuitamente, quer por ato entre vivos, quer como disposição de última vontade. Ou permite a sua contratação onerosa. Nesse último caso, pode consistir a remuneração em pagamento parcelado ou periódico, ou mediante participação nos frutos (naturais ou civis) da coisa. Pode ainda ser estipulada a contraprestação em quantia certa, paga de uma só vez, antecipadamente ou não.

Na falta de convenção em contrário, incumbe ao superficiário o pagamento dos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel, bem como as despesas de conservação ou manutenção (art. 1.371). Caio Mário defende que “O descumprimento deste dever poderá ser sancionado com a resolução do direito de superfície, uma vez constituído o superficiário em mora”.<sup>2</sup> A lei, entretanto, não é explícita sobre tal sanção, restando à prática definir seu alcance.

Quanto à extensão do direito, a transmissão entre vivos do direito de superfície que tem por objeto construção implanta-se como transferência da propriedade resolúvel, e encontra paralelo no direito italiano e português. Mas a alienação que tem por objeto plantações deve ser encarada com cautela, porque o direito ao plantio é sempre gerador de desavenças.

Por morte do superficiário, a concessão transmite-se aos seus herdeiros.

O Código proíbe ao proprietário do solo cobrar qualquer taxa ou retribuição pela transferência do direito de superfície.

O art. 1.373 confere o direito de preferência em caso de alienação, seja do imóvel ou da superfície, ao superficiário ou ao proprietário, respectivamente. Mais uma vez nos valendo da obra de Caio Mário, leciona o mestre que, em se tratando de direito patrimonial de caráter privado, a preferência na aquisição pode ser

objeto de transação ou renúncia, sendo lícito consignar esta última no instrumento de constituição.

No que concerne à extinção, o art. 1.374 prevê a mudança de destinação como causa extintiva da superfície, quer se trate de construção, quer de plantio.

Além desta hipótese, poderá resolver-se a superfície se o superficiário não concluir a construção ou a plantação no prazo estabelecido, pelo decurso do prazo; pela inviabilidade da construção ou plantação, ou destruição de uma ou de outra; pela confusão, quando na mesma pessoa reúnem-se as condições de proprietário do solo e da superfície; pelo descumprimento dos encargos impostos ao superficiário; pela falta de pagamento das prestações periódicas, quando adotada esta modalidade de remuneração; pela desapropriação; por outra causa extintiva, expressamente avençada, ou, no caso de constituição por testamento, estabelecida pelo testador.

Têm os interessados a faculdade de avançar o que melhor lhes convenha, para o caso de ficar extinta a superfície. Na falta de estipulação, a propriedade do solo fica liberada do direito concedido ao superficiário, sem que a este seja devida qualquer indenização (art. 1.375). A planta ou a construção incorpora-se ao solo em definitivo, retornando ao princípio *superficies solo cedit*. Presume-se que a utilização ou a exploração da propriedade superficiária já constituíram proveito bastante para o beneficiado pela concessão.

No caso de desapropriação na pendência da superfície, é de se considerar o valor desta última, a par do valor do terreno. A propósito, prevê o art. 1.376 que, em caso de extinção da superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um.

Por fim, prevê o art. 1.377 que o direito de superfície constituído por pessoa jurídica de direito público interno rege-se pelas disposições do Código Civil, no que não for diversamente disciplinado por lei especial.

## 5 NATUREZA JURÍDICA

Os autores não se mostram concordes no que concerne à natureza jurídica do direito de superfície. É possível identificar três correntes mais importantes na doutrina: a da tese *unitarista*, que equipara o direito de superfície a diversos outros institutos do Direito Civil; a *dualista*, que concebe a superfície como uma manifestação do domínio dividido e a da superfície como *direito autônomo*. Vejamos cada uma destas posições:

- a) Tese unitarista: Seus defensores conferem à superfície natureza idêntica a de outros direitos reais limitados como o arrendamento, o usufruto, a enfiteuse e a servidão predial. Mais adiante, proceder-se-á à diferenciação destes institutos;
- b) Tese dualista: Atribui ao superficiário a qualidade de titular do domínio útil, assumindo o proprietário do solo a condição de titular do domínio direto ou eminente. Essa posição sofreu inúmeras críticas, pois muitos doutrinadores entendem que a propriedade do superficiário não sofre limitações que procedam dos direitos do dono do solo.
- c) A superfície como direito autônomo: A constituição do direito de superfície consiste na suspensão, enquanto dure a concessão, do efeito aquisitivo da propriedade pela acessão. Assim, deixa de vigorar o axioma *superficies solo cedit* e a regra geral de que o acessório segue o principal. Os doutrinadores que defendem a superfície como um direito real, imobiliário, limitado e autônomo acreditam que a propriedade da superfície é algo isolado da propriedade do terreno. Inclusive, é concedida ao superficiário uma proteção *erga omnes* sobre sua propriedade. Evidencia-se que o direito de superfície é um direito real autônomo, não podendo ser reduzido à categoria dos demais direitos reais limitados

sobre o imóvel alheio. Assim, uma vez concedido, o edifício construído ou a plantação feita pertencem exclusivamente ao superficiário, enquanto o solo continua a pertencer ao seu proprietário – até que a propriedade seja novamente lembrada.

### 5.1 DIREITO DE SUPERFÍCIE X ARRENDAMENTO

Há quem considere a superfície semelhante ao arrendamento, pois este consiste na cessão de uma coisa para uso de outra pessoa, mediante o pagamento de um aluguel, tal qual a superfície é a cessão de uma coisa para uso e gozo de outra pessoa, mediante o pagamento de um aluguel, denominado pelos romanos de *solarium*.

A respeito, esclarece José Teixeira<sup>3</sup> que “a natureza jurídica desses dois institutos - arrendamento e superfície – é diversa, bastando-nos mencionar que se a superfície tem caráter real e confere ao superficiário a propriedade da construção ou plantação, o arrendamento tem caráter estritamente obrigacional, não podendo jamais conduzir o arrendatário a tornar-se dono da coisa arrendada”.

Além disso, destaque-se que a onerosidade é caractere essencial do arrendamento e é opcional no direito de superfície.

### 5.2 DIREITO DE SUPERFÍCIE X USUFRUTO

Aqueles que aproximam tais institutos sustentam que ao constituir-se o direito de superfície, tem origem, em favor do superficiário, um direito de uso e fruição do solo, com a finalidade concreta e específica de nele o superficiário construir.

O usufruto, contudo, é constituído *intuitu personae*, vale dizer, é intransferível, seja entre vivos ou *causa mortis*. Diferentemente ocorre com o direito de superfície, onde o direito é transferível por ato de alienação ou por sucessão hereditária. Outra diferença está em que o usufrutuário é obrigado a respeitar a substância da coisa cedida a usufruto. No direito de superfície não. Aqui, o superficiário pode utilizar a superfície como melhor lhe aprouver, respeitando, apenas, o objeto da avenca.

### 5.3 DIREITO DE SUPERFÍCIE X SERVIDÃO

Equipara-se, ainda, o direito de superfície à servidão predial. A servidão exige a existência de prédios distintos pertencentes a donos diversos (prédio dominante e serviente). O direito de superfície, por sua vez, pode se constituir antes mesmo da edificação.

A equiparação da superfície à servidão, nos casos de terrenos sem construção, resultaria numa incongruência, pois a concessão *ad aedificandum* não teria existência jurídica imediata e poderia não tê-la jamais, se a ela não se seguisse a construção.

### 5.4 DIREITO DE SUPERFÍCIE X ENFITEUSE

Com relação à enfiteuse, as semelhanças entre os dois institutos são ainda mais acentuadas. Afinal, ambos nasceram praticamente juntos no Direito Romano. Mas também existem diferenças conforme anota Artur Oscar de Oliveira Deda<sup>4</sup>, *in verbis*: "As duas figuras jurídicas diferenciam-se profundamente no tocante à extensão dos direitos do superficiário e do enfiteuta, em relação ao solo. Enquanto aquele dispõe, apenas, do direito real limitado de gozo sobre o solo, o enfiteuta – conforme acentua Guilarte – tem das mais amplas faculdades de gozo sobre a totalidade do fundo, incluindo as coisas que estão situadas sobre o próprio solo". Além disso, no direito moderno o *cânion* ou *solarium* (pensão onerosa) não são da essência da instituição superficiária, diferentemente do que ocorre na enfiteuse.

### 6 CONCLUSÃO

Nos últimos anos, tem-se tentado conciliar as normas referentes à propriedade do Código Civil com o preceito disposto no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, o qual consagra a função social da propriedade. Assim, as proposições de redefinição do direito de propriedade não são assunto opcional, mas um imperativo de ordem social, decorrente desses novos conceitos trazidos pela Magna Carta de 1988.

É nesse contexto que se insere o direito de superfície, instrumento voltado tanto para atenuar a crise habitacional, bem como efetivar a

reformulação agrária brasileira. No caso do solo de propriedade do Estado, seria plenamente viável a utilização da concessão da superfície em detrimento da doação pura e simples, para o fim de construção de habitações populares e realização da reforma agrária. Já quanto aos terrenos particulares, os proprietários desinteressados em alienar o imóvel, ou sem recursos para proceder ao seu devido aproveitamento, podem conceder o direito de superfície para que seu terreno seja construído ou plantado. Além de ser um passo para a atenuação do problema habitacional e agrícola, a implementação destas simples medidas teria o condão de gerar milhares de empregos diretos, tanto no campo, como na cidade, no ramo da construção civil, com bastante repercussão na esfera social.

A preocupação que exsurge é a timidez com que foi tratada a matéria. Para um instituto que após mais de cento e trinta anos retorna ao ordenamento jurídico positivo brasileiro, caracterizado de maneira bastante diferente, com uma roupagem mais moderna, seria imprescindível uma regulação mais completa, mais detalhista. Isso evitaria que o direito de superfície possa ser mais um instituto que caia em desuso pela regulação insipiente a que foi submetido.

### 7 BIBLIOGRAFIA

- DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **Direito de Superfície**. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo. v. 26, 1979, p.337-349.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V.4. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. IV**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- TELXEIRA, José Guilherme Braga. **O Direito Real de Superfície**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

### NOTAS

- 1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Vol. IV*, 18ª ed., 2003, pág. 243.
- 2 Ob. cit. pág. 245.



3 TEIXEIRA, José Guilherme Braga. "*O Direito Real de Superfície*". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

4 DEDA, Artur Oscar de Oliveira. "*Direito de Superfície*". Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo. v. 26, 1979, p.337-349.

## 2.9 - A NÃO - CUMULATIVIDADE E SUA INTERPRETAÇÃO PELOS TRIBUNAIS<sup>1</sup>

**Eduardo Braga Rocha**

Especializando em Direito e Processo Tributários - UNIFOR

Ex - Procurador do Estado de Pernambuco

Procurador do Município de Fortaleza

Advogado

### SUMÁRIO

- 1 Introdução
- 2 A não-cumulatividade na Constituição Federal
- 3 A técnica da não-cumulatividade no sistema brasileiro
- 4 O diferimento e a não-cumulatividade
- 5 Aproveitamento de créditos escriturais e extemporâneos
- 6 Bens destinados ao uso, consumo ou ativo permanente
- 7 Isenção, não-incidência e alíquota zero
- 8 Conclusão
- 9 Bibliografia

### 1 INTRODUÇÃO

A não-cumulatividade é um tema bastante discutido entre doutrinadores, não só devido à sua importância em relação à tributação de impostos relevantes para o setor econômico, como o IPI e o ICMS, mas também em virtude de ser uma regra prevista na Constituição Federal de 1988 e que deve ser respeitada por todos, inclusive pelo legislador ordinário e pelo Constituinte derivado.

Trata-se, na verdade, de um direito individual do contribuinte, essencial para se evitar o chamado "efeito cascata", impedindo a oneração de bens essenciais ao consumidor final, que é sem dúvida o contribuinte de fato, pois este suporta o ônus financeiro final da cadeia, em relação aos tributos acima citados.

A não-cumulatividade também tem sido alvo de muitas divergências jurisprudenciais e, sendo assim, analisarei alguns aspectos que têm suscitado maiores embates nos Tribunais pátrios.

## 2 A NÃO-CUMULATIVIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 prevê a não-cumulatividade quando se refere ao ICMS (art. 155, § 2º, I) e ao IPI (art. 153, § 3º, II). Com o advento da Emenda Constitucional nº 42/03, houve o acréscimo do parágrafo 12 ao artigo 195, estabelecendo que a lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a receita ou faturamento e as contribuições do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a ele equiparar, serão não cumulativas.<sup>2</sup>

A não-cumulatividade é tratada por alguns doutrinadores como um princípio constitucional, contudo, essa terminologia não é adequada, pois a característica primordial de um princípio é a sua generalidade e abstração no que tange ao seu conteúdo, diferentemente ocorre com a norma ou regra, onde o seu conteúdo é provido de concretude.

Utilizando os ensinamentos do Professor Hugo de Brito Machado Segundo, a norma é um tudo ou nada, ou seja, ou você cumpre ou descumpre, não havendo meio-termo, já em relação ao princípio, é possível que este seja observado em sua plenitude num determinado caso, e em outra situação é possível que seja observado com menos vigor, sendo passível assim de ponderação.

Então, a não-cumulatividade deve ser tratada como uma regra ou norma, que consiste, grosso modo, segundo define a Constituição, na possibilidade de se compensar o tributo devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores.

Essa regra é tida como um avanço em termos de tributação, visto que o seu objetivo é evitar que os produtos e serviços de cadeia econômica longa, ou seja, aqueles sujeitos a várias fases em que se envolvem muitos fornecedores e compradores, normalmente produtos essenciais aos consumidores, venham a ser penalizados por uma tributação cumulativa em que o valor do tributo pago em uma operação de aquisição não possa ser abatido com o devido em operações de vendas subsequentes.

Sacha Calmon elenca como efeitos danosos dos tributos cumulativos: a distorção da alocação dos recursos econômicos, distorção no preço dos bens, desestímulo à exportação, estímulo à importação, efeitos nos preços finais de aumento progressivo, entre outros.<sup>3</sup>

A não-cumulatividade trata-se, na verdade, de um direito individual do contribuinte, essencial para se evitar o chamado "efeito cascata", impedindo a oneração de bens essenciais ao consumidor final, que é sem dúvida o contribuinte de fato, pois suporta o ônus financeiro final da cadeia, nos tributos classificados como indiretos, como é o caso do ICMS e do IPI.<sup>4</sup>

Sabe-se que os direitos e garantias individuais não podem ser abolidos nem mesmo através de Emenda Constitucional, conforme determina o artigo 60, § 4º, IV, da CF/88, contudo, cabe ressaltar que, os direitos individuais não estão expressos apenas no artigo 5º da Constituição, pois este não é *numerus clausus*, ou seja, não é taxativo, mas meramente exemplificativo, como se observa no parágrafo segundo do respectivo artigo.

Sendo assim, considero que a não-cumulatividade é um direito fundamental das pessoas enquanto contribuintes, não podendo ter seu alcance diminuído ou, o que é pior, ser efetivamente extirpado, mesmo que para tanto se utilize o Poder Legislativo de Emenda Constitucional. Nesse sentido, observa Luiz Emygdio que "(...) O princípio da não-cumulatividade corresponde a 'cláusula pétrea', e, como tal, não poderia ter sido amesquinado pela EC 33/2001..."<sup>5</sup> (grifo nosso)

A Emenda Constitucional criticada pelo ilustre doutrinador criou uma possibilidade de restrição à não-cumulatividade do ICMS ao inserir a alínea "h" ao artigo 155, § 2º, XII, da CF/88, autorizando que a lei complementar defina os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade.<sup>6</sup>

O doutrinador Roque Carrazza também corrobora com o entendimento de que a não-cumulatividade é um direito individual, e critica a EC nº 33/01 ao asseverar que "(...) O direito à não-cumulatividade do ICMS é 'cláusula pétrea', que só poderia ter sido anulada pelo poder constituinte originário".<sup>7</sup> (grifo nosso)

Contudo, o Supremo Tribunal Federal considerou que a não-cumulatividade não tem o *status* de cláusula pétrea, quando admitiu a cumulatividade quanto ao IPMF, reconhecendo que tal regra vinculava somente o legislador ordinário, mas não o constituinte derivado.<sup>8</sup>

### 3 A TÉCNICA DA NÃO – CUMULATIVIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO

A não-cumulatividade consiste no direito do contribuinte abater do imposto a pagar aquele já pago quando da aquisição de bens ou serviços por ocasião da sua comercialização, de molde a permitir que o imposto incidente sobre a mercadoria, como o ICMS, por exemplo, ao final do ciclo produção – distribuição – consumo, não ultrapasse, em sua soma, percentual superior ao correspondente à alíquota máxima prevista em lei para o tributo.

As técnicas que a orientam são: teoria do valor agregado ou adicionado, imposto sobre imposto e base sobre base.

A tributação sobre o valor agregado<sup>9</sup> implica que o tributo é devido sobre a parcela agregada ao valor tributado anterior, ou seja, na primeira operação, a alíquota incide sobre o valor total, enquanto na segunda só se tributa o diferencial, contudo, no Brasil há incidência da alíquota sobre todo o valor em todas as operações sucessivas, concedendo-se crédito do imposto recolhido na operação anterior.

O sistema adotado pelo Brasil não corresponde à dedução de base de cálculo sobre base de cálculo, onde se deduz da base de cálculo, o tributo devido a partir da base anterior, sendo adotada assim, a dedução de imposto sobre imposto, onde periodicamente abate-se o imposto incidente sobre as operações anteriores daquele que incidirá sobre as novas operações (independentemente de ter sido a matéria - prima utilizada ou a mercadoria revendida) e, desta conta de crédito e débito, surge o tributo a pagar ou a escriturar criando-se um crédito a ser deduzido do futuro imposto a recolher, se naquele período o tributo a recolher for inferior ao incidido anteriormente.<sup>10</sup>

O doutrinador Vittorio Cassone, no Parecer PGFN Nº 405/2003, cita o comentário de Hamilton Dias de Souza, que corrobora com o que foi exposto:

“Na verdade, nos tributos não cumulativos, o montante devido resulta, ou do valor agregado em cada operação, ou da diferença entre o imposto devido na operação posterior e o exigido na anterior. No primeiro caso, subtrai-se do valor da *operação* posterior o da anterior, ou ainda, diminui-se do total das vendas o total das compras (**dedução na base**). No segundo, subtrai-se do *imposto* devido na operação anterior, o que foi exigível na anterior (**dedução do imposto**). (57) *Aparentemente* os dois sistemas produzem resultados idênticos. Tal, porém, não ocorre necessariamente, pois eventuais diferenças de **alíquotas ou isenções** nas fases precedentes **alteram** a carga tributária final conforme se adote um ou outro sistema. (58) **No Brasil, adotou-se o sistema de dedução de imposto, não de dedução da base.** (...)” (grifo original)

O Código Tributário Nacional ao dispor sobre o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) é claro em relação à não-cumulatividade:

“Art. 49. O imposto é não-cumulativo, dispondo a lei de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados.

Parágrafo único. O saldo verificado, em determinado período, em favor do contribuinte, transfere-se para o período ou períodos seguintes”.

O Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto nº 2.637/98, também prevê que:

“Art. 146. A não-cumulatividade do imposto é efetivada pelo sistema de crédito, atribuindo ao contribuinte, do imposto relativo a produtos entrados em seu estabelecimento, para ser abatido do que for devido pelos produtos dele saídos, num mesmo período, conforme estabelecido neste capítulo (Lei nº 5.172, de 1966, art. 49)”.

Há uma relação, portanto, de créditos/débitos, onde as entradas fazem nascer créditos e as saídas débitos. Vejamos o seguinte exemplo:

O estabelecimento Y vende insumos ao estabelecimento Z, com incidência do IPI no importe de R\$ 300,00. O estabelecimento Z submete os insumos a uma das espécies de industrialização, e vende os resultantes produtos, com a incidência do IPI de R\$ 400,00. Em face da técnica da não-cumulatividade adotada pelo sistema brasileiro, Z tem um débito de IPI, para com a União, de R\$ 400,00, dele compensando-se R\$ 300,00 que lançou a crédito, em sua escrita fiscal, resultando R\$ 100,00 de IPI a recolher em favor da União. Do contrário, isto é, se os créditos fossem maiores que os débitos, inexistiria imposto a pagar, senão créditos a transferir para o próximo período de apuração.

Note-se que a própria Constituição Federal de 1988 adotou, de forma expressa, o regime de créditos financeiros<sup>11</sup>, quando prescreveu em relação ao ICMS, por exemplo, que se compensará ao que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores, não restringindo, destarte, a possibilidade de compensação, visto que levou em conta simplesmente o montante do imposto anteriormente cobrado do contribuinte, sem distinguir quais as mercadorias ou serviços sob a incidência do ICMS que podem ou não gerar crédito compensável, em decorrência das suas espécies ou destino.

Portanto, para que haja a compensação de créditos e débitos não é necessário que ambos sejam da mesma natureza, sendo suficientes que existam créditos provenientes de operações ou prestações anteriores.

#### 4 O DIFERIMENTO E A NÃO-CUMULATIVIDADE

O diferimento é processo pelo qual o recolhimento ou prestação do tributo é transferido para etapas posteriores, visando favorecer os contribuintes economicamente mais fracos, que possuem maiores dificuldades financeiras, ou seja, o tributo devido numa fase do ciclo de produção e comercialização é transferido para a outra.

É também conhecido como regime de substituição tributária

para trás, onde o novo contribuinte pagará, por exemplo, o ICMS devido pela operação que efetivamente realizou e, também, o referente à operação anterior, que foi albergada pelo diferimento.

A discussão que surge em relação à aplicação deste benefício fiscal é se o contribuinte beneficiado tem direito ou não a utilizar-se do crédito, tendo em vista a regra da não-cumulatividade.

Imaginemos a seguinte situação: O ICMS relativo à operação de entrada da cana-de-açúcar (matéria-prima) no estabelecimento industrial tem seu lançamento diferido para o momento da saída do produto. O que cumpre entender é que, do diferimento, não resulta eliminação ou redução do ICMS, para os produtores ou comerciantes de cana-de-açúcar, pois o tributo é devido também na operação de entrada da soja no estabelecimento industrial, não havendo que se falar em operação isenta, e nem mesmo em redução do ICMS a ser recolhido. O recolhimento do ICMS, correspondente a essa operação, é que fica diferido para o momento subsequente, em que ocorre a operação de saída do produto industrializado.

Portanto, o contribuinte substituído não terá direito à crédito para ser compensado, pois este inexistente, na medida em que, na etapa anterior, não houve cobrança da exação. Inexigível o tributo na fase anterior, não há crédito a ser aproveitado na seguinte, em que o imposto deve ser pago *pro inteiro*, não havendo desrespeito à regra da não-cumulatividade.

Esse é o entendimento pacífico dos nossos Tribunais pátrios, inclusive do Superior Tribunal de Justiça<sup>12</sup> e do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: Recurso extraordinário desprovido. Agravo regimental. 2. ICMS. O diferimento do recolhimento do imposto não gera direito a crédito. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF – RE 182679 AgR/SP, 2ª T, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 21.06.02, p. 125) (grifo nosso)

## 5 APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS ESCRITURAIIS E EXTEMPORÂNEOS<sup>13</sup>

O crédito escritural surge quando ao final da apuração periódica for constatado que o volume de crédito é superior ao de débitos, devendo esse saldo ser transferido para o subsequente período de apuração, já o crédito extemporâneo seria quando o contribuinte por erro, lapso, obstáculo oposto pela Fazenda Pública, ou reconhecimento judicial posterior, deixa de deduzir no prazo previsto na lei, podendo assim, creditar-se posteriormente.<sup>14</sup>

Nesse sentido, observa Roque Carrazza, ao se referir sobre o creditamento extemporâneo do ICMS:

**“O contribuinte tem, pois, sem nenhuma dúvida, direito ao creditamento extemporâneo do ICMS.**

**Inexiste, na hipótese, qualquer possibilidade de restrição ao exercício de seu crédito.** Eventuais esquecimentos, lapsos ou omissões na escrituração, dúvidas acerca da viabilidade dos créditos, ultrapassagem do período de apuração normal, preenchimentos incorretos de notas fiscais, por parte de seus contratados, **nada lhe pode turvar o Direito Constitucional de creditar-se posteriormente.** Basta, apenas, é claro, que se observe o predito prazo decadencial de cinco anos”.<sup>15</sup> (grifo nosso)

Sendo assim, não há dúvida de que o aproveitamento de créditos escriturais e extemporâneos é um direito do contribuinte, no âmbito da sistemática da não-cumulatividade, contudo,<sup>16</sup> a grande questão que se discute em relação a estes créditos, é a necessidade ou não de se obter a prova da assunção do encargo financeiro correspondente ou a autorização daquele que o assumiu, tendo em vista o artigo 166 do Código Tributário Nacional.

O entendimento doutrinário<sup>17</sup> e jurisprudencial<sup>18</sup> dominante é no sentido de ser prescindível a obtenção de tal prova, aplicando-se uma interpretação literal e restritiva do artigo 166 do CTN, sendo somente exigível a prova da assunção do encargo financeiro decorrente

do pagamento do tributo, em caso de repetição de indébito. Vejamos a seguinte decisão proferida pelo STJ:

**“TRIBUTÁRIO. ICMS. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS ESCRITURAIIS, NO ÂMBITO DA SISTEMÁTICA DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INAPLICABILIDADE DA REGRA DO ART. 166 DO CTN, DESTINADA À HIPÓTESE DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO.**

1. Não se exige para o reconhecimento do direito ao creditamento de valor de tributo, no âmbito da sistemática da não-cumulatividade, a prova da assunção do encargo financeiro correspondente ou a autorização daquele que o assumiu, porque a norma do art. 166 do CTN aplica-se exclusivamente à hipótese de repetição de indébito. Precedentes do STF e do STJ.

2. Recurso especial a que se dá provimento”. (RESP 654872/SP, 1ª T, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 26.09.05, p. 202) (grifo nosso)

Outra questão bastante discutida, mas que já se encontra pacificada nos Tribunais,<sup>19</sup> inclusive no Superior Tribunal de Justiça<sup>20</sup> e no Supremo Tribunal Federal, refere-se à possibilidade ou não de correção monetária dos créditos escriturais. Vejamos a seguinte decisão:

**“EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Admissibilidade. ICMS. Correção Monetária. Agravo regimental provido. Precedentes. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não reconhecer, ao contribuinte do ICMS, o direito à correção monetária dos créditos escriturais excedentes”. (STF – RE 219265/AgR /SP, 1ª T, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 20.10.04, p. 40) (grifo nosso)**

Entende-se, pois, que é indevida a correção monetária dos créditos escriturais, caso a lei não autorize, pois a correção somente incide sobre o crédito tributário devidamente constituído, ou, quando recolhido em atraso, enquanto o crédito escritural tem natureza meramente contábil.<sup>21</sup>

Contudo, em relação aos créditos extemporâneos, tal compreensão não pode ser absoluta, sob pena de ofensa à regra que não admite o enriquecimento sem justa causa. Caso esse crédito surja, por exemplo, devido a uma omissão na escrituração ou erro do contribuinte, tal fato não ensejará direito à correção monetária, pois, caso contrário, o contribuinte se beneficiaria da própria torpeza.

Diferentemente ocorre, se o direito ao creditamento não foi exercido no momento oportuno, em virtude de óbice criado pelo Fisco, através de ilegítimo ato administrativo ou normativo, ou em virtude de reconhecimento judicial posterior, do direito do contribuinte de escriturar um determinado crédito. Nesses casos, a correção monetária é devida, sendo um direito do contribuinte, e evitando-se o enriquecimento sem justa causa do Erário Público. Vale ressaltar, ainda, que esse tem sido o entendimento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais pátrios.<sup>22</sup>

## 6 BENS DESTINADOS AO USO, CONSUMO OU ATIVO PERMANENTE

Primeiramente, analisaremos as discussões em relação ao ICMS, tendo em vista a LC nº 87/96 e as alterações feitas pela LC nº 102/00, para depois expormos sobre o IPI.

Com vistas a dar cumprimento à regra da não-cumulatividade em relação ao ICMS, foi editada a LC nº 87/96 (Lei Kandir). Anteriormente, o Convênio ICM 66/88, previa no artigo 31, II, que "não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido à entrada de bens destinados a consumo ou a integração no ativo fixo do estabelecimento".<sup>23</sup>

Contudo, o artigo 20, *caput*, da citada LC nº 87/96 assegurou, para efeitos de compensação, ao sujeito passivo do ICMS, o direito

de creditar-se do imposto anteriormente cobrado nas aquisições de mercadorias para serem integradas no seu ativo permanente, ou destinadas ao seu uso ou consumo. Não obstante, o diploma legal aludido impôs limites ao referido aproveitamento, diferindo, no seu artigo 33, o direito ao creditamento, para 01/01/98 (redação original, que, *a posteriori*, foi alterada pela LC nº 114/02, que prorrogou para 01/01/07), relativamente às mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, e para a data de sua entrada em vigor, relativamente às mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, estabelecendo que somente poderiam ter direito ao crédito aludido as entradas ocorridas a partir daquelas datas.

Com isso, alguns doutrinadores defendem a inconstitucionalidade de tal restrição,<sup>24</sup> sob o argumento de que não tem o diploma normativo infraconstitucional citado o condão de impedir a eficácia do artigo 155, § 2º, I, da CF/88, de maneira que a restrição temporal por ele imposta abriga entendimento violador da não-cumulatividade. Sendo assim, se a norma constitucional não faz tal especificação, não caberia à lei complementar assim proceder, dizendo coisas que a Constituição não disse, desbordando, por conseguinte, do simples disciplinamento da norma constitucional.<sup>25</sup>

Então, a Lei Complementar, nesse caso, teria função meramente explicitante, não podendo inovar no que respeita à não-cumulatividade, uma vez que esta foi exaustiva e definitivamente tracejada pela Constituição, e, portanto, a respectiva Lei teria natureza meramente declaratória de um direito que já estava assegurado constitucionalmente. Dessa forma, quando a Constituição determinou que caberia à Lei Complementar disciplinar o regime da compensação do ICMS, quis estabelecer que competiria à respectiva lei dizer a forma como aquele sistema iria se operacionalizar. Disciplinar, nesse caso, não significa restringir, limitar, fixar um prazo.

Esse é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, conforme observa-se na seguinte decisão:

**"EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - ICMS - PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE - VIOLAÇÃO - A Lei Comple-**

mentar 87/96, com a nova redação dada pela Lei Complementar nº 102/2000, ao limitar o aproveitamento de créditos de ICMS pagos nas operações de aquisição de bens para o ativo fixo, energia elétrica e comunicação, viola o princípio da não-cumulatividade previsto no artigo 155, § 2º, da Constituição Federal". (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0525.00.007432-4/001, Rel. Des. Carreira Machado, DJ 08.06.05) (grifo nosso)

Contudo, o entendimento jurisprudencial majoritário é no sentido de que a despeito de a Constituição assegurar a regra da não-cumulatividade em seu artigo 155, § 2º, I, sujeita referida regra à Lei Complementar, a qual disciplina o regime de compensação de créditos, como se vê no inciso XII, "c", do respectivo artigo, não havendo, pois, inconstitucionalidade nas referidas restrições.

Em 12 de julho do ano de 2000, foi publicada a LC nº 102, que entrou em vigor a partir de 1º de agosto do mesmo ano,<sup>26</sup> e ao introduzir alterações na LC nº 87/96, estabeleceu que:

a) o aproveitamento do crédito do ICMS pelas aquisições para o ativo permanente, dar-se-á ao longo de 48 meses (art. 20, § 5º);<sup>27</sup>

b) em relação à energia elétrica (art. 33, II), o aproveitamento do ICMS, poderá ocorrer quando for objeto de operação de saída a própria energia, ou quando esta for consumida no processo de industrialização, ou quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais,

c) em relação aos serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento (art. 33, IV), o aproveitamento do ICMS poderá ocorrer quando tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza ou quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais.

Vale ressaltar que, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, antes da LC nº 87/96, era no sentido de que as contas de

energia elétrica e serviços de telecomunicações não podia ser creditado como espécie de insumo, quando utilizados em empresa com atividade de mero comércio, com fulcro no Decreto - Lei nº 406/68 e no Convênio nº 66/88.

Com o advento da LC nº 87/96, a proibição se estendeu às hipóteses em que esses serviços não são utilizados na atividade principal do estabelecimento. E como se observou acima, a LC nº 102/00 não alterou substancialmente a restrição, explicitando apenas que o creditamento somente se daria, no caso da energia elétrica, por exemplo, quando esta fosse consumida no processo de industrialização ou quando fosse o objeto da operação.

Vale observar que, o STJ e o STF mantêm o mesmo entendimento acima citado, e consideram constitucionais os dispositivos da LC nº 87/96, alterados pela LC nº 102/00:

**“EMENTA: TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES.**

1. Não há inconstitucionalidade nos arts. 33, incisos I, II e IV, e 20, § 5º, incisos I a V, tudo da LC nº 87, de 13.09.96, com a redação dada pela LC nº 102, de 11.07.2000.

2. “O princípio da não-cumulatividade visa afastar recolhimento duplo do tributo, alcançando hipótese de aquisição de matéria-prima e outros elementos relativos ao fenômeno produtivo. A evocação é imprópria em se tratando de obtenção de peças de máquinas, aparelhos, equipamentos industriais e material para a manutenção” (RE 195.894, STF, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ de 14.11.2000).

3. Não-comprovação de que a energia elétrica e os



serviços de telecomunicações foram utilizados nas atividades da empresa.

4. Recurso ordinário não-provido". (STJ - RMS 18873/MG, 1ª T, Rel. Min. José Delgado, DJ 19.09.05, p. 184) (grifo nosso)

"EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. **Compensação de créditos de ICMS resultante da aquisição de bens que integram ao ativo fixo, energia elétrica e serviços de comunicações.** Impossibilidade. 3. **LC nº 102, de 11 de julho de 2000. Ofensa ao princípio da não-cumulatividade. Inexistência.** Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (STF - RE 413034 Agr/SP, 2ª T, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 26.08.05, p. 60) (grifo nosso)

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>28</sup> também corrobora com o entendimento perflhado pelos Tribunais superiores:

"EMENTA: Mandado de Segurança. ICMS. **Lei Complementar nº 102/2000.** Impetrante que objetiva suspender a exigibilidade dos créditos tributários decorrentes do ICMS incidentes na aquisição de bens destinados ao seu ativo fixo, energia elétrica e comunicação, procedendo à compensação. Alegação de que as inovações introduzidas pela Lei Complementar nº 102/2000 colidem com os princípios constitucionais da não-cumulatividade e da anterioridade. Sentença que reconhece apenas a ofensa ao princípio da anterioridade. ADIN nº 2325-0-DF. Liminar deferida pelo S.T.F. suspendendo a eficácia do art. 7º da Lei Complementar nº 102/2000, assim concluindo que restou ofendido o princípio da anterioridade. **Princípio da não cumulatividade que não restou atingido. Art. 155, inciso**

XII, letra c, da C.F. remetendo à lei complementar a disciplina do regime de compensação do imposto. **Alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 102/2000 na Lei Complementar nº 87/96 que não implicaram em ofensa ao princípio da não-cumulatividade.** Liminar indeferida pelo S.T.F. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos". (Apelação Cível 2005.001.13297, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Fabrício Bandeira Filho, Julgamento 17.08.05) (grifo nosso)

Sendo assim, a jurisprudência majoritária entende que, não há como se possa cogitar que a aquisição ou utilização de insumos normalmente empregados no setor do comércio (como energia elétrica, serviços de telefonia), possam gerar créditos de ICMS, quando o consumo de energia elétrica e o uso do telefone se esgotam no próprio uso da empresa, sem compor a mercadoria a ser posta em circulação, ou seja, não sendo tais insumos objeto de revenda nem de transferência ao consumidor, como ocorre no processo de produção de novos bens, como elemento indispensável à industrialização.

Se o bem tributado é consumido no próprio estabelecimento, não se destinando à comercialização ou à utilização em processo de produção de novos bens, como elemento indispensável à composição deles, não há falar em ofensa à não-cumulatividade.<sup>29</sup>

Em relação ao IPI, o entendimento majoritário<sup>30</sup> aplica o mesmo raciocínio acima exposto, no sentido de que a sistemática adotada para este tributo, não comporta em direito de crédito pela aquisição de produtos industriais destinados ao ativo fixo, pois estes, ao serem utilizados como bens de produção, não sofrem repasses residuais de seus valores em etapas produtivas seguintes, de modo que a estes bens, pela própria função econômica que eles representam, não se dirige o disposto no artigo 153, § 3º, II, da CF/88.

O artigo 147, I, do Decreto nº 2.637/98, expressamente estabelece que não é possível a obtenção de créditos de IPI dos bens destinados ao ativo permanente:

“Art. 147. Os estabelecimentos industriais, e os que lhes são equiparados, poderão creditar-se (Lei nº 4.502, de 1964, art. 25):

I – do imposto relativo a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluindo-se, entre as matérias-primas e produtos intermediários, aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, **salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente;**” (grifo nosso)

Do mesmo modo, entende-se que a empresa que adquire bens destinados ao uso e ao consumo também não pode utilizar os valores recolhidos ao IPI como crédito, uma vez que os referidos bens não integram o processo produtivo da empresa, bem como pelo fato de que a adquirente, no caso, é considerada como destinatária final do produto, não se aplicando a regra da não-cumulatividade. Vale citar, a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IPI. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. CREDITAMENTO. BENS INTEGRANTES DO ATIVO IMOBILIZADO. INEXISTÊNCIA DO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não se há falar em direito ao creditamento do IPI relativamente aos bens de uso e de consumo ou àqueles destinados ao ativo imobilizado da empresa, porquanto, em relação a tais produtos, não ocorre fato gerador do imposto, o que torna a autora consumidora final quanto a essas mercadorias, devendo, nessa condição, arcar com os ônus financeiros do tributo.

2. Apelação improvida”. (Apelação Cível 590397/PR, 1ª T, Rel. Juiz Wellington M. De Almeida, DJ 31.03.04, p. 430) (grifo nosso)

## 7 ISENÇÃO, NÃO – INCIDÊNCIA E ALÍQUOTA ZERO

A isenção é sempre decorrente de lei que especifique as condições e os requisitos exigidos para sua concessão, sendo definida pelos tributaristas como a dispensa legal do pagamento do tributo devido. Já a não-incidência é tudo o que está fora da hipótese de incidência, não havendo fato gerador.

A tributação pela alíquota zero difere da isenção,<sup>31</sup> pois ela é alterável por Decreto, embora nos limites e condições estabelecidos em lei, permitindo ao Executivo uma maior flexibilidade e agilidade na regulação de certos tributos, como o IPI, por exemplo.

Com relação ao ICMS, a Constituição Federal determinou no artigo 155, § 2º, II, “a” e “b”, que “a isenção ou não – incidência que, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes, e acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores”. Então, a nossa Carta Magna prevê duas exceções (isenção e não – incidência), no que tange à não-cumulatividade do ICMS, sendo vedado ao legislador infraconstitucional ampliar os seus alcances.

Sendo assim, vale observar que as reduções (alguns chamam erroneamente de isenção parcial) diferem das isenções, pois elas são diminuições monetárias no valor da obrigação, via base de cálculo rebaixada ou alíquota reduzida.<sup>32</sup>

A redução da base de cálculo atende, antes de tudo, à seletividade,<sup>33</sup> permitindo ao legislador o estabelecimento de alíquotas diversas para espécies de produtos, como, por exemplo, os que compõem a cesta básica, tendo em vista sua necessidade, utilidade e essencialidade. É benefício que tem como destinatário final o consumidor final.

Essa redução, portanto, não se confunde com isenção que, espécie de inexigibilidade da obrigação tributária, ou é total ou não é isenção. Não incidência também não é, pois o tributo incide, irradia seus efeitos, apenas que em bases reduzidas, implicando diminuição do *quantum* tributário. Resta evidente que, se determinadas mercadorias sofrem incidência de ICMS (com alíquota menor) na saída, não há falar em isenção ou não-incidência, sendo impossível a vedação do

crédito nesta hipótese. Neste sentido, é o entendimento prevalecente no STJ<sup>34</sup> e no STF<sup>35</sup>:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO: REDUÇÃO. CRÉDITO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. C.F., art. 155, § 2º, I.

I. - O princípio da não-cumulatividade consiste no realizar o abatimento, na operação posterior, do imposto incidente e pago na operação anterior. C.F., art. 155, § 2º, I. **Impossibilidade da vedação do crédito em razão da redução da base de cálculo do imposto.**

II. - RE provido. Não provimento do agravo.” (STF – RE 355422 AgR/MG, 2ª T, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.10.04, p. 47) (grifo nosso)

Com relação ao IPI, há grandes discussões sobre a existência ou não de crédito a ser compensado, quando a operação anterior for isenta de tributação ou estiver sujeita à alíquota zero. A Constituição Federal é silente em relação à estas hipóteses, diferentemente ocorre com o ICMS, no que respeita à isenção, pois há dispositivo constitucional específico, conforme vimos.

Há uma corrente doutrinária e jurisprudencial<sup>36</sup> que defende o entendimento de que a não-cumulatividade do IPI não autoriza a compensação dos créditos relativos ao imposto incidente sobre operações anteriores, na hipótese da saída não tributada do produto, seja através de isenção ou alíquota zero, tendo em vista que não haverá superposição tributária a se impedir, já que no produto final não terá qualquer repercussão cumulativa, não cabendo ao Poder Judiciário reconhecer benefício fiscal não fixado por lei.

Esse entendimento fundamenta a seguinte situação: se o ente tributante opta por conceder isenção em determinada etapa do processo de industrialização, seja na aquisição dos insumos ou em qualquer outra etapa intermediária, a concessão ou não de “crédito presumido”, tratar-se-á de uma opção legislativa.<sup>37</sup>

Contudo, o STF e o STJ<sup>38</sup> entendem que o contribuinte do IPI tem direito ao respectivo creditamento, em casos de insumos ou produtos adquiridos sob o regime de isenção.<sup>39</sup>

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO INCIDENTE SOBRE INSUMOS. DIREITO DE CRÉDITO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. Não ocorre ofensa à CF (art. 153, § 3º, II) quando o contribuinte do IPI credita-se do valor do tributo incidente sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção. Recurso não conhecido.” (STF – RE 212484/RS, Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 27.11.98, p. 22) (grifo nosso)

Portanto, a possibilidade de creditamento do IPI, em casos de isenções, está praticamente pacificada no âmbito dos Tribunais Superiores, e parece-me bastante razoável, contudo, em casos de alíquota zero, ainda há algumas divergências, principalmente após o advento da Lei nº 9.779/99, conforme veremos. Entendo que, nesse caso, não poderá haver creditamento.

A situação seria a seguinte: se “X” vende para “Y” um produto tributado à alíquota zero, o crédito a ser utilizado por “Y” seria obtido aplicando-se a alíquota que incidirá quando este for vender o produto para “Z”, sobre o valor da mercadoria que adquiriu de “X”.

Ocorre que, caso o Poder Judiciário admita a adoção de tal técnica, acarretará a violação frontal ao Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º, da CF/88), pois ele estará atuando como legislador positivo, em situações sujeitas à reserva legal.<sup>40</sup>

Contudo, o entendimento que tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça<sup>41</sup> e no Supremo Tribunal Federal<sup>42</sup> é no sentido de que o contribuinte do IPI poderá creditar o valor dos insumos ou produtos adquiridos sob o regime de alíquota zero:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO. INSUMOS ISENTOS, SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO.

Se o contribuinte do IPI pode creditar o valor dos insumos adquiridos sob o regime de isenção, inexistente razão para deixar de reconhecer-lhe o mesmo direito na aquisição de insumos favorecidos pela alíquota zero, pois nada extrema, na prática, as referidas figuras desonerativas, notadamente quando se trata de aplicar o princípio da não-cumulatividade.

A isenção e a alíquota zero em um dos elos da cadeia produtiva desapareceriam quando da operação subsequente, se não admitido o crédito.

Recurso não conhecido". (STF – RE 350446/PR, Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 06.06.03, p. 32) (grifo nosso)

No entanto, cabe ressaltar que esta questão está em discussão novamente no Supremo Tribunal Federal, através do RE 370.682/SC, tendo o Ministro Ilmar Galvão (Relator) decidido pela não admissão do creditamento do IPI na entrada de insumos tributados à alíquota zero e na utilização de insumos não – tributáveis.<sup>43</sup>

Vale ainda observar que o artigo 11 da Lei nº 9.779/99,<sup>44</sup> prevê expressamente que:

**"Art. 11. O saldo credor do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, acumulado em cada trimestre-calendário, decorrente de aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, aplicados na industrialização, inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero, que o contribuinte não puder compensar com o IPI devido na saída de outros produtos, poderá ser utilizado de conformidade com o disposto nos arts. 73 e 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, observadas normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda."** (grifo nosso)

Sendo assim, surge a discussão em relação à aplicação ou não da Lei nº 9.779/99, aos fatos anteriores à sua vigência, ou seja, se há retroatividade ou não do artigo 11 da respectiva Lei.

O Fisco entende que este artigo contempla um benefício fiscal especificamente endereçado ao contribuinte do IPI, não alcançando os créditos escriturados em data anterior à sua vigência. Nesse sentido, é a Instrução Normativa nº 33/99, da Secretaria da Receita Federal, que prevê em seu artigo 4º, que o direito ao aproveitamento, nas condições estabelecidas no artigo 11 da Lei nº 9.779/99, alcança, exclusivamente, os insumos recebidos no estabelecimento industrial ou equiparado, a partir de 1º de janeiro de 1999.

Contudo, o contribuinte se defende alegando a retroatividade deste dispositivo, sob o argumento de que este teve o objetivo de apenas declarar um direito já pré-existente, e, portanto; trata-se de uma norma meramente interpretativa, devendo ser aplicada a ato ou fato pretérito, com fulcro no artigo 106, I, do Código Tributário Nacional.

A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais ainda oscila muito há respeito desse assunto, existindo decisões favoráveis ao Fisco<sup>45</sup> e decisões favoráveis ao contribuinte<sup>46</sup>. No entanto, observa-se que a tese favorável aos contribuintes tende a prevalecer.

Por fim, cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que a Lei nº 9.779/99 tem nítida feição interpretativa, podendo operar efeitos retroativos para atingir a operações anteriores ao seu advento.<sup>47</sup>

## 8 CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, observou-se a grande complexidade da regra da não-cumulatividade prevista na Constituição Federal, tendo em vista que ainda há muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito de diversos aspectos que se relacionam com esta regra, o que tem gerado muitos embates entre o Fisco e os contribuintes.

Embora haja muitas críticas a respeito da não-cumulatividade, entendendo que ela é imprescindível para se evitar que os produtos e serviços de cadeia econômica longa, ou seja, aqueles sujeitos a várias fases

em que se envolvem muitos fornecedores e compradores, normalmente produtos essenciais aos consumidores, venham a ser penalizados por uma tributação cumulativa em que o valor do tributo pago em uma operação de aquisição não possa ser abatido com o devido em operações de vendas subsequentes.

Além disso, a não-cumulatividade estimula a terceirização e a criação de empresas especializadas na fabricação, por exemplo, de insumos e de produtos intermediários para a indústria, tornando mais eficazes os investimentos. Na importação, igualam a carga tributária dos produtos estrangeiros à dos nacionais, não havendo, portanto, menor tributação sobre o produto importado do que sobre o nacional. No mercado interno, tornam idêntica a carga tributária de produtos com o mesmo preço, independentemente do número de fases de produção e comercialização.

## 9 BIBLIOGRAFIA

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BALEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Atualizada por Misabel de Abreu Machado Derzi. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BORGES, José Souto Maior. *Lei Complementar Tributária*. São Paulo: RT, 1975.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *ICMS*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Parecer PGFN Nº 405/2003*.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- \_\_\_\_\_. *Aspectos Fundamentais do ICMS*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Questões Atuais de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O ICMS, a LC 87/96 e Questões Jurídicas Atuais*. São Paulo: Dialética, 1997.
- ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SABBAG, Eduardo Moraes. *Direito Tributário*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

## NOTAS

1 Artigo premiado (prêmio Hugo de Brito Machado) no II Congresso Ibero – Americano de Direito Tributário, realizado em Fortaleza – CE, nos dias 24, 25 e 26 de novembro de 2005, obtendo a 1ª colocação na Categoria Profissional.

2 A Lei nº 10.833/03 prevê a não-cumulatividade da COFINS. As Leis nº 10.637/02 e 10.684/03, alteraram a forma de apuração da contribuição para o PIS, pelas pessoas jurídicas, ao introduzir a não-cumulatividade.

3 COELHO. Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 404/405. Contudo, o brilhante doutrinador Hugo de Brito Machado critica veementemente a não – cumulatividade quando se refere ao ICMS, apontando como desvantagens, a complexidade da administração do imposto, o crescimento de fraudes, estímulo à evasão tendo em vista as alíquotas elevadas, exigência de normatização minudente, entre outras: “A não-cumulatividade do ICMS constitui um dos graves defeitos de nosso sistema tributário. (...) Seus defensores afirmam ser ela um instrumento da modernidade, mas a experiência já demonstrou que a não cumulatividade é inteiramente inadequada para o Brasil.” (*In Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 377) (grifo nosso)

4 Roque Carrazza defende que “Por meio do princípio da não-cumulatividade do ICMS o Constituinte beneficiou o contribuinte (*de direito*) deste tributo e, ao mesmo tempo, o consumidor final (*contribuinte de fato*), a

quem convêm preços mais reduzidos ou menos gravemente onerados pela carga tributária". (*In* ICMS. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 257)

A doutrinadora Misabel Derzi observa que o ICMS e o IPI são impostos que oneram somente o consumo, e, portanto, vemos à necessária observância da não-cumulatividade nesses casos: "é importante notar que tanto o ICMS quanto o IPI não são impostos que devam ser suportados, economicamente, pelo contribuinte de direito... São, a rigor, impostos sobre o consumo, não devendo onerar a produção ou o comércio... Disso resulta que, numa operação entre empresas, cada uma delas pode se livrar, basicamente, através da dedução do imposto anterior, do imposto dela cobrado pela outra e transferir, na etapa de circulação, o ônus do imposto devido ao adquirente, e assim sucessivamente, até o consumidor final." (Apud COELHO. Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 489)

5 ROSA JR. Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1000.

6 Contudo, o doutrinador Sacha Calmon defende a constitucionalidade da EC 33/01, entendendo que há compatibilidade desta com a regra da não-cumulatividade: "(...) A Emenda Constitucional nº 33/01, ao contrário, cria apenas uma incidência única, sem alterar, reduzir, modificar o princípio da não-cumulatividade. (...) Determina, peremptoriamente, a incidência única, razão pela qual, em nenhuma hipótese, poderá o ICMS incidir duas vezes sobre o mesmo valor já tributado em operação anterior. Daí a necessidade de manutenção de créditos ou de concessão de créditos presumidos (o que couber em cada caso) para total cumprimento do mandamento constitucional". (*In* COELHO, Sacha Calmon Navarro. op. cit., 2005, p. 409)

7 CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 283.

8 ADIN 939/DF, Pleno, Rel. Min. Sidney Sanches, DJ 18/03/94, p. 5165.

9 Vale ressaltar que, há abalizados doutrinadores que entendem que a teoria sobre o valor agregado não se aplica ao regime da não-cumulatividade adotado pelo Brasil. Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. op. cit., 2003, p. 261-264; BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: RT, 1975, p. 160-161. Diferentemente entendeu o Min. Nelson Jobim, quando do julgamento do RE 212.484-2/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 27.11.98, p. 22, declarando que a técnica da não-cumulatividade, prevista constitucionalmente para o IPI, visa a tributar, em cada operação, apenas o valor agregado.

10 Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Questões Atuais de Direito Tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 9-10.

11 No que se opôs à Constituição anterior (de 67/69), a qual albergou o regime de crédito físico, pois quando cuidava do ICM, vinculava o aproveitamento dos créditos à mesma mercadoria. Contudo, observaremos adiante que o regime de crédito financeiro tem sido bastante mitigado pelo legislador e pelas interpretações dos Tribunais pátrios.

12 Cf. RESP 88.531/SP, 1ª T, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 24.02.97, p. 3295; RESP 60938/SP, 2ª T, Rel. Min. Castro Meira, DJ 09.08.04, p. 197.

13 Alguns doutrinadores e Tribunais utilizam os termos créditos escriturais e créditos extemporâneos como sinônimos, contudo, resolvemos diferenciá-los para melhor compreensão.

14 O contribuinte somente pode aproveitar como créditos escriturais, os valores já pagos nas fases anteriores dos ciclos de produção e comercialização, no caso do ICMS, por exemplo, e portanto, não há crédito em razão de pagamento futuro. Cf. STJ – Edcl no RESP 95892/RJ, 2ª T, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 31.05.99, p. 112.

15 CARRAZZA, Roque Antonio. op.cit., 2003, p. 307.

16 Vale observar que, sendo o creditamento técnica de apuração do imposto devido, a partir da opção pelo SIMPLES desaparece o uso da mencionada técnica, uma vez que o IPI e o ICMS (neste caso quando há convênio com o Estado) deixa de ser devido com tal, passando a compor o sistema de tributação em comento. O artigo 5º, § 5º, da Lei nº 9.317/96, proíbe expressamente o creditamento do IPI e do ICMS. Cf. STJ – RESP 705273/PR, 1ª T, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 26.09.05, p. 234.

17 Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. "Notas" ao livro **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Aliomar Baleeiro. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 457.

18 Cf. STF – RE 106033/SP, 2ª T, Rel. Min. Carlos Madeira, DJ 13.06.86, p. 10451; EDRE 114.599/SP Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 02.04.93; RESP 85151/SP, 2ª T, Rel. Min. Nancy Andriighi, DJ 11.09.00, p. 233; RESP 157.667/RS, 2ª T, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 29.05.00, p. 139.

19 Cf. TJMG - AC 1.0024.99.064497-3/001, Rel. Des. Cláudio Costa, DJ 20.09.05; TJRJ – AC 2004.001.20981, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, Julgamento 23.11.04.

20 RMS 17066/SC, 2ª T, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.11.05, p. 232.

21 Alguns doutrinadores defendem que o impedimento à correção

monetária dos créditos escriturais viola a não – cumulatividade. Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. op. cit., 2003, p. 312; ROSA JÚNIOR, Luiz Emydio F. da. op. cit., 2003, p. 919.

22 Cf. STJ – RESP 624759/DF, 2ª T, Rel. Min. Castro Meira, DJ 05.09.05, p. 357; TRF/4ªR, AC 241397/RS, 1ª T, Rel. Juiz Leandro Paulsen, DJ 22.10.03, p. 388; TJRS – Reexame Necessário 599095254, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgamento 31.03.99. **Contudo, o Supremo Tribunal Federal mesmo nesses casos tem se posicionado contrário à devida correção monetária** (Cf. AI 352617 AgR/SP, 1ª T, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 09.08.02, p. 84).

23 O STF considera perfeitamente aplicável o disposto no artigo 31, II, do Convênio 66/88, sob o argumento de que se não há saída do bem, ainda que na qualidade de componente de produto industrializado, não há falar-se em cumulatividade tributária. Cf. RE 301103/SE, 1ª T, Rel. Min. Eros Grau, DJ 15.04.05, p. 23; RE 200168/RJ, 1ª T, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 22.11.96, p. 45717. Cf. TJRS – Embargos Infringentes 70008042996, Primeiro Grupo de Câmara Cíveis, Rel. Des. Luiz Felipe Silveira Difini, Julgamento 07.05.04.

24 Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 297-299.

25 Entendem ainda que em se tratando de não – cumulatividade do ICMS, as únicas exceções a ela possíveis são as constitucionalmente previstas no inciso II, do § 2º, do artigo 155, da CF/88, referentes à isenção e não – incidência, sendo, por conseguinte, de todo descabidas as restrições temporais impostas pela LC nº 87/96, relativamente à impossibilidade do creditamento do ICMS, até os termos nela constantes. A Lei Complementar incumbiria, tão-somente, operacionalizar o sistema de compensação, visto cuidar-se de um direito constitucionalmente deferido.

26 O STF, apreciando a questão do Princípio da Anterioridade, emprestou interpretação conforme à Constituição e sem redução do texto, no sentido de afastar a eficácia do artigo 7º da LC nº 102/00, no tocante à inserção do § 5º do artigo 20 da LC nº 87/96, e às inovações introduzidas no artigo 33, II, da referida lei, bem como à inserção do inciso IV. Observar-se-á, em relação a esses dispositivos, a vigência consentânea com o dispositivo constitucional da anterioridade, vale dizer, passaram a ter eficácia somente a partir de 01 de janeiro de 2001. Cf. ADIn 2325-0, em medida liminar concedida aos 29 de novembro de 2001.

27 Segundo o entendimento dominante, inexistente óbice em escalonar o legislador ordinário, a outorga de um crédito concedido sob a rubrica da isenção.

28 Cf. AC 2004.001.07942, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Galdino Siqueira Netto, Julgamento 10.11.04.

29 Cf. TJMS – AC 60.035-1, 3ª Turma Cível, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; TJRJ – AC 2004.001.20917, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Azevedo Pinto, Julgamento 21.02.05.

30 Cf. TRF/5ªR – AMS 81699/PE, 4ª T, Rel. Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJ 04.06.03, p. 943.

31 Vale observar que, mesmo sendo institutos diferentes, muitas vezes produzem os mesmos efeitos.

32 O Superior Tribunal de Justiça corrobora com este entendimento. Cf. RESP 5892/SC, 1ª T, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 30.11.92, p. 22556.

33 A seletividade é obrigatória para o IPI (art. 153, § 3º, I, CF/88) e facultativa para o ICMS (art. 155, § 2º, III, CF/88).

34 Cf. RESP 533926/RS, 1ª T, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 24.11.03, p. 228; RESP 539626/RS, 1ª T, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 31.05.04, p. 197.

35 **Vale ressaltar que, o STF também já proferiu decisão negando o direito ao respectivo crédito, no caso de mercadoria adquirida de outra unidade federativa sob o regime de alíquota reduzida.** Cf. RE 135189/RS, 1ª T, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 06.12.91, p. 17829. **Contudo, o entendimento majoritário neste caso, é no sentido de que cabe o respectivo creditamento, não do valor total do tributo, mas somente da diferença,** tendo em vista que a não – cumulatividade considera o tributo que incidiu na operação anterior, não o que poderia ter incidido. Cf. STJ – AgRg no Ag 252393/BA, 1ª T, Rel. Min. José Delgado, DJ 28.02.00, p. 71; TJMG – AC 1.0024.04.385575-8/001, Rel. Des. Francisco Figueiredo, DJ 29.04.05; TJRJ – AC 2000.001.17751, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Felipe Neves, Julgamento 27.11.01.

36 Cf. TRF/5ªR – AMS 89541/AL, 1ª T, Rel. Des. Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJ 29.09.05, p. 728.

37 A não concessão de “crédito presumido”, nesta hipótese, acarretará o diferimento da carga tributária, que será suportada integralmente na etapa posterior. Nesse caso, o diferimento poderá ocasionar alguns problemas, como, tornar menos vantajoso para o adquirente do produto que o faça da Zona Franca de Manaus (albergada pela isenção).

38 Cf. RESP 440207/PR, 2ª T, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25.02.04, p. 141.

39 Imaginemos o seguinte ciclo hipotético: A (isento) – B – C. “A” ao vender para “B” não pagou IPI, pois era isento, contudo, caso não fosse isento pagaria R\$ 80,00. “B” ao vender para “C”, terá que pagar R\$ 100,00 a título de IPI, no entanto, segundo a jurisprudência “B” poderá utilizar-se

crédito que "A" teria pagado caso não fosse isento, e sendo assim, "B" apenas deverá pagar R\$ 20,00 a título de IPI.

40 Este é o entendimento da doutrina majoritária. Cf. PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 345/346; CASSONE, Vittorio. **Parecer PGFN Nº 405/2003**.

41 Cf. ERESP 490547/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 10.10.05, p. 211.

42 Cf. RE 358493/SC, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.06.03.

43 Até o presente momento, os Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Ellen Gracie votaram no sentido de acompanhar o Relator, e sendo assim, presume-se que o Supremo Tribunal Federal irá modificar o seu entendimento anterior. Tal modificação (se ocorrer) também deve-se ao fato de a composição do Pretório Excelso ter sido bastante alterada.

44 A Medida Provisória nº 1.788/98 foi convertida nesta Lei.

45 Cf. TRF/5ªR – AC 344133/AL, 3ª T, Rel. Des. Fed. Rivalvo Costa, DJ 04.03.05, p. 762; TRF/1ªR – AMS 1999.38.03.003427-0/MG, 4ª T, Rel. Juiz Jamil Rosa de Jesus (conv.), DJ 01.08.03, p. 43; TRF/3ªR – AGA 136915/SP, 4ª T, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, DJ 02.08.02, p. 775.

46 Cf. TRF/5ªR – AC 334712/AL, 1ª T, Rel. Des. Fed. José Maria Lucena, DJ 15.10.04, p. 783; TRF/4ªR – AC 612581/RS, 2ª T, Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares, DJ 07.01.04, p. 234.

47 Cf. RESP 742981/CE, 2ª T, Rel. Min. Castro Meira, DJ 15.08.05, p. 294; RESP 746768/MG, 2ª T, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T, DJ 03.10.05, p. 224; RESP 435783/AL, 2ª T, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 03.05.04, p. 127. Vale observar que, o próprio Superior Tribunal de Justiça também já proferiu decisão em sentido contrário (Cf. RESP 498879/PR, 2ª T, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 08.09.03, p. 308).



## 2.10 - COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO EM MATÉRIA AMBIENTAL

**Luis Gentil Chaves**  
Especialista em Direito Público  
Procurador do Município de Fortaleza

### SUMÁRIO

- 1 Introdução
- 2 A repartição de competências
- 3 A experiência brasileira
  - 3.1. A repartição de competências na Constituição de 1988
- 4 Competências em Matéria Ambiental
  - 4.1. Competências comuns
  - 4.2. Competência legislativa
- 5 Competências Municipais
- 7 Conclusões
- 8 Bibliografia

O Município como membro da Federação brasileira. A formação do Estado Federal brasileiro e as fontes de inspiração de suas Cartas Políticas. Breves considerações sobre a repartição de competências no Estado Federal. A repartição de competências na Constituição de 1988. As competências comuns da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios sobre meio ambiente. Uma abordagem geral sobre a competência legislativa do Município. Investigamos, objetivamente, as possibilidades legislativas do Município, sobretudo em matéria ambiental. Ao final, concluímos que o Município, efetivamente, tem competência para legislar sobre meio ambiente. Vimos, também, a necessidade de elaboração da Lei Complementar a que se refere o Parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal.

### 1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento do Município como parte integrante da divisão administrativa da Federação brasileira, sem dúvida, será a premissa

sobre a qual lastreamos o nosso trabalho, tendo em vista defendermos a sua competência para legislar em defesa do meio ambiente.

Partimos do pressuposto de que a proteção do meio ambiente é uma atribuição do Poder Público. Desse modo, as ações nesse sentido deverão ser executadas, indistintamente, por cada um dos detentores dessa parcela de poder. No entanto, não é o que vemos, pois, por tratar-se de um problema de interesse geral, nem todos o tem como próprio, razão da existência uma certa acomodação dos órgãos responsáveis. Essa acomodação ou indefinição decorre, principalmente, da ausência de uma legislação mais clara a respeito dos papéis a serem desempenhados por cada um dos entes federados. Por outro lado, não podemos descurar as questões políticas subjacentes que, de alguma maneira, têm contribuído para a omissão das providências que se esperam.

A relevância do papel a ser desempenhado pelo Município, na efetiva proteção do meio ambiente, não pode, a pretexto algum, ser obscurecida, vez que as ações nocivas ao meio ambiente geralmente ocorrem no âmbito de atuação do poder municipal. Daí entendermos ser o Município competente para legislar em matéria ambiental, fato que ousamos demonstrar no presente trabalho.

Indubitavelmente, a tarefa não será das mais fáceis, haja vista as diversas vertentes do pensamento jurídico nacional sobre o assunto, com especial destaque para a discutível participação do Município na formação do Estado Federal.

Não obstante a complexidade da matéria, buscamos, nesse intrincado sistema de repartição de competências, oferecer alguma contribuição ao debate sobre as questões pertinentes à competência do município, sobretudo para produzir normas de proteção ao meio ambiente.

Assim, à luz do direito constitucional positivado, partimos da premissa de que o Município, efetivamente, integra a federação, como se infere do disposto no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*: "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: (...)".

O Município, como observamos, faz parte do contexto federativo, sendo, inegavelmente, integrante da organização político-administrativa da federação, como ratifica o art. 18 de nossa Carta Política, *in verbis*: "Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios".

De outra parte, não obstante a clareza do dispositivo constitucional, não são poucos os publicistas que defendem uma tese contrária. Contudo, com a devida vênia dos que assim não entendem, somos pela defesa da tese municipalista, amplamente vitoriosa na Constituição de 1988. Desse modo, entre ficar com o que diz a doutrina e o que está positivado, preferimos estar com a vontade do legislador consubstanciada nas disposições acima.

Com essa posição firmada, procuramos delinear os contornos do federalismo moderno, a fim de que, ao final deste trabalho, pudéssemos entender a importância do município no cenário federativo. Para melhor compreensão do tema, trouxemos à lembrança um pouco da história da formação do estado federal, observando, principalmente, os aspectos relacionados à distribuição ou repartição de competências.

Chamou-nos a atenção, sobremaneira, a forma como se deram a estruturação da federação dos Estados Unidos da América e a partição das competências estabelecida pela Constituição de 1787.

A nossa Constituição Federal, sem passar ao largo de sua fonte inspiradora, também recebeu influências da Constituição Alemã de 1949, sobretudo nos aspectos relacionados com faculdade legislativa concedida aos estados. E, para os fins deste trabalho, destacamos as competências comuns, com especial relevo para a proteção do patrimônio histórico, artístico ou cultural; a proteção do meio ambiente e o combate à poluição, em qualquer de suas formas; a melhoria das condições de moradia e de saneamento básico, etc., constantes do Art. 23, III, IV, VI, VII, IX e XI, da CF.

Ainda que comuns os encargos, não devemos esquecer a liderança exercida pela União nesse processo, sobretudo na ação fiscalizadora. Esta, na maioria das vezes, tem sido prejudicada em decorrência da

não-existência de uma consciência cooperativa por parte dos estados e dos municípios. Não fora essa prática administrativa excludente, tal não ocorreria, vez que o legislador, ao atribuir a todos, indistintamente, competência para cuidar do meio ambiente, pretendeu, antes de tudo, criar esse ambiente de cooperação entre os órgãos ambientais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No âmbito municipal, salvo as exceções de estilo, as dificuldades se acentuam, vez que a maioria deles não conta com a estrutura necessária para fazer face a seus encargos. A par disso, devemos levar em conta, também, a falta de sensibilidade dos dirigentes municipais e da coletividade em geral para com os problemas ambientais. E, por carecerem de mecanismos institucionais para levarem a termo as suas atribuições, quedam-se as administrações à margem do processo, mormente no que se refere ao licenciamento ambiental.

Foi com essa compreensão que elaboramos o presente trabalho, na expectativa de colaborarmos para a melhoria dos mecanismos de proteção ambiental, particularmente, na área de atuação dos municípios. Para tanto, procuramos traçar, em linhas gerais, as competências dos entes federados, com ênfase para o Município, onde vivemos, sentimos, criamos, reproduzimos e descansamos.

## 2 A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Uma das características do Estado Federal é a forma de repartição de competências entre seus membros. Segundo nos ensina Fernanda Dias Menezes de Almeida (2000: 29), "A Federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências. E essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas".

Para José Afonso da Silva (2001:480), três são as técnicas de repartição de competências. A dominante é a da enumeração das competências da União, reservando-se aos Estados os poderes remanescentes. Adotam esse critério as constituições dos Estados Unidos, Suíça, Argentina, ex-URSS e Iugoslávia, México e Austrália. A Constituição do Canadá, ao contrário, enumera as competências dos Estados, ficando a União com os poderes remanescentes.

A base de sustentação da nova federação, como de qualquer outra, reside na repartição das competências entre seus integrantes. No caso americano, foram atribuídas as competências ou poderes da União, deixando-se aos Estados as competências (remanescentes) que não lhes foram vedadas ou reservadas à União.

A forma de partilha de competências da Constituição dos Estados Unidos da América decorreu, sem dúvida, da vontade manifestada pelos Estados que aderiram ao pacto federativo. Como sabemos, o Estado Federal americano se formou a partir da união de estados autônomos. Assim, para se tornarem mais fortes, sem prejuízo de suas autonomias, firmaram a Carta de Filadélfia de 1787, na qual acordaram que os poderes da União seriam expressos (enumerados), ficando eles (Estados-membros) com os poderes remanescentes. Daí que, na Constituição promulgada em 1787, não foram estabelecidos, originalmente, os poderes e competências dos Estados-membros.

Para tanto, abdicaram de suas soberanias em favor da União, sem, contudo, renunciarem às suas autonomias. Disso resultou a delimitação dos poderes outorgados à União. Essa forma de partição de competências, segundo notícia Fernanda Dias Menezes de Almeida (2000:48), foi ratificada pela Décima Emenda, dispondo: "Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo".

É bem de ver que as circunstâncias que ambientaram a formação do Estado Federal americano não guardam qualquer semelhança com os fatos que precederam à organização do Estado Federal brasileiro.

## 3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A nossa Federação, pelo fato de ser originária da segregação de um Estado Unitário, como afirma a autora acima citada, em termos de repartição de competências, seguiu, mais ou menos, a fórmula clássica inaugurada pela Constituição dos Estados Unidos da América de 1787.

O Estado brasileiro, como vimos, não foi formado pela aglutinação de autonomias, como se deu com os Estados Unidos da América,

mas pela descentralização de um Estado unitário. Nossas Constituições, no entanto, em suas linhas gerais, observaram o formato da Carta de Filadélfia que, até hoje, serve de inspiração ao federalismo moderno.

Até chegarmos à Constituição de 1988, nosso sistema de repartição de competências não fugiu ao padrão clássico americano, como nos informa Fernanda Dias Menezes de Almeida (2000:55/56), in *verbis*:

Todas as Constituições brasileiras, desde a República, distinguiram as competências enumeradas da União, deixando para os Estados as remanescentes. E, a partir de 1934, passaram a trabalhar também com competências concorrentes. (...) Dos Municípios, que não são referidos na Constituição americana, dizia apenas nossa Constituição de 1891 que teria sua autonomia assegurada em tudo o que respeitasse ao seu peculiar interesse (art. 68).

(...).

De fato, na Constituição de 1934, é que por primeira vez se estabelece entre nós o esquema que prevê, a par da competência privativa da União (relacionada no art. 5º) e da competência remanescente dos Estados (assegurada no art. 7º, inciso IV), uma esfera de competências legislativas concorrentes, em que se cogita não só, mas também, do desdobramento, pelos Estados, de normas gerais editadas pela União, a exemplo do que previa a Constituição alemã no artigo 10.

(...).

Aos Municípios era assegurada a autonomia em tudo que respeitasse ao seu peculiar interesse, especialmente a eletividade do seu governo, à decretação de seus tributos, à aplicação de suas rendas e à organização dos serviços de sua competência (art. 13).

(...).

As Constituições brasileiras posteriores mantiveram, em linhas gerais, a técnica de mesclar competências enumeradas, remanescentes e concorrentes.

### 3.1. A repartição de competências na Constituição de 1988

Ainda que não inteiramente afastada do modelo clássico americano, nossa Carta Magna foi inspirada nas mais modernas tendências do constitucionalismo, com especial destaque para a Constituição Alemã de 1949, da qual absorvemos o regime de competências concorrentes.

O constituinte de 1988, com suas vistas voltadas para as constituições mais recentes do mundo, dotou a nossa Carta do seguinte sistema de repartição de competências:

#### 1. - COMPETÊNCIA MATERIAL:

##### 1.1. - Exclusiva.

1.1.1. - da União - art. 21;

1.1.2. - dos Estados - art. 25, § 1º;

1.1.3. - dos Municípios - art. 30, III a VIII.

##### 1.2. - Comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios - art. 23.

#### 2. - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA:

##### 2.1. - Privativa ou Exclusiva.

2.1.1. - da União - art. 22;

2.1.2. - dos Estados - art. 25, §§ 1º e 2º;

2.1.3. - dos Municípios - art. 30, I.

##### 2.2. - Concorrente entre a União, os Estados e Distrito Federal - art. 24;

##### 2.3. - Suplementar dos Municípios - art. 30, II.

O presente trabalho não comporta uma apreciação sobre cada uma das competências, porque seu enfoque deve ficar, tão-somente no âmbito das competências do Município. No entanto, mesmo que

superficialmente, receremos algumas considerações sobre as competências materiais ou comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Reiterando o que já foi dito, é na repartição de competências que reside o equilíbrio e a sustentação do Estado Federal. Por isso, quanto mais nítidas forem as atribuições de cada membro da federação, mais ágeis se tornarão as ações e os serviços colocados à disposição da coletividade.

Outrossim, por dependerem da ação política dos entes federados e das decisões de seus administradores, as coisas nem sempre se passam da forma desejada e esperada. Há, nesse cenário, um embate político, travestido, muitas vezes, de auto-afirmação, do qual resultam enormes prejuízos, sobretudo para as ações de política administrativa. São momentos de grande indefinição e incertezas, que prejudicam, sobremaneira, a execução das tarefas que são comuns a cada um deles, como servem de exemplo as ações de proteção ao meio ambiente.

Com relação aos municípios, lembramos que suas competências são, especificamente, as contidas nos artigos 23 e 30 da Constituição Federal. No artigo 23, encontramos as competências materiais ou administrativas, exercidas em comum por todos os entes federados. No artigo 30, inciso I, temos a ratificação do Município, como parte integrante da federação, consubstanciada na sua competência para legislar privativamente sobre assuntos de interesse local. Já no inciso II, do mesmo artigo, temos a competência para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

O Município, a exemplo da União, também tem as suas competências privativas. Elas estão definidas nos incisos III, IV, V e VIII do artigo 30 da Constituição Federal. Tais dispositivos tratam das competências administrativas que atendem, mais de perto, aos interesses do Município. Por outro lado, as competências definidas nos incisos VII e IX, são, praticamente, as mesmas do art. 23, incisos II e III.

Já foi dito por muitos, mas não custa repetirmos, que nascemos, vivemos, produzimos, reproduzimos e, afinal, descansamos no Município. Portanto, com relação ao meio ambiente - do qual somos parte e dependemos -, raramente ocorrerá algo que não afete direta

ou indiretamente o Município. Conseqüentemente, em termos de meio ambiente, mesmo observando as legislações federal e estadual, não há como negar a competência do Município para legislar sobre meio ambiente, em especial, sobre as questões em que o interesse local seja preponderante.

Por outro lado, não devemos olvidar, há fatos cujas conseqüências extrapolam os limites do Município e, até mesmo, dos Estados e do País. Quando isso ocorre, não podemos deslustrar o papel do Município na solução desses problemas, porquanto sobre ele recai a responsabilidade de, no âmbito de suas competências, adotar as providências necessárias para, pelo menos, minorar os efeitos dos danos ambientais porventura ocorridos em seu território.

A grande dificuldade - além das carências administrativas dos órgãos ambientais e da falta de uma política séria nessa área - reside no excesso de poderes atribuídos à União. Esta, como sabemos, detém a maioria das competências materiais e normativas, tendo, ainda, a prerrogativa de estabelecer normas gerais quando a matéria puder, igualmente, ser objeto de regulação pelos Estados.

#### 4. COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA AMBIENTAL

Sobre meio ambiente, diz a Constituição Federal:

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

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Nossa Constituição, sem qualquer distinção, impõe ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Por Poder Público, devemos entender: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Com efeito, no capítulo sobre o meio ambiente, a Constituição Federal não se limitou, apenas, a atribuir competências aos entes federados e à coletividade. Mais que atribuição, ela impôs a todos o dever de agir em defesa do meio ambiente.

O exercício dessas competências, no entanto, tem sido dificultado, primeiro, pela carência de uma política séria sobre o assunto e, segundo, pela ausência de recursos materiais e humanos para levar a termo tão ingente tarefa. A par disso, não devemos esquecer que

os problemas ambientais estão umbilicalmente ligados às questões econômicas e, por conseguinte, às influências do poder econômico. Sem generalizar, cremos ser este o maior empecilho ao desenvolvimento de uma política ambiental sustentável para o nosso país. Essa, sem dúvida, é mais uma razão para que o Município exerça, plenamente, as suas competências, visto que seus legisladores - porventura mais sensíveis às investidas do poder econômico - estão, também, mais próximos dos fatos e expostos a seus efeitos.

#### 4.1. Competências comuns

Como destacado, as competências comuns ou de execução são as descritas no art. 23 da Constituição Federal. Sobre meio ambiente, o citado dispositivo, coerente com o sistema de partição, assim dispõe:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...).

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

(...).

Inferimos das disposições supra que a tutela do meio ambiente, *lato sensu*, não pode, de forma alguma, ficar adstrita a um só ente da Federação, vez que sua importância vai muito além dos limites das comunas, dos estados e das fronteiras nacionais. Cuidar do meio ambiente é preservar a vida em nosso planeta. Por isso, União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm o dever de preservá-lo, não somente para nós, mas, principalmente para os que virão depois.

Acresça-se, ainda, que na execução das competências comuns não poderá haver supremacia de um poder sobre o outro. Ao contrário, as ações devem ser realizadas de forma ordenada e cooperativa, já que o assunto é do interesse de todos. Como tal, ao invés da supremacia de um ente federado sobre o outro, deverá haver convergência de ações, ainda que sob a liderança da União ou do Estado, conforme seja a prevalência do interesse.

#### 4.2. Competência legislativa

A competência legislativa, no caso, tem como pressuposto o fato de que toda e qualquer ação do Poder Público deve ser pautada no respeito ao princípio da legalidade, porquanto ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (art. 5º, II, da CF). Desse modo, para atender às demandas que lhes são comuns, cada membro da Federação deverá ser possuidor da capacidade de estabelecer normas de comportamento e exercer o seu Poder de Polícia devidamente respaldado em lei. Mas, lei de que esfera de poder? Eis, pois, a questão tormentosa que tentaremos responder.

Para fins didáticos, a Constituição divide as competências da seguinte forma:

##### 1. - Privativa ou Exclusiva.

- 1.1. - da União - art. 22;
- 1.2. - dos Estados - art. 25, §§ 1º e 2º;
- 1.3. - dos Municípios - art. 30, I.

##### 2. - Concorrente entre a União, os Estados e Distrito Federal - art. 24;

##### 3. - Suplementar dos Municípios - art. 30, II.

No âmbito das competências privativas da União sobre meio ambiente, ressaltamos que, na maioria dos casos, a matéria também é tratada na esfera das competências comum e concorrente, como realça Paulo de Bessa Antunes (2001:61), *in verbis*:

Por incrível que possa parecer, verifica-se, sem muita dificuldade, que diversas das matérias que integram a competência privativa da União estão, concomitantemente, arroladas nas competências comum e concorrente dos diversos integrantes da Federação. Água, energia, jazidas, minas e outros recursos minerais, populações indígenas e atividades nucleares de qualquer natureza integram a competência legislativa privativa da União. Ocorre que a proteção do meio ambiente, o combate à poluição, a preservação de florestas, da flora e da fauna, a exploração de recursos hídricos são da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: florestas, caça, pesca, fauna, conservação, defesa do meio e dos recursos

naturais, proteção ao meio ambiente e controle da poluição; proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.

Esta notória superposição legislativa e de competências ainda não foi esclarecida, pois não existe uma lei que delimite claramente o conteúdo da competência de cada uma das entidades políticas que constituem a Federação brasileira.

As matérias de competência privativa da União são as constantes do artigo 22, incisos IV, XII, XIV e XXVI. Assim, exceto nos casos em que tais matérias se encontrem, também, no rol das competências comum e concorrente, nenhuma intervenção legislativa poderá ocorrer, por qualquer outro componente da Federação, salvo se a União, através de Lei Complementar, o autorizar, como prevê o Parágrafo único do art. 22. Ao que nos consta, essa lei ainda não existe. Portanto, qualquer intervenção não autorizada - fora das matérias também relacionadas entre as competências comum ou concorrente - será inconstitucional.

No elenco das competências concorrentes sobre meio ambiente, temos:

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

(...);

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

(...).

Importante realçar que, de conformidade com o § 1º, do art. 24, na órbita da legislação concorrente, a competência da União é limitada ao estabelecimento de normas gerais. A par disso, nada obsta que, na ausência destas, possam os estados legislar plenamente sobre a matéria, consoante autorizam os §§ 2º e 3º do art. 24 da Constituição Federal.

Como podemos observar, o Município não está incluído no rol dos que detêm competência para legislar concorrentemente com a União, Estados e Distrito Federal. Todavia, a doutrina assim o tem entendido, quando interpreta as disposições do art. 30, II, da CF, como é o caso de Fernanda Dias Menezes de Almeida (2000:129), que averba:

Tendo adotado em relação às competências concorrentes o mesmo tratamento dado às competências privativas da União, separou o constituinte, no artigo 23, competências gerais ou de execução cometidas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e, no artigo 24, competências legislativas atribuídas à União, aos Estados e ao Distrito Federal. Adiante, no artigo 30, II, dispôs ainda sobre a competência legislativa concorrente para nele integrar os Municípios.

A competência material do artigo 23 foi designada como competência "comum", termo que, no caso, tem o mesmo sentido de "concorrente". Haverá concorrência de atuação nas matérias que o dispositivo arrola. O que o constituinte deseja é exatamente que os Poderes Públicos em geral cooperem na execução das tarefas e objetivos enunciados.

## 5 COMPETÊNCIAS MUNICIPAIS

Vistas, em linhas gerais, as competências legislativas da União e dos Estados, passemos ao estudo da matéria na esfera municipal que, afinal de contas, são o objeto central do nosso trabalho.

Como disse Paulo de Bessa Antunes (2001:61), há uma flagrante superposição legislativa e de competências que ainda não foi devidamente esclarecida. Haveria, pois, a necessidade de uma lei estabelecendo, sem dubiedades, as competências de cada integrante da Federação. Porém, como é sabido, as questões pertinentes ao meio ambiente dizem de perto a todos os entes federados, ainda que uns sejam mais afetados que os outros. Donde concluímos que, em grande parte, os problemas ambientais estão diretamente ligados às comunidades locais do que, propriamente, aos Estados ou à União. Disso resulta a dificuldade de estabelecerem-se limites à competência de cada um, mesmo que se reconheça na União a liderança sobre a produção legislativa a respeito da matéria. Mesmo assim, procuraremos elucidar os meandros das competências municipais, trazendo a lume algo que já não tenha sido dito ou pensado da forma como entendemos, ou que, pelo menos, não tenha recebido o mesmo enfoque.

Começemos, pois, pelas disposições do art. 30, incisos I e II, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...).

Conquanto a Constituição não tenha enumerado as competências legislativas dos municípios, fazendo-o, tão-somente, de forma genérica, não haveremos de sucumbir diante disso, já que as disposições supra, a nosso juízo, são mais que suficientes para levarmos a cabo o nosso intento.

Os limites legislativos do Município que, nas constituições anteriores, eram definidos pelas questões de seu "peculiar interesse", passaram, na vigente Constituição, a ser limitados às questões de "interesse local". Peculiar interesse ou interesse local, para nós, assim como para significativo número de doutrinadores, têm o mesmo sentido. Não



será, pois, a sinonímia que nos afastará de nossa meta, qual seja, a de esclarecermos, numa linguagem simples, as competências municipais, em matéria de meio ambiente.

A nosso sentir, a expressão "interesse local" alberga uma gama de oportunidades legislativas para o Município, inclusive sobre o meio ambiente. Embora o assunto seja do interesse de todos, casos há, sem dúvida, que dizem mais de perto ao interesse de uma comuna. Quando isso ocorre, nada mais salutar que o assunto seja por ela regulado. É o que acontece com os problemas relacionados ao meio ambiente.

Para lançar luzes sobre o assunto, colacionamos as prestigiadas lições de Celso Bastos (2001:319), *in verbis*:

O conceito-chave utilizado pela Constituição para definir a área de atuação do Município é o de interesse local. Cairá, pois, na competência municipal tudo aquilo que for de seu interesse local. É evidente que não se trata de um interesse exclusivo, visto que qualquer matéria que afete uma dada comuna findará de qualquer maneira, mais ou menos direta, por repercutir nos interesses da comunidade nacional. Interesse exclusivamente municipal é inconcebível, inclusive por razões de ordem lógica: sendo o Município parte de uma coletividade maior, o benefício trazido a uma parte do todo acresce a este próprio todo. Os interesses locais dos Municípios são os que entendem imediatamente com as suas necessidades imediatas, e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais.

Outro não é o entendimento esposado por Hely Lopes Meirelles (1993:98), *in verbis*:

Interesse local não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos municípios. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque

não há interesse municipal que não o seja reflexamente da União e do Estado-membro, como, também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação brasileira. O que define e caracteriza o "interesse local", inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União.

Segundo depreendemos, dificilmente, um fato ocorrido, ou um ato praticado, no âmbito do território municipal, deixará de ser assunto de seu interesse, ainda que, reflexamente, possa interessar ao Estado ou à União. Claro está, portanto, que, em sede de repartição das competências, haverá de prevalecer o interesse do ente federado ao qual o fato ou ato, mais de perto interessar, salvo expressa disposição em contrário.

O que devemos perder de vista, é que, por "interesse local", deve ser entendido, tudo aquilo que se sobreponha aos interesses dos demais entes da Federação. Este, pois, é entendimento abraçado por Paulo Affonso Leme Machado (2002:352), *in verbis*:

O 'interesse local' não precisa incidir ou compreender, necessariamente, todo o território do Município. Foi feliz a expressão usada pela Constituição Federal de 1988. Portanto, pode ser objeto de legislação municipal aquilo que seja da conveniência de um quarteirão, de um bairro, de um subdistrito ou de um distrito.

A noção de interesse local não é unívoca. Haverá interesses locais em choque e, muitas vezes, encontraremos o interesse local pelo desenvolvimento não sustentado ou imediatista, em antagonismo com o interesse local, pela conservação do meio ambiente.

De tudo isso avulta o fato de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, seja ele urbano ou rural, guarda estreita relação com a qualidade de vida de uma comunidade. Por essa razão, cabe ao Poder local (Município) adotar as providências necessárias à promoção do

bem-estar de seu povo, inclusive ditando normas de comportamento para esse fim.

Na órbita municipal, dizem respeito ao meio ambiente, as ações públicas concernentes ao controle da poluição, em qualquer de suas formas; o uso e a ocupação do solo, nas suas mais variadas vertentes; o zoneamento; a política de transportes; o saneamento básico, etc. Noutras palavras, toda e qualquer intervenção urbana que interfira positiva ou negativamente na qualidade de vida da população, diz respeito à comunidade local.

Para melhor nos situarmos, tomaremos como exemplo o projeto de construção do Centro de Eventos do Estado do Ceará, em Fortaleza, cujo processo de licenciamento, segundo estamos informados, ainda se encontra em andamento, sendo certo, porém, que já foram realizados os estudos de impacto ambiental, como determina o inciso IV do artigo 225 da Constituição Federal.

O equipamento urbano em questão ocupará uma área do patrimônio nacional (zona costeira), sujeita, portanto a um regime especial de proteção, conforme dispõe o art. 225, § 4º, da Constituição Federal. Nada obstante ser localizado em área pertencente à União, sua construção afetará, sobremaneira, a vida de uma comunidade, assim com resultará num significativo impacto sobre o ordenamento espacial da cidade.

Trata-se de um projeto cuja realização afeta, diretamente, os interesses do Município. Por esta razão, seu licenciamento não poderá furtar-se ao controle da legislação municipal, conforme prevê o artigo 6º da Lei nº 7.661/88 - Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, *in verbis*:

Art. 6º. O licenciamento para parcelamento e remembramento do solo, construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades, com alterações das características naturais da Zona Costeira, deverá observar, além do disposto nesta Lei, as demais normas específicas federais, estaduais e municipais, respeitando as diretrizes dos Planos de Gerenciamento Costeiro. (grifamos).

Quando a Lei fala de Planos de Gerenciamento Costeiro, é porque, além do plano nacional, poderão ser instituídos os planos estaduais e municipais correspondentes, conforme autoriza o § 1º do art. 5º, da Lei 7.661/88, *in verbis*:

Art. 5º. *Omissis*.

§ 1º Os Estados e Municípios poderão instituir, através de lei, os respectivos Planos Estaduais ou Municipais de Gerenciamento Costeiro, observadas as normas e diretrizes do Plano Nacional e o disposto nesta Lei, e designar os órgãos competentes para a execução desses Planos.

A Capital cearense, embora ostente o título de quinta capital do país, ainda não dispõe de seu Plano Municipal de Gerenciamento Costeiro, fato que tem contribuído, negativamente, para o ordenamento urbano de seu litoral.

No caso sob comento, não há dúvida de que o assunto é do interesse da União, do Estado (autor e executor do projeto) e do Município. Só que, em relação a este, a intervenção urbana repercute com maior intensidade, por acarretar mudanças significativas no perfil daquela zona da cidade. Como tal, prevalecerá o interesse do Município, cujas normas, nas suas especificidades, deverão sobrepor-se às dos demais entes interessados. Uma intervenção de tal magnitude, além do licenciamento dos órgãos competentes da União e do próprio Estado interveniente, deverá submeter-se à legislação municipal específica, ainda que mais restritiva. É o que preceitua o § 2º do artigo 5º da Lei 7.662/88, *in verbis*:

Art. 5º. *Omissis*.

(...).

§ 2º. Normas e diretrizes sobre o uso do solo, do subsolo e das águas, bem como limitações à utilização de imóveis poderão ser estabelecidas nos Planos de Gerenciamento Costeiro, Nacional, Estadual e Municipal,

prevalecendo sempre as disposições de natureza mais restritiva. (destacamos).

Em circunstâncias tais, conforme leciona Eduardo Lima de Matos (2001:123), sobressai-se o interesse local, de modo a aplicar-se à legislação municipal específica, em face do princípio da predominância do interesse que deve nortear o sistema de repartição de competências. Portanto, em casos como o exemplificado, onde o interesse local é dominante, nenhuma dificuldade se nos apresenta para afirmarmos ser o Município competente para legislar sobre o assunto, nos termos do artigo 30, I, da Constituição Federal.

No que respeita à competência para suplementar a legislação federal e estadual, devemos considerar que o termo "suplementar" tem sido, indevidamente, empregado com o mesmo sentido da palavra "complementar". No caso do inciso II, entendemos que o legislador ao empregar o termo "suplementar", fê-lo com o mesmo sentido de "suprir" uma carência no ordenamento jurídico, enquanto que, a palavra "complementar", teria o sentido de "completar" algo que existe, porém, incompleto. No entanto, há, ainda, muitas controvérsias a respeito do assunto, como nos demonstra Fernanda Dias Menezes de Almeida (2000:151/2), *in verbis*:

Doutrinariamente costuma-se distinguir, a propósito da competência concorrente, a competência complementar e a competência supletiva, cujos contornos já se encontram hoje razoavelmente definidos, superadas as controvérsias iniciais sobre o exato alcance de uma e de outra.

De fato, a regra introduzida pela Constituição de 1934 e repetida na de 1946, de que a competência legislativa da União sobre certas matérias não excluía a legislação estadual complementar ou supletiva, suscitou dúvidas sobre se as expressões "complementar" e "supletiva" seriam sinônimas ou teriam sentido diverso.

E as dúvidas procediam, não tanto pelo emprego da

disjuntiva "ou" que ligava essas expressões nos textos constitucionais, mas porque, na verdade, há uma correlação estreita entre as ações de complementar e suprir. "Complementar" significa acrescentar pormenores, desdobrar ou detalhar o conteúdo de uma regra geral. "Suprir", de outra parte, equivale a substituir, a fazer as vezes de algo. Mas, como também anota FERREIRA FILHO (sic) (1990: v. I 189), "quem supre complementa. A norma que vem suprir um branco, evidentemente complementa o ordenamento. Da mesma forma, quem complementa de certo modo supre, já que fecha um claro ao desdobrar a norma geral. Dessa correlação nasce o emprego impróprio das expressões 'complementar' e 'supletiva', em que incidem por vezes, os próprios textos constitucionais (como era o caso do art. 8º, parágrafo único, da Constituição anterior)".

Isso posto, indaga-se: diante da inexistência de legislação federal ou estadual sobre matéria de relevante interesse para o Município, poderá este legislar em caráter suplementar? A resposta, à luz do que acabamos de ver, deverá ser positiva, porque nesse caso, o Município estará legislando sobre assunto de interesse local. No entanto, devemos analisar o assunto com a devida cautela, tendo em vista que a questão terminológica, sobretudo em direito, nem sempre, recebe o tratamento adequado. É comum, por exemplo, tomar-se por empréstimo palavras que, isoladamente, não têm o significado que se pretende dar a ela no texto legal. Este *u.g.* deve ser o caso do termo "suplementar" que, no inciso II do artigo 30, nos dá a entender que teria sido empregado no sentido de "complementar", vez que só se complementa aquilo que existe e, obviamente, necessita ser complementado.

No caso em apreço, quando a Constituição fala em suplementar a legislação federal e estadual, está, na verdade, facultando aos municípios a possibilidade de suprir as omissões das legislações nacional ou estadual, para atender às suas necessidades, sobretudo em matéria de meio ambiente. É o que nos ensina Eduardo Lima de Matos (2001, pp. 125-127), *in verbis*:

Outro aspecto interessante: o artigo 30 (II) reconheceu a competência legislativa suplementar dos Municípios, fato que não ocorreu no artigo 24 da Constituição Federal. Logo, ficou claro que os Municípios podem suplementar a legislação Federal e Estadual.

Isso é importantíssimo, porque muitas vezes a legislação é feita para um contexto nacional e, não raras vezes, toma como padrão a região Sul do país, completamente diferente da realidade do Norte e Nordeste do Brasil. Assim, devido às disparidades regionais, ter-se-á na lei uma determinada exigência que, embora seja adequada para uma região, não se adequa à realidade das demais regiões brasileiras.

Nesse aspecto reside a importância da competência suplementar legislativa do Município, que vai adaptar uma lei Federal ou Estadual à sua realidade.

(...).

Na verdade, poucos municípios brasileiros utilizam esse instrumento constitucional que garante a autonomia desses entes federados. ... como bem discorre Jair Eduardo Santana: "Se o Município possui competência legislativa para suplementar a legislação nacional e estadual, é claro que esta normação poderá se desenvolver 'quando isso couber'. E, segundo pensamos, caberá a legislação ambiental do Município não somente em caso de espaço normativo não preenchido, mas sobretudo quando a legislação ambiental existente não seja justificável ante a realidade local. Com tal interpretação estamos dando ao Município a dimensão que ele realmente desfruta da Lei Maior" (1998, p. 142).

Os municípios brasileiros, em sua grande maioria, não se dão conta da necessidade de produzirem sua própria legislação, como, por exemplo, o Plano Municipal de Gerenciamento Costeiro, ficando, com raras exceções à espera que as coisas se resolvam no âmbito da legislação do estadual ou federal.

Por outro lado, no que se refere à proteção do meio ambiente, matéria de interesse comum às entidades federadas, não se tem notícias da edição da lei complementar a que se reporta o Parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, cujo diploma legal deverá estabelecer normas de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A edição dessa lei propiciaria, sem dúvida, uma maior integração entre os órgãos ambientais da Federação e, conseqüentemente, maior eficácia nas ações de proteção e preservação do meio ambiente.

Essa integração nos é sugerida desde a edição da Lei nº 6.938/81, portanto, bem antes da atual Constituição, cujo diploma legal já incluía os órgãos Municipais no Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA (art. 6º). Da mesma forma já previa a competência legislativa do Município em matéria ambiental, conforme vemos no § 2º, do mesmo artigo, *in verbis*:

Art. 6º. Omissis.

(...)

§ 2º Os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior.

Outro indicativo da competência municipal para legislar sobre meio ambiente, já presente na legislação infraconstitucional antecedente, vamos encontrar no art. 14 da lei em referência, que dispõe:

Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e **municipal**, o não-cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (grifamos).

(...)

Se alguma dúvida persistia sobre a competência do município de

legislar em matéria ambiental, o dispositivo supra a dissipou. Desse modo, resta ao Município tomar consciência do alcance de sua autonomia e do seu papel como integrante do SISNAMA.

## 7 CONCLUSÕES

Reconhece-se, ao final deste trabalho, que os municípios brasileiros, em que pese a concentração de poderes da União, muito podem fazer para a completude do ordenamento jurídico nacional, tendo em vista as diferentes necessidades regionais e locais, principalmente em matéria de proteção e preservação do meio ambiente.

É necessário, por igual, tomarmos consciência de que a proteção e a preservação do meio ambiente é uma tarefa atribuída a todos os entes federados, não havendo lugar para questões menores, como a disputa política pelo poder, tão comum entre os órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA.

Há, igualmente, necessidade de elaboração da Lei Complementar de que trata o Parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, a fim de que se criem os mecanismos de cooperação e integração entre os órgãos ambientais das unidades federadas, de modo que o meio ambiente seja devidamente protegido.

## 8 BIBLIOGRAFIA

- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Direito Ambiental Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 5. ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *in*: MEDAUAR, Odete (Org.). **Coletânea de Legislação de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, 2002.
- BRASIL. Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988. *in*: MEDAUAR, Odete

- (Org.). **Coletânea de Legislação de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, 2002.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MATOS, Eduardo Lima de. **Autonomia Municipal e Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 6. ed. atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2001.
- MORAES, Alexandre de. (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2002.

## 2.11 - O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CONFLITO DE PRINCÍPIOS

Aroldo Barreto Cavalcante Filho  
Coordenador da Procuradoria Jurídica da EMLURB

### SUMÁRIO

- 1 Introdução
- 2 Princípios e regras: conflitos
- 3 A relatividade dos princípios e a ordem constitucional
- 4 O princípio da proporcionalidade
- 5 O caminho da proporcionalidade na solução do conflito aparente de princípios
- 6 O problema do subjetivismo do julgador no caso concreto
- 7 Considerações finais

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa dissertar sobre possíveis conflitos existentes entre princípios jurídicos, oferecendo uma análise crítica sobre choque entre princípios e o princípio da proporcionalidade, apresentando algumas soluções aplicáveis ao caso.

Dentro do contexto apresentado, tem ainda por meta analisar a distinção entre regras e princípios e por fim pretende apontar o princípio da proporcionalidade como meio adequado e necessário à justa solução do conflito aparente de princípios.

### 2 PRINCÍPIOS E REGRAS: CONFLITOS

Inicialmente, cumpre fazer a correlação existente entre regras (normas positivadas) e princípios, posto que ambos são as bases caracterizadoras do Estado democrático e social de direito.

Entre os constitucionalistas que pretendem fazer tal correlação, destaca-se Willis Santiago Guerra Filho que esclarece que se deve imaginar uma pirâmide, sendo que na base da pirâmide estão as regras

positivadas e "(...) o grau de abstração vai então crescendo até o ponto em que não se têm mais regras, e sim, princípios".<sup>1</sup>

As regras positivadas, que trazem a descrição de uma situação fática muitas vezes não conseguem impor uma solução ao conflito, sem que entrem em cena os princípios, que fazem referência direta a valores. Verifica-se que estão intrinsecamente relacionados às regras positivadas e os princípios, sendo que ambos se complementam e possibilitam a plenitude do ordenamento jurídico.

A principal diferenciação entre normas e princípios, muito embora existam muitas teses jurídicas nesse sentido, reside no grau de abstração e generalidade da prescrição normativa relativamente aos casos aos quais devem cada um deles ser aplicado. O princípio, ao contrário da regra (norma positivada) não contém diretamente ordens, mas apenas fundamentos, justificativas para uma ordem. Verifica-se que a diferenciação reside principalmente no nível axiológico. Os princípios constitucionais, de fato e concretamente são normas constitucionais de eficácia vinculante para a garantia dos direitos fundamentais.

Feita a correlação entre essas duas figuras jurídicas, vem o ponto nodal da questão, qual seja a possibilidade da ocorrência de conflitos entre regras (regras versus regra) e entre princípios (princípios versus princípios).

No caso de conflito entre princípios, resolve-se a aparente contradição no próprio caso concreto, posto que se faz incidir a proporcionalidade que prima não pelo menosprezo de um princípio em detrimento de outro, mas pela prevalência do que melhor se ajustar à hipótese concretamente discutida, sem que isso imponha o desrespeito àquele que foi mitigado.

Já quando o conflito se dá entre regras, na verdade, uma das duas deve ser declarada inválida, a fim de manter-se a coerência e unidade do próprio ordenamento jurídico. Não há como coexistir dentro de um mesmo sistema, uma regra que proíba a entrada da população A no ambiente X e ao mesmo tempo, existir uma outra norma que permita a entrada em X da população A. Uma das duas será inválida no ordenamento do qual faz parte, sob pena de ser intoleravelmente incoerente.

Entre as normas existe hierarquia, já que as mesmas estão escalonadas em forma piramidal, segundo a clássica formulação de Kelsen. Entre princípios, por sua vez, não há que se falar em hierarquia, muito embora, num Estado democrático de direito vivam os mesmos em tensão permanente. A hierarquia das normas jurídicas ajuda na solução do conflito de normas positivadas, enquanto que a tensão entre princípios soluciona-se principalmente através do "meta-princípio" ou do "princípio dos princípios" que é o Princípio da Proporcionalidade.

Em síntese, o conflito de regras se resolve no âmbito da validade e o conflito de princípios no campo do valor.

### 3 A RELATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS E A ORDEM CONSTITUCIONAL

Antes mesmo de adentrar ao assunto propriamente dito, cumpre salientar que à medida que se alarga o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, mais surgem hipóteses de conflitos entre princípios.

Nossa Constituição Cidadã de 1988 introduziu em nosso sistema jurídico a proteção de vários novos direitos fundamentais. Com isso, inevitavelmente aumentaram também os aparentes conflitos principiológicos, posto que a pluralidade de valores acarreta a conseqüente existência de princípios aparentemente conflitantes entre si.

Dessa forma, em primeiro lugar, deve-se ter em mente que não existem princípios absolutos, fazendo-se necessário, diante de cada caso concreto uma compatibilização de valores, conferindo-se uma preferência a um princípio em relação ao outro diante do caso em análise.

Apenas para um melhor entendimento, tomemos a título de exemplificação dois direitos fundamentais existentes no sistema jurídico brasileiro, quais sejam o direito à liberdade do indivíduo e o direito do Estado de aplicar a lei penal ao infrator. A uma primeira análise, verifica-se que isoladamente considerados sugerem uma contradição. Contudo, verifica-se que tal contradição é apenas aparente, posto que diante do caso concreto que se apresenta serão indicadas as condições

sob as quais um princípio precederá ao outro, ou seja, se no caso concreto deve prevalecer o direito à liberdade ou o direito do Estado punir ao infrator. Sendo que ambos continuarão a coexistir harmonicamente no ordenamento jurídico.

Dentro de uma visão empírica, pode ser indicado um julgado do Supremo Tribunal Federal no qual aparentemente existiu conflito de princípios, cuja ementa assim se materializou:

“EMENTA: Ação direta de Inconstitucionalidade. Tributário. IPVA. Isenção concedida a veículos destinados à exploração dos serviços de transporte escolar, devidamente regularizados junto à cooperativa de transportes escolares do Município de Macapá. Lei No. 351 do Estado do Amapá, de iniciativa parlamentar. Inconstitucionalidade: art. 150, II, da Constituição Federal. Plausibilidade da tese jurídica sustentada. Liminar deferida.

Isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores concedida pelo Estado-Membro aos proprietários de veículos destinada à exploração dos serviços de transporte escolar no Estado do Amapá, devidamente regularizados junto à Cooperativa de Transportes Escolares do Município de Macapá – COOTEM. Tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente. Violação do princípio da igualdade e da isonomia tributária. Art. 150, II, da Constituição Federal. Medida liminar deferida.”<sup>2</sup>

No exemplo concreto retro, há uma indicação de conflito entre os princípios da igualdade e da isonomia de um lado, e, de outro, o princípio da isenção fiscal conferido aos Estados-Membros, havendo, necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade.

De acordo com os exemplos acima citados, fica evidenciado que diante do caso concreto que se apresenta à discussão, necessário se faz buscar um critério de proporcionalidade entre os valores discutidos, em

que haverá a prevalência de um sobre o outro sem, contudo, desprezar um princípio pelo outro. Destarte, objetivando evitar a destruição de um princípio por outro, deve-se, no caso concreto, lançar mão do caminho da proporcionalidade, que adiante será abordado.

#### 4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Dos princípios que iluminam o novo Direito Constitucional, ganha cada vez mais relevância, o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, desenvolvido na Alemanha, tem o escopo maior de oferecer critérios à limitação da atuação do Poder Público, tendo ainda como função primordial de preservar direitos fundamentais.

Aludido princípio nasceu quando da passagem do estado absolutista para o estado liberal individualista, porque se percebeu a imperiosa necessidade de controlar o poder ilimitado do monarca, tendo assim o princípio da proporcionalidade surgido como um freio aos desmandos do rei.

O direito constitucional administrativo consagrou o princípio da proporcionalidade como sendo uma extensão do princípio da legalidade, sendo que de início somente foi aplicada a noção de tal princípio às penas. Posteriormente, passou-se a exigir que os atos administrativos fossem adequados e proporcionais às finalidades da lei, e que os meios utilizados fossem os menos gravosos para os cidadãos.

Partindo de uma visão estrutural e funcional, o princípio da proporcionalidade é constituído de três sub-princípios, quais sejam o da adequação ou conformidade, o da exigibilidade ou da necessidade e o da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito.

De acordo com o sub-princípio da adequação, deve haver uma relação de adequação medida-fim, ou seja, as medidas a serem adotadas devem ser apropriadas ao fim que se almeja alcançar e ao mandamento que se pretende cumprir.

Pelo sub-princípio da necessidade exige-se que o Poder Judiciário examine se a medida ou decisão tomada, entre as aptas à consecução



do fim pretendido, é a menos gravosa aos cidadãos envolvidos, pois não se pode adotar medida excessiva simplesmente para garantir o fim almejado.

E, finalmente, pelo sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, diante de um caso concreto, deve haver uma ponderação por parte do Poder judiciário para avaliar qual a melhor solução aplicável, no caso de um aparente conflito de valores. Assim, fica conferido ao Poder Judiciário o dever de ponderadamente analisar a situação fática que se lhe apresenta e decidir se o direito efetivado não afrontou outro que deveria ter prevalecido naquele caso.

Em suma, de acordo com o princípio da proporcionalidade nos atos restritivos de direitos fundamentais, bem como no caso de conflitos aparentes de princípios (valores), deve-se utilizar o meio adequado e necessário para atingir o fim desejado.

### 5 O CAMINHO DA PROPORCIONALIDADE NA SOLUÇÃO DO CONFLITO APARENTE DE PRINCÍPIOS

Diante de um aparente conflito de princípios é preciso haver sempre um balanceamento efetivo dos direitos em conflito.

Nesse sentido, ganhou grande força o princípio da proporcionalidade, entendido em seus três sentidos: proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade.

Desse modo, havendo um caso concreto, no qual se dará a preponderância de um princípio sobre o outro, em primeiro lugar, deve-se verificar a adequação entre a medida a ser adotada e o fim visado. Num segundo momento, esse fim pretendido deve causar o menor gravame possível ao cidadão, pois "não se abatem pardais disparando canhões" e, finalmente, deve o meio utilizado ser proporcional ao fim buscado (proporcionalidade em sentido estrito). Em outras palavras, é preciso que o sacrifício de cada um dos valores constitucionais (princípios) seja necessário, adequado e proporcional à salvaguarda dos outros.

Diante do até aqui exposto, verifica-se nitidamente a importância do princípio da proporcionalidade como meio adequado à solução do

aparente conflito de princípios. Por isso, concordando com o mestre Willis Santiago Guerra Filho, não se pode deixar de fazer uma construtiva crítica à Constituição de 1988 que deixou de inserir em seu bojo expressamente esse fundamental princípio. No entanto, não se pode olvidar que, nos termos do art. 5º, § 2º, da CF/88, nossa Carta Política está aberta à incorporação de outros princípios não expressos e o da proporcionalidade é perfeitamente incorporável.

### 6 O PROBLEMA DO SUBJETIVISMO DO JULGADOR NO CASO CONCRETO

O grande problema existente na aplicação do princípio da proporcionalidade na solução de aparentes conflitos de princípios é a questão da subjetividade do julgador ao analisar um caso concreto que poderia pender mais para um princípio que para o outro, segundo sua livre convicção. Nesse caso, não mais há que se falar numa ponderação adequada (princípio da proporcionalidade propriamente dito).

Esse tem sido o ponto fulcral da aplicação do princípio da proporcionalidade na solução de conflitos aparentes de princípios.

Suzana de Toledo Barros ressalta a importância do juiz agir dentro de um aspecto racional afirmando que "(...) a questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável"<sup>3</sup>. Assim, é preciso conformar a decisão aos ditames dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, impende reforçar que a análise dos direitos em conflitos não pode sofrer uma avaliação subjetiva do julgador. Deve haver a imprescindível racionalidade para que a prevalência no caso concreto de um direito sobre o outro não se dê apenas por questões de foro íntimo do julgador.

Ainda não se pode olvidar que a aplicação do princípio dos princípios - proporcionalidade lato senso deve ter por objetivo maior o respeito e a observância a todos os princípios e direitos fundamentais envolvidos, motivo pelo qual o meio empregado para a solução do conflito deve ser o mais suave possível, até porque, no caso concreto, determinada a prevalência ou preponderância de um sobre o outro, não

significa desprezo ou negação de qualquer um deles, permanecendo todos intactos.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, infere-se que o princípio da proporcionalidade, em um Estado democrático de Direito, assim como é o Brasil, deve atuar como instrumento de realização das normas e princípios positivados no texto da Lei Fundamental, atuando fundamentalmente na solução dos aparentes conflitos de princípios.

Destarte, o princípio da proporcionalidade deve ser analisado sobre dois ângulos fundamentais e indissociáveis. Primeiramente, funciona como protetor da liberdade, impedindo que o Estado dificulte ou mesmo proíba o exercício de direitos fundamentais e, ainda, funciona como limite à liberdade de ação do legislador na eleição de valores que poderão acarretar graves mazelas aos cidadãos, através da atuação do julgador, de forma racional, no caso concreto, fazendo com que sejam observados os critérios de adequação, exigibilidade de que os meios utilizados sejam os menos gravosos e proporcionais aos fins almejados. Em suma, que seja plenamente observado o princípio da "justa medida", assim denominado por J.J. Canotilho, segundo o qual não se comporta desproporção entre o meio utilizado e o fim a ser alcançado.<sup>4</sup>

## 8 BIBLIOGRAFIA

- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3a. edição, Coimbra: Almedina, 1999.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

**stitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

MORAES, Alexandre de. "Direito Constitucional", 8ª edição, Editora Atlas, 2002.

STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade no direito cons-titucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

Site do STF: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

## NOTAS

1 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, pág. 53.

2 ADIN NO. 1.655-5 – Amapá.

3 BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, 1996, pág. 169.

4 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3a edição, Coimbra: Almedina, 1999, p. 265.

## 2.12 - PODER LOCAL E POLÍTICAS NEO – CORONELISTAS NO ESTADO DO CEARÁ

**Victor Hugo de Freitas Leite**  
Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)  
e Advogado

### SUMÁRIO

- 1 Introdução
- 2 O fenômeno coronelista e a evolução do municipalismo brasileiro
  - 2.1 A evolução constitucional do municipalismo brasileiro
  - 2.2 O advento do fenômeno coronelista
- 3 O Neo – Coronelismo no Estado do Ceará
- 4 Conclusão
- 5 Bibliografia
- 6 Nota

### 1 INTRODUÇÃO

A inclusão do município no federalismo brasileiro, ainda que seja uma peculiaridade inovadora à prática tradicional, é perfeitamente compreensível quando analisados alguns aspectos que contribuem para a necessidade de sua inclusão no rol dos entes federados. Contudo, a história do municipalismo brasileiro encontrou no fenômeno coronelista um de seus principais desafios ante a influência exercida por seus chefes no âmbito das ações políticas locais, em especial, nos estados do Nordeste, onde o poder das oligarquias ainda é decisivo.

Durante esta breve abordagem, dar-se-á enfoque especial aos acontecimentos ocorridos no âmbito do estado do Ceará, traçando um comparativo entre o período político regido pelos “Grandes Coronéis” e o atual “Governo das Mudanças” em seus mais variados aspectos, sem perder de vista o papel do município no cenário político e administrativo.

## 2 O FENÔMENO CORONELISTA E A EVOLUÇÃO DO MUNICIPALISMO BRASILEIRO

### 2.1 A evolução constitucional do municipalismo brasileiro

O Brasil é país de dimensões continentais, razão pela qual administrá-lo não é missão das mais fáceis, principalmente, quando se dispõe de regiões com características peculiares, seja no aspecto populacional, geográfico, climático ou quanto ao grau de desenvolvimento econômico e social. Em meio a tais variações, o papel do município ganha respaldo perante o modelo federativo brasileiro que desde sempre lhe fora fundamental na tarefa de administrar o País.

A viabilidade das ações políticas e administrativas encontrava na figura do município um instrumento de administração que garantia uma proximidade maior do Estado nos acontecimentos da vida pública do País. Muito embora a figura do município tenha se feito imprescindível ao longo da história, mormente, no aspecto administrativo, a busca pela sua efetiva autonomia foi traço marcante no municipalismo pátrio, visto que tal aspecto sempre sofrera deturpações, sendo prejudicado em razão da prática centralizadora iniciada durante as Capitâneas hereditárias, perdurando por todo o império e parte do período republicano. Victor Nunes Leal enfoca em sua obra uma das principais peculiaridades do municipalismo colonial, no tocante ao papel desempenhado pelas câmaras municipais:

Não se pode, entretanto, compreender o funcionamento das instituições daquele tempo, inclusive das autoridades locais, com a noção moderna de separação de poderes, baseada na divisão das funções em legislativas, executivas e judiciárias. Havia nesse terreno, atordoado-ra confusão, exercendo as mesmas autoridades funções públicas de qualquer natureza, limitadas quantitativamente pela definição, nem sempre clara, das suas atribuições, e subordinadas a um controle gradativo, que subia até o Rei.<sup>1</sup>

No período colonial, as Câmaras Municipais eram uma espécie de órgão multifuncional, exercendo as mais diversas atribuições,

dentre elas, as de governo, justiça, administração e até mesmo funções que hoje estão a cargo do Ministério Público, denunciando crimes e abusos aos juizes. Desempenhavam também funções de Polícia Rural e de inspeção da higiene pública, auxiliavam os alcaides no policiamento da terra e elegiam grande número de funcionários da administração geral.<sup>2</sup>

Era nítida a influência lusitana na organização municipal brasileira da época, fielmente pautada nos moldes ditados pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Nesse período a expansão municipalista foi restringida pelo caráter centralizador das Capitâneas, fato que debilitava as pretensões de uma autonomia mais efetiva, mas que não diminuiu a importância dessa experiência histórica no processo de evolução das Municipalidades, pois as Câmaras municipais ao desempenhar uma multiplicidade de funções acabavam por sinalizar para a necessidade aperfeiçoamento daquele modelo de gestão político-administrativa.

Durante o Império implementou-se um centralismo ainda mais forte do que o já existente e, paralelamente, uma série de reformas na estruturação das Câmaras Municipais. A Constituição Imperial de 1824 e a Lei Regulamentar de 1828 usurparam parcela significativa do poder exercido pelas municipalidades durante o período colonial, todo aquele poderio era suprimido por um centralismo institucionalizado, razão pela qual Hely Lopes Meirelles faz a seguinte menção:

Na vigência da Lei Regulamentar de 1828, que perdeu até a República, as Municipalidades não passaram de uma divisão territorial, sem influência política e sem autonomia na gestão de seus interesses, ante a expressa declaração daquele diploma legal de que as Câmaras eram corporações meramente administrativas (art24). Desprestigiadas politicamente, jungidas à Província e despojadas do poder judicante, as municipalidades do Império contrastam gritantemente com a organização anterior, do Município colonial, que desfrutava de franquias mais largas e consentâneas com suas finalidades.<sup>3</sup>

Muito embora o modelo colonial estivesse longe de representar a melhor alternativa, não há dúvidas de que este dispusera de um leque maior de prerrogativas do que o instaurado pela Constituição de 1824, que tratou de afunilar o centralismo provincial, fazendo sucumbir à autonomia local. A ânsia de corresponder aos desejos do imperador reforçava a prática centralizadora por partes das províncias, afastando qualquer possibilidade de gestão autônoma e reforçando ainda mais a impopularidade do império.

Uma das maiores evidências quanto à precariedade do modelo implementado pela Constituição imperial era a inexistência de um agente executivo próprio do município. O procurador, que era empregado da Câmara, exercia timidamente algumas funções dessa natureza. Assim, a província de São Paulo optou por criar o cargo de prefeito, com o caráter de delegado do executivo, fato se deu por intermédio da Lei 18, de 11.04.1835 e que representou um importante acontecimento no transcorrer do processo de aperfeiçoamento das Municipalidades.

Entretanto, era preciso avançar ainda mais, o que não foi possível com a Constituição de 1891. A redação daquela Carta cuidou em respeitar o pacto federativo, bem como assegurar uma efetiva autonomia do Município. As Constituições estaduais também adequaram as suas disposições de modo a garantir o preconizado pelo Texto Magno, mas tudo o que fora escrito acabou por se tornar em letra morta. Durante todo o seu período de vigência, a Constituição da República foi vítima dos coronéis, de suas fraudes e negociações, da falta de escrúpulos e da truculência.

No ano de 1934 vivia-se uma atmosfera de sentimentos sociais-democráticos que vieram desembocar na elaboração da Carta Política que entraria em vigor naquele ano. A esperança na busca da efetiva autonomia municipal e renovada, pois não se havia até então nenhum outro instrumento que mais se aproximasse da autonomia tão sonhada, como bem observou Hely Lopes Meirelles:

A experiência do regime anterior demonstrou que não bastava a preservação do princípio autônômico na Carta Magna para a sua fiel execução. Era necessário muito

mais. Precisavam as Municipalidades não só de governo próprio, mas – antes e acima de tudo – de rendas próprias, que assegurassem a realização de seus serviços públicos e possibilitassem o progresso material do município. Fiel a essa orientação, a Constituinte de 1934 inscreveu como princípio constitucional a autonomia do Município em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e especialmente a eletividade do prefeito e dos vereadores, a decretação de seus impostos e a organização de seus serviços.<sup>4</sup>

A Constituição de 1934, ainda que tenha sido bastante feliz na disposição de meios que garantissem uma maior autonomia nos campos político, financeiro e administrativo, a sua pouca duração não permitiu que tais disposições se efetivassem e que, sem dúvidas, representariam um avanço considerável em relação à Carta de 1891. Entretanto, a famigerada constituição de 1937, também conhecida como “Polaca”, cuidou em desferir um duro golpe nas pretensões de autonomia, em razão de seu teor antidemocrático e centralizador.

Com a implantação do Estado Novo de Vargas, o Poder Executivo passou a concentrar uma grande parcela de poder em suas mãos, acarretando uma série de desmandos, cassando a eletividade dos prefeitos e dissolvendo as Câmaras Municipais. A instituição de um regime interventorial também foi um dos fatores marcantes na época, quando o interventor era um preposto do ditador e, os prefeitos, prepostos do interventor. Assim, todas as atribuições municipais concentravam-se nas mãos no prefeito, sendo devidamente acompanhadas pelo Conselho Administrativo estadual, que se portava como um entrave às iniciativas locais.

Já a Carta de 1946 marcou indiscutivelmente o municipalismo brasileiro, pois, pela primeira vez na história o município pode gozar de uma autonomia concreta e efetiva. Nesta ocasião foram garantidos três aspectos fundamentais, quais sejam: o político, o financeiro e o administrativo, que ficaram evidenciados na eleição para prefeito e vereadores pela garantia de suas próprias receitas e pela a sua administração própria no tocante ao que a Constituição chamava de “peculiar interesse”.

A Constituição de 1967 e Emenda Constitucional de 1969 promoveram um fortalecimento do Poder Executivo, no entanto, a autonomia municipal foi mantida ainda que sob algumas restrições, o que já era esperado em se tratando de regimes autoritários. Mais uma vez a autonomia municipal é abalada, principalmente no âmbito político, quando se poderia destacar a nomeação de prefeitos nas Capitais e municípios considerados de interesse nacional, estabelecimento de limites à remuneração dos vereadores por meio de lei complementar federal, ampliação dos casos de intervenção dos Estados nos municípios e a limitação do número de vereadores em 21, na proporção do eleitorado local, como disposições que exemplificam a agressão contra aspectos relevantes da autonomia municipal.<sup>5</sup>

Por fim, a Carta Política de 1988 cuidou em superar todas as limitações impostas à autonomia municipal ao longo da história, elevando à categoria de ente federado autônomo, garantindo-lhe efetiva autonomia em todos os seus aspectos, sendo, mais do que nunca, peça essencial na formação federativa brasileira.

## 2.2 O advento do fenômeno coronelista

Durante o período regencial do Padre Diogo Antonio Feijó sucedeu o mais importante acontecimento da gênese coronelista. Com objetivo de coibir as agitações que se assolavam o país na época, Feijó à época Ministro da Justiça, criou em 18 de agosto de 1831 a Guarda Nacional que era constituída por homens bastante conhecidos em razão de suas posses fundiárias, sendo que a sua maioria não habitava no município, mas na zona rural. Sobre o surgimento desse fenômeno, Barbosa Lima Sobrinho ao prefaciá-la obra de Victor Nunes Leal faz a seguinte colocação:

A Guarda Nacional criada em 1831, para substituição das milícias e ordenanças do período colonial, estabeleceu uma hierarquia, em que a patente de coronel correspondia a um comando municipal ou regional, por sua vez dependente do prestígio econômico ou social de seu titular, que raramente deixaria de figurar entre os proprietários rurais. De começo, a patente coincidia com

um comando efetivo ou uma direção, que a Regência reconhecia, para a defesa das instituições. Mas, pouco a pouco, as patentes passaram a ser avaliadas em dinheiro e concedidas a quem se dispusesse a pagar o preço exigido ou estipulado pelo poder público, o que não chegava a alterar coisa alguma, quando essa faculdade de comprar a patente não deixava de corresponder a um poder econômico, que estava na origem das vestiduras anteriores.<sup>6</sup>

Alem de seu poderio econômico, a força do braço coronel advinha também de outros fatores, pois este é produto de seu meio e de seu tempo. Com maestria era capaz de utilizar recursos de linguagem e da influência exercida pelos valores da época, cultivados pela sociedade matuta, expressando-os de forma proverbial e definindo-lhes sabedoria. Astuto e com uma sensibilidade social desenvolvida, a sua figura de árbitro social ganhava respeitabilidade e admiração pela população que, por sua vez, admitia com um certo prazer a sua posição subservente.<sup>7</sup>

A figura do coronel é bastante emblemática no municipalismo brasileiro, tendo como traço marcante a sua maneira peculiar de governar, pautada em práticas patrimonialistas e clientelistas em meio à administração da coisa pública. A presente assertiva é algo fortemente perceptível ao longo da história com uso da máquina administrativa em benefício de aliados políticos e amigos pessoais.

As trocas de favores assumiam as mais diversas formas, que variavam desde os pequenos obséquios como batizar uma criança ou apadrinhar um casamento até a investidura em cargos públicos. Quando se tratava de favorecer os amigos não se mediam esforços, nem que para tanto fosse necessário atropelar os textos legais. Os coronéis oscilavam constantemente entre a legalidade e a ilegalidade, mas não era possível perder de vista que na política só havia uma vergonha: perder.<sup>8</sup>

Dai o "filhotismo" ter contribuído sobremaneira para a desorganização da administração municipal, mas ao seu lado havia um outro fenômeno que era nada mais nada menos que um dos desmembramentos daquele, o "mandonismo". Ao aludir a presente temática em

sua obra, Nunes Leal destaca a seguinte frase, que muito bem sintetiza a natureza dessa faceta do coronelismo: "Para os amigos pão, para os inimigos pau". Este era o espírito da época, a hostilidade contra os inimigos chegava as raias da brutalidade, sendo as tocaias assassinas umas das constantes.

O Código de Processo Criminal de 1832 estabelecia que as autoridades ficariam sob o controle dos proprietários de terra, e os juízes de paz seriam eleitos pela população local, além do que, o mesmo código regulava o processo eleitoral e os critérios de recrutamento da guarda nacional. Dessa forma, tal legislação fortalecia ainda mais a figura do chefe político local, cuja influência nas ações políticas tornava-se ainda mais intensa.

Ao abordar a temática da autonomia, Nunes Leal elenca um rol de motivos que ocasionavam a debilidade das pretensões de uma autonomia mais ampla e eficaz, adiante o autor destaca a Constituição de 1946 e o tratamento dispensado aos municípios através de sua redação, assim dispôs o autor:

A atrofia dos nossos municípios tem resultado de processos vários: penúria orçamentária, excesso de encargos, redução de suas atribuições autônomas, limitações aos princípios da eletividade de sua administração, intervenção da polícia nos pleitos locais etc. Passado o período áureo das Câmaras coloniais, sobrevieram a miúda interferência régia e a tutela imperial. A brisa autonomista deixou de soprar, e ventos contrários passaram a impulsionar a política do municipalismo no Brasil. Em 1934, tivemos um novo surto autonômico, interrompido pelo Estado Novo. E só agora, em 1946, a terceira Constituinte republicana pôs o problema do municipalismo entre as suas primeiras cogitações, encarando principalmente o aspecto fundamental da receita. O movimento de 46 é uma continuação mais consciente do de 34, embora certos detalhes emprestem a um e a outro particularidades dignas de registro. Até onde, porém, o novo municipalismo resultara em reforçamento efetivo da autonomia política das comunas, eis uma questão em aberto, que só o tempo resolverá.<sup>10</sup>

Victor Nunes Leal ao escrever a sua obra o fez com relatos que

findavam em 1946, ou seja, o trecho acima transcrito reflete a visão do autor na sua época, o seu enfoque tem como ponto de partida as dificuldades existentes até aquele ano, que, notadamente, foi o ano em que se foi possível constatar sensíveis avanços do municipalismo no âmbito constitucional.

Cumprir observar, por pertinente que é, que os coronéis gozavam de uma autonomia extralegal.<sup>11</sup> Entretanto, para que pudesse dela gozar era preciso um necessário alinhamento como o governo estadual ou federal. Como corolário dessa relação promiscua entre coronéis e governos estaduais e federais, tinha-se o apoio dos coronéis nos pleitos estaduais e federais, enquanto estes contariam com a cumplicidade daqueles no comando de suas ações locais, sem qualquer restrição ou represália, até mesmo em casos em que o município extrapolava a sua esfera de competência.

Um dos argumentos bastante utilizados pelos que se opunham a autonomia municipal era que esta favoreceria as administrações perdulárias ou corruptas, ante a impossibilidade de um controle do alto. Tal constatação fez com que Nunes Leal formulasse a seguinte indagação: "Se o Estado no regime de 1891 dispunha de completa ascendência política sobre os chefes locais, por que não exercia no sentido de moralizar a administração municipal?"<sup>12</sup> A resposta é simples: Qualquer tipo de tentativa de se moralizar as administrações municipais implicaria numa quebra do pacto cooperação existente, logo, medidas "moralizantes" só se fariam necessárias contra os adversários. Portanto, a fiscalização estatal era inócua e propensa à corrupção.

A incultura do interior é apontada por Nunes Leal como um dos fatores de agravamento da desorganização da administração municipal e da corrupção. O autor exaltava a dificuldade do governo federal e estadual de conseguir funcionários capazes e qualificados, que se agravava ainda mais quando se tratava de municípios mais atrasados e de pequeno porte.<sup>13</sup> A presente constatação é apenas uma agravante de uma realidade amplamente atribulada pela corrupção e pelo poderio dos coronéis.

Em meio à abordagem histórica do municipalismo brasileiro é perceptível ainda no século XXI a presença das práticas coronelistas em

nosso País, principalmente, no sofrido sertão Severino, palco de vários episódios protagonizados por estas figuras que por décadas ditaram os rumos das políticas locais.

A cultura patrimonialista é realidade presente na administração brasileira desde os primórdios da administração colonial, não sendo uma exclusividade do coronelismo. A presente constatação acaba por gerar a sensação de que o dinheiro público dispõe de um sabor diferenciado para o administrador corrupto, fascinado em dilapidar as finanças públicas em benefício de seus pares, em especial, familiares e amigos numa cordialidade muito bem lembrada por Sérgio Buarque de Holanda que ressalta a prática patrimonialista na sociedade brasileira.

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram o seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos foi sem dúvida a família aquele que se expressou com mais força e desenvoltura em nossa sociedade.<sup>14</sup>

Nessa perspectiva, a relação promíscua entre público e privado arrasta-se desde o período colonial, não sendo um "privilegio" apenas dos coronéis e que ainda hoje permanece como um dos cânceres da administração pública brasileira.

### 3. O NEO - CORONELISMO NO ESTADO DO CEARÁ.

Com o propósito de conferir uma maior proximidade com a temática em questão, proceder – se – á uma análise sobre como esse fenômeno atingiu e vem atingindo o Ceará ao longo dos anos. Portanto, a análise dos Governos "Coronelista" e "Mudancista" são indispensáveis na visualização dos avanços e retrocessos conseqüentes desta transição.

O modelo coronelista até a década de 30 era característica da política tradicional brasileira, contudo, a partir da "Revolução de 1930", passa a ser visto como traço característico da nordestinidade

política. O modelo coronelista tradicional é pautado sobre uma metodologia política bastante peculiar, com práticas que inevitavelmente são associadas às figuras de seus chefes políticos, que sempre se revelavam em conchavos cuja influência era percebida no resultado final das eleições.

A articulação política entre os chefes políticos era sempre bem organizada e exigia daqueles que dela participavam um talento político especial, pois ali não era lugar para aventureiros, mas sim para aqueles que conheciam os "meandros" da arte política. "Os currais eleitorais" e o "voto de cabresto" retratam o perfil da estratégia política por eles empregada, em contrapartida, aos olhos de seus críticos são frutos das "Forças do Atraso", representando um retrocesso para a política nacional. Nesse sentido, destaca a professora Rejane Vasconcelos:

Como superposição entre o tradicional e o moderno, ou como pacto promíscuo entre os diversos níveis de chefia política federal, estadual e municipal, para produzir resultados eleitorais com a farsa da manifestação da vontade coletiva sintetizada no voto, o coronelismo aparece como "pecado original" da política brasileira.<sup>15</sup>

Retrocesso ou não, o poder dos coronéis e de suas oligarquias era sempre muito valioso para as pretensões políticas de quem quer que fosse, seja em nível regional ou nacional. Não obstante as alterações introduzidas na dinâmica eleitoral durante o regime militar de 64 - com o fim das eleições diretas para governador - tenham representado um duro golpe no poderio dos coronéis, estes ainda gozavam de grande força política, haja vista o situacionismo ter sido uma das principais características da bancada nordestina durante a ditadura militar, pois dela advinham os votos necessários para a legitimação do regime. A preservação do rito democrático exigia dos militares o necessário apoio dos chefes políticos estaduais.<sup>16</sup>

Na história do coronelismo cearense três nomes marcaram época: Virgílio Távora, César Carls e Aduato Bezerra. Quanto a estes, a expressão "coronel" acabava por ganhar um maior realce, haja vista as suas patentes militares e a chefia política que exerciam no âmbito estadual.



Os acordos políticos celebrados durante o governo de cada um deles, que tinham como pressupostos o patrimonialismo e clientelismo, foram alvos de ataques insistentes da campanha "mudancista" que, apoiada por partidos de esquerda como PC do B, pregava a moralização da administração pública.

É exatamente neste aspecto, na "con-fusão" entre o público e o privado, que se percebe um dos principais problemas do municipalismo brasileiro, pois este obstáculo era uma constante às pretensões de uma efetiva autonomia municipal, por mais que esta estivesse prevista nos textos constitucionais, faltavam meios que pudessem garanti-la.

Não restam dúvidas que a derrocada dos coronéis se deve também a sua aliança com o odioso regime Militar de 64, fato este bastante exaltado por seus opositores. O discurso de reprovação às práticas anacrônicas da política tradicional era uma das bandeiras da nova geração, trazendo à tona um novo modelo de administração, pautada na probidade, na moralidade e na eficiência, incutindo na administração pública este último aspecto, tendo como referência a excelência do serviço prestado nos moldes preconizados pelo setor privado.

Entretanto, um dos fatores decisivos para o declínio do domínio coronelista se deu razão do exercício de sucessivas eleições a partir da redemocratização do País em 1946. Este novo cenário eleitoral acabou por valorizar o voto do eleitor, quando este passa a sentir-se exigido e solicitado, desenvolvendo então o seu poder de barganha. Assim, o voto ganha *status* de mercadoria e passa a ser trocado por vestidos, dentaduras, cimento, telhas etc. A partir dessa nova dinâmica, o voto de cabresto dá lugar ao voto mercadoria.<sup>17</sup> A obra de Vilaça e Albuquerque, "Coronel, Coronéis", trata de forma elucidativa a questão:

O voto mercadoria operou o declínio político do coronel. Valendo um preço, ele se impessoalizou; passou a ser trocado pelo maior valor. E onde foram surgindo uma burguesia comercial ou industrial que se opunham às formas de domínio tradicional – ou onde apareceu, a disputar o voto, o "capitalista", candidato das capitais ou das usinas de açúcar – começou a fraturar – se a unicidade do sistema político que o coronel antes presi-

dira soberana e indisputadamente. Incapaz de competir com o poder de compra da burguesia, ou não justificando investimento em empresa que, antes, sem qualquer mercantilidade lhe era seguramente mais eficiente, mas que agora vê corrompida sua destinação monolítica, o coronel recua.<sup>18</sup>

Tal acontecimento representou uma ruptura radical nas estruturas políticas construídas pelos coronéis ao longo de décadas. Conseqüentemente, uma nova classe, gradativamente, passa a ditar as regras, revestindo com nova roupagem aos já desgastados métodos da política tradicional e exaltando o discurso da modernidade. Vilaça e Albuquerque fazem a seguinte colocação acerca desta temática:

O declínio político do coronel quase sempre provocou esfacelamento de poder, atritos e lutas políticas mais acirradas. Com o tempo, aquela forma de supremacia sociopolítica se substituiu por outra, mais sutil, menos ostensiva: na pessoa de um líder mais moço, crescido e formado nas cidades – e mesmo com uma cultura universitária, quase sempre em regressão; ou por representante de uma classe comercial e incipientemente industrial ativa e ávida de poder político; ou ainda pela demagogia de certos líderes populares e pelo oportunismo político.<sup>19</sup>

E foi exatamente a ótica modernizante propagada pelo discurso "mudancista" que fez sucumbir o vasto e duradouro governo coronelista, já desgastado e vitimado pelo entusiástico marketing da nova geração de políticos que traziam consigo o estandarte da modernização, prosperidade e, acima de tudo, da moralidade administrativa tão violada pelos malfadados coronéis.

Entretanto, o povo cearense mal sabia o que lhe aguardava, pois se a administração da "Geração Cambéba" representou uma nova fase da administração pública no estado, com a inclusão de técnicos para participar de suas secretarias, pondo de lado os políticos que durante o período coronelista eram em maior número, isso não afastou o

favorecimento de certos setores que gozavam de benefícios de outras formas, sendo o empresariado e o setor industrial o maior beneficiário das ações do novo governo.

Para uma maior decepção do eleitorado cearense, os índices de desenvolvimento social se mostram incompatíveis com o *marketing* do governo, segundo o qual o Estado tem demonstrado índices de desenvolvimento social e econômico jamais vistos em toda a história. Todavia, a realidade tem se mostrado de forma contrária, pois os índices sociais do estado do Ceará são caóticos e que deixam muito a desejar quando comparados com os demais estados do Nordeste.

Segundo matéria publicada na revista "Isto É" de agosto de 2000, mostra que de acordo com um estudo realizado pelo, à época deputado estadual pelo PSB, Eudoro Santana, os índices sociais pioraram nos últimos 12 anos. Comparando o período compreendido entre 1974 a 1986 (período governado por coronéis) e 1986 a 1998 (Era Tasso), constata-se que o desempenho dos coronéis se apresenta melhor do que o de a "Era Tasso".<sup>20</sup>

De acordo com as informações coletadas da revista, a taxa média de crescimento do PIB (Produto Interno Bruto) do setor industrial durante o governo dos coronéis foi de 13,46%, enquanto durante o Governo Tasso foi de 4,15%. Já no setor agropecuário vem o mais estarrecedor, enquanto os coronéis fizeram com que o PIB deste setor subisse 1,47%, durante o governo Tasso registrou-se um *déficit* de -6,32%, o que é inaceitável, pois a agricultura emprega 40% da mão - de - obra do Estado.<sup>21</sup>

Na seqüência, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) no Ceará aponta o estado como o quinto lugar entre os estados do Nordeste e de acordo como Índice Gini, o estado tem a quarta maior concentração de renda da região, sendo também o segundo pior em expectativa de vida. Por fim, o estado ficou entre 1991 e 1997 em penúltimo na relação dos estados que conseguiram reduzir a taxa de analfabetismo.<sup>22</sup>

Como se não bastassem, os baixos índices sociais da Administração "Mudancista", esta vem sendo marcada por fortes indícios de corrupção. O governador foi acusado de Ter sido favorecido com

empréstimos junto ao BNB, cujo presidente é o Ex - secretário de Planejamento do Governador Tasso Jereissati e por este indicado para a presidência do banco.<sup>23</sup>

Os empréstimos contraídos com juros bem abaixo dos valores cobrados para as demais empresas, ou seja, enquanto a estas os empréstimos era feitos com juros na ordem de 13, 37%, as empresas do governador arcavam apenas com 7, 7%, também teria recebido somas muito além do teto máximo estabelecido pelos técnicos do banco, a empresa Refrescos Cearenses, de propriedade do Governador Tasso, teria recebido empréstimo de 24 milhões, valor três vezes quase três vezes maior que o permitido.<sup>24</sup>

Outro episódio no qual estaria envolvido o governador Tasso Jereissati diz respeito ao uso de notas frias para fraudar a prestação de contas junto ao BNB, sem falar na contratação da empresa de *marketing* MCI sem prévio procedimento licitatório.<sup>25</sup> Feitas tais constatações, é possível inferir que as práticas condenadas pela "Geração Cambéba" são as mesmas que eles vêm utilizando ao longo dos anos, incidindo nos mesmos erros dos seus antecessores, utilizando-se da máquina administrativa em prol de interesses privados e sendo responsáveis por índices insatisfatórios de desenvolvimento social.

Tudo isso demonstra que, embora a Carta de 1988 tenha trazido sensíveis modificações em favor da autonomia municipal, esta ainda não é satisfatória mesmo tendo evoluído significativamente. Dentre os três aspectos: administrativo, financeiro e político, todos carecem de melhorias.

No campo administrativo ainda se percebe o uso da máquina do governo em favor de interesses particulares. Já no financeiro, muitos municípios brasileiros, principalmente, os de pequeno porte localizados no interior dos estados sofrem com a falta de verbas, pois o repasse é insuficiente e a arrecadação é pouca, sem contar com os desvios oriundos da corrupção e o desrespeito a Lei de Responsabilidade Fiscal, esta ainda muito questionada.

No aspecto político, ainda que de forma reduzida, é possível encontrar a presença das velhas e imortais oligarquias rurais, agora

dividindo espaço com os neo-coronéis, sempre elegendo candidatos de ditando os rumos da política local, com a manipulação das eleições através da compra de votos e da troca de favores. Fato também bastante comum é o favorecimento de algumas prefeituras aliadas do Governador, sempre beneficiados com obras e projetos do governo do Estado em detrimento daqueles que se encontram sob a administração os seus adversários.

#### 4 CONCLUSÃO

A aproximação da sociedade da gestão dos gastos públicos é de fundamental importância para coibir práticas corruptas e a má destinação das verbas públicas. A história e testemunha da necessidade de uma gestão democrática da administração pública, mais próxima da população, ouvindo o clamor desta e permitindo a sua participação de forma mais direta, pois nada melhor do que o próprio povo dizer o que fazer com os recursos que lhe são destinados.

Uma das tristes constatações feitas durante a presente análise é que, muito embora o municipalismo tenha avançado no aspecto constitucional e com isso evoluído na gestão de seus negócios, por outro lado a corrupção insiste em permanecer como algo arraigado a cultura administrativa e que ainda se luta bastante para combatê-la. Assim, o que se percebe é que a história sempre se repete, mas com personagens diferentes.

A Utilização do Poder Judiciário na busca da moralidade administrativa e contra os atos lesivos cometidos pelo Poder Público também se mostra como uma das possibilidades de solução perante as administrações corruptas. Vale lembrar que o Ministério Público também exerce papel decisivo nesse sentido, devendo estar sempre pronto para agir quando a sociedade estiver sendo ameaçada ou lesada em seus direitos.

A adoção de uma postura cidadã e participativa, bem como a tomada de consciência por parte da população passam por uma profunda reflexão acerca da democracia brasileira e principalmente pela contraposição do Texto Constitucional com a realidade política do País, marcada pela crise institucional e dos valores éticos.

Por fim, observando o atual cenário político no plano regional é possível enxergar a presença do legado coronelista, todavia, com ações mais discretas e travestidas de legalidade, mas sempre com finalidades que não satisfazem os interesses coletivos e impedido a evolução da autonomia municipal em seus mais variados aspectos. Acrescente-se ainda uma pitada de sofisticação com a utilização do "marketing" televisivo e o discurso desenvolvimentista em favor de um Estado que ainda se encontra preso às famigeradas raízes do coronelismo.

#### 5 BIBLIOGRAFIA

- CARVALHO, Rejane Vasconcelos Accioly, Virgílio, Adauto e César Carls: *A política como arte da chefia. A era Jereissati: Modernidade e mito*. Demócrito Rocha, Fortaleza, v. 1, 2002.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ISTO É. São Paulo. Três, v.1, n. 1610, ago. 2000.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. 3 ed. São Paulo: Alfa Omega, 1976.
- MEIRLLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- VILAÇA, Marcos Vinícios; ALBUQUERQUE, Roberto Cavalcanti. *Coronel, Coronéis: Apogeu e declínio do coronelismo no Nordeste*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

#### 6 NOTA

- 1 LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo Enxada e Voto*. 5 ed. São Paulo: Alfa Omega, 1986, p.61-62.
- 2 Ibidem, p. 62.
- 3 MEIRLLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 38.
- 4 Id. Ibid, 2000, p. 40.
- 5 Id. Ibid, 2000.
- 6 LEAL, Victor Nunes., op. cit., 1976, p.13
- 7 VILAÇA, Marcos Vinícios; ALBUQUERQUE, Roberto Cavalcanti. *Coronel, Coronéis: Apogeu e declínio do coronelismo no Nordeste*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- 8 Id. Ibid, 1976.
- 9 Id. Ibid, 1976.

- 10 Id. Ibid, 1976, p. 50.  
11 Id. Ibid, 1976.  
12 Id. Ibid, 1976, p. 52.  
13 Id. Ibid, 1976.  
14 HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 146.  
15 CARVALHO, Rejane Vasconcelos Accioly. Virgílio, Adauto e César Carls: a política como arte da chefia. *A era Jereissati: Modernidade e mito*. Demócrito Rocha, Fortaleza, v. 1, p.11, 2002.  
16 Id. Ibid, 2002.  
17 VILAÇA, Marcos Vinícius; ALBUQUERQUE, Roberto Cavalcanti op. cit., 2003.  
18 Id. Ibid, 2003, p. 64.  
19 Id. Ibid, 2003, p. 45.  
20 ISTO É. São Paulo. Três, v. I, n. 1610, ago. 2000.  
21 Id. Ibid, 2000.  
22 Id. Ibid, 2000.  
23 Id. Ibid, 2000.  
24 Id. Ibid, 2000.  
25 Id. Ibid, 2000.

PROCURADORIA GERAL  
DO MUNICÍPIO  
BIBLIOTECA

## 2.13 - O RECURSO DE REVISÃO DO VALOR DA CAUSA NO PROCESSO DO TRABALHO APÓS O ADVENTO DO RITO SUMARÍSSIMO

**Francisco José Parente Vasconcelos Júnior**  
Advogado e Consultor Empresarial, Especialista  
em Direito Processual Civil e em Direito  
e Processo do Trabalho.

### SUMÁRIO

- 1 Introdução
- 2 Valor da Causa e os Ritos no Processo do Trabalho
- 3 Natureza Jurídica
- 4 Fixação do Rito Sumaríssimo ou Ordinário – Incompatibilidade do Pedido de Revisão em sede de razões finais
- 5 Conclusão
- 6 Bibliografia

### 1 INTRODUÇÃO

Em 12 de Janeiro de 2000, com o advento da Lei nº 9.957, foi instituído na Consolidação das Leis do Trabalho o Rito Sumaríssimo, através da inserção de nove letras no art. 852, procedimento a ser observado para os dissídios individuais cujo valor da causa não ultrapasse 40 (quarenta) salários mínimos vigentes na data de seu ajuizamento.

O critério adotado para escolha do Rito Sumaríssimo foi o valor da causa, surgindo questionamentos quanto à aplicabilidade do “**Pedido de Revisão do Valor de Alçada**”, estabelecido no art. 1º, da Lei nº 5584, de 26 de junho de 1970, poder ser deduzido em sede de razões finais, ou seja, após o final da instrução processual.

Confira o art. 1º, da Lei nº 5584, de 26 de junho de 1970:

“Em audiência, ao aduzir razões finais, poderá qualquer das partes impugnar o valor fixado e, se o juiz mantiver,

pedir revisão da decisão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, ao Presidente Regional do Trabalho”.

Sendo, em princípio, o critério do procedimento a ser trilhado pelo processo definido pelo valor a ser atribuído à causa, abordaremos a matéria invocando o cabimento do “**Pedido de Revisão do Valor de Alçada**”, após as recentes inovações legais, bem como seus reflexos com o novo modelo processual.

## 2 O VALOR DA CAUSA E OS RITOS NO PROCESSO DO TRABALHO

Na seara Processual Trabalhista, regra geral, a ausência da indicação do valor da causa não gera os mesmos efeitos que no Processo Civil. Por consequência, constitui uma das exceções dos requisitos essenciais da petição inicial.

Com o advento da Lei nº 9.957, de 12 de janeiro de 2000, foi instituído na Consolidação das Leis do Trabalho o Rito Sumaríssimo para os dissídios individuais cujo valor da causa não exceder 40 (quarenta) vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da ação, excetuando as demandas em que figurarem como partes a Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

Paralelamente, ainda convive o Rito Sumário, previsto na Lei nº 5584, de 26 de junho de 1970, aplicável às demandas de dissídios individuais cujo valor não ultrapassar duas vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da ação em relação à Administração Pública direta, autárquica e fundacional, por entendermos que a Lei nº 9.957, de 12 de janeiro de 2000, que instituiu o Rito Sumaríssimo tem aplicação específica nas ações que não exceder 40 (quarenta) vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento, daí se dizer que prevalece a aplicação concorrente das duas Leis.

Às demandas que ultrapassarem 40 (quarenta) salários mínimos será adotado o rito ordinário.

Logo, a definição do rito a ser adotado no Processo do Trabalho, cujo procedimento tem sua peculiaridade própria, tem como norte o valor da causa.

## 3 NATUREZA JURÍDICA

A doutrina que trata da natureza jurídica do Recurso não definiu de forma unânime o seu conceito, razão porque adotaremos a definição do doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite, como sendo: uma espécie de remédio processual, é um direito assegurado por lei para que a(s) parte(s), o terceiro juridicamente interessado ou o Ministério Público possam provocar o reexame da decisão proferida na mesma relação jurídica processual, retardando, assim, a formação da coisa julgada<sup>1</sup>.

Diante da definição acima, impõe-se perquirir a natureza jurídica do “Pedido de Revisão do Valor de Alçada”, estabelecido no art. 1º, da Lei nº 5584, de 26 de junho de 1970.

Analisando, *prima facie*, vê-se que a própria Lei acima mencionada em seus parágrafos §§ 1º e 2º, autoriza as partes a impugnar o valor de alçada em sede de razões finais e, na hipótese de inalterabilidade pelo Juiz, “a quo” poderá, ainda, qualquer das partes pedir revisão da decisão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas ao Presidente do Tribunal Regional do Trabalho.

Aplicando a definição do Código de Processo Civil, extraída do § 2º do art. 162, “*decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente*”.

A decisão que arbitra ou mantém o valor da alçada decide, indubitavelmente, questão incidente no curso do processo, não pondo fim à demanda, motivo pelo qual inquestionavelmente possuirá feição de decisão interlocutória.

Ocorre que a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 893 §1º, não admite recurso contra decisão interlocutória, conferindo ao Juiz ou ao próprio Tribunal apreciar as questões de incidentes processuais, devendo o mérito das decisões interlocutórias ser dirimido somente em recurso de decisão definitiva.

Reza o art. 893 §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho:

“Os incidentes do processo serão resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recurso de decisão definitiva”.

Em contrapartida, o Tribunal Superior do Trabalho alterou recentemente o Enunciado 214, admitindo a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias quando suscetíveis de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal ou na hipótese de acolhimento de exceção de incompetência, com a remessa dos autos para o Tribunal Regional distinto daquele que se vincula o juiz excepcionado.

Com efeito, prescreve o Enunciado 214 do Tribunal Superior do Trabalho, verbis: "Decisão Interlocutória. Irrecorribilidade. Nova redação - Res. 127/2005, DJ 14.03.2005".

Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT".

Dessa forma, entendemos que a recorribilidade da decisão que mantém ou fixa o valor da causa se trata de uma exceção ao "Princípio da Imediata Irrecorribilidade das Decisões Interlocutórias", desafiando o Pedido de Revisão em estudo que passa a ter ora natureza de pedido ou recurso de retratação, quando o próprio juiz que proferiu a decisão pode modificá-la, e, na hipótese de Recurso ao Tribunal Regional, passa a ter um caráter de "agravo", pois visa a atacar uma decisão interlocutória como já demonstrado acima, semelhante ao Agravo retido no Processo Civil.

#### **4 FIXAÇÃO DO RITO SUMARÍSSIMO OU ORDINÁRIO – INCOMPATIBILIDADE DO PEDIDO DE REVISÃO EM SEDE DE RAZÕES FINAIS**

Registre-se, por oportuno, como já falado linhas acima, não constitui requisito essencial da peça de ingresso no rito ordinário, a atribuição de valor monetário aos pedidos declinados em juízo.

Por outro lado, a sobredita exigência vigora apenas no procedimento sumaríssimo (art. 852-B, I, da CLT), e, caso a inicial não atenda ao ali estabelecido, será devidamente arquivada (§ 1º, do art. 852-B, da CLT), entendendo a doutrina dominante que nem mesmo há possibilidade de aplicação do art. 284 do CPC nem do Enunciado 263 do Tribunal Superior do Trabalho, ou seja, da impossibilidade de concessão de prazo para emenda da inicial.

Confira a literalidade do art. 284 do Código de Processo Civil, "*verbis*":

"Verificando o Juiz que a petição não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias".

#### **Enunciado nº 263 do Tribunal Superior do Trabalho:**

"Petição inicial. Indeferimento. Instrução obrigatória deficiente - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003. Salvo nas hipóteses do art. 295 do CPC, o indeferimento da petição inicial, por encontrar-se desacompanhada de documento indispensável à propositura da ação ou não preencher outro requisito legal, somente é cabível se, após intimada para suprir a irregularidade em 10 (dez) dias, a parte não o fizer".

Convém destacar que a atribuição de valor pecuniário aos pedidos não é requisito da peça proemial da Justiça do Trabalho, podendo a parte optar por pedir parcelas ilíquidas, ante o estabelecido no art. 840, § 1º, da CLT, pena de violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição da República, sendo certo que todos têm direito de obter a devida prestação jurisdicional.

Por outro lado, para fins de adoção do procedimento sumaríssimo, a parte estará obrigada a pedir parcelas líquidas, quando tiver condições de conhecer o valor exato de cada pedido.

Por tudo exposto acima, verifica-se que a adoção do Rito Sumaríssimo no processo trabalhista, a teor do que dispõem as nove letras do preceptivo 852 da Consolidação das Leis do Trabalho, é determinada no momento do ajuizamento da ação, quando atendidos os requisitos ali estabelecidos, especialmente em razão do valor da causa.

Após a instituição do Rito Sumaríssimo na Justiça do Trabalho, o valor da causa no processo trabalhista passou a ter relevante função na definição do rito a ser perseguido pela ação ajuizada, diversamente do que ocorre com o processo civil que, além do valor da causa, elegeu também matérias que se submeterão ao procedimento sumário.

A legislação processual civil enumera os critérios para atribuir-se o valor da causa, que não pode ser modificado pelo juiz nem pelas partes, como também define o modo de impugnação pelo réu e o prazo para a decisão judicial.

Nos processos trabalhistas, a legislação não atribuiu o mesmo tratamento quanto ao requisito valor da causa do processo civil, dele não cuidando o art. 840 da CLT ao estabelecer os pressupostos da reclamatória, escrita ou verbal.

Sublinhe-se que a Consolidação das Leis do Trabalho não definiu regras específicas para fixação do valor da causa, sendo esta tratada pelo Código de Processo Civil, no art. 259 e seus incisos, de aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho, a teor do que dispõe o art. 769 do estatuto celetista.

Antes do advento do Rito Sumaríssimo pela Lei nº 9.957, de 12 de janeiro de 2000, estabelecendo limite para o valor da causa nos dissídios individuais propostos na Justiça do Trabalho (40 vezes o salário mínimo), cabível o incidente de impugnação do valor da causa na fase de conhecimento das reclamações, então submetidas ao único rito procedimental existente: o ordinário da CLT.

Ao Juiz do Trabalho era dado o dever, antes de passar à instrução da causa, fixar-lhe o valor para determinação da alçada, desde que indeterminado na inicial (Lei nº 5.584/70).

Diz-se que são de alçada exclusiva das Varas do Trabalho os dissídios individuais em que o valor da causa não exceda a duas vezes

o salário mínimo, hipótese em que, salvo se versarem sobre matéria constitucional, nenhum recurso caberá das sentenças aí proferidas.

Ao decidir o litígio, o juiz trabalhista não ficava adstrito ao valor atribuído à causa para efeito de alçada, pois fixava, desde logo, o montante da condenação, em caso de pedido líquido, ou mandava apurá-lo por simples cálculo na fase de liquidação, sobre o qual recaíam todas as despesas processuais, cobradas ao final.

Relevante cizânia em torno do valor da causa voltou ao centro do debate judicial com a introdução do Rito Sumaríssimo no processo trabalhista, ao qual ficam submetidos os dissídios individuais cujo valor não exceda a 40 vezes o salário mínimo vigente na data de ajuizamento da reclamação, sendo as demandas instruídas e julgadas, em audiência única, no prazo máximo de 30 dias.

Restaram, assim, prestigiados os princípios processuais da celeridade, economia e efetividade, visto que serão decididos, de plano, todos os incidentes e exceções que possam interferir no prosseguimento da audiência e do processo e as demais questões na sentença.

Note-se que no procedimento sumaríssimo não há previsão para razões finais, embora hodiernamente os juízes concedam prazo para sua apresentação em audiência, salientando que até mesmo no rito ordinário sua admissão pelo juiz é facultativa.

Releva notar que a própria lei instituidora do rito em estudo confere ao juiz decidir todos os incidentes processuais em audiência, consoante art. 852-G da Consolidação das Leis do Trabalho.

Trilhando essa linha de raciocínio, entendemos que a impugnação em sede de razões finais não há mais razão de ser, devendo o réu, em audiência, ao aduzir sua defesa, querendo, impugnar o valor atribuído à causa na inicial pelo autor, quando não corresponder ao montante líquido dos títulos trabalhistas postulados ou contiver qualquer outro defeito.

Demonstrada a incompatibilidade de impugnação do valor da causa em sede de razões finais, haja vista ser este fator determinante para adoção do rito a ser seguido no processo, sendo juridicamente inviável a sua transformação após o término de toda a instrução processual.



Advirta-se que a alteração do rito em sede de razões finais importa em nulidade de todos os atos processuais praticados, por subversão da ordem processual, ressaltando que o momento oportuno para fixação do rito (em razão do valor da causa) será após a apresentação da defesa e antes da instrução processual.

Em que pese a Lei nº 5584/70 estabelecer a impugnação no momento das razões finais, o atual sistema jurídico conferido pela Consolidação das Leis do Trabalho não comporta mais a sua adoção, sendo imperioso declarar que os artigos que tratam do Pedido de Revisão do Valor da Causa da referida Lei especial se encontrarem revogados por incompatibilidade com os preceitos legais inseridos recentemente no estatuto celetista, a teor do que dispõe o art. 2º, §1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

## 5 CONCLUSÃO

Ao cotejo dos diversos aspectos abordados da alteração do valor da causa após a instrução processual decorrente do Pedido de Revisão, em sede de razões finais, recurso previsto na Lei nº 5584/70, sustentamos a sua inaplicabilidade após o advento da Lei nº 9.957, de 12 de janeiro de 2000, que instituiu o Rito Sumaríssimo para as ações individuais cujo valor da causa não ultrapasse 40 (quarenta) salários mínimos vigentes na data de seu ajuizamento, diante da necessidade de se estabelecer o Rito Processual a desenvolver no processo antes da sua instrução processual e consoante as distintas peculiaridades inerentes aos procedimentos.

Portanto, encampamos a tese de que a impugnação do valor da causa no processo trabalhista deverá ocorrer juntamente com a defesa, em tópico destacado antes da discussão da tese do mérito, adequação esta em harmonia com os princípios da celeridade e economia processual inerentes a esse segmento do direito.

## 6 BIBLIOGRAFIA

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTR, outubro de 2003, p.427.

## NOTAS

1 BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTR, outubro de 2003, p.427

## 2.14 - CONTROLE NORMATIVO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: O PODER JUDICIÁRIO NA AMPLIAÇÃO DA DEMOCRACIA

Plínio Régis Baima de Almeida  
Aluno da Graduação do Curso de Direito da  
Universidade de Fortaleza –UNIFOR/Bolsista do  
PIBIC/CNPq.

### SUMÁRIO

- 1 Introdução
- 2 Democracia: sentido político da ambigüidade
- 3 A tradição dogmática e o poder de interpretação normativa
- 4 As variações do conceito de Povo no Estado Constitucional
- 5 Poder judiciário e ampliação democrática
- 6 Conclusão
- 7 Bibliografia

### 1 INTRODUÇÃO

A democracia de cada época está vinculada aos ideais e concepções de mundo que lhe deram origem, seja enquanto considerada como meio de liberdade política, liberdade de consciência ou forma de participação direta ou por via de representação. Em uma Constituição onde se preveja um Estado *Democrático* de Direito, como na brasileira atual, ocorre uma sobreposição de exigências decorrentes da institucionalização do *Estado de Direito* visto como *organização jurídico-política*, com posicionamentos subordinados à aplicação do *princípio democrático*<sup>1</sup> no funcionamento daquele.

O presente trabalho procura analisar o Poder Judiciário dentro desse quadro da política Constitucional Moderna, em que é apontada a deficiência de sua legitimidade perante outras formas ativas de participação. Tendo em vista a tênue tradição democrática brasileira, maior peso político adquire o controle normativo efetuado pelo

Judiciário, vinculando outros poderes à interpretação constitucional por ele dada. Neste sentido, o retorno às fundações do pensamento político constitucional poderá ser útil para recuperar o sentido possível atual das formas políticas democráticas exigidas pela sociedade contemporânea.

Faz-se mister o estudo do controle normativo em seus fundamentos, para que possamos, a partir da análise comportamental do Poder Judiciário em sociedade, estender o conceito reducionista implementado sob uma ótica unívoca, produzida pelo estudo concentrado exclusivamente no campo jurídico. Como horizonte teórico da investigação tem-se a busca de uma consistência democrática, cujo preceito maior traduza-se em uma efetiva participação popular, inclusive no controle da normatividade constitucional, repercutindo na forma de diretrizes de interpretação junto aos órgãos jurisdicionais e políticos, aperfeiçoando-se mecanismos de interação entre Direito e Política.

## 2 DEMOCRACIA: SENTIDO POLÍTICO DA AMBIGÜIDADE

Constata-se na atualidade um certo desapontamento frente à realização das promessas das democracias de padrão dito "ocidental", passada a euforia da redemocratização vivida nos anos 1980. A existência de ambigüidades da questão democrática (GOYARD-FABRE) parece estar presente nesse processo, urgindo a que se encontrem novos instrumentos de participação. Modelos de representação política muitas vezes dissonantes, em que pese a universalização democrática do mundo contemporâneo, fazem com que haja dificuldades de aplicação e conseqüente descontentamento na aderência ao regime de ordem democrática. A democracia "exportada" pelos países do chamado primeiro mundo, historicamente dominadores no processo de estruturação de uma dependência econômico-cultural, nem sempre atende aos interesses e especificidades de países como Índia, Argentina e Brasil. Por outro lado, para enfrentar a visão utilitarista dos "custos da democracia" do paradigma conservador, que atribui à densidade demográfica fator preponderante à ineficácia do regime democrático, há que existir um equilíbrio entre o formalismo democrático e sua

aplicação frente às necessidades locais, buscando-se a consolidação de uma nova identidade democrática, refletindo-se no modo como o controle normativo se exerce.

Desde o seu berço na antiguidade grega, a democracia encontra-se sob um signo de uma ambivalência marcada pela promessa de igualdade, de um lado, e da elitização ou exclusão, de outro. No entanto, a hegemonia da democrática contemporânea pôde vir a trazer bons frutos na conscientização de perigos à liberdade de participação causada por tendências autoritárias ou formulações escapistas do poder vigente. Sobre tudo com a entrada em cena do "Estado Social" agregou-se toda uma série de conquistas de novos direitos e a abertura — ao menos em tese — para a participação das massas, antes estigmatizadas do processo político.

Ao ocupar um espaço de consenso formal quase uniforme no pensamento político global como forma capaz de equilibrar as antinomias entre os indivíduos, a democracia representou a adoção de um modelo de "aventura política" de difícil aceitação e implementação. Diante de contrastes sociais vistos antes como instituídos "naturalmente" como admitir um regime que proponha conciliar necessidades populares com exigências e privilégios de uma elite política? Para muitos estudiosos essa indagação ainda hoje não encontra resposta quando pensada no seio da realidade social de países economicamente subdesenvolvidos, haja vista o crescente distanciamento das camadas mais pobres da sociedade daquelas que detêm o poder político e econômico, tornando ainda mais complicado um regime que concilie necessidades e lógicas sócio-econômicas por vezes tão opostas.

As críticas historicamente levantadas sobre a democracia tiveram mesmo o efeito de torná-la mais atraente, como se verifica pelo interesse de filósofos como Platão e Aristóteles. Já a Idade Média, sob controle ideológico quase onipresente da Igreja Católica, pouco produziu sobre o tema, embora tenha havido experiências democráticas localizadas no tempo e no espaço. De certa forma, a descentralização da organização política possibilitou a fomentação de novos espaços sociais de interação, informalmente concebidos e culturalmente utilizados. Ao invés de uma única fonte de direito, tinha-se uma pluralidade de fontes não oficiais

que imprimiam suas regras em determinada comunidade, o que não necessariamente implicava em maior participação popular.

Posteriormente, na doutrina autoritária dos Estados Absolutistas do período moderno, gerou-se o precedente em favor de regimes políticos em que a liberdade fosse cultivada e respeitada, necessidade esta que abriu importante espaço para a fundamentação jurídica da democracia, na medida em que tornou incompatível e insustentável o paradigma contratualista da liberdade natural do ser humano, sobre o qual se constituiu uma série de discursos dos teóricos iluministas e seus precursores, construindo-se a derivação democrática moldada pelo conhecimento jurídico dogmático, posteriormente adequado à chamada ordem constitucional.

### 3 TRADIÇÃO DOGMÁTICA E PODER DE INTERPRETAÇÃO NORMATIVA

Mesmo durante o período iluminista, em que a democracia encontra importante e definitivo espaço, a realidade parecia não ter absoldido por completo a extensão da idéia democrática lançada — ainda que a democracia ganhasse adeptos, principalmente após a superação das Monarquias Absolutistas pela burguesia ascendente, o que faz fortalecer valores como igualdade e liberdade. Em meio a uma certa “euforia democrática”, muitos não se deixavam iludir com as benesses dessa “nova” ordem. É o caso de Jean Jacques Rousseau. Ao relatar a impossibilidade da prática *pura da democracia*, sendo tarefa destinada a um “mundo de deuses”, Rousseau, ao mesmo tempo em que tenta subtrair da Política um remédio capaz de proporcionar uma ordem *ideal* para o governo dos homens, idealiza a democracia de tal forma que acaba por afastá-la da realidade onde deveria ser implantada. Na tentativa de prevenir-se contra um governo tirânico, Rousseau tenta construir uma abertura a formas mistas de democracia, onde a representação e a participação possam conviver de forma harmoniosa.

Após as aspirações revolucionárias dos séculos XVIII e XIX, a democracia passa a ser paulatinamente adotada pelo mundo ocidental. No decorrer desse processo, importante debate foi travado em torno de dois temas principais: a “desejabilidade” da democracia e suas condições

estruturais no capitalismo moderno. Apesar das dúvidas quanto a sua prestabilidade política, a democracia teve sua aceitação consolidada; sua expansão se deu, porém, com a redução dos modelos de participação e soberania em favor de consensos presumidos em torno de governos concebidos por meio de procedimento eleitoral. A “Teoria Hegemônica da Democracia” (SANTOS e AVRITZER) passa a tratar a construção da democracia sob a ótica dos problemas enfrentados pelos europeus na consolidação de sua democracia.

Esse modelo hegemônico mostrou-se antidemocrático na medida em que impedia uma interpretação e adaptação local do princípio democrático de acordo com a necessidade de cada região, impossibilitando, como conseqüência, a proliferação e maturação do sentimento democrático no cotidiano social dos indivíduos. O pensamento de Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer a respeito mostra-se inconcuso ao afirmar que: “Quanto mais se insiste na fórmula clássica da democracia de baixa intensidade, menos se consegue explicar o paradoxo de a extensão da democracia ter trazido consigo uma enorme degradação das práticas democráticas”.<sup>2</sup> É mais um paradoxo democrático. Nesse sentido, junta-se ao modelo procedimentalista da dogmática positivista, defendido por notáveis da Teoria Política e do Direito como Hans Kelsen, Schumpeter e Norberto Bobbio. Esse procedimentalismo de orientação dogmática fez nascer uma justificativa do distanciamento do povo com relação aos valores e preceitos democráticos, reforçando a “síndrome” da ambivalência.

Boaventura e Avritzer observam a respeito que: “(...) a expansão global da democracia liberal coincidiu com uma grave crise desta nos países centrais onde mais se tinha consolidado, uma crise que ficou conhecida como a *dà dupla patologia*: a patologia da participação, sobretudo em vista do aumento dramático do abstencionismo; e a patologia da representação, o fato dos cidadãos se considerarem cada vez menos representados por aqueles que elegeram”.<sup>3</sup> Trata-se, portanto de investigar em que medida o signo de ambivalência da democracia conjuga-se com os mecanismos constitucionais de controle normativo e de que maneira se dá sua delimitação por via da atividade interpretativa das normas político-constitucionais. Para tanto, faz-se mister analisar a atuação do conceito de povo.

#### 4 AS VARIAÇÕES DO CONCEITO DE POVO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

O conceito de povo, assim como o de democracia, sofreu reflexos das ambigüidades da vida social, principalmente em decorrência das transformações conceituais e semânticas ocorridas no contexto político moderno. Visto como um dos elementos justificadores da doutrina iluminista, que repousava no homem enquanto ser dotado de razão, o povo fora utilizado como instrumento de oposição ao absolutismo monopolista exercido nos Estados monárquicos, sendo por fim redescoberto como legitimador das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX.

Após as conquistas burguesas e com a implementação do liberalismo político, o conceito de povo como atribuição de legitimidade passa a não mais ser utilizado. O termo faz-se presente nas cartas constitucionais, mas seus textos mencionam-no de forma reduzida, sem que se perceba uma real projeção da participação do povo como agente transformador, limitando ou mesmo dissipando por completo a atuação soberana através de interpretações que se mostram tão convenientes para a classe política dominante quanto se revelam obstáculos para a "ampliação do cânone democrático".<sup>4</sup>

Na maioria das Constituições pós-revolução francesa, consta a justificativa de aclamação do povo como pressuposto de legitimação do sistema político vigente. O grau de participação era bastante expressivo, o que garantia ao indivíduo até mesmo o direito de resistência à opressão "como um direito natural e imprescindível do homem" como se pode constatar com a citação do artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: 'A finalidade de toda associação é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem; esses direitos são a liberdade, a segurança e a **resistência à opressão**'.<sup>5</sup> (grifo nosso) A Declaração dos Direitos do Homem adotada em 29 de maio de 1791 pela Convenção Nacional Francesa reconhecia o direito de resistência, cume do reconhecimento de uma legitimidade popular, no entanto, "com a votação da Declaração pela Convenção, em 23 de junho de 1793, e publicada como preâmbulo da Constituição de 24 de junho do mesmo ano, já não trás a resistência à opressão enumerada entre os direitos fundamentais".<sup>6</sup>

Neste sentido, é imperioso constatar que tanto a democracia quanto a idéia de povo foram alvos de manipulação político-ideológica, adaptando-se suas finalidades a interesses hegemônicos de classes e grupos. Não obstante, reconhece-se ter havido uma certa "adaptação" do modelo democrático e da idéia de povo à "onda" de direitos do século XX, com uma maior preocupação em favor de formas mais equitativas de participação. A partir da década de 1990, no entanto, assistiu-se à contra-reação neoliberal, com redução de direitos sociais e participação, além de um encolhimento da soberania do Estado nacional. No momento atual, em que pese um certo retraimento dessa ideologia, ainda se procuram fórmulas institucionais de ampliação da democracia existente. Tudo dependerá da evolução das relações praticadas entre Estado, sociedade e entidades privadas autônomas, pelo qual a experiência democrática necessitará criar novos espaços de liberdades política, de consciência e participação.

#### 5 PODER JUDICIÁRIO E AMPLIAÇÃO DA DEMOCRACIA

Após a análise histórica do regime jurídico dispensado à democracia e ao povo, podemos também constatar que esse signo da ambivalência democrática reflete-se de maneira peculiar e indireta nos mecanismos de controle normativo da ordem constitucional, particularmente no que se refere a sua delimitação por via interpretativa judicial. Historicamente à margem como função estatal autônoma, marcado por uma série de vínculos de dependência para com o executivo, o Poder Judiciário no Estado de Direito brasileiro viveu durante muito tempo um processo de deficiência estrutural em sua autonomia. Chamado a exercer a atividade de controle normativo na ordem constitucional, viu-se instado a tomar decisões que na prática têm o poder de delimitar a legitimidade constituinte a qual, em uma democracia, seria a vontade do próprio povo como soberano. Em virtude dessa atividade que lhe é conferida, "(...) a corte constitucional respectiva deterá o monopólio de precisar o significado do poder constituinte por meio de sua atividade de controle de constitucionalidade, equiparando-se, assim, ao próprio poder constituinte".<sup>7</sup>

O exercício da função de intérprete dos “dizeres” constitucionais pela análise da compatibilidade das normas infraconstitucionais tem o potencial de ultrapassar o próprio texto Constitucional em seu conteúdo, e, mesmo, de transgredir os seus limites. Esse risco pode desenvolver-se como crise institucional, na medida em que há uma desigualdade do impacto das funções (Executivo, Legislativo e Judiciário) no funcionamento democrático. Exposto a injunções do momento, e em face da debilidade de canais democráticos institucionalizados, o controle dos preceitos constitucionais expõe-se ao jogo de particularismos e injunções políticas, consagrando a alienação da participação popular.

Dá a especial dificuldade de auferir a legitimidade do Poder Judiciário e suas decisões, mesmo que de forma indireta, quando se trata de delimitar o território de significação dos textos constitucionais. Se de um lado a soberania não pode ser exercida pelo Poder Judiciário diretamente, sob o perigo de este tornar-se, no dizer de Ingeborg Maus, uma espécie de “superego” a vigiar a sociedade e tolher suas iniciativas,<sup>8</sup> de outro é exatamente a possibilidade de ser acionado de forma eficaz que compõe uma das pilstras fundamentais do Estado de Direito democrático. Dessa forma, mesmo diante de uma previsão constitucional como titular da “guarnição de seu texto”, vê-se imbuído de uma legitimidade desgastada, se comparada com a renovação de legitimidade que recai sobre os demais poderes quando do exercício democrático do sufrágio eleitoral.

A atividade jurisdicional exerce a especial função de mediador constitucional na democracia contemporânea. O fato de o Judiciário atuar no papel de “guardião da Constituição”, dizendo respeito a uma autonomia conquistada no desenvolvimento de mais atribuições do Estado e relações sociais mais complexas, jamais poderá ser compreendido como apropriação ou descompasso do Judiciário em relação ao poder Constituinte. O exercício dialético de interpretações das normas constitucionais, nesse sentido, deve adequar-se ao constante aperfeiçoamento do regime democrático, sentido último da separação dos poderes como um dos princípios basais da democracia.

Nesse sentido, as formas de controle social implicadas na atividade

jurisdicional do controle da normatividade constitucional envolvem não somente elementos de conteúdo político, mas também a própria forma de conceber o modelo democrático, de modo a evitar formas de monitoramento do exercício continuado da soberania popular. Ultrapassa-se, assim, a noção delimitada de atuação temporária do Poder Constituinte da Teoria Política tradicional, rumo à concepção de um processo permanente de lapidação da Constituição, do qual a interpretação jurisdicional é um importante momento de atuação concreta do processo democrático.

## 6 CONCLUSÃO

Verifica-se que as formas de controle social constantes da normatividade constitucional envolvem elementos de conteúdo político marcadas pela própria forma de conceber o modelo democrático. A participação em sede de Controle de Constitucionalidade traria uma aproximação, não verificada, do valor fundacional e do exercício continuado da soberania popular. Dessa forma, poder-se-ia criticar a atuação temporária do Poder Constituinte verificada na Teoria Política tradicional, servindo como uma estufa de posterior lapidação da Constituição ao longo das mudanças progressivas efetuadas por via da interpretação jurisdicional.

Desse modo, o processo democrático encontra-se com o controle de constitucionalidade, partilhando de alguns paradoxos e dilemas de sua institucionalização, consistente, em última análise, no enriquecimento da singularidade pela experiência da pluralidade e da diferença, na medida em que código interpretativo do direito é intermediado pelo grupo social dos juristas, que desenvolvem uma sociabilidade própria – de ordem profissional – com as ambigüidades da efetivação constitucional.

## 7 BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. *Teoria política da soberania*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.  
 ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. *A jurisdição no Estado de Direito Democrático: uma abordagem sistêmica* (texto inédito).

AVRITZER, Leonardo. SANTOS, Boaventura de Sousa. "Introdução: para ampliar o cânone democrático", in Democratizar a democracia: os caminhos da democracia representativa. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. FILHO, José Filomeno de Moraes. LIMA, Martônio Mont'Alverni B. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **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.

COSTA, Nelson Nery. **Teoria e realidade da desobediência civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOYARD-FABRE, Simone. **O Que é democracia?** trad: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**, in: Novos Estudos 58 (2000), p. 183-202.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 2ª ed. Max Limonad, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

TRABULSI, José Antônio Dabdab. **Ensaio sobre a mobilização política na Grécia antiga**. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

## NOTAS

1 "Princípio democrático", no singular, remonta à democracia em todas as suas vertentes; abrange, pois, todos os demais princípios que a ele remontam e que dele se originam, como igualdade, liberdade, publicidade, etc.

2 AVRITZER, Leonardo. SANTOS, Boaventura de Sousa. "Introdução: para ampliar o cânone democrático", in Democratizar a Democracia Os Caminhos da Democracia Representativa. Editora Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002, pp 4 -5.

3 Idem, p. 5.

4 AVRITZER, Leonardo. SANTOS, Boaventura de Sousa. "Introdução: para ampliar o cânone democrático", in Democratizar a Democracia Os

Caminhos da Democracia Representativa. Editora Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002. Expressão utilizada para designar a expansão do ideário democrático.

5 Idem, p. 26. Em virtude de não dispor da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 à época em sua íntegra, e considerando importante o seu conteúdo para o entendimento deste trabalho, decidi por transcrever o art. 2ª citado pelo autor, cuja fonte foi: In: DUVERGER, Maurice, org., *Constitutions et Documents Politiques*, Paris, Press Universitaires de France, 1960, p. 27.

6 Idem, p. 27. Os dados sobre a Declaração dos Direitos do Homem também foram retirados desta obra.

7 BERCOVICI, Gilberto. FILHO, José Filomeno de Moraes. LIMA, Martônio Mont'Alverni B. **Teoria da Constituição**. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, pág. 204.

8 MAUS, Ingeborg: **Judiciário como superego da sociedade**, in: Novos Estudos 58 (2000), p. 183-202.

## 2.15 - DOS LIMITES AO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DOS CRIMES ORGANIZADOS - LEI Nº 9.034/95.

Márcia Maria Amorim de Oliveira  
Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará

### SUMÁRIO

- 1 Introdução
- 2 Características dos sistemas acusatório e inquisitivo
- 3 A adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro
- 4 Resquícios de sistema inquisitivo no ordenamento jurídico pátrio
- 5 Análise da constitucionalidade da Lei nº 9.034/95
- 6 O Direito Constitucional Processual – Princípios do Contraditório, da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal – e a Lei do Crime Organizado
- 7 Conclusões
- 8 Bibliografia

### 1 INTRODUÇÃO

A experiência da humanidade, no campo da ciência do direito, mostrou que o juiz que instaura o processo, por iniciativa própria, fica com a imparcialidade comprometida, por se quedar ligado psicologicamente à pretensão, consubstanciada na ação por ele intentada, colocando-se em posição tendente a julgá-la procedente. Por esse motivo, com a evolução das ciências jurídicas, os Estados tendem a extirpar, dos seus ordenamentos jurídicos, o denominado processo inquisitivo, totalmente contrário aos ideais de Justiça, na medida em que revela patente a total ausência de imparcialidade dos órgãos jurisdicionais.

Seguindo essa tendência, a ordem constitucional brasileira elencou para si o processo penal acusatório, que é um processo penal de partes, que coloca o acusador e o acusado em pé de igualdade e numa posição equidistante do julgador, corroborando com a idéia de um



processo de ação, permeado pelas garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório, da ampla defesa e da publicidade, verdadeiros pilares do Estado Democrático de Direito.

É inegável que, pela natureza pública do Direito Penal, tanto o substantivo, quanto o adjetivo, que outorga ao Estado o poder de aplicar o *jus puniendi* aos acusados, podendo, inclusive, cercear a liberdade dos indivíduos, o juiz deve, na condução do processo penal, visar primordialmente ao descobrimento da verdade real, como fundamento basilar da sentença, que é a expressão maior da jurisdição.

No entanto, o desiderato da busca da verdade real pelo juiz, no processo penal, não pode ser desvirtuado pelos legisladores, servindo para criar normas que outorguem aos órgãos jurisdicionais poderes que afrontem aos ditames dos princípios da inércia e da imparcialidade, sob pena de ressuscitar a abominável figura do juiz inquisidor. De fato, na busca da verdade real, o Juiz deve dispor de maiores ou menores poderes de intervir diretamente na persecução criminal a depender das normas e princípios que informam o sistema processual adotado pelo direito estatal. A definição dos contornos e limites do poder instrutório do juiz origina-se do próprio texto constitucional em vigor, devendo qualquer ampliação a esse poder cingir-se aos parâmetros do processo acusatório fixados na Constituição Federal.

Infelizmente, o ordenamento jurídico pátrio ainda possui leis que ferem a Constituição Federal, como a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, que, de forma absurda, atribui ao juiz a tarefa, patentemente inquisitória, de colher provas fora do processo, em notório desrespeito ao princípio da imparcialidade e também ao princípio do devido processo legal, ambos previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e alçados como direitos e garantias fundamentais, cláusulas constitucionais pétreas, por serem pilares que embasam o nosso Estado Democrático de Direito.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que o legislador infra-constitucional muitas vezes cria normas que não se coadunam com os ditames e princípios basilares do chamado Direito Constitucional Processual, elencando, como exemplo, a Lei nº 9.034 que cuida do combate às ações praticadas por organizações criminosas, visando a

despertar o leitor para a problemática da inconstitucionalidade do aludido diploma legal, sob o prisma do sistema acusatório que norteia o Direito Processual Penal.

## 2. CARACTERÍSTICAS DOS SISTEMAS ACUSATÓRIO E INQUISITIVO

O sistema acusatório tem sua origem na Grécia e Roma da Antiguidade, ligada aos tribunais populares que proferiam suas decisões com base na valoração de provas mediante o sistema da íntima convicção, como ocorre, atualmente, no Brasil, no caso dos julgamentos de crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal do Júri. Tal sistema predominou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, nos domínios do direito germânico, somente entrando em declínio no século XIII, passando a vigorar o sistema inquisitivo. A partir daquele momento, o sistema inquisitivo foi adotado pelo direito canônico, tendo se expandido por quase toda a Europa Continental, propagando-se, inclusive, nos tribunais civis, somente vindo a sofrer sensíveis alterações no século XIX, por ocasião da codificação napoleônica, que instituiu o sistema misto, o qual se caracteriza por desdobrar-se em duas fases: a primeira tipicamente inquisitiva e a segunda de caráter nitidamente acusatório.

No processo acusatório moderno, as funções de acusar, defender e julgar integram a atribuição de órgãos distintos, ao contrário do que se dá com o modelo inquisitório. Em consequência, a acusação será, sempre, formulada por órgão diverso do juiz. Isto porque se trata essencialmente de um processo de partes, no qual defesa e acusação encontram-se em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambas a figura do juiz imparcial. Dessa nítida separação de atribuições resulta a formação de um verdadeiro *actum trium personarum*.

Outra característica do processo acusatório consiste no fato do processo penal desenvolver-se através do contraditório, sob a presidência de um juiz natural e imparcial. Ademais, o sistema acusatório apresenta como características a oralidade e a publicidade.

A evolução do processo acusatório reflete o crescimento do

ideal democrático do direito ao contraditório e a ampla defesa como garantias da imposição de limites ao arbítrio do poder estatal que monopoliza o direito de punir.

No processo inquisitório as funções de acusar, defender e julgar conjugam-se em um único órgão. O juiz inquisidor tem a prerrogativa de iniciar o processo e colher as provas de ofício e, ao final, proferir a decisão, não se mantendo, assim, equidistante das partes e dos elementos probatórios. Inexiste o contraditório, havendo grande disparidade de direitos entre juiz – acusador e acusado, sendo regra as medidas preventivas de encarceramento e incomunicabilidade.

O sistema inquisitivo apresenta ainda como características ser secreto e escrito, não apresentando nenhuma garantia ao réu, sendo este mero objeto do processo, não se formando uma relação processual tendo em vista não haver regras de igualdade ou de liberdade processuais.

Frente a essas características, o processo inquisitório é incompatível com um sistema que assegure os direitos e garantias fundamentais, sendo certo afirmar que o processo acusatório é, por excelência, o que melhor se coaduna com os princípios do Estado Democrático de Direito.

### 3 A ADOÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No ordenamento jurídico pátrio, não há norma expressa que enuncie a adoção do sistema acusatório. Todavia, a opção do constituinte de 1988 por esse sistema resta evidenciada na medida que o texto constitucional adota princípios basilares do sistema acusatório, haja vista conferir ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, consagrar o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório e assegurar, ao mesmo passo, o julgamento dos feitos por um juiz competente e, obviamente, imparcial, e a publicidade dos atos processuais, como regra geral, podendo a lei restringi-la apenas quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Observa-se, assim, como traços marcantes do sistema acusatório, assegurados pela ordem constitucional vigente, entre outros, a existência do contraditório e da ampla defesa, a inércia inicial do órgão julgador e a publicidade do processo.

### 4 RESQUÍCIOS DE SISTEMA INQUISITIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O sistema acusatório, repita-se, caracteriza-se por cometer a órgãos distintos as funções de acusar, defender e julgar. O processo inquisitório, ao contrário, implica na concentração destas funções em um só órgão.

Embora a Constituição Federal não o diga expressamente, conforme dito alhures, indubitavelmente, ela adotou o sistema acusatório. Ocorre que uma análise, ainda que superficial, de nossa legislação processual penal, revela a subsistência de diversos resquícios de inquisitorialismo.

Com efeito, normas como as dos artigos 5º, II, primeira parte, 10, §§ 1º e 3º, 13, II, 16, 28, 39, §§ 1º e 4º, 127, 133, 156, in fine, 311, 416, entre outras do nosso CPP, sem mencionar outras contidas em leis esparsas, são cotidianamente aplicadas pelos operadores do direito sem sequer serem contestadas em relação a sua pertinência com os princípios do sistema acusatório, nos moldes estabelecidos na ordem constitucional brasileira.

Essa questão já havia sido levantada por Hélio Tornaghi muito antes da atual Constituição. Para esse autor, o processo penal brasileiro convive com diversas formas inquisitoriais. Em função de tal entendimento, considera que vivemos, na realidade, em um sistema misto.

Todavia, o advento da nova Constituição Federal resultou na não recepção de diversos provimentos legislativos de caráter nitidamente inquisitoriais, incompatíveis com o sistema acusatório implantado pela nova ordem constitucional, dos quais são exemplos os arts. 26 e 531 do CPP, que permitiam ao Juiz dar início ao processo penal em determinadas espécies de infrações.

Destarte, constatada a impureza do sistema acusatório, implantado no ordenamento jurídico brasileiro, em face da subsistência de reminiscências do sistema inquisitivo, resta a questão dos limites a essa sobreposição de sistemas, e o mais importante, até que ponto normas que confirmam ao Magistrado poderes inquisitivos são cabíveis em um processo penal eminentemente acusatório, como é o caso do brasileiro, e até que ponto tais normas não ameçam as garantias da imparcialidade do Juiz, e do devido processo legal.

No que concerne às normas que conferiam poder de iniciativa aos juizes, permitindo-lhes a instauração *ex officio* de ação penal em caso de contravenções (artigos 26 e 531 do CPP) e outras espécies de infrações, é pacífico o entendimento de que elas foram expurgadas do ordenamento jurídico pátrio, posto que o texto constitucional em vigor atribui, privativamente, a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público. Entretanto, tem-se entendido que a norma do art. 5º, II do CPP, a qual confere aos juizes poder de requisitar instauração de inquérito, não viola o sistema acusatório, havendo sido recepcionada pela nova Constituição Federal, muito embora hajam decisões em sentido contrário.

A controvérsia é maior no que se refere aos poderes de investigação conferidos aos magistrados, visto que sua extensão pode comprometer a imparcialidade do órgão julgador, corolário do sistema acusatório e garantia fundamental do indivíduo em qualquer regime democrático.

Em relação à fase pré-processual, o Código de Processo Penal determina que a devolução dos autos à autoridade policial para novas diligências (art. 10, § 3º) é matéria de deliberação judicial, o que tem sido aceito ao argumento de que as normas do artigo 129, I e IV da Constituição não teriam eficácia imediata, carecendo de regulamentação, muito embora com flagrante incompatibilidade com o princípio acusatório. Não obstante, a prática de fazer transitar autos de inquérito diretamente entre Ministério Público e polícia vem se disseminando. Também os artigos 13, II e 16 do CPP conferem participação ao juiz na fase de persecução, e tem sido reconhecida ao magistrado a possibilidade de emitir um pré-julgamento sobre as investigações.

As normas processuais que regulamentam a fase judicial também apresentam incongruências com o sistema acusatório. Tome-se, como exemplo, os princípios da publicidade e da oralidade, basilares no processo acusatório, que não são observados integralmente, vide regras como as dos arts. 486 e 792 § 2º do CPP. Com efeito, a oralidade é adotada em nossa legislação quase que exclusivamente no processo sumário, enquanto a forma escrita é a regra adotada para o procedimento comum (arts. 394 e seguintes), reservado para os crimes mais graves.

No campo das cautelares, sejam elas pessoais, sejam elas reais, ignora-se, quase que por completo, o sistema acusatório. Assim, à guisa de exemplo, no art. 127 do CPP, permite-se ao juiz, de ofício, ordenar o seqüestro dos bens do indiciado no curso do processo ou, antes dele, na fase do inquérito.

No tocante às normas que regem o exercício do poder de cautela, independentemente de provocação, tanto no que diz respeito à prisão, conforme admite o artigo 311 do CPP, quanto à decretação de medidas assecuratórias de eventual direito à reparação de dano, como o seqüestro, previsto no artigo 127 do CPP, tem havido sua aplicação rotineiramente quase sem qualquer questionamento. Também vem sendo admitida, sem reflexão maior, a intervenção judicial visando modificar a causa de pedir, tolerando-se o previsto nos artigos 384 e 408, § 4º do CPP.

Ressalte-se que as "exceções" ao sistema acusatório, referidas nesse tópico do trabalho, são frutos de normas que, na realidade, têm questionáveis a sua recepção pela atual ordem constitucional, inaugurada com a Carta Política de 1988, já que são dispositivos de diplomas legais anteriores à promulgação da Constituição em vigor.

Outrossim, o que não se pode conceber é que o legislador infraconstitucional hodierno queira ressuscitar, em legislação nova, caracteres do sistema inquisitivo, como o que ocorreu com a Lei nº 9.034/95, contrariando os princípios ditados pelo legislador constituinte, que elegeu o sistema acusatório, quando alçou à condição de direitos e garantias constitucionais vários princípios do chamado direito processual constitucional que passaremos a estudar em seguida.

## 5 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº. 9034/95

No campo da legislação extravagante, também se verifica a existência de normas de processo penal nitidamente de natureza inquisitiva, inclusive, em leis editadas posteriormente à vigência da Carta Constitucional de 1988. No presente trabalho, dirigimos nossa atenção ao caso da Lei nº 9.034/95 que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Referido diploma legal contempla uma larga margem de interferência do juiz na fase de investigação, situando o juiz em posição investigatória na fase do inquérito policial, ferindo, a nosso ver, com tal regulamentação, sua indispensável imparcialidade e violando, por consequência, ditames da Carta Magna em vigor.

Transcrevemos, por oportuno, o art. 3º da Lei nº 9.034/95, *in verbis*:

“Art.3º Nas hipóteses do inciso III do art.2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.

§1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

§2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc.

§3º O auto de diligência será conservado fora dos au-

tos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.

§ 4º Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.

§5º Em caso de recurso, o auto de diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator das vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça”.

Observa-se, claramente, que o dispositivo legal supra transcrito autoriza o juiz a realizar pessoalmente diligências investigatórias, ainda na fase pré-processual, consagrando, ao assim proceder, atos típicos do sistema inquisitivo.

Não obstante as severas críticas recebidas, a Lei nº 9.034/95 permanece validamente no ordenamento jurídico. Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do pedido de liminar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 1517-DF), proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, decidiu pelo seu indeferimento, liderado pelo Ministro Maurício Corrêa, relator do acórdão, afirmando que “competindo ao Judiciário à tutela dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição, não há como imaginar-se ser-lhe vedado agir, direta ou indiretamente, em busca da verdade material mediante o desempenho das tarefas de investigação criminal, até porque estas não constituem monopólio do

exercício das atividades de polícia judiciária. Querer elevar a condição de processo inquisitorial ou à inovação do juiz de instrução mera diligência a ser efetuada pelo juiz, na apuração do deplorável crime organizado... é ir longe demais...". Para depois concluir que "é mais do que justificável que também o Estado se apreste no sentido de buscar meios ágeis e eficientes, em defesa da sociedade, que é vítima maior do alastramento desse mal, sem que com isso se extraia que haja qualquer violação ao sistema constitucional".

Ousamos em discordar do entendimento esposado pelo STF, afinal, não se nega que o magistrado tem poderes instrutórios, e que a iniciativa em matéria de produção de prova (art. 156; § único do art. 181; art. 209 do CPP) tem sido aceita, ao menos em caráter supletivo, em nome da efetivação do princípio da verdade real. Todavia, o juiz não pode colher provas fora do processo, pois isso seria ferir o devido processo legal, em afronta aos princípios constitucionalmente estabelecidos, comprometendo sua imparcialidade, pois não é seu papel buscar o "*fumus bonis iuris*", ao revés, compete-lhe ser o aplicador do direito, mantendo-se imparcial a causa.

Na defesa da inconstitucionalidade da Lei nº 9.034/95, a eminente processualista Ada Pellegrini Grinover acentua que "porque fere a mais importante garantia do devido processo legal que é a imparcialidade do juiz. E é, igualmente, inconstitucional, porque vulnera o modelo acusatório, de processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios de acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extraprocessual".

Em igual sentido, o Profº Luiz Flávio Gomes, em estudo sobre a Lei dos Crimes Organizados, assevera que "A imparcialidade do juiz constitui, efetivamente, uma das mais expressivas garantias inerentes ao devido processo legal. (...) O clássico princípio ne procedat iudex ex officio visa exatamente resguardar o magistrado de qualquer comprometimento psicológico prévio com a prova. A lei ora em questão (art. 3º), ao atribuir ao juiz a tarefa de colher provas fora do processo, quebrou o princípio da imparcialidade e, assim, violou o devido pro-

cesso legal previsto no art. 5º, inc. LIV".

A possibilidade aberta, pela lei em apreço, ao juiz, para que esse colha provas fora do processo, e que essa colheita seja feita, em alguns casos, no mais rigoroso segredo de justiça, devendo lavrar pessoalmente o auto circunstanciado da diligência, sendo este fechado, lacrado e endereçado ao Tribunal em separado, compromete a imparcialidade do órgão julgador que se vê psicologicamente ligado à prova por ele produzida, sendo, ainda, um retrocesso a um processo sem publicidade, típico do sistema inquisitivo cujas características já foram elencadas neste trabalho.

De fato, os princípios processuais constitucionais clamam pela procedência da aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade. É o que iremos abordar com mais detalhes no tópico a seguir.

## **6 O DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL - PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - E A LEI DO CRIME ORGANIZADO**

Como é cediço, a Constituição Federal é a base de nosso ordenamento jurídico e o instrumento que dá sustentação ao Estado Brasileiro, trazendo princípios que não se podem derogar, e cuja observância é imposta para a validade e eficácia dos atos jurídicos praticados sob a égide da carta política pátria.

No processo penal, constituem princípios basilares os que dizem respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, que mereceram figurar no texto constitucional, alçados como direitos e garantias fundamentais, cláusulas pétreas, por serem pilares de nosso Estado Democrático de Direito.

O que nos interessa nesta parte do trabalho, pois, é o exame das contradições existentes entre a Lei do Crime Organizado e esses princípios processuais constitucionais, principalmente no que dizem respeito à obediência ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, que informam o sistema acusatório, senão vejamos:

## O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Pinto Ferreira *in* Comentários à Constituição Brasileira, 1º Volume, págs. 175 a 176, Editora Saraiva, São Paulo, 1989, nos ensina que:

“O devido processo legal significa o direito a regular o curso da administração da justiça pelos juizes e tribunais. A cláusula constitucional do **devido processo legal** abrange de forma compreensiva: a) o direito à citação, pois ninguém pode ser acusado sem ter conhecimento da acusação; b) direito de arrolamento de testemunhas, que deverão ser intimadas para comparecer perante a justiça; c) direito ao procedimento contraditório; d) o direito de não ser processado por leis **ex post factor**; e) o direito de igualdade com a acusação; f) o direito de ser julgado mediante provas e evidências legal e legitimamente obtidas; g) o direito ao juiz natural; h) o privilégio contra a auto incriminação; i) indeclinabilidade da prestação jurisdicional quando solicitada; j) o direito aos recursos; l) o direito à decisão com eficácia de coisa julgada”.

Nesse diapasão, a Lei nº 9.034/95 fere o princípio do devido processo legal, na medida em que, quando atribui ao Juiz o poder de colher provas fora do processo, macula o direito de igualdade que os acusados devem ter com a acusação, além do que, provas colhidas fora da esfera do processo impedem que o acusado tenha conhecimento pleno de tudo o que está lhe sendo imputado.

Sob esse prisma, pode-se questionar, inclusive, a legitimidade dessas provas obtidas pelo órgão judicante, fora da esfera processual, posto que o contraditório fica prejudicado ante a insólita sistemática trazida pela lei em comento.

Corroborando esse entendimento, trazemos a lume o ensinamento de Luiz Rodrigues Wambier, *in* Curso Avançado de Processo Civil, Vol. I, pág. 64, Editora Revista dos Tribunais, pág. 64, São Paulo, que nos ensina, quanto aos princípios processuais constitucionais, que:

“... o primeiro deles, que se consubstancia em postulado fundamental de todo o sistema processual, é o princípio do devido processo legal. Segundo esse princípio previsto no inciso LIV do art. 5º da CF, **ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.**

Isso quer dizer que toda e qualquer consequência processual que as partes possam sofrer, tanto na esfera da liberdade pessoal quanto no âmbito do seu patrimônio, deve necessariamente decorrer de uma decisão prolatada num processo que tenha tramitado de conformidade com antecedente previsão legal. O **devido processo legal** significa o processo cujo procedimento e cujas consequências tenham sido previstas na lei”.

Como se vê, embora a lei traga previsão legal da possibilidade de colheita de provas fora do processo, tal medida macula frontalmente a ordem constitucional vigente. De fato, utilizando o escrito de Odete Novais Carneiro Queiroz, *in* Revista dos Tribunais, Vol. 748, págs. 47/49, “afirmam alguns juristas que o postulado do devido processo legal confunde-se com o Estado de Direito, enquanto outros asseveram que supõe uma “moldura do Estado, que é, por excelência, a do Estado Democrático...” (...) “A categoria constitucional ora em pauta, é segundo os **doutos** um princípio, pois entendida como um mandamento nuclear de um sistema e, é também uma **garantia** porque tem esse condão de assegurar os interesses dos cidadãos, limitando o poder do Estado. Já se afirmou serem os princípios constitucionais idéias ordenadoras refletidas em regra jurídica, embora não se possa perder de vista o caráter normativo dos princípios constitucionais que representam verdadeiro sistema de comandos. Para muitos é verdadeira **instituição** traduzindo uma idéia completa e objetiva com o escopo de propiciar a defesa e a fruição dos direitos que cada cidadão possui; e para outros é **princípio fundamental** do processo civil, servindo de base sustentadora de todos os demais princípios”.

## O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Os autores, em geral, fazem embutir no princípio do *due process of law*, aquele relativo à ampla defesa, como faz J. Cretella Jr.:

“DEVIDO PROCESSO LEGAL: “é aquele em que todas as formalidades são observadas, em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite a ampla defesa, incluindo-se o **contraditório** e a **produção** de todo tipo de prova – desde que obtido por meio lícito – prova que entenda seu advogado dever produzir em juízo. Sem processo e sem sentença, ou prolatada esta por magistrado incompetente, ninguém será privado da **liberdade** ou de seus **bens**”.

No ensinamento de Vicente Greco Filho, em seu *Direito Processual Civil Brasileiro*, Vol. 1º, pág. 47, Editora Saraiva, 10ª. Ed. 1995, São Paulo:

“Consideram-se meios inerentes à ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica com advogado, cuja função, aliás, é essencial à Administração da Justiça (CF art. 133) e e) poder recorrer da decisão desfavorável. (...)”

Por sua vez o contraditório é a técnica processual e procedimental que impõe a bilateralidade do processo. Todos os atos devem ser realizados de modo que a parte contrária possa deles participar ou, pelo menos, possa impugná-los em contramanifestação. A Constituição exige, nem jamais exigiu, que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato. Há atos privativos de cada uma das partes, como há atos privativos do juiz, sem a participação das partes. Todavia, o que assegura o contraditório é a oportunidade de a eles se contrapor

por meio de manifestação contrária que tenha eficácia prática antes da decisão “(...) “O contraditório que é o instrumento técnico da ampla defesa deve estar presente em todo o processo e não somente na instrução criminal, conforme dava a entender a redação defeituosa do texto constitucional anterior”.

Em consonância com o entendimento ora esposado é o pensamento de MIRABETE:

“Dos mais importantes no processo acusatório é o princípio do contraditório, garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado (art. 5º, LV). Segundo ele, o acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar assegurada a igualdade das partes. Diz bem J. Canuto Mendes de Almeida: ‘A verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado’.

“Assim, a garantia do contraditório abrange a instrução lato sensu, incluindo todas as atividades das partes que se destinam a preparar o espírito do juiz, na prova e fora da prova. Compreende, portanto, as alegações e os arrazoados das partes”.

“Corolário do princípio da igualdade perante a lei, a isonomia processual obriga que a parte contrária seja também ouvida, em igualdade de condições (audiatur et altera pars). A ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que conceda as partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões etc. Do princípio do contraditório decorre a igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se en-

contram num mesmo plano, e a liberdade processual, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar as provas que lhe convenham, etc." (grifos nossos).

Resta ululante que a lei, cuja constitucionalidade se discute, fere a Carta Política que embasa o nosso Estado Democrático de Direito, pois afronta de forma cabal, também, aos princípios do contraditório e o da ampla defesa, já que, em seu artigo 3º, há a previsão legal de que a colheita de algumas provas seja feita no mais rigoroso segredo de justiça, tolhendo dos acusados o conhecimento claro da imputação, com as provas que a embasam e, portanto, reduzindo a oportunidade de os acusados poderem apresentar alegações contundentes contra a acusação e o conjunto probatório pleno dos autos, além do que, também os cerceia de poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova. Ademais, como a colheita de elementos do conteúdo probatório pode ser feita sem que os acusados possam dela participar, patente está a contrariedade da Lei do Crime Organizado com os princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, os quais informam o sistema acusatório, nos termos adotados pela Constituição Federal de 1988.

## 7 CONCLUSÕES

O Estado-Juiz deve dar primazia à busca da verdade real no processo penal, em razão de sua natureza eminentemente pública e dos direitos que tutela. Porém, os legisladores não devem se utilizar desse argumento para fazer surgir, em nosso ordenamento jurídico, normas que vão de encontro aos princípios processuais constitucionais como o da inércia, o do devido processo legal e o da imparcialidade, pois isso implicaria em um enorme retrocesso: a ressurreição do sistema inquisitivo.

Depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico pátrio foi inovado com leis inconstitucionais. Exemplo disso é a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, que, entre outras máculas aos ditames elencados pelo legislador constituinte, atribui ao julgador a tarefa, de cunho notoriamente inquisitório, de

colher provas de forma sigilosa e fora do processo, em completo desrespeito aos princípios da imparcialidade e do devido processo legal, ambos previstos no artigo 5º da Carta Magna, e alçados como direitos e garantias fundamentais.

O processo inquisitório é incompatível com um sistema que assegure os direitos e garantias fundamentais, sendo certo afirmar que o processo acusatório é, por excelência, o que melhor se coaduna com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Há resquícios de normas, em nosso ordenamento jurídico, que trazem regras do sistema inquisitivo. Tais diplomas legais têm questionáveis as suas recepções pela atual Carta Política em vigor, já que são dispositivos de leis anteriores à promulgação da Constituição de 1988. Porém, é inaceitável que o atual legislador infraconstitucional queira fazer surgir, em legislação nova, caracteres do sistema inquisitivo, como é o caso da Lei nº 9.034/95.

A Lei do Crime Organizado fere o princípio do devido processo legal porque outorga ao juiz o poder de colher provas fora do processo, ferindo a igualdade que os acusados devem ter com a acusação, impedindo, além disso, que os acusados tenham conhecimento pleno de tudo o que está lhes sendo imputado. Tais provas têm sua legitimidade questionável já que o contraditório fica prejudicado, ante a sistemática insólita trazida pelo aludido diploma legal.

Outra mácula que a Lei nº 9.034/95 traz à nossa Constituição encontra-se também em seu artigo 3º onde há a previsão legal de que a colheita de algumas provas seja feita no mais rigoroso segredo de justiça, tolhendo dos acusados o conhecimento claro da imputação, com as provas que a embasam e, portanto, reduzindo a oportunidade de os acusados poderem apresentar alegações contundentes contra a acusação e o conjunto probatório pleno dos autos. Tal norma acaba por cercear aos acusados a prerrogativa constitucional de poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova.

Conclui-se, portanto, patentemente demonstrado, através de nosso trabalho, a contrariedade da Lei dos Crimes Organizados com os princípios processuais constitucionais que informam o sistema acusatório, nos termos adotados pela Constituição Federal de 1988.



## 8 BIBLIOGRAFIA

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivaly. **Correlação entre acusação e Sentença**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e OUTROS. **Teoria Geral do Processo**. 15ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.
- CRETELLA JR, J. **Comentários à Constituição de 1988**. Vol I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1990.
- FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. 1º Vol. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 1º. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.
- NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.
- TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. Vol. 02. São Paulo: Saraiva, 1977.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. I. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

## 2.16 - CONSTITUIÇÃO E *AUTOPOIESIS*

**Pedro Henrique Holanda Pucci**  
Acadêmico de Direito do 9º período da  
Universidade Federal do Ceará  
Estagiário do escritório  
Siqueira Castro - Advogados

### SUMÁRIO

- 1 Introdução
- 2 Materiais e Métodos
- 3 Resultados
- 4 Discussão
- 5 Conclusão
- 6 Bibliografia

### 1 INTRODUÇÃO

Os meios de comunicação, cotidianamente, divulgam fatos que atestam a substituição da constitucionalidade das leis pela legalidade da Constituição.

O jornal *Folha de S. Paulo*, em 19.02.2003, publicou em manchete: Governo quer taxar inativo e reduzir benefício do servidor. Nessa notícia, o Governo Federal pondera a possibilidade jurídica de restrição dos direitos adquiridos dos contribuintes, para cobrir benefícios de riscos e equacionar o déficit das contas da Previdência Social.

O artigo, publicado no *Correio da Cidadania* por Osiris Lopes Filho, intitulado *Rendição prévia*, alerta que a Reforma Tributária proscreve emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa de Estado, e assevera que todo o poder tributário à União facilitará o atendimento às imposições do Fundo Monetário Internacional.

A usurpação do conteúdo normativo da Constituição, por programas de direção política que visam atender a metas impostas pela governança das grandes corporações mundiais, inverte o conceito legalmente derivado da Constituição. O conteúdo constitucional torna-se um mero concentrado legal, para legitimar as intervenções do poder

político. Hannah Arendt (1970 *apud* HABERMAS, 1997, p. 187), a propósito, salienta que "o poder político não é um potencial para a imposição de interesses próprios (...); ele é, ao invés disso, uma força autorizadora que se manifesta na criação de um direito legítimo".

A conjuntura política nacional exige a redefinição desses fatos. A ação do Governo Federal deve refletir os anseios sociais para a construção de uma sociedade livre e justa. A perspectiva de transformação do Estado democrático brasileiro, com a eleição de um chefe de governo de esquerda, não pode ser frustrada pelas imposições apócrifas dos Poderes da União.

A Constituição da República Federativa do Brasil, lei fundamental e suprema do Estado, deve ser o instrumento material de garantia dos direitos e liberdades do homem contra os Poderes da União.

## 2 MATERIAIS E MÉTODOS

A metodologia aplicada à pesquisa desenvolveu o método estruturalista de Lévi-Strauss (1945). Os fenômenos concretos em estudo foram representados por abstrações, através da constituição de modelos para retornarem ao fenômeno concreto, como uma nova realidade, relacionada e estruturada, aos postulados da Constituição.

O método de estudo partiu dos procedimentos mais amplos de raciocínio para desenvolver um instrumento científico apropriado para a procura e, principalmente, para a explicação dos fatos. O aprofundamento do quadro teórico revelou a perspectiva da Constituição como instrumento destinado a suavizar o discurso ultra-especializado dos sistemas sociais.

A identificação das fontes de pesquisa considerou a nossa experiência acadêmica de estudos e leituras, da observação e descoberta de discrepâncias, para determinar, clara e objetivamente, todas as fases da pesquisa bibliográfica.

A reunião de material contido em livros, jornais, revistas e publicações eletrônicas foi objeto de análise e interpretação para investigar o significado, a importância e o valor histórico de cada documento e o sentido e valor do seu conteúdo.

O paradigma da Constituição como instrumento de superação crítica advém de duas idéias norteadoras: I - a Constituição é o fundamento de todo o ordenamento jurídico e II - a moderna interpretação da Constituição deriva do próprio "estado de inconformismo de alguns juristas". (BONAVIDES, 1994, p. 424).

A releitura dos direitos e garantias dispostos na Constituição e dos programas de direção política dos Poderes da União permitiu-nos constatar que o processo legislativo e a execução das políticas públicas do Governo Federal ofendem, na lição de Álvaro Melo Filho, o que temos de mais permanentes, os princípios de direito. (2004 - informação verbal).

Nessa perspectiva, investigamos na literatura nacional e estrangeira uma construção doutrinária que pretendesse solucionar a falta de articulação de preferências e interesses dos produtores e dos destinatários das normas jurídicas.

A inteligência do direito português e, em particular, a do professor J. J. Gomes Canotilho, despertou-nos para a incapacidade das teorias clássicas descreverem a complexidade da teoria da sociedade. O retorno à teoria social sistêmica, desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, possibilitou o reconhecimento da articulação de preferências e interesses dos produtos e destinatários das normas jurídicas através da prática da *razão intersubjetiva*.

## 3 RESULTADOS

O professor da Universidade Autónoma de Lisboa, J. J. Gomes Canotilho, adverte que há um ponto central em que as concepções auto-organizativas põem em crise a teoria da constituição. O jurista português alerta para a instrumentalização da Constituição para fins de regulação política, identificando com precisão a "excessiva sobrecarga de estruturas constitucionais" para a implementação de diretrizes políticas dos Poderes da União. (1999, p. 1347) A preocupação do Eminent jurista compõe capítulo especial de sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* na parte de *revisão das funções da Constituição*.

A acentuação da legalidade da Constituição, entretanto, não deriva somente do preenchimento impróprio dos conceitos de normas constitucionais abertas. O principal fenômeno de inversão do princípio da constitucionalidade das leis é a reforma constitucional contrária aos princípios da Constituição.

Os sistemas sociais têm se mostrado avessos a essas modificações artificialmente impostas. As concepções auto-organizativas não dispõem "um diálogo, uma conversação, uma conexão interativa entre os vários sistemas sociais". (IDEM, p. 1348).

O cientista político norte-americano John Elster (1999) aduziu, nos seus trabalhos sobre racionalidade e irracionalidade da política, a articulação de preferências e interesses das normas jurídicas. O ponto referencial de equilíbrio das intervenções políticas dar-se-ia quando os recursos pessoais, as crenças, as normas, os hábitos e os objetivos dos indivíduos estiverem ajustados entre si e ao meio ambiente natural e institucional. O renomado cientista leciona que as normas constitucionais devem revelar-se aptas a conseguir uma articulação de preferências e interesses dos produtores e dos destinatários dos preceitos normativos.

J.J. Gomes Canotilho (1999) chama-nos a atenção para a fraqueza desse voluntarismo excessivo, para resgatar o novo sentido da teoria autopoietica.

A teoria autopoietica ou da *autopoiesis* foi concebida para explicar os processos elementares da vida pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. Ela tem como idéia básica "um sistema dotado de organização, onde há a (re) produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram a sua organização, pela relação reiterativa entre eles". (GUERRA, 1999, p. 187).

O principal responsável pela introdução da teoria autopoietica nas Ciências sociais foi o sociólogo alemão Niklas Luhmann. A teoria social sistêmica, como ficou conhecida, estabeleceu como distinção fundamental, ao invés da clássica divisão entre sujeito e objeto, que não mais se sustenta, a divisão entre sistema (*Welt*) e meio ambiente (*Umwelt*).

A autonomia do sistema autopoietico é determinada pela própria organização do sistema. O reconhecimento de seus elementos componentes tem por condição a sua *clausura*, ou seja, a circunstância de o sistema ser fechado do ponto de vista da organização, não havendo entradas (*inputs*) nem saídas (*outputs*).

A ilustre monografista Carla Asfora (1999) identifica os dois caracteres essenciais da teoria sistêmica de Luhmann: a auto-referência elementar e a reflexividade.

A auto-referência elementar designa a diferença entre elemento e relação nas operações do sistema para formar uma unidade diferenciada do meio ambiente. A reflexividade, por sua vez, designa a análise do reingresso dos elementos do sistema pela estrutura do próprio sistema.

O professor Willis Guerra Filho (1999) assevera que postular que os sistemas sociais são produtos da diferenciação funcional dos diversos subsistemas, não implica dizer que operem com autonomia e fechados uns em relação aos outros.

O princípio fundamental da diferenciação sistêmica oferece uma abordagem dessubstancializada e desumanizada para desenvolver um paradigma unificador capaz de articular todos os sistemas sociais.

#### 4 DISCUSSÃO

O Estado Constitucional, inaugurado pela Assembleia Nacional Constituinte em 1988, instituiu um novo regime político no país. As instituições, fundadas sob a égide do novo Estatuto político, destinaram-se a assegurar ao povo brasileiro o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

A Constituição Federal de 1988 tornou-se o núcleo irradiador de todos os direitos e garantias do Estado democrático brasileiro, deixando de ser considerada uma simples declaração de intenções, para ser um instrumento lógico-formal "aplicado pelo Estado à ordem legal da vida". (IHERING, 1972, p. 25).

Daí a conclusão da relação dialética entre direito e política, pois

o Estado é, ao mesmo tempo, produtor e destinatário das normas jurídicas.

Nesse viés, cabe-nos analisar até que medida as normas constitucionais garantem um razoável grau de aptidão, já que a adequação do espaço normativo sofre uma tensão constante de interesses públicos e privados.

A problemática reside, justamente, em se definirem os limites de uma constituição-dirigente, ou seja, "o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais". (CANOTILHO, 1994, p. 40, grifo nosso).

Paulo Bonavides salienta uma importante lição:

O intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, à "concretude" da existência, compreendida esta, sobretudo, pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração. (1982-1994, p. 437).

O sistema jurídico deve ser entendido, normativamente, como um sistema fechado de regras mínimas garantidoras da integridade dos sistemas sociais e, cognitivamente, como um sistema aberto para otimizar a dimensão da justiça. Dessa forma, a organização do sistema permanecerá invariante, para permitir a adequação dos preceitos normativos aos mais elevados princípios inscuidos na Constituição.

## 5 CONCLUSÃO

A Constituição, na qualidade de estatuto político, deve politizar os sistemas sociais, fazendo valer as suas regras e princípios estruturantes. O fundamento do conteúdo normativo constitucional deve atender a uma idéia norteadora de todo o sistema jurídico justo: a soberania política.

A propósito, salienta o eminente jurista alemão Peter Häberle:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão parcialmente vinculados todos os órgãos estatais,

todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (1997, p. 13).

A interpretação constitucional, logo, deve ser precedida da compreensão, investigação e mediatização dos enunciados lingüísticos da própria Constituição. A mútua compreensão exige que os interlocutores falem a mesma língua. A Constituição deve, portanto, despojar-se de fórmulas emancipatórias e manter-se no pico das normas através do espaço de interatividade dos sistemas sociais.

A adequação do espaço normativo da Constituição exige dos Poderes da União, tanto no processo de elaboração das leis, quanto nas medidas para a sua fiel execução, a articulação da vontade geral dos produtores e destinatários das normas jurídicas.

A teoria social sistêmica não se propõe a avaliar a articulação de interesses e preferências das normas jurídicas, mas fornecer descrições mais acuradas e explicações, que antecedem o momento da crítica valorativa. O reconhecimento da vontade geral dar-se-á através da prática da *razão intersubjetiva*: o diálogo, o acordo e o entendimento racional.

A subsistência de padrões de comportamento desintegradores da ordem jurídica malfada a Constituição e promove a acentuação da legalidade da lei fundamental. (Cf. CANOTILHO, 1994, p. 26).

A Constituição deve ser entendida, como leciona o professor Virgílio Afonso da Silva da Universidade de São Paulo, "como um instrumento dotado de uma capacidade de aprendizado, para receber influxos da sociedade e, ao mesmo tempo, exercer a função dirigente". (2004, informação verbal).

## 6 BIBLIOGRAFIA

- ASFORA, Carlo Romeiro. **O Processo Civil como um Sistema Auto-poietico**. Disponível em <http://www.infojus.com.br/area4/carlaasfora.htm>. Acesso em 27 jun. 2004.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023: informação e documentação - referências - elaboração**. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

- \_\_\_\_\_. **NBR 10520: informação e documentação - citações em documentos - apresentação.** Rio de Janeiro: ABNT, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Coimbra, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARVALHO, Ernani. **Dataveni@ Revista Jurídica.** (In) Certezas do Controle de Constitucionalidade. nº 47, junho 2001. Disponível em [http://www.datavenia.net/artigos/Direito\\_Constitucional/Direitos\\_Individuais\\_062001.htm](http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Constitucional/Direitos_Individuais_062001.htm). Acesso em 20 jun. 2004.
- GUERRA, Willis Santiago Filho. **Para uma Filosofia da Filosofia: conceitos de filosofia.** 2. ed., Fortaleza: Imprensa Universitária, 1999.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** V. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- IHERING, Rudolf. **A Luta pelo Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- LOPES FILHO, Osiris. **Correio da Cidadania: Rendição prévia.** Disponível em <http://www.correiodacidade.com.br/ed342/economia2.htm>. Acesso em 20 jun. 2004.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- VAZ, Lúcio. **SOFIA, Julianna.** Folha de S. Paulo, São Paulo, 19.02.2003. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/bsp/brasil/fc1902200302.htm>. Acesso 21 jun. 2004.

### 3.1 PARECER Nº 003/2005 - PP- PGM

**PROCESSO: Nº 00492/2001/PGM**  
**INTERESSADO: PEDRO ALCÂNTARA FILHO**  
**ASSUNTO: REGULARIZAÇÃO DE LOTEAMENTO**  
**CLANDESTINO**

**EMENTA:** Loteamento clandestino. Cadastro pela Secretaria de Finanças não importa em anuência do Município, porquanto mesmo fatos ilícitos são passíveis de gerarem obrigações tributárias. A partilha em processo de inventário não autoriza a ocupação de glebas sem o seu regular parcelamento. A regularização do loteamento, nos termos do art. 40, da Lei 6.766/79, vem a ser a medida mais consentânea com o interesse público. Caso os interessados não apresentem proposta viável de regularização, no prazo assinado, devem os Autos retornar para a interposição das medidas judiciais pertinentes.

A Procuradoria do Município de Fortaleza, instada a manifestar-se nos autos do processo em epígrafe, com supedâneo no art. 3º, VII, da Lei Complementar Municipal nº 006, de 29 de maio de 1992, profere seu juízo de valor.

#### SINOPSE DOS FATOS

Os presentes autos originaram-se de uma consulta submetida pelo Sr. Pedro Alcântara Filho à antiga SMDT, sucedida pela Secretaria de Infra-Estrutura de Fortaleza (SEINF), na qual solicitava certidão dando conta dos usos permitidos e dos índices de ocupação do solo relativos aos lotes de sua propriedade de nºs 01 (Mat. 32.585/CRI-1º Zona, v. fls. 03) e 02 (Mat. 27.841/CRI-1º Zona, v. fls. 04), da quadra I, do desmembramento do Sítio Cambeba do Sul. Indagava, de resto, se sobre os lotes recaía faixa de preservação ambiental em razão do curso d'água que os traspassa.

O pedido não pôde, no entanto, ser atendido, dada a constatação

de que os lotes se encontravam encravados em loteamento clandestino (ver despacho de fls. 10).

À vista, portanto, dessa irregularidade, os autos foram enviados a esta Procuradoria, com o fito de se adotarem as providências que o caso exige.

Nesse passo, foi lavrado às fls. 13/16, pela nobre Procuradora Maria Lindáuria de Lima Nascimento, o Parecer de nº 0013/2001/PP/PGM, no qual restou consignada a imperatividade de se enviar as peças informativas ao Ministério Público, para fins de apuração do crime de loteamento clandestino. Referido Parecer, diga-se, veio a ter seus termos ratificados pela Chefe da Procuradoria Patrimonial, consoante se vê do despacho de fls. 17/20.

O Requerente, por seu turno, apresentou pedido de reexame da matéria, juntamente com farta documentação, às fls. 22/115. Ali, insurge-se contra a orientação vazada no Parecer, porquanto, conforme assinala:

Os direitos do Requerente, assim como o da meeira e dos co-herdeiros, se consolidaram a partir de quando foi homologado por sentença transitada em julgado o esboço de partilha [...] sentença tal proferida no dia 18 de junho de 1969 e a partir da data que se iniciou o efetivo desmembramento do quinhão de cada herdeiro.

Diz ainda que:

No caso *in comento*, resta seguramente comprovado que o Município implicitamente aceitou como irreversível o parcelamento questionado, a partir de quando passou a cobrar o IPTU incidente sobre os diversos quinhões resultantes [...].

São esses os fatos que sobrelevam na análise do presente processo, passemos então à reapreciação das nuances jurídicas trazidas a lume.

## DO DIREITO

É de termos presente que a disciplina da ocupação do solo urbano é matéria afeta constitucionalmente ao Município, que, em sua

atuação normativa ou executiva, submete-se, por sua vez, às diretrizes gerais fixadas pela União Federal.

Nessa esteira, a Lei Municipal 5.122-A, de 13 de março de 1979, dispõe em seu art. 4º que "qualquer parcelamento de solo para fins urbanos dentro do Município só poderá ser realizado após a prévia aprovação do projeto pela Prefeitura e a concessão de licença para sua execução, respeitadas as disposições desta Lei".

Nem poderia ser outro o mandamento legal, eis que considerar a hipótese de que o particular pudesse dispor livremente de terreno de seu domínio, ocupando-o fracionadamente sem a intervenção da Administração Municipal, significaria pôr por terra toda a legislação de regência, em cabal afronta à função social imanente à propriedade.

Fácil perceber que a ocupação desordenada do solo tem o condão de gerar graves prejuízos à coletividade, sobretudo porque o parcelamento clandestino envolve atos que, uma vez executados, são de difícil desfazimento. Eis a razão por que é um dos deveres primevos do Município coibir com veemência tais ilicitudes.

No caso trazido a lume, verifica-se que foi levado a efeito, pelos herdeiros do Sr. Pedro Alcântara e Silva, o parcelamento da gleba que compreendia a Granja Cambeba do Sul (v. Mat. nº 453-CRI 1ª Zona), sem que para tanto houvesse a intervenção do Município de Fortaleza.

Inelutável que um loteamento assim concebido gera já em seu nascedouro grave prejuízo ao Poder Público, já que não foram cedidas ao Município a porção da gleba (45% da área do terreno, na modalidade loteamento) que deveriam ser repassadas ao Município para o uso institucional, para áreas verdes, praças etc. Isso sem falar nos prejuízos ocasionados ao traçado urbano dimensionado sem qualquer planejamento.

Tampouco o fato de o Município fazer recair sobre os imóveis o Imposto Territorial Urbano – IPTU – tem o efeito de emprestar licitude ao parcelamento clandestino. Veja-se que a averbação dos imóveis pela Administração Municipal foi levada a cabo pela Secretaria de Finanças, consoante se infere da documentação coligida. Tal fato é relevante por



deixar claro que não houve por parte da Administração Municipal apreciação no que diz respeito à subsunção do desmembramento do imóvel às leis de disciplina urbana.

**Vale dizer, a averbação dos lotes deu-se tão-somente para efeito de cadastro de IPTU. É fora de dúvida que a averbação das construções não implica anuência do Município no tocante ao parcelamento do imóvel, de vez que, como sabido, à luz do Direito Tributário, mesmo hipóteses de incidência originadas de fatos antijurídicos têm o condão de gerarem obrigações tributárias.**

No mesmo passo, não se sustenta o argumento de que com o trânsito em julgado da sentença homologatória da partilha do Espólio do Sr. Pedro Alcântara e Silva consolidara o direito dos herdeiros em subdividirem a gleba.

Isso porque a divisão da gleba para fins de partilha não substitui a aprovação do desmembramento por parte do Município, consoante exige o art. 4º da Lei nº 5122-A. Não há, em hipótese nenhuma, a figura do loteamento implementado por ordem judicial em processo de partilha.

O tratamento diferenciado conferido à partilha de glebas em inventário cinge-se tão somente à desnecessidade de doação do percentual das áreas públicas ao Município e, ainda assim, sob a condição de que as glebas dos herdeiros não sejam destinadas à ocupação e não haja a necessidade de abertura de vias. É o que prescreve o art. 12, parágrafo 2º, a ver:

Art.12 [...]

§ 2º- Desmembramento resultante de inventário, desde que não implique em abertura de vias ou na ocupação de gleba, é isento de doação de área à Prefeitura.

O caso de que ora se cuida é diverso. Não ocorreu mera divisão de lotes entre herdeiros, mas, sim, foi executado um loteamento do Sítio Cambeba do Sul, com sua divisão em 49 (quarenta e nove) lotes.

E ainda que as matrículas resultantes da gleba se tratassem de

mera partilha entre os herdeiros, não se poderia aplicar o comando da norma acima transcrita, eis que houve efetiva ocupação das glebas e abertura de vias de transporte.

Em suma, os lotes oriundos do Sítio Cambeba do Sul não se originaram da sentença que homologou a partilha. E mesmo se fosse esse o caso, tal fato não dispensaria os herdeiros de elaborar um projeto de loteamento com a cessão de 45% da área ao Poder Público, de vez que foram abertas vias e ocupadas as glebas.

**Nem se diga que os herdeiros estavam desobrigados a aprovarem o loteamento no Município em razão de que os primeiros lotes foram averbados em data anterior à publicação da Lei Federal de Parcelamento Urbano - Lei nº 6.766/79. A uma, porque já o Decreto-Lei 58, de 1937, consignava a obrigatoriedade da aprovação do Município para o loteamento do solo urbano; a duas, porque o processo de loteamento irregular, muito embora tendo início antes da vigência da Lei Federal, ultrapassou em muito esse marco temporal.**

Dessarte, forçoso é concluirmos que o parcelamento do Sítio Cambeba do Sul foi implementado à margem do que dispunha a Ordem Jurídica, com patente ilicitude penal, administrativa e civil perpetrada pelos herdeiros que adquiriram em partilha citado imóvel.

Seguindo-se a essa ordem de idéias, lançando-se mão dos princípios da razoabilidade, da boa-fé e da supremacia do interesse público, temos que a regularização do loteamento vem a ser a providência mais pertinente ao caso *sub oculi*. Assim o é desde que para tais medidas concorram necessariamente os herdeiros loteadores.

Caso os herdeiros não viabilizem a regularização, resta ao Poder Público buscar judicialmente a recomposição civil dos danos urbano-ambientais e a imposição de sanções administrativas e penais, cuja finalidade educativa e preventiva passam a ser imprescindíveis à hipótese.

**Por exercício de digressão, podemos assinalar que o crime de loteamento irregular parece reunir características que o podem classificar como crime permanente, de sorte que, se nesses termos**

for considerado, não há falar em prescrição dos eventuais delitos cometidos contra a Administração Pública. É esse escólio do Professor Damásio E. de Jesus, vejamos:

Crimes permanentes são os que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo. O momento consumativo se protraí no tempo [...] a distinção entre crimes instantâneos e permanentes tem relevância no terreno da prescrição [...] No crime permanente a prescrição começa a correr no dia em que cessou a permanência (ou a situação danosa referida pelo Autor). (DE JESUS, Damásio E. *Direito Penal*. Vol. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 193/94 e 740.)

A regularização de loteamento, cumpre salientar, nada mais é que a aprovação do loteamento, adequando-o a situação fática existente, no tocante ao comprometimento dos lotes, às necessidades ditadas pelo desenvolvimento urbano, como modificação do sistema viário incidente sobre a área etc., na qual é imperativo a obediência à legislação em vigor, quanto à doação dos percentuais de áreas públicas.

Entretanto, em função desse comprometimento de lotes, podem essas áreas públicas ser localizadas fora da área loteada, nas proximidades do loteamento, na mesma zona de uso segundo a Lei de Uso e Ocupação do Solo.

Com efeito, o que é primordial é assegurar o cumprimento das diretrizes do desenvolvimento urbano planejados para a cidade e o efetivo resguardo das áreas públicas nos percentuais exigíveis. É nesse prisma que a Lei 6.766/79 estatui:

Art. 43 – Ocorrendo a execução de loteamento não provado, a destinação de áreas públicas exigidas no inciso I do art. 4º desta Lei não se poderá alterar sem prejuízo da aplicação das sanções administrativas, civis e criminais previstas. —

Acomodações podem ser feitas, desde que atendido o que foi dito acima, em função de situações inalteráveis dentro do loteamento

a serem identificadas criteriosamente pelo órgão técnico. O procedimento e documentação necessária devem ser adaptados à situação fática existente, igualmente a critério do órgão técnico, de modo a viabilizar a regularização.

Bem de ver que o parágrafo 5º, do art. 40, da Lei há pouco citada, diz que a regularização do parcelamento não poderá contrariar o disposto nos arts. 3º e 4º, ressalvando-se o disposto no parágrafo 1º, deste último. Prefalados arts. tratam, entre outras coisas, da área mínima do lote, da proibição de parcelar em área de preservação, da disposição das vias de circulação internas etc. Importa atentarmos sobretudo para a ressalva do parágrafo 1º, segundo o qual:

Parágrafo 1º - A legislação municipal definirá para cada zona em que se divida o território do Município os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão obrigatoriamente as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento.

À vista da leitura desse dispositivo, podemos inferir que a Lei Federal confere ao Município o papel primordial de estabelecer os moldes em que se dará a regularização, sendo, portanto, as normas urbanísticas municipais a fonte donde emergirão os preceitos que devem nortear a regularização de loteamento pela Administração.

Problema que comumente se apresenta em casos tais vem a ser quando loteamento já se encontra dividido em várias matrículas, sendo necessário, portanto, que haja um deslocamento parcial das áreas públicas (verdes, Institucional, do sistema viário e do fundo de terras) para além dos limites do loteamento.

Nesses casos, pode a regularização ser efetuada desde que seja possível o arruamento razoável para circulação e divisa com os lotes e desde que sejam obedecidos os percentuais de áreas públicas que, de acordo com o comprometimento no loteamento, serão doadas em outro local, na mesma zona de uso, conforme zoneamento constante da Lei de Uso e Ocupação do Solo. Portanto, a doação das áreas fora do loteamento manterá, na medida do possível, inalteradas

as matrículas, tal como se acham agora, obtendo-se assim a regularização do loteamento e, por via de consequência, a prerrogativa de ocupar e edificar os lotes<sup>1</sup>.

O registro dessas áreas públicas é feito através de arquivo no Cartório da respectiva planta aprovada, indicando o percentual, a destinação e a localização, bem como com o arquivo do memorial descritivo, sendo essencial a planta aprovada do loteamento.

Como é cediço, o registro dos espaços públicos no loteamento independe de título aquisitivo e transcrição, bastando, para tanto, a indicação em planta aprovada, como se infere da jurisprudência transcrita, por Maria Helena Diniz:

MDA 87:218 – Executado o arruamento, se a Municipalidade aceita o plano, opera-se a transmissão do domínio particular para o domínio público. (TJSP)

JB, 25:205 – Os espaços livres do loteamento, na forma constante do projeto e do memorial descritivo aprovados, integram ex vi legis, e por sua destinação, o domínio público do Município, independentemente de qualquer assento no registro imobiliário. (TJSP) (DINIZ, Maria Helena. *Sistema de Registro De Imóveis*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. P. 294.).

Já as áreas públicas que para complementar o percentual exigível tiverem de ser doadas em outro local deverão ser objeto de doação específica no Registro Imobiliário, devendo ser especificada a destinação, e ser isenta de qualquer ônus ou condição.

A garantia dessas áreas que ficarem fora dos limites do loteamento deve dar-se com a doação prévia à aprovação do loteamento, de sorte a garantir os percentuais de áreas públicas exigíveis, evitando assim qualquer perda para o Município. A aprovação do desmembramento tal como proposto pode ser concedido concomitantemente à aprovação da regularização do loteamento, desde que sejam doadas previamente as áreas públicas do Município.

Há ainda que consignarmos que a gleba em apreço é entrecortada pela área de preservação ambiental do sangradouro da Lagoa

Messejana, conforme atestam os documentos de fls.07, v., e 08. Sobre essa faixa recai limitação de uso que a torna inapta para ocupação de moradias (v. art. 15, da Lei Estadual nº 10.147/77). É de todo pertinente, vale dizer, que dita área de preservação seja incluída entre aquelas cedidas ao Município por efeito da regularização fundiária.

Na conformidade do que foi exposto, devem estes Autos ser remetidos à Secretaria de Infra-estrutura do Município (SEINF), para ali serem adoradas a providências para a regularização do loteamento em apreço. Para tanto, esta Procuradoria fará expedir comunicado aos interessados, que deverão comparecer à citada Secretaria.

Caso não entrem em acordo os beneficiários da partilha e não submetam ao Município proposta de regularização no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis a critério da SEINF, todos os processos relativos a essa área devem ser reunidos, deles elaborado histórico e reenviados a esta Procuradoria para que possamos interpor as medidas judiciais pertinentes à espécie.

É o Parecer, S. M. J.  
À consideração superior.  
Fortaleza, 11 de fevereiro de 2005.

**Everton Luis Gurgel Soares**  
Procurador do Município  
OAB/CE 15.336

## NOTAS

<sup>1</sup> Entendimento exarado pela nobre Procuradora do Município, Maria de Fátima Nóbrega Araújo, no Parecer nº 015/2002/PP/PGM.

**3.2 PARECER Nº 0061/2000 PP PGM.****PROCESSO Nº 23692/2000.****INTERESSADO: Francisca Maria de Sousa Costa.**

PROPOSTA DE DESMEMBRAMENTO DE IMÓVEL ORIUNDO DE INVENTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DO MUNICÍPIO EXIGIR PERCENTUAL DE ÁREAS PÚBLICAS DEFINIDAS PARA OS LOTEAMENTOS, TENDO POR BASE ÁREA ORIGINÁRIA DA PARTILHA. POSSIBILIDADE DE DESMEMBRAMENTO DO IMÓVEL OBJETO DA MATRÍCULA 51.030 DO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA 1ª ZONA, DESDE QUE EXIGIDO O PERCENTUAL DE ÁREAS PÚBLICAS RELATIVAS A ESSE INSTITUTO, POIS A GLEBA, POR SUAS CARACTERÍSTICAS, NÃO GOZA DO BENEFÍCIO DA ISENÇÃO DE QUE TRATA O ART. 12. § 2º DA Lei 5122 A/79.

**Ilma. Sra. Procuradora Chefe da Procuradoria Patrimonial,**

É submetido à apreciação dessa Procuradoria para exame e parecer, o processo em epígrafe, sobre desmembramento de área não loteada, de 7.385,00 m<sup>2</sup>, situada em Messejana, objeto da matrícula nº 51.030 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona desta Capital.

**DOS FATOS**

01. Trata-se de imóvel não parcelado, adquirido de Bárbara Sousa Costa, através de um formal de partilha, como se depreende da matrícula Nº 21.541 do Cartório de Imóveis da 1ª Zona, datado de 30 de dezembro de 1980.

02. Posteriormente, conforme se infere da matrícula Nº 51.030 do mesmo Cartório, foi registrada uma doação feita da antiga proprietária para a atual, interessada no presente processo, registro esse datado de 1991.

## DO DIREITO

03. Para compreensão do tema em análise, é imperioso que se faça uma digressão sobre alguns institutos jurídicos ao mesmo pertinente. Inicialmente, vale ressaltar que a legislação faz grande confusão entre as definições do que seja desmembramento e desdobro quase sempre as colocando como sinônimas. É o caso da Lei Municipal N.º 5532, de 18 de Dezembro de 1981, que define:

"Art.1 º .....  
(omissis)

VIII - Desmembramento ou desdobro de lotes é a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação das já existentes, observado o disposto nesta lei".

04. Como se depreende do texto supra transcrito, a definição aplica-se a gleba e não a lote, passando esse último a existir, a partir da subdivisão da gleba, seja pelo loteamento ou pelo desmembramento.

05. É o entendimento de Toshio Mukai, Alaôr Café Alves e Paulo José Vilela Lomar: *"Há que se deixar claro que o desmembramento não se confunde com o desdobro de lote" ..... "Conceitua - se gleba, nos termos da lei, como sendo, a porção de terra, que não tendo sofrido nenhum parcelamento anterior de caráter urbano (loteamento ou desmembramento), é subdividida em outras porções (lotes) destinados à edificação".1*

06. Já o desmembramento pode ocorrer apenas em área não loteada, cujo terreno não seja superior à quadra máxima permitida pela lei municipal, pois, se assim ocorrer, se fará necessária à abertura de uma rua, configurando, por conseguinte, o loteamento com todas as suas conseqüências.

07. O elemento distintivo das duas situações (loteamento e desmembramento) está basicamente em que, na primeira, a divisão da gleba (área que não foi objeto de parcelamento do solo) se dá com abertura de vias de circulação, e, na segunda, a divisão da gleba se dá sem abertura de tais vias, com o aproveitamento das existentes.

08. A definição de quando se faz exigível o loteamento nem sempre é opção do parcelador, uma vez que a imposição do loteamento, se observa, a partir da definição legal, a nível municipal, da quadra máxima permitida, que a teor da lei 5122 A/79 é de 250x250m, ou seja, 62.500m<sup>2</sup> (sessenta e dois mil e quinhentos metros quadrados). Quando, portanto, o particular pretende vender parte de uma área não loteada, e a sua gleba tem área inferior a 62.500m<sup>2</sup>, poderá desmembrar, nos termos da legislação com os efeitos que lhe são inerentes. Entretanto, se a gleba não loteada que pretende parcelar, tiver área superior à quadra máxima permitida (62.500m<sup>2</sup>), o parcelamento só poderá ocorrer com abertura de ruas, as quais definirão as quadras, configurando assim o loteamento, a teor da lei 6766/79 c/c a lei 5122 A/79.

09. Portanto, ante a apreciação de área não loteada superior a 62.500 m<sup>2</sup>, independentemente do projeto de parcelamento apresentado, impõe-se ao Município a avaliação sobre a situação fática do imóvel e se a pretensão do interessado em utilizá-la preenche a figura do loteamento ou do desmembramento, conforme previsão do art. 2º da Lei 6766/79 c/c com o art. 14 da Lei 5122 A/79.

10. Dificuldades ocorrem na medida em que lei 6766/79 não esgota os problemas suscitados quanto ao parcelamento. Entretanto, como norma geral que é, embora tenha o Município competência para legislar sobre ordenamento do uso do solo urbano, oferece o referido diploma legal, definições com as quais procuram os Municípios ter orientação.

11. No caso vertente, para viabilização da ocupação da gleba objeto da partilha realizada, a qual tinha originalmente 7.480,00 ha (sete mil quatrocentos e oitenta hectares), fazia-se necessário o loteamento, caso houvesse a proposta voluntária de ocupação. Como foi

feita a partilha, o imóvel foi fragmentado, impossibilitando a realização do loteamento, o que gerou sérios prejuízos para o Município e a comunidade, pois ficou sem as áreas públicas exigíveis pela legislação. A partilha, por sua vez, não constituiu lotes, mas continuam as áreas individualizadas e partilhadas, consideradas glebas (áreas não loteadas), e ainda que se admita o desmembramento (isoladamente) e se exija as respectivas áreas públicas, o Município irá perder, pois os percentuais de áreas públicas no desmembramento são inferiores aos exigidos para o loteamento, não sendo previstos para esse último, inclusive, as áreas destinadas ao sistema viário. Os prejuízos são tanto de natureza patrimonial como de ordenamento do solo, pois em áreas de dimensões tais, forçoso se faz a abertura de vias, as quais em situações como a que ora se analisa, são implantadas pelos próprios proprietários, de acordo com a necessidade de acesso de cada um, clandestinamente, sem a observância de traçado, largura das vias ou mesmo continuidade do sistema viário local.

12. Observa-se, assim, que diante do critério definido pela 6766/79 c/c a lei municipal 5122 A/79 retro referidas, a partilha que originou o imóvel objeto do presente processo, impossibilitou o loteamento, uma vez que, a partir de tal partilha, ele foi fragmentado, inviabilizando a doação de áreas públicas correspondentes, necessárias à futura ocupação que se instalará naquele local.

13. A doutrina não é unânime quanto ao desmembramento e seus efeitos bem como quanto à partilha de imóveis. Hely Lopes Meirelles ao tratar do tema afirma:

“... O loteamento e o desmembramento constituem modalidades de parcelamento do solo, mas apresentam características diversas: o loteamento é meio de urbanização e só se efetiva por procedimento voluntário e formal do proprietário da gleba, que planeja a sua divisão e a submete à aprovação da prefeitura, para subsequente inscrição no registro imobiliário, transferência gratuita das áreas das vias públicas a espaços livres ao Município e alienação dos lotes aos interessados; o desmembramento é apenas repartição de gleba, sem atos de urba-

nização, a tanto pode ocorrer pela vontade do proprietário (venda, doação etc) como por imposição judicial (arrematação, partilha etc.), em ambos os casos sem qualquer transferência de área ao domínio público.”<sup>2</sup>

15. A propósito do desmembramento, em citação de Toshio Mukai, Alaôr Café Alves a Paulo José Villela Lomar, a Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, assim se pronunciou: “Devem ser considerados como desmembramentos, para os efeitos da nova lei, os atos de divisão amigável ou judicial destinados a extinguir o estado de comunhão?” A resposta foi a seguinte: “Não. O desmembramento visa permitir a transferência de partes reais do todo a terceiros. A divisão, amigável ou judicial, diferentemente, envolve os condôminos e visa partilha de coisa comum, sem transmissão de propriedade (art. 631 do Código Civil)”.

E ainda:

“Cumpra, entretanto, observar que, se a área a ser partilhada, judicial ou amigavelmente, se caracterizar como gleba, não há como, nos termos da presente Lei, evitar se a incidência de suas disposições, qualificando o referido ato como desmembramento. Estaria fora da incidência das disposições da lei, se se tratar de partilha de lote, caso em que temos o desdobro. Em ambos os casos, há necessidade da manifestação do poder Público”.<sup>3</sup>

16. Como podemos inferir, não há um consenso quanto a constituir a partilha desmembramento e, ainda, poder o Município exigir as áreas públicas em casos tais.

17. Compartilhamos do entendimento citado por último, embora esse só contemple a figura do desmembramento. Na transmissão causa mortis, havendo imóveis, sucede uma partilha, seja ela amigável ou judicial, de forma que a não observância das normas relativas aos loteamentos ou desmembramentos, vai resultar na ocupação sem a devida infra estrutura física e os necessários equipamentos públicos, que teriam o espaço físico assegurado com a doação de áreas públicas, caso tivessem passado pelo parcelamento urbano através de aprovação

do município. Ressalte se que a ocupação ocorrida sem a aprovação referida, gerará a mesma demanda por tais espaços e equipamentos, sem, entretanto, a reserva de terrenos necessários para satisfazê los, exigíveis conforme a legislação de parcelamento do solo. Observe se que não se trata aqui de perquirir se o imóvel originário objeto da partilha era passível de loteamento, pois inexistente legislação regulando tal hipótese, qual seja loteamento prévio à partilha, com a respectiva doação de áreas públicas. No caso, embora tenha ocorrido a fragmentação da gleba originária com a partilha, continua a área não parcelada para fins urbanos, devendo o registro imobiliário ser precedido da aprovação do Município, segundo a legislação pertinente.

19. É o entendimento que se extrai da Lei 5122-A/79 em seu art. 12, § 2º, ao tratar desmembramentos decorrentes de inventário, in verbis:

"Art.12.....

§ 2º Desmembramento resultante de inventário, desde que não implique em abertura de vias ou na ocupação de gleba, é isento de doação de área à Prefeitura".

22. Portanto, tivesse a transmissão se dado inter vivos, necessariamente se teria um loteamento com traçado e largura das vias definidas segundo a malha viária planejada para a cidade, bem como os demais percentuais de áreas públicas compatíveis com a ocupação possível segundo a legislação para o local. Entretanto, como a transmissão se deu causa mortis sobrevivendo a partilha, restou a fragmentação da gleba, sem os benefícios que o loteamento traria, como já comentado.

23. É forçoso admitir que a legislação não oferece dispositivos que preencham o vácuo retro apontado, qual seja, a determinação de reserva de áreas públicas para glebas objeto de partilha, passíveis de loteamento, nem tampouco acha se previsto no CPC um momento para a manifestação do Município em processo de inventário, para fins de resguardo de seus direitos patrimoniais em áreas não loteadas, mas apenas para manifestação quanto a débitos fiscais do espólio, como se infere da legislação infra-apontada:

24. O art. 999 do CPC ao tratar das citações e impugnações no processo de inventário, assim dispõe:

"Art. 999 Feitas as primeiras declarações, o juiz mandará citar, para os termos do inventário e partilha, o cônjuge, os herdeiros, os legatários, a Fazenda Pública, o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou ausente e o testamenteiro, se o finado deixou testamento. (grifos não constantes do original)

.....(omissis)

§4º Incumbe ao escrivão remeter cópias à Fazenda Pública, ao Ministério Público, ao testamento se houver, e ao advogado, se a parte já estiver representada nos autos".

25. Comentando o parágrafo citado, afirma Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery: "§ 4º: 5. Intimações. A lei fala de citações, que não parecem bem ter essa natureza jurídica. Na verdade deve ser providenciadas a intimação da Fazenda Pública para o exercício de seus direitos fiscais (CPC 1002) e de credora, bem como para a fiscalização da correta transmissão dos bens aos herdeiros existentes; a intimação do MP, se houver interesse público (CPC 82 II), que se fará pessoalmente (CPC 236§ 2º).4

26. Dispõe ainda o Código de Processo Civil sobre a ação anulatória de partilha amigável, que esta só pode ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz a teor do art. 1029 do CPC. A rescindibilidade da sentença que julga partilha, por sua vez, tem por fundamento além das causas retro referidas no art. 1029, se feita com preterição de formalidades legais ou se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja. O CPC por sua vez em seu art. 1017, conceitua credor do espólio aquele que tenha dívidas vencidas e exigíveis.

27. Portanto, não há na sistemática do CPC ou do CC ou ainda na legislação pátria, como se considerar o Município credor na partilha no tocante às áreas públicas de terrenos não loteados, com dimensões

superiores à quadra máxima permitida, pois antes do loteamento, a referida doação ao município, constitui-se mera expectativa de direito, que só se efetiva com o loteamento o qual só se viabiliza, por proposta voluntária do loteador, segundo a legislação vigente.

28. Falta assim, no ordenamento jurídico, norma tanto de direito civil como processual cuja competência foge à esfera municipal que regule a reserva de áreas públicas, de imóveis objeto de partilha que sejam passíveis de loteamento, ou seja, no caso do Município de Fortaleza (superior a 62.500m<sup>2</sup>), ou outra metragem a critério das leis municipais possibilitando a doação ou reserva de áreas públicas, segundo os percentuais exigíveis em loteamentos, sob pena de continuarem sendo os mesmos inviabilizados em extensas áreas urbanas, em função de partilhas como a que ora se analisa.

29. Atente-se que, embora a partilha não tenha o objetivo imediato de desmembrar para fins de ocupação, mas apenas pôr fim a comunhão dos condôminos, se não for procedida da reserva de áreas exigíveis para fins de loteamento, ficará o Município, diante da fragmentação da área, impossibilitado de vir a adquiri-las, o que resultará em sérios prejuízos para a comunidade. Outras normas complementares deveriam acompanhar as normas sugeridas de modo a modificar os procedimentos de aprovação previstos para os loteamentos, com vistas a adequar o instituto à partilha de imóveis.

30. Por conseguinte, apesar de considerar que a área originária da gleba sob análise era passível de loteamento, falta o devido respaldo legal para exigir os percentuais de áreas públicas relativos a tal instituto, pois a lei não contempla tal hipótese, uma vez que a previsão refere-se a ato voluntário, de "vender ou prometer vender lotes", "efetuar loteamentos sem autorização do órgão público competente", etc., nos termos do art. 50 da lei 6766/79, não contemplando a partilha de imóveis decorrente de sucessão causa mortis.

31. No caso sob exame, o imóvel no qual é proposto desmembramento, tem 7.385,00m<sup>2</sup> (sete mil trezentos e oitenta e cinco metros quadrados) e nenhuma de suas dimensões ultrapassa 250,00m (duzentos e cinquenta metros), a teor da definição da quadra máxima constante do art. 14 da Lei 5122 A, de 13 de Março de 1979. En-

tretanto, trata-se de área não loteada, oriunda de um formal de partilha, a qual tem como título aquisitivo a matrícula Nº 21.541 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona, cuja área era de 7.480 ha (sete mil quatrocentos e oitenta hectares) e que foi subdividida em 14 outras glebas, em 30 de dezembro de 1980, tendo sido transferidas para 14 matrículas pré-existentes.

32. Diante da impossibilidade de se exigir áreas públicas tendo por base a área originária sobre a qual se deu a partilha, como demonstrado, poderá o Município, no entanto, aprovar o desmembramento em apreço, considerando apenas a gleba constante da matrícula nº 51.030 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona, exigindo, entretanto, o percentual de áreas públicas relativas a esse instituto, conforme a legislação municipal determina, pois o imóvel em apreço não goza do benefício referido no art. 12, § 2º da Lei 5122 A/79.

É o que temos a submeter a douta consideração de V. Sa.

Fortaleza, 28 de Novembro de 2000.

**Maria de Fátima Nóbrega de Araújo.**  
PROCURADORA DO MUNICÍPIO.

## NOTAS

1 (In Loteamentos e Desmembramentos Urbanos, Sugestões Literárias, 1980, pg. 11)

2 (In Direito Municipal Brasileiro, Editora Malheiros, 8ª Edição, p. 400).

3 Idem. p. 14.

4 (In Código de processo Civil Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, pg. 1231).



**3.3 PROCESSO Nº: 6301/2003 – PGM**

**INTERESSADO: EDIVARDO SILVEIRA SANTOS**  
**ASSUNTO: APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA POR TEMPO**  
**DE CONTRIBUIÇÃO COM PROVENTOS INTEGRAIS**  
**ORIGEM: SER IV**

**DESPACHO**

O processo, após análise, parecer e despacho desta Procuradoria, retornou do Tribunal de Contas dos Municípios, a fim de sanar a falha apontada na Informação nº 600/2004, doc.fl.s. 165 – PGM, que é recalcular os proventos do servidor, visto que “a aposentadoria deverá ser por tempo de contribuição com proventos proporcionais e não integrais”.

Fazendo uma exposição da análise do processo, temos o seguinte: o servidor foi admitido no serviço público em 01.01.71, pediu aposentadoria pela primeira vez em 04.12.97 com proventos proporcionais, e continuou em efetivo exercício em suas funções até 29.04.98. Portanto, excluindo-se as faltas não justificadas, perfazem **27 anos, 04 meses e 02 dias** de tempo de serviço neste período. Juntou também, Ato nº 7787/97, que averbou em dobro 5 períodos de licenças prêmios não utilizadas, ou seja, **2 anos, 5 meses, e 25 dias**, além do Ato nº 0115/98, que averbou férias não utilizadas contadas em dobro dos períodos de: 74/75, 75/76, 76/77, 77/78, 78/79, 86/87, 87/88, 89/90, 90/91, 91/92, 92/93, 93/94, 94/95, 95/96, ou seja, **14 meses de férias que contados em dobro** perfaz um total de **28 meses, ou 02 anos e 04 meses**. Somando-se esse tempo municipal mais as averbações, o requerente conta com um total de **32 anos, 01 mês, e 27 dias**, de tempo de serviço.

No decorrer do primeiro processo acima relatado, o requerente desistiu da aposentadoria com proventos proporcionais, em 07.05.2003, e voltou às suas atividades em 01.05.2003. Depois, por meio deste processo, em 10.07.2003, pediu aposentadoria por tempo de contribuição com proventos integrais. Para se aposentar por tempo de contribuição com base nas regras do art. 8º da Emenda Constitucional nº 20, o

servidor precisa preencher os seguintes requisitos:

“Art. 8º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas, é assegurado o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3º, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I – tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II – tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria.

III – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos se mulher.

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior”. (grifo nosso)

Da imposição constitucional acima, denota-se que todos os requisitos foram preenchidos, inclusive o tempo de contribuição, se não vejamos:

Na data da citada Emenda Constitucional nº 20, ou seja, 16.12.1998, o servidor tinha 27 anos, 04 meses e 02 dias de tempo de serviço, com mais 2 anos e 4 meses de férias averbadas em dobro e mais 2 anos, 5 meses e 25 dias de licença-prêmio averbadas em dobro, portanto, um total de 32 anos, 1 mês e 27 dias de tempo de serviço. Tempo esse, que conforme o art. 4º da mesma Emenda, foi convertido em tempo de contribuição.

“Art. 4º Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição”.

Aplicando-se o estipulado no citado art. 8º da Emenda Constitucional nº 20/98, o peticionante, na data da Emenda, tinha **32 anos, 1 mês e 27 dias** de tempo de contribuição, ou seja, **11.737 dias**. Sendo que, o que faltaria para completar os 35 anos, ou 12.775 dias, seria 1.038 dias. Aplicando-se o pedágio de 20% sobre estes dias, resulta em mais 207,6 dias que, para melhor cálculo, arredondamos para 208 dias. Então, deve o mesmo demonstrar que, além dos 35 anos de contribuição, contribuiu mais 208 dias de pedágio, que equivale a **35 anos, 6 meses e 28 dias**. E, de fato, como abaixo demonstraremos, ele contribuiu **35 anos, 8 meses, e 23 dias**.

Realmente o servidor somente retornou ao efetivo exercício de suas funções em 01.05.2003, todavia, com a publicação da lei de previdência municipal, a Lei nº 8.388, de 14.12.1999, diferentemente da lei previdenciária anterior, todos os servidores passaram a contribuir também para efeito de aposentadoria, inclusive os que estavam afastados aguardando aposentadoria. Por isso, do dia da citada lei municipal (PREVIFOR), 14.12.99 até a data do 2º pedido de aposentadoria, 10.07.2003, são **03 anos, 06 meses, e 26 dias a mais** de tempo de contribuição. Somando-se esse período ao tempo de serviço que foi convertido em tempo de contribuição, 32 anos, 1 mês, e 27 dias, vai dar um total de **35 anos, 8 meses e 23 dias**, por conseguinte, bem mais do que os 35 anos, 6 meses e 28 dias exigidos pela norma Constitucional mencionada.

Sobre esse assunto, a Inspeção do TCM vem, através de informações complementares, se posicionado diferentemente do nosso entendimento, no sentido de não considerar o tempo em que o servidor esteve afastado na espera da aposentadoria, com o escopo de embasar nova aposentadoria por tempo de contribuição. A mencionada Inspeção pede que o tempo de contribuição deva ser atrelado a um respectivo tempo de serviço. Contudo, até o momento, não fundamenta tal teoria,

apenas diz que deve assim ser. Antes de tudo, no entanto, é necessário lembrar um Princípio: o da motivação da decisão, que tem base na Constituição Federal e que obriga o Juízo Competente, ou seja, o Juízo Natural ou de Exceção, que também é outro Princípio Constitucional, a fundamentar a sua decisão. Esse assunto surgiu com o advento da citada Emenda Constitucional nº 20/98, sendo portanto muito novo e sem muitas decisões a respeito. Os poucos doutrinadores que falam no assunto são quase que unânimes e as decisões, mesmo sendo escassas, não deixam dúvidas quanto a isso, dado que a nova redação, fixada pela Emenda em tela, vincula unicamente aposentadoria ao *Tempo de Contribuição*, excluindo-se do texto Constitucional a expressão *Tempo de Serviço*. Vejamos um trecho de uma decisão do STF, no qual foi o Ministro Sydney Sanches o relator, do AI processo nº 198234, datado de 13/04/1999, e publicado no dia 17.05.1999. Tal decisão era no sentido de que adotava a exposição, a fundamentação e a conclusão do parecer o Ministério Público Federal e que assim expressava:

“Como para fins de aposentadoria o que regula a contagem de tempo é a contribuição previdenciária do servidor e não a prestação de serviço como ocorre com as gratificações e adicionais...”.

Muito embora tal decisão tenha sido produzida após a edição da Emenda em tela, referia-se a um caso anterior a ela. Ora, se assim posicionou-se o Supremo Tribunal Federal direcionado a um caso pedido antes da vigência da dita Emenda, quando não era dito na Lei Fundamental a expressão *Tempo de contribuição*, o que se pode dizer agora, que vem textualmente amarrada?

Assim, à luz da Carta Maior, não há como fundamentar de outra forma a não ser pela consideração do período em que o servidor esteve afastado aguardando aposentadoria, porém contribuindo para Previdência Municipal. Com efeito, verificamos que todos os pressupostos do pedido estão em consonância com a legislação que rege a matéria, pois o requerente comprovou ter cumprido mais de 5 anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria. Demonstrou também, que na data da postulação, tinha mais de 53 anos de idade e mais de 35 anos de contribuição, além do pedágio de 20% sobre o tempo que faltaria

para completar os 35 anos de contribuição na data da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, conforme impõe as suas regras transitórias constantes no art. 8º.

Poder-se-ia argumentar que tal modalidade de aquisição de aposentadoria não é muito justa. Todavia, exigir do servidor público municipal a obrigação de cumprir o mesmo tempo de serviço que o tempo de contribuição sem, no entanto, possuir uma lei ou embasamento Constitucional que a sustente é, no mínimo, agredir ao Princípio da Legalidade. Pois, para a Administração Pública, esse Princípio, ao contrário do que acontece na seara dos direitos individuais, onde tudo é consentido desde que não seja defeso por lei, só é permitido o que está prescrito em lei. O professor Alexandre de Moraes, em seu livro intitulado de Direito Constitucional, publicado pela editora Atlas, nos ensina sobre esse tão importante Princípio Constitucional:

“O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitido a realização de tudo que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”.

Ademais, não existe prejuízo para o erário municipal, haja vista que o servidor continua contribuindo. Compatibilizando no contexto, se, por um lado, o servidor não está obrigado a cumprir tal imposição por falta de amparo legal, por outro lado, a Administração Pública Municipal de Fortaleza não pode obrigá-lo pelo mesmo motivo.

Ressalto, ainda, que a Administração que age sob um ordenamento jurídico não pode deixar certas situações indefinidas. E, como tão bem nos ensinou o ilustríssimo Professor, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Wallace Paiva Martins Junior, sobre *Ato Administrativo Complexo*, em seminário apresentado em 6.02.2000, no curso de Pós-Graduação (Doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

“O Supremo Tribunal Federal dedicou especial atenção ao assunto na sua evolução. Sob a égide da Constituição de 1967 com a redação dada pela Emenda 01/69, denegou a ordem em mandado de segurança impetrado por juiz classista de Tribunal Regional do Trabalho contra decisão do Tribunal de Contas da União que julgou ilegal sua aposentadoria, porque “declarando a ilegalidade da concessão da aposentadoria, opera julgamento definitivo na esfera administrativa”, descabendo ao Presidente da República sustar a execução do ato do Tribunal de Contas com decreto legislativo homologatório do Congresso Nacional. No julgamento, considerou que “o ato de aposentadoria é complexo e só se aperfeiçoa com o registro no Tribunal de Contas” nos termos do art. 72, § 8º, do citado diploma constitucional. Em outra oportunidade, assentou que, sob o pálio da mesma Constituição, o Tribunal de Contas no exercício de sua função se limita à legalidade ou não da concessão da aposentadoria, sendo-lhe vedado determinar seu registro em termos diversos do que foi requerida e deferida.

Mais recentemente, no império da atual Constituição de 1988 (art. 71, III), declarou que configura função constitucional de típico poder de controle a verificação da legalidade de aposentadoria com a determinação da efetivação ou não do registro (dependente da situação jurídica emergente do ato concessivo), não podendo inovar o título jurídico submetido a seu exame, mas podendo recomendar – se constatada ilegalidade no

mesmo – ao órgão ou entidade competente a adoção das medidas necessárias para fiel cumprimento da lei, de modo a evitar a medida radical de recusa do registro e, se, o órgão ou entidade recusar-se a dar execução à recomendação, caberá ao Tribunal de Contas o pronunciamento definitivo sobre a efetivação do registro. (42)”

“Assentado nessas premissas, o Supremo Tribunal Federal destacou que “ainda hoje não é pacífica a questão em torno da natureza jurídica do registro, se constitui ato que integra o ato de concessão de aposentadoria, para formação de um ato único (ato complexo) ou se é ato autônomo de controle da legalidade, sem função integrativa, do qual depende a eficácia ou executoriedade definitiva do primeiro”, referindo parecer mais acertada esta última posição, sustentada por Francisco Campos, segundo o qual “o registro pressupõe acabado, integrado e perfeito o ato administrativo – já dotado de uma executoriedade provisória – correspondendo a uma função de controle, que não colabora na formação do ato, sendo apenas condição de sua executoriedade definitiva”, não cabendo ao Tribunal de Contas modificar o ato porque não lhe é dado substituir a competência do órgão ou entidade.” ... (grifo nosso)...

“(42) Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança 21.466-DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, m.v., 19-05-1993 (RTJ 153/151)”.

Também, mais adiante, no mesmo texto, cita uma decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“(48) Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança 693-PR, 2ª Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernichiaro, v.u., 28.11.1990. DJU 25.2.1991. Em sentido contrário, qualificando o ato

de aposentadoria como complexo, embora ressaltando sua execução a partir da publicação e não da decisão do Tribunal de Contas, "que aprecia sua legalidade e que não pode, nessa atividade fiscalizadora, modificar seu fundamento": Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.560-RJ, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Veloso, v.u., 5.2.1990, DJU 19.2.1990, pag. 1.041." (grifo nosso)

A Administração Municipal, por acreditar no direito a que faz jus o requerente, além de aprovar a aposentadoria requerida nos termos do título, doc. fls. 159-161 – PGM, demonstrou em que se basearam os fundamentos jurídicos do processo. Por esse motivo, ratificamos na íntegra do Parecer retro de nº 209-2004 – PJA, doc. fls. 151-153 – PGM.

Uma característica essencial do Tribunal de Contas para o exercício de suas funções é a sua neutralidade, que exige, necessariamente, que o mesmo não participe de qualquer atividade dos órgãos sujeitos a sua fiscalização, pois está comprometido apenas com os bens e valores que tutela. Diante da explanação supra, e para que se resolva a relação jurídica, resta agora, a esta Egrégia Corte de Contas, decidir se aceita as argumentações e provas, ou se declara a ilegalidade da concessão da aposentadoria operando assim julgamento definitivo na esfera administrativa.

Fortaleza, 26 de março de 2006.

**Susie Alencar Serino**  
Procuradora do Município  
Matrícula nº 15.881

**4.1 EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE  
DIREITO DA 2ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS:**

**IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL**

**PROCESSO N.º 2002.606619-8**

**(Apenso ao Processo nº 2002.52371-3)**

**EMBARGANTE – BANCO DO BRASIL S/A**

**EMBARGADO - MUNICÍPIO DE FORTALEZA**

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, pessoa jurídica de direito público interno, vem, muito respeitosamente, por seu procurador fiscal subscrito, no prazo legal, apresentar **IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL** opostos pelo **BANCO DO BRASIL S/A**, conforme as razões de fato e de direito aduzidas.

Insurge-se o Banco do Brasil contra a cobrança do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN incidente sobre a prestação dos serviços fornecidos a terceiros (clientes) constantes das receitas alusivas às rubricas bancárias denominadas “contas de rendas e tarifas sobre serviços e rendas de outros serviços”, “prestação de serviços ao FGTS”, “prestação de serviços ao INSS” e “microfilmes de diversas contas”.

A executada aduz em seu favor as **preliminares** com os argumentos que a cada uma delas se segue: de 1) ausência de notificação do autuado, em face ao desconhecimento do gerente da Agência Aerolândia; 2) Nulidade dos Autos de Infração, em razão da falta de capacidade do agente fiscal; 3) Inépcia da petição inicial, por não identificar os elementos essenciais das CDA's; 4) Prescrição dos créditos tributários das CDA's 0220/2002 e 02280/2002 (fls. 8/9 da execução), por se referirem aos períodos de 01.01.94 a 31.03.94 e 01.05.93 a 31.12.93, respectivamente.

Alega mais, ao fim e ao cabo das suas alegações: 5) Excesso de Execução, em face à exigência de quantia superior em relação ao suposto

*quantum debeatur*; 6) Ausência do Termo de Início da Fiscalização, por se tratar imprescindível o estabelecimento do marco inicial para a contagem do prazo decadencial; 7) Nulidade das Certidões da Dívida Ativa, em face aos vícios que aponta; 8) Nulidade da Execução, por entender que não são líquidos, certos e exigíveis os títulos objeto da execução; 9) A falta de amparo legal da Atualização Monetária e da fixação da Multa.

Quanto ao **mérito**, alega a "ausência de fato gerador", em razão dos aludidos serviços bancários prestados não se inserirem na Lista de Serviços do ISS Anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, que diz guardar consonância com a também Lei Complementar nº 56/87 e à Carta Federal, falecendo competência ao Município de Fortaleza para tributar as rubricas contábeis, por serem típicas operações bancárias pela Lei 4.595, de 31.12.64.

Vê-se que o Banco Exequente se socorre de todos os argumentos possíveis para desconstituir os títulos objeto da execução. Presume-se suscitar tantas preliminares porque o essencial lhe falta, que é o direito. Acompanhe-se, portanto, embora objetivamente, a fragilidade das alegações do executado, uma a uma.

#### Quanto às preliminares:

**Regularidade da Notificação do Autuado** - O artigo 417 da Consolidação da Legislação Tributária do Município, aprovada pelo Decreto nº 10.827, de 21.07.2000, prevê que a intimação a ser feita pelo servidor fazendário far-se-á na pessoa do contribuinte ou responsável, ou na de seu mandatário ou seu preposto. O Banco do Brasil se trata de pessoa jurídica de direito privado com várias agências espalhadas em Fortaleza. Cada agência goza de independência em razão do princípio da autonomia do estabelecimento, o que faz do seu gerente responsável pelos atos praticados na filial.

Em observância à autonomia jurídica da agência bancária nenhum ato poderá ser praticado por quem não detém a titularidade da Unidade, ainda que no exercício temporário da função, pelo fato de envolver responsabilidades.

Assim sendo, não é razoável que o Banco executado alegue que

o gerente Isaac Newton Campos Neto não sendo o responsável pela Agência autuada tenha lançado a sua assinatura nos autos de infração sem que por essas infrações não fosse o responsável; não é razoável que o Sr. Isaac Newton não sendo o gerente da Unidade, mas sendo um gerente do Banco do Brasil, e, portanto munido de procuração *ad negotia* e *ad judicia* não tenha conhecimento dos atos que deva praticar no exercício da sua função; em conseqüência, não é razoável cogitar-se que o gerente Isaac Newton tenha se dado por intimado das infrações fiscais ocorridas em uma Agência do Banco com a qual não tivesse nenhum vínculo.

Se o gerente Isaac Newton não tinha competência para receber as intimações dos AI's em causa, então o mesmo exorbitou das suas atribuições, e o banco há de confessar que elegeu mau o seu gerente. Esta é uma questão, porém, que não diz respeito à fiscalização fazendária, que só se preocupou - e se preocupa - em cumprir o seu mister.

Com efeito, as intimações dos AI's, para fins de apresentação de defesa por parte do Banco, foram regularmente efetuadas em nome do gerente que, aparentemente, tinha competência para recebê-las

Outro aspecto não menos importante, reside na ausência de prejuízos ocasionados ao Banco, visto que, mesmo alegando não ter sido notificado dos AI's, exerceu o seu direito a mais ampla defesa no âmbito administrativo, conforme se faz demonstrar através dos processos administrativos, juntados neste ato.

Convém salientar, para concluir este tópico, a contradição em que incorre o banco, ao arguir num primeiro momento que era o gerente da Agência Aerolândia a pessoa competente para ser intimado dos AI's; porém, no segundo momento alega que a autuação deveria ter sido feita em Brasília, sede do Banco, por força do artigo 127, II, do Código Tributário Nacional, que disciplina o domicílio tributário. Logo, trata-se de uma tese que retira do próprio gerente da Unidade a competência para a prática dos atos que lhe atribuem o instrumento de procuração do qual está munido.

**Capacidade dos Fiscais Autuantes para a lavratura dos Autos de Infração** - Alega-se a falta de capacidade dos fiscais que lavraram

os autos de infração, como se os mesmos pudessem não ser agentes fazendários. Não tem sentido. Verifica-se dos AI's que os fiscais apuseram as suas assinaturas, tal como manda o artigo 421, inciso VII, da Consolidação da Legislação Tributária do Município.

A rigor, se não existissem as assinaturas dos fiscais, *ad argumentandum tantum*, ainda assim, os AI's manter-se-iam íntegros, não lhes atingindo na sua essencialidade. O próprio § 2º do artigo 421, da CLTM, prescreve que "*As omissões dos incisos VI e VII deste artigo e as incorreções não substanciais do auto serão supridas, de ofício, pela autoridade competente a que estejam subordinadas os autuantes.*"

Observe-se, portanto, que mesmo na hipótese de inexistência das assinaturas, os autos permaneceriam hígidos, por se tratar de atos supríveis de ofício, em conformidade com o disposto na lei municipal.

A propósito, o Decreto nº 70.235/72 da União Federal, relativamente ao processo administrativo fiscal, é aplicável somente no âmbito federal, regendo a exigência dos créditos tributários da União (*vide* art. 1º), visto que o Município de Fortaleza, como ente federativo e detentor de autonomia, rege-se por suas próprias leis à luz dos artigos 29 e 30, inciso I, e 34, inciso VII, letra c, da Constituição Federal. E atinente às regras do Processo Fiscal no âmbito da municipalidade tudo está disposto na Consolidação da Legislação Tributária do Município de Fortaleza, do artigo 393 ao artigo 455.

#### **Aptidão da Inicial – Elementos Essenciais presentes nas CDAs**

– Diz-se que a exordial não identifica os elementos essenciais, inclusive quanto ao valor da causa.

Em verdade, o que não é identificável é o que o executado pretende afirmar com relação a este tópico, porquanto a Lei 6.830/80, em seu artigo 6º, prevê que "*A petição inicial indicará apenas: I – o juiz a quem é dirigida; II – o pedido; e III – o requerimento para citação.*" Os parágrafos 1º ao 4º acrescentam que a inicial será instruída com a CDA, dela fazendo parte integrante, e o valor da causa será o constante da CDA, com os encargos legais. As CDAs são títulos executivos formados unilateralmente pela administração pública, que gozam da presunção de certeza e legitimidade até prova em contrário, independentemente da inicial o requerimento sobre a produção de provas.

Os elementos essenciais, pois, da petição inicial estão de acordo com a lei dos executivos fiscais, sendo desnecessário tecer maiores considerações a respeito da matéria.

**Da Inexistência de Prescrição** – Alega-se, sem fundamento, incidência de prescrição dos créditos tributários objeto das CDAs 0220/2002 e 02280/2002 (fs. 8/9 da execução), por se referirem, a primeira ao período de 01.01.94 a 31.03.94, e a segunda, ao período de 01.05.93 a 31.12.93.

É de conhecimento notório a diferença entre prescrição e decadência do crédito tributário. A primeira é considerada instituto de direito processual, cujo transcurso do tempo recai sobre o direito de ação do titular do crédito, enquanto a decadência é instituto de direito material que tem a Fazenda Pública para constituir em definitivo o crédito tributário. Os créditos tributários, *in casu*, se constituíram definitivamente mediante a lavratura dos autos de infração, conforme previsto no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, onde está escrito:

“O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I- do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”

Pois bem, o crédito constituído pelo AI nº 44769, relativo ao período de 01.05.93 a 31.12.93, atinente à CDA nº 02280/02, cujo auto de infração foi lavrado em 29.12.98, com a intimação do autuado, teve como início da contagem do prazo a partir do exercício de 1994, e, portanto, dentro do quinquênio do artigo 173, I, CTN.

De igual modo, o crédito relativo ao AI 50146 que contempla o período de 01.01.94 a 31.03.94, atinente à CDA nº 02220/02, cujo auto de infração foi lavrado em 24.06.199, com a intimação do autuado, também o foi regularmente constituído dentro do prazo do art. 173, inciso I, do CTN, porque a contagem do prazo começou a partir de 1995.



Assim, é fora de propósito cogitar-se de decadência do crédito tributário, e muito menos de prescrição.

Sobre a matéria, a jurisprudência dos tribunais superiores é mansa e pacífica, convindo citar apenas as que seguem:

"I. Constituído o crédito tributário através do auto de infração, o prazo prescricional da ação de cobrança fica suspenso até a notificação da decisão final, relativa aos recursos interpostos, proferida na instância administrativa. Aplicação da Súmula 153 do TFR (...)" (STJ, 2ª T., Resp 91.0011411/DF, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, junho/1993)

"Crédito Tributário. Constituição. Lançamento Fiscal: Efeitos. Decadência e Prescrição... II- Com a lavratura do auto de infração consuma-se o lançamento fiscal, o qual, ainda que provisório, impede a decadência." (STF, 1ª Turma, RE 90926, rel. Min. Thompson Flores, maio/1980).

Acrescente-se, *ad argumentandum tantum*, que o lançamento do Imposto Sobre Serviços é feito por homologação, afastando a hipótese de o crédito ser atingido pela decadência, mormente quando o mesmo não foi pago. Leia-se a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. PRAZO. Estabelece o art. 173, inciso I, do CTN que o direito da Fazenda de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia seguinte àquele em que o lançamento por homologação poderia ter sido efetuado. Se não houve pagamento, inexistente homologação tácita. Com o encerramento do prazo para homologação (5 anos), inicia-se o prazo para a constituição do crédito tributário. Conclui-se que, quando se tratar

de tributos a serem constituídos por lançamento por homologação, inexistindo pagamento, tem o fisco o prazo de 10 anos, após a ocorrência do fato gerador, para constituir o crédito tributário. Embargos recebidos." (STJ, 1ª Seção, EDivREsp 132.329/SP, rel. Min. Garcia Vieira, abril/1999)

Da Inexistência do Excesso de Execução – Alega-se que há excesso de execução sem, no entanto, demonstrar onde reside a respectiva prova. De acordo com a regra *index debet indicare secundum allegata et probata partiuns* (o juiz deve julgar segundo o alegado e provado pelas partes) e, portanto, considerando que os títulos da Dívida Ativa gozam do efeito de prova pré-constituída, não há, a rigor, qualquer fundamento fático ou jurídico capaz de aniquilar a presente execução. A propósito, vale transcrever:

"Na execução fiscal, com título revestido de presunção de liquidez e certeza, a exequente nada tem que provar. Opondo embargos, o devedor ter que desconstituir o título. Se nada provar, a pretensão resistida será desmerecida e com prosseguimento da execução, será agasalhada a pretensão satisfeita. Não é a embargada que irá robustecer o seu título, mas a embargante que terá que enfraquecê-lo (...) (Ac. da 5ª T. do TFR, na Apel. Cível 114803-SC, rel. Min. Sebastião Reis, Boletim AASP 1465/11).

Da Ausência do Termo de Início da Fiscalização - O lançamento fiscal é um ato administrativo que carrega consigo o atributo da presunção de legitimidade, presunção que decorre do princípio da legalidade que, por sua vez informa a atuação da administração pública. Porque assim o é, os atos administrativos são imediatamente executáveis, mesmo que contra eles se argüam vícios ou defeitos. Assim, predomina no âmbito da administração pública a verdade material sobre a formal, pelo que a doutrina registra:

"O Direito Fiscal é normalmente considerado como um direito não formalista, quer em si mesmo, quer

em relação à situações consideradas como objeto de incidência de impostos: como o que interessa à incidência tributária são as realidades e o valor ou sentido econômico dessas, prescinde-se, normalmente, de requisitos formais quanto à validade das situações tributárias para efeitos fiscais; e, como o que interessa na aplicação da lei aos fatos ou às realidades tributárias é a certeza das mesmas realidades e não a sua aparência formal, não se subordina a ação administrativa tributária a formalismos complexos." (Apud Noções Fundamentais de Direito Fiscal Português, Coimbra Editora, 1984, págs. 524-526) (Grifou-se)

Assim, cabe ressaltar que a formalização do ato administrativo não prevalece sobre a essência do documento fiscal.

#### Da Inexistência de Nulidade das Certidões da Dívida Ativa

– Os requisitos previstos no artigo 2º, § 5º, da Lei 6.830/80 estão presentes nos títulos fiscais. Não há omissão de um só requisito essencial, o que não deixa margem de dúvida quanto à validade e eficácia dos documentos fiscais. Ainda que qualquer requisito tivesse sido omitido na formação da CDA, *ad argumentandum tantum*, não seria hipótese da sua nulidade. A lei prevê que a mesma seja sanada, emendada ou até substituída antes da decisão de 1ª instância. Sobre isso, a jurisprudência assim se pronuncia:

"Perfazendo-se o ato na integração de todos os elementos reclamados para a validade da certidão, há que atentar-se para a substância e não para os defeitos formais que comprometem o essencial do documento tributário." (STF – 1ª T., AgIn 81681 – AgRg, Rel. Min. Rafael Mayer, *apud* Lei de Execução Fiscal, Humberto Theodoro Júnior, 4ª ed., SP, Saraiva, p. 16).

"Imposto sobre Serviços - Auto de infração fiscal - Incorreções no Lançamento em auto de infração

fiscal não o inquinam de nulidade, desde que não prejudiquem a defesa do contribuinte nas esferas administrativa e judicial" (TAMG - 1ª C.Civ - AC. 18.486 - 01.07.1981 - RT 565/205)

**Da Inexistência de Nulidade da Execução** – Para que a execução seja nula, é imprescindível que os títulos fiscais não sejam líquidos, certos e exigíveis. Conforme já se disse, no caso vertente não há fundamento fático e nem jurídico aptos a desconstituir a execução à vista dos efeitos de prova pré-constituída dos documentos fiscais. A propósito, eis a jurisprudência predominante:

"A presunção de certeza e liquidez que milita em favor da dívida regularmente inscrita somente pode ser ilidida por prova inofismável, a cargo de quem alega (TRF – 3ª Região. Ac. 89.03.031407/SP, Rel. Juíza Ramza Tartuce, 2ª Turma, Decisão em 29.11.94, DJ de 1º/02/95, p. 3031).

**Sobre a Atualização Monetária e Multas** – A embargante questiona também a atualização monetária da dívida fiscal, desconhecendo que os créditos tributários são corrigidos com respaldo na lei municipal nº 4.144, de 27.12.72, em cujos artigos 100 e 101, com a redação da lei 6.545/89, manda que a atualização se vincule aos mesmos critérios utilizados para a correção do valor dos tributos federais. É como prescreve o artigo 389, da Consolidação da Legislação do Município de Fortaleza, *in verbis*:

"No caso de extinção do BTN Fiscal, ou da desvinculação deste de suas atuais finalidades, a atualização monetária passará a ser efetuada pelos critérios que venha a ser utilizado para atualização do valor dos tributos federais (Art. 100 da Lei 4.144/72 e Art. 3º da Lei nº 6.545/89)"

Assim, as dívidas fiscais do Município são corrigidas através das variações da taxa SELIC – Sistema Especial de Liquidação e Custódia, acumuladas mensalmente.

Por outro lado, insurge-se o executado também contra o percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) relativo à multa prevista no título executivo, suscitando o caráter confiscatório do tributo.

O eminente Procurador do Estado de São Paulo, Zelmo Denari, doutrina que

“... as multas fiscais são ontologicamente inconfundíveis com os tributos. Enquanto estes derivam de hipótese material de incidência tributária, aquelas decorrem do descumprimento dos deveres administrativos afeitos aos contribuintes, vale dizer, da inobservância de condutas administrativas legalmente previstas.” (In Curso de Direito Tributário, Forense, 6ª edição, pág. 63).

O douto tributarista Bernardo Ribeiro de Moraes afirma que “... no direito tributário, a multa vem estipulada em lei, constituindo um ônus *ex lege*”.

Após fazer exaustiva enumeração das características da multa moratória (vg “ - instituída por lei formal ordinária; - para garantia do cumprimento da obrigação tributária; - face à impropriedade do devedor; adere a dívida como um todo incindível; - obrigação acessória;... ”), conclui exarando que:

“h) a multa moratória pode ser estipulada proporcionalmente ao tempo decorrido de atraso, variando em intensidade conforme o tempo decorrido ( ex. 10% até 180 dias de atraso; 20% por semestre ou fração, quando o atraso for superior a 180 dias). Pode, também, ser estipulada através de um único percentual fixo (ex. 20% sobre o valor do crédito). Inexiste um teto máximo para o valor da multa moratória, **PODENDO A MULTA SER SUPERIOR A 100% OU 200% DO VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.**”

Acrescenta mais, que:

“l) a multa moratória, fixada em lei, é **IRREDUTÍ-**

**VEL, desde que se contenha no limite legal. NÃO PODE O PODER JUDICIÁRIO DIMINUI-LA, A NÃO SER NOS CASOS DE HAVER VIOLAÇÃO DO GABARITO LEGAL OU PARA FAZÊ-LA CONTER-SE NELE.**” (destacou-se) (In Compêndio de Direito Tributário, 2º Volume, 3ª edição, Forense, pág. 593 ).

Assim, a multa prevista nos títulos fiscais tem previsão no artigo 43, inciso IV, da Lei 4.144/72, mencionada no próprio título, regra que está disposta no artigo 372, inciso IV, letra a, da Consolidação Tributária do Município de Fortaleza, onde se lê:

“Será passível da multa, calculada sobre o valor dos tributos (Art. 43 da Lei 4144/72):

IV – de 150% ( cento e cinquenta por cento), sem prejuízo de outras penalidades, o contribuinte que (Inciso IV do Art. 43 da Lei 4144/72, com redação da Lei 4970/77):

a) viciar ou falsificar documentos, assim como a escrituração de seus livros fiscais ou comerciais, para ludibriar a fiscalização ou fugir ao pagamento dos tributos;”

Quanto ao **mérito da causa**, é preciso, desde logo, afirmar que o Município de Fortaleza detém autonomia constitucional para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, CF), submetendo-se as suas leis, mormente às leis tributárias por ele criadas tendo em vista a instituição e arrecadação dos seus tributos, em conformidade com a dicção do artigo 145, incisos I a III da Carta Federal. Eis, a propósito, a lição do Prof. Roque Carraza a respeito da competência tributária do Município em face do art. 30 da Constituição. Diz ele:

“Está visto e revisto que o Município é pessoa jurídica de direito público interno, dotada, nos termos da Constituição Federal, de competência legislativa

própria e exclusiva. Irrefutável, ainda, que os fatos e situações ocorridos em seu âmbito só podem ser regulados por meio de leis municipais.

Acerca deste rico tema, assim se pronunciou o doutor Victor Nunes Leal: 'Sendo a lei municipal *superior* a qualquer outra, na esfera da competência privativa dos Municípios (já que, em tal caso, a lei estadual ou a federal devem ser tidas por inconstitucionais e, portanto, inaplicáveis), não se lhe pode recusar o caráter de autêntica lei, segundo o critério formal de classificação dos atos do Estado.'

Em suma, o Município, no Brasil, é entidade autônoma. Pessoa política, legisla para si, de acordo com as competências que a Carta Magna lhe deu. Nenhuma lei que não a emanada de sua Câmara tem a possibilidade jurídica de ocupar-se com assuntos de interesse local.

Instituindo e arrecadando livremente seus tributos, o Município reafirma sua ampla autonomia, em relação às demais pessoas políticas.

Nem o governo federal nem o estadual podem interferir no exercício da competência tributária dos Municípios." (*In* Curso de Direito Constitucional Tributário, 17ª edição, Malheiros, pág. 159)

Nessa linha de raciocínio, é inquestionável que o ISS, como imposto de instituição de competência municipal, deva ser submetido às regras legais estabelecidas pelo Município, em expressa obediência ao disposto no artigo 156, inciso III, da Constituição Federal, segundo o qual *compete aos Municípios instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.*

Atente-se que a Carta Magna entregou à lei complementar a

função de *definir os serviços e não de listá-los*, com o fito de dirimir os possíveis conflitos de competências que as operações mistas estavam causando, envolvendo prestação de serviços e fornecimento de mercadorias. Tanto que a técnica de resolução legislativa dos conflitos de competência, prevista no Decreto-Lei 406/68, foi – e é – de atribuir aos Municípios a competência para tributar *todos os serviços* incluídos na lista, ainda que a sua prestação envolva o fornecimento de mercadorias (*v.* art. 8, § 1º), que, *por exclusão*, os não especificados na lista, ou com a expressa ressalva prevista na lista, seriam tributados via ICMS.

Com efeito:

"A cláusula constitucional 'serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II', ao nosso sentir, definiu por inteiro e por exclusão a área tributável posta à disposição dos municípios. Ora, a lei complementar não pode restringir o poder do constituinte. Se o fizesse estaria a alterar a Constituição. O poder de tributar é derivado da vontade do povo, por seus representantes, reunidos em Assembléia Constituinte, que o reparte entre as pessoas políticas. Dessarte, os entes políticos, em posição isônoma, recebem da Constituição suas respectivas competências. O Município recebeu competência para tributar os *serviços de qualquer natureza*, não compreendidos no art. 155, II (os serviços de transporte não estritamente municipais), e comunicações. Conclui-se que a área tributável do ISS está perfeitamente delimitada pela própria Constituição." (*In* Curso de Direito Tributário, Sacha Calmon Navarro Coelho, Forense, 3ª edição, pág. 521).

Em suma, a competência tributária do Município é limitada apenas pela Constituição Federal. Nas palavras do doutor Roque Carraza, não cria o tributo quem quer, mas quem pode, de acordo com a Constituição.

À vista de tais digressões doutrinárias, cabe deixar claro, a uma, que a Lei 4.595/64, invocada pelo Banco do Brasil, não tem a mínima interferência em alterar a hipótese de incidência tributária, com o fito de definir a natureza do tributo, pois essa faculdade não é dada nem mesmo à lei tributária, conforme os termos do art. 110, do CTN. A natureza jurídica do tributo é determinada pelo fato gerador da res-

pectiva obrigação, sendo irrelevante para qualificá-la a denominação e demais características formais adotadas pela lei (z. art. 4º, I, CTN)

Portanto, a duas, perante a lei tributária, não é o Banco do Brasil quem define a natureza dos serviços por ele prestados. Os serviços do executado objeto dos autos de infração são apanhados inevitavelmente pela hipótese de incidência do Imposto Sobre Serviços. Os serviços do Banco sobre os quais incide o ISS guardam todas as características essenciais do referido imposto, a saber: 1) são prestados de forma *efetiva*; 2) o banco detém *autonomia* para fazê-los; 3) o banco o faz com *habitualidade*; 4) e o faz com a *finalidade lucrativa*. (*vide In Prática do ISS*, Bernardo Ribeiro de Moraes).

O Banco do Brasil não presta sequer um único serviço gratuito para o seu cliente. Antes, pelo contrário, cobra até pela manutenção da conta corrente, ainda que o correntista não movimente a conta; cobra regularmente tarifa de cartão, extratos etc. Todos os serviços são demasiadamente tarifados, o que justifica o lucro exorbitante – e incomum – por ele obtido no ano de 2002, no percentual de 80% (oitenta por cento), conforme noticiou toda a imprensa, o que se diz apenas para efeito de argumentação.

Nesse caminhar, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no RE n.º 112.947-6-SP, por unanimidade da 2ª Turma, pela lavra do voto do eminente Ministro Carlos Madeira, já decidiu que tocante ao Imposto Sobre Serviços “leva-se em conta a realidade econômica... o que tem relevo é a atividade com eles desenvolvida, que adquire consistência econômica, de modo a tornar um índice de capacidade contributiva do Imposto sobre Serviços.” (*In LEX JSTF*, Vol. 107, págs. 210 – 213).

Ora, não há como o Banco do Brasil fugir do alcance das hipóteses de incidência previstas nos *Itens 94 e 95* da lista de serviços de que trata o art. 38, parágrafo único da Consolidação da Legislação Tributária do Município de Fortaleza, aprovada pelo Decreto nº 10.827/2000, ou dos itens correspondentes previstos na LC 56/87. É até desnecessário transcrever os citados itens, tendo em vista a clareza das hipóteses de incidência, pois: 1) cuida unicamente das instituições financeiras; 2) contempla praticamente todos os serviços por elas prestados aos

clientes, cobrando-lhes as tarifas correspondentes; 3) é manifesto o intuito de lucro.

Todavia, mesmo montado em lucros exorbitantes, invoca questões polêmicas com o intuito de poder manter-se na sonegação, a exemplo da taxatividade da lista de serviços, alegando que os serviços bancários objeto das rubricas contábeis apontadas nos AI's nela não se inserem.

Apenas *ad argumentandum tantum*, e meramente pelo amor ao debate, a taxatividade da lista de serviços **não exclui** a interpretação analógica que se deva atribuir no exame científico – *espécie e gênero* – aos serviços elencados pelo legislador. Ao magistrado impõe interpretar a lei do modo mais razoável possível, evitando uma interpretação que conduza ao absurdo. A lista de serviços não deixa de ser **taxativa no geral mas é exemplificativa** em alguns dos seus itens, onde constem expressões do tipo “e outros”, “e congêneres”, etc. (Walter Gaspar, *In ISS Teoria e Prática*, pág. 31).

Não discrepa a lição dos doutos:

Bernardo Ribeiro de Moraes:

**“Para solução dos diversos casos, devemos sempre ter na lembrança o fato da lista de serviços conter conceitos genéricos, abrangedores de todas as espécies de serviços enquadráveis no gênero descrito ou previsto.”** (*In Doutrina e Prática do ISS*, RT, 1984, pág. 400 )

Sérgio Pinto Martins:

**“A primeira observação a ser feita é que a lista de serviços abrange não só o gênero mas também as espécies do serviço descrito. É o caso do advogado, que vai incluir qualquer advogado, seja especializado em Direito Civil, do Trabalho, etc., assim como o parecerista, que apenas concede pareceres.**

...

Quando a lista de serviços emprega a expressão 'e congêneres' (itens 1, 2, 3, 9, 20 etc.), há possibilidade de interpretação ampla do que está contido no item. Não se estará incluindo novo serviço na lista pelo uso da expressão 'e congêneres' ou outra semelhante.

...

**Serviços não constantes da lista não poderão ser tributados pelo ISS, nem se poderá aplicar a analogia (§1º do art. 108 do CTN), salvo quando a própria lista utilizar a expressão 'e congêneres' ou outra semelhante.** (In Manual do ISS, Malheiros, 1995, páginas 180/181).

Porém, ressalte-se, *in casu*, o Município não se utiliza da interpretação analógica (não está se falando de analogia) para impor a exação fiscal, embora isso seja possível à vista das expressões "e outros serviços correlatos" nos itens da lista, pois é vetusto em direito que o legislador não insere vocábulos ou palavras inúteis no texto da lei.

Ainda *ad argumentandum tantum*, se, porém, os serviços discriminados pelo Banco do Brasil não sofrem a incidência do ISS, a ele caberia – e cabe – desincumbir-se do ônus da prova, de que em lugar do ISS recolhe o IOF, conforme alegou. Não o fez, mas por absoluta impossibilidade constitucional.

Aliás, *ad argumentandum tantum*, sobre a possibilidade de aplicação da interpretação analógica, assim decidem as Cortes Superiores:

**"- A lista dos fatos geradores do imposto sobre serviços é taxativa, mas comporta interpretação ampla e analógica. ( REExt. Nº 75.952, Min. Thompson Flores ).**

**"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. LISTA DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL.**

**A lista da legislação municipal de serviços tributáveis**

**deve ater-se ao rol da legislação nacional, a teor da Constituição da República de 1969, Imperativo do princípio que impõe o numerus clausus. Admissível a interpretação analógica.** (REsp. nº 1.837-SP. Min. Vicente Cernicchiaro, doc. n.º 02 anexo c/05 fls.)

Assim, não há dúvida sobre o direito da Fazenda Municipal em fazer incidir o Imposto Sobre Serviços nos serviços discriminados nos autos de infração acostados ao feito. O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado sobre serviços bancários, assim já se manifestou:

**"EMENTA: Tributário. Anulatório. Imposto sobre Serviços. Serviços bancários decorrentes de operação de câmbio. Incidência. O preço das operações financeiras ou operacionais praticado pelas instituições financeiras na contratação de câmbio integra a listagem de serviços descritos no decreto-lei nº 406/69, com a redação que lhe deu o Dec. Lei 834/69, e como tal é fato gerador da incidência do ISS. Não há incompatibilidade entre os arts. 22 e 30 da CF/88. É que o primeiro preconiza a competência de legislar sobre política, câmbio, seguro e transferência; Enquanto o segundo cuida do poder de instituir e arrecadar impostos, dentre os quais o ISSQN. Apelo improvido." (Ap. Cível nº 1998.04790-9, Des. Rel. João de Deus Barros Bringel). (Acórdão inteiro teor, em anexo)**

Os pedidos dos embargos, assim, não procedem.

DIANTE DO EXPOSTO, o Município de Fortaleza requer a improcedência dos pedidos constantes dos Embargos à Execução, condenando-se o embargante nas custas processuais e honorários de advogado.

Protesta provar o alegado por todo o gênero de provas admitidas em direito, depoimento das partes, ouvida das testemunhas, juntada de novos documentos, perícia, vistoria, tudo, desde logo requerido, caso se faça necessário.

Termos em que

Pede Deferimento

Fortaleza, 13 de Março de 2003

**Edvaldo Assunção e Silva**  
Procurador Fiscal do Município de Fortaleza  
Matrícula 11694.1-6/OAB-CE Nº 4.804